

Cservák Csaba

A hatalommegosztás elmélete és gyakorlati megvalósulása

A hatalommegosztás, a hatalmi ágak szétválasztása, valamint a hatalmi ágak egyensúlya egymáshoz szorosan kapcsolódó, összefüggő elméleti alapból eredő fogalmak. Azonban használatuk sokszor következetlen, nem egyszer keveri őket a szakzsargon. Éppen ezért fontos tisztázni jelentéstartamukat!

A hatalommegosztás elmélete jóllehet a felvilágosodás terméke, gyakorlati megnyilvánulása sok évszázados múltra tekint vissza. A megosztott hatalom szükségszerűen korlátozott, a hatalommal való visszaélés gátja, s így az önkényuralommal szembeni védekezés intézményesülése. Ezért egyértelmű, hogy fogalmi meghatározása előtt már jóval a törekvések középpontjába került tényleges megvalósítása.

A közhiedelemmel ellentétben nem Montesquieu alapozta meg a három klasszikus hatalmi ágot, hanem Arisztotelész. Ő közügyekről tanácskozó testületet, a magisztrátusokat és az igazságszolgáltatás szervét említi meg, ami – a parlament összetett szerepét tekintetbe véve – teljesen megfeleltethető a törvényhozás-végrehajtás-igazságszolgáltatás trichotómiájának. Az antik tudós a politeiát tekinti a helyes hatalmi berendezkedésnek, mely a demokrácia és az oligarchia ötvénye.

Cicero Az Állam című művében a királyság, az arisztokrácia uralma és a demokrácia közöttes állam kiválósága mellett tesz hitet. E két elméletet bizvást tekinthetjük a hatalommegosztás előképének, hisz a vegyes állam csak a különböző tényezők jogkörének pontos elhatárolása no meg szociológiai-politológiai értelemben véve a hatalomba való bevonása révén lehetséges.

Polübiosz még tovább ment, és elméleteivel a klasszikusok következtetéseiig jut el. A különböző társadalmi erőknek szerinte ellenőrizniük, korlátozniuk kell egymást, ami a checks and balances megoldását előlegezi meg.¹

John Locke a törvényhozó és a végrehajtó hatalmi ág mellett a föderatívát (külügyit) említi harmadikként, melyet talán tekinthetünk az összállami-külpolitikai szereppel (is) bíró, a kormányzati rendszerek tényezőjének tekintett államfői hatalom megfelelőjének.

A nagy orákulum, Montesquieu a közismerttől némiképp eltérően törvényhozó, nemzetközi jog alá tartozó, valamint polgári jogi kérdésekre vonatkozó végrehajtó hatalmat különböztet meg. Utóbbin lényegében az igazságszolgáltatást érti, míg a másodikat a fejedelem tevékenységében

¹ Sári János említi meg, Sabine és Louis Fisher meglátását idézve.

látja megvalósulni, ami tehát voltaképp Locke hármásával megegyező rendszert hoz létre. (Megjegyzendő, hogy e korszakban a végrehajtó hatalom letéteményese az uralkodó, illetve az általa kinevezett apparátus volt, a gondoskodó állam hiányában pedig a fő végrehajtási feladatok a külpolitikára irányultak.) A törvényhozó hatalmat is szétválasztja a kétkamarás országgyűlés igenlése révén.

A hatalom megosztása a történelemben rendszerint együtt járt a hatalom sajátműködési formáinak (funkcióinak, ágainak) elválasztásával. A monofunkcionális hatalommegosztás viszonylag ritka volt, kevés példa volt rá, hogy a hatalom azonos szegmensén szimmetrikusan osztoztak volna bizonyos szervek. (Talán a római közjog konzuljainak kollegiális viszonya említhető példaként.)

A hatalommegosztás eszmekörén belül a hatalmi ágak szétválasztása helyett talán célszerűbb a hatalmi funkciók szétválasztásának fogalmát használni, több szempontból is. Egyrészt azért, mert az e jelszót lobogójukra író törekvők gyakorlatilag az igazságszolgáltatás, törvényhozás, végrehajtás funkciójának különböző szervek közötti megosztását irányozták elő, a három tényezőnek egy gyűjtőmagban való központosulásával szemben indítottak harcot, tehát nem a különböző hatalmi ágak kapcsolatának megszüntetését tűzték ki célul.

Másrészt a javasolt fogalom jobban összefér a hatalmi ágak egyensúlyának kategóriájával. Ez utóbbi ugyanis nem csupán az alkotmányos tényezők merev elkülönítése révén válthat ki, hanem azok jogilag intézményesített viszonyrendszere útján is. Montesquieu hatalommegosztást megalapozó nézetrendszere is ilyen elvi alapon áll. Az egyensúly fontos tényezője, hogy az egyes hatalmi ágak ne emelkedjenek túlhatalomra a többivel szemben, ennek azonban szavatosa a különböző szervek egymást "kordában tartó" jogosítványainak rendszere. Ez utóbbira jellemző példa a kormány leszavazása, valamint a parlament feloszlásának lehetősége. (A magyar kormányzati rendszerben a konstruktív bizalmatlanság intézménye, valamint a parlament fölосzlásának úgyszólván kizárt lehetősége révén beszélhetnénk a hatalmi ágak elválasztásáról, azonban a kettő közötti politológiai azonosság okából erről nem lehet szó.)

Azért is célszerűbb a hatalmi funkciók szétválasztásáról beszélni, mert hogy hány hatalmi ág van, az az egyes alkotmányos rendszerek függvénye, azonban funkció egységesen csak e három fajta lehet. (Az egyes funkciókat tehát több ág valósíthatja meg, főképp a végrehajtás diffúz rendszere oszolhat meg több központ között.)

Az amerikai *checks and balances*, *fékek és egyensúlyok* elmélete sokban megegyezik az előbbiekkal, általában annak szinonimájaként emlegetik, mindazonáltal némelyek érdekes módon különbözőnek vélik azoktól.

Eszerint a különböző hatalmi tényezők a kölcsönös függés viszonyában vannak, egymásra utaltan működnek.² A hatalmi funkciókat a javasolt megoldáshoz hasonlóan megkülönbözteti a hatalmi ágaktól. Nem az egyes szervek határozataiban manifesztálódó döntéseket tekinti önálló egésznek, hanem az adott ügyre vonatkozó összes olyan döntést, melyet a meghozatalra vonatkozó eljárás fűz egységbe.³ Az iskolateremtőnek számító Neustadt szerint az amerikai alkotmány szerint az egyes funkciókat ellátó hatalmi ágak elkülönítendőek, az egyes funkciók azonban nem. Sőt – és ez tényleg eltérő némiképp a kontinentális elméletektől -, az azonos funkciókat meg kell osztani több szervezet között. J. Merry szerint ez a hatalommegosztástól eltérő elvi alapon áll, hisz a politikai hatalom politikai hatalommal való ellensúlyozásának szükségszerűsége mellett tesz hitet.⁴ A checks and balances révén egy hatalmi szervezet többféle hatalomban részesülhet, ami lényegében valóban különbözik a klasszikus hatalommegosztástól, s a hatalmi funkciókat mereven szétválasztó, de az egyes ágak közötti intézményes kapcsolatot létesítő modell tükörképének, ellenpárjának tekinthető. Bizonyos értelemben még tovább megy a garanciák kiépítése vonatkozásában, hisz a hatalmi ágak szétválasztása túlhatalomnak gátat szabó intézményrendszerén kívül azt is megakadályozza, hogy az egyes funkciókat egy-egy hatalmi ág kisajátítsa magának. Magam a hatalommegosztás tág fogalomkörébe tartozó, de a hatalmi ágak parlamentáris rendszerű egyensúlyának elvétől különböző kategóriába való besorolása mellett török lándzsát.

A kérdéses amerikai elmélet – és persze ennek gyakorlati megelevenedése – szerint a törvényhozó és a végrehajtó hatalom szervezetileg nem függ egymástól, külön úton jönnek létre, az elnök leválthatatlan, s a parlament is feloszlathatatlan a végrehajtás által, s a személyi összefonódás is kizárt a két szerv között. Az elnök viszont a vétójoggal a törvényhozó eljárás részévé válhat, a Legfelsőbb Bíróság tagjait pedig a szenátus egyetértésével nevezi ki.

(Bár ez utóbbi vitatható, hogy nem a szervek kölcsönös ellenőrzését megvalósító, de magát az igazságszolgáltatási funkciót elkülönítő hatalommegosztásról van-e szó.)

A magyar kormányzati rendszerben a köztársasági elnök szuszpenzív vétójogával léteképp a törvényhozás részévé válik, ami a fékek és egyensúlyok modelljére emlékeztet. (Akárcsak az esetleg külön hatalmi ágként emlegetett alkotmánybíróság is a törvényhozás funkcióját valósítja meg.) Az igazságszolgáltatás hatalmi ága független, nem utasítható, szervezetileg az OIT létrehozásával teljességgel elkülönült a végrehajtó hatalomtól, viszont a kegyelem intézménye révén a köztársasági elnök mérlegeléses döntésével, valamint az igazságügyminiszter ellenjegyzésével

² Sári János

³ uő.

⁴ Ez véleményem szerint nincs másként a hatalommegosztásos elméleteknél sem.

mintegy közömbösíthető. Ezáltal a végrehajtás és az államfői hatalom az igazságszolgáltatás funkcióját veszi át, mintegy kikapcsolhatja a bírói hatalmat. Az alkotmánybíróság szintúgy, az ún. állambíraskodás, vagyis a köztársasági elnökkel szembeni vádemelési eljárás és a büntetés alkalmazása során. Az államfőnek jelentős jogosítványai vannak a végrehajtó hatalom egyes tisztségviselőinek kinevezése tekintetében is.

A klasszikus parlamentarizmus a hatalmi ágak elválasztása helyett azok összefonódását valósítja meg, míg a funkciók hatalmi ágak közti elkülönítésére figyelhetünk fel. A magyar modellben a személyi összefonódás ellenére az intézményi elválasztás erőteljesebben van jelen, míg a funkciók hatalmi ágak közötti elosztása némiképp emlékeztet az amerikai elméletre.

Megjegyzendő, hogy a magyar alkotmány egyetlen szóval sem említi meg a hatalommegosztás fogalmát, mindazonáltal az Alkotmánybíróság gyakorlatában szinte evidenciaként van jelen. Érdekesség, hogy egy témánk szempontjából közömbös kérdéstről, a lakáshitelek kamatairól szóló 31/1990 AB-határozat vetette oda szinte mellékesen: “a magyar államszervezet a hatalmi ágak megoszlásán alapszik”. Kilenyi Géza egyik későbbi különvéleménye viszont a köztársasági elnök jogköre kapcsán a “fékek és egyensúlyok” rendszere részének tekinti az államfőt, vagyis az amerikai szervezőelvet fedezi föl a magyar kormányformában. (Az viszont nem derül ki egyértelműen, a hatalommegosztással rokon, vagy attól eltérő kategóriaként használja az előbbi fogalmat.)

Szakmai vita dül a tekintetben, hogy a parlamentarista rendszerek a hatalom megosztásának elvére épülnek, vagy pedig épp ellenkezőleg.⁵ Egyes vélemények szerint a II. Világháború után terjedt el a kontinensen azon irányzat, mely a hatalommegosztás eszméjét vetíti ki az intézményrendszerre.⁶ Ennek feloldására a következő javaslatot vetem fel. A parlamentarizmus, kibontakozása idején még a hatalommegosztás elveire épült, hisz a végrehajtó hatalom, vagyis az uralkodó eltérő hatalmi érdeket jelenített meg a parlament alsó, illetve felsőházától. Az általános választójog, illetve a kormányfőnek a győztes párt vezetőségéből való kikerülése (mely idővel a parlamentáris rendszer sarkalatköve lett) révén megszűnt a tényleges hatalommegosztás az egyes hatalmi ágak között. Eme kérdéskörnek a tisztázásával a nemzetközi alkotmányjogi szakirodalom adós. Az előzőekből kiindulva szeretnék utalni arra, hogy különbséget kell tennünk a szervezeti (személyi) illetve személyi, valamint az alkotmányjogi és a tényleges (politológiai értelemben vizsgált) hatalommegosztás

⁵ Sári János és Szikinger István az előbbi, Karl Loewenstein és Pokol Béla az utóbbi nézet szószólója.

⁶ Pokol Béla

között. A két csoportosítás párhuzamosan is elvégezhető⁷. Vagyis a jog kizárhatja egyes szervek összefonódását (például a kormány egyoldalú függését a parlamenttől, az igazságszolgáltatást a végrehajtástól), illetve azt, hogy egyes személyek két hatalmi ágak egyetemleg lehetnek tagjai. (Ez utóbbiról a parlament és a kormány viszonyának elemzésekor térünk vissza.) A tényleges politikai helyzet kiüresítheti a jogi hatalommegosztást (emellett a szervezetit is a személyi hiánya, például az elválasztott parlament és kormány tagsága részben fedi egymást), vagy fordítva, egyes, alkotmányjogilag nem létező ágakat tehet élővé. A modern hatalommegosztás ezen új dimenziók fényében vizsgálendő, hisz a klasszikus parlamentarizmus kifejlődése során elkoptatott hagyományos hatalmi ágak elválasztása helyett – főképp majd a diktatúrák borzalmai után – újra felerősödött az igény az önkényuralom korlátozására, s ekképp új hatalommegosztási tényezők létesítésére. Sorjázassuk vázlatos panelekkel ezen tényezőket! (Az alkotmányozó hatalom behatóbb vizsgálata indokolt, mert fontossága ellenére a szakirodalomban háttérbe szorult, s az egész kormányzati rendszer alapvetése szempontjából létfontosságú.)

Az alkotmányozó hatalom

Az alkotmányozó hatalom külön tényezőként való említésének igénye akkor vetődhet fel, amikor a hagyományos hatalmi ágak megteremtésének kérdése áttevődött az elméletből a gyakorlatba, vagyis amikor nem csupán a tudományos megalapozás, hanem a társadalmi legitimitáció merült föl szükségszerűen. Fontosságát indokolja, hogy az egész hatalomgyakorlási rendszer kereteit az alkotmány szabja meg, mely az alkotmányos demokráciában természetesen nem lehet csupán az uralkodó vagy valamely társadalmi csoport, réteg, osztály diktátuma. Mint Bibó lényegre törően megfogalmazta: “a törvényhozó hatalomtól különálló hatalmként a többi hatalom hatáskör-elosztását van hivatva megszabni.”

⁷ A szervezeti hatalommegosztás politikai értelemben azt jelenti, hogy egy párt, érdekcsoport nem ural egyszerre két különböző hatalmi ágat, pozíciót. Ennek azonban csak a valószínűségét lehet csökkenteni, például más módon, különböző időszakokban való választással (vö. prezidenciális rendszerek, izraeli miniszterelnöki választás). Személyi hatalommegosztás politikai értelemben viszont tudományosan szinte alig vizsgálható kategória, hisz az egy személytől való függésnek annyi oka, módja lehet, hogy szinte ellenőrizhetetlen, átláthatatlan.

Az angol polgári forradalom teremtette meg először intézményesen az alkotmányozó hatalmat, majd az Egyesült Államok, Franciaország következett. Sieyès elvi érvelés hangsúlyozta: “az alkotmány egyetlen részében sem lehet az általa létrehozott, konstituált szervek műve”.⁸

A szakirodalom számos jeles személyisége emeli ki az alkotmányozó hatalom különállásának fontosságát.⁹ Claus Offe életszerűen úgy világít rá erre: ne a játékosok maguk szabják meg a játékszabályokat; azt, hogy kit engednek játszani.

Sári János szerint: “Mára már az alkotmányozó hatalom létezése általánossá vált, azaz az alaptörvény elfogadásáról más dönt, mint aki vagy amely a rendes törvényeket elfogadja.”¹⁰

Hazánkban nincs különálló alkotmányozó hatalom,¹¹ az Országgyűlés 2/3-os többséggel módosíthatja az alaptörvényt. Több lehetőség vetődött fel a tervezett új alkotmány elfogadására: az egyszer – esetleg minősített többséggel - elfogadott szöveget a következő parlament erősítse meg. Fölvetődött a megerősítő népszavazás lehetősége is. Az előzetes koncepcionális kérdésekről érdemes lenne véleménynyilvánító népszavazást kiírni a megerősítő referendum sikerességének biztosítása végett.

Az alkotmány folyamatosan fölmerülő, szükséges megújíthatósága miatt¹² meggondolandó egy alkotmányozó nemzetgyűlés létjoga, mely bármikor összehívható, ha szükséges.¹³ A kétharmados törvények helyett felvetődött már egy alapjogi deklaráció, vagy egy kétszintű alkotmány lehetősége¹⁴, mely a kormány/ellenzék bináris kód, a nagyfokú politikai széthúzás miatt külön intézmény révén alkalmasabban tölthetné be szerepét.¹⁵

Az államfő

Az államfő sajátos hatalmi ágként jelent meg a kormányzati rendszerek elméleteiben; hiszen korábban a végrehajtó hatalmi ág letéteményese volt, azonban a parlamentarizmus kiteljesedésével súlya előbb alábbítódott, majd újabb szerep jutott osztályrészéül. Nem is hatalmi ág igazából, hanem a fékek és egyensúlyok rendszerének része, mely

⁸ Samu Mihály idézi hiv. Mű 45. O. Elméleti problémát jelent viszont, hogy e megfogalmazás szerint nincs mi legitimálja magát az alkotmányozót, másrészt nincs mód alkotmánymódosításra.

⁹ Pl.: Szentpéteri István, Hart. Rácz Attila az elfogulatlanság szüksége miatt tartja fontosnak, hogy az alkotmányozás által ne a parlament szabja meg saját hatáskörét.

¹⁰ Ezzel szemben áll Bihari Mihály véleménye, aki úgy látja, ma kivételes a nemzetközi gyakorlatban a különálló alkotmányozó hatalom. Magam példaként a tajvani alkotmányt említem, amely külön Alkotmányozó Jüant hív létre az alaptörvény megalkotása és módosítása céljából.

¹¹ Az 1848-as törvényeket az Alkotmányozó Gyűlés alkotta meg, majd átadta helyét a törvényhozó gyűlésnek.

¹² Az alkotmánnyal szembeni követelmény a tartós szabályozás. Az 1791-es francia alaptörvény csak a negyedik ciklusban adott volna módot a módosításra.

¹³ A kezdeményezők körét persze behatóan kellene szabályozni. Így meghatározott számú képviselő, a kormány, a köztársasági elnök, az alkotmányozó nemzetgyűlés tagjainak valahány százaléka, illetve meghatározott számú választópolgár lehetne a jogosultság alanya.

¹⁴ Kukorelli István

¹⁵ A második kamara is megoldást jelentene. Lehetne ez maga az alkotmányozó, esetleg kiegészülve más elemekkel, civil szervezetekkel, önkormányzati delegáltakkal.

kontrollálja a hagyományos hatalmi ágak működését, esetleg bizonyos mértékben részesedik a hatalmi funkciók gyakorlásából. Ennek pontos működéséről a tételes jogszabályok ismeretében beszélhetünk.¹⁶ Benjamin Costant találó hasonlattal szemlélteti az államfő szerepét. A három (eredeti) hatalmi ág olyan mozdony, melyek összeütközhetnek, kimozdulhatnak pályájukról, s kell lennie olyan erőnek, mely ezeket eredeti irányukba visszavezesse. Sári János rámutat, hogy az alkotmánybíróságok létre hívása után az államfő már nem jog szerinti tevékenységet végez, hanem politikai diszkréció alapján dönt. Constant elmélete ez utóbbit is igazságszolgáltatás logikájú tevékenységként írja le.

Az alkotmánybíróság

A kontinentális rendszerű, külön szervezetre épülő alkotmánybíráskodás 1920-as ausztriai meghonosodás szinte folyamsodrászként terjedt, leginkább már a II. világháború után. Külön hatalmi tényezőként való említésére természetesen csak erős jogkörű AB esetén lehet mód. Ekkor mintegy a törvényhozás funkciójában részeltetik, így a fékek és egyensúlyok rendszere elemének tekinthetjük. Voltaképp jogalkalmazó tevékenységet végez; csak nem a tényállást és a jogszabályt veti össze, hanem a jogszabályt az alkotmánnyal. “A bíróságok a törvényhozás és a végrehajtás egymáshoz való viszonyának alakulásában nem játszanak szerepet”¹⁷, a kormányzati rendszerek egészének működése szempontjából tehát nem szokás az igazságszolgáltatást elemezni. A bíróságok nem vesznek részt az életviszonyok tartós alakításában, míg az alkotmánybíróságok esetlegesen nagyobb döntési szabadsága, a jogszabályok teljes, általános érvényű megsemmisítésének lehetősége a politika határmezsgyéjére sodorhatják ezen szervtípust.¹⁸

Az önkormányzatok

“A hatalommegosztás eredeti, klasszikus gondolkörében az önkormányzatok valamiféle önálló hatalmisága nemhogy nem fért bele, de épp ellentétes volt azzal.”¹⁹ Részint a városok privilégiumai feudálisztikus rendszerével szembeni ellenérzések, részint a hatalommegosztás fogalmának a szuverenitással való összefüggése lehet ennek fő oka. Az önkormányzatiság ugyanis a szuverén önkormányzatának függvénye, ellentétben a tagállami szuverenitással. Azonban megjegyezhetjük: a fő hatalmi ágak szintén a szuverén meghatározása alapján nyerik

¹⁶ Ld. Erről részletesen a *Milyen a magyar kormányzati rendszer? – A kormányforma egyenetlenségei és problémái* c. tanulmányomat!

¹⁷ Sári János

¹⁸ Ennek alakulásáról, feltételeiről lásd említett tanulmányomat.

¹⁹ Sári János

el hatáskörüket, önálló létezésüknek semminemű kötelező jogi alapja nincs. Az egész társadalom kontextusában gondolkodó irányzat szakított a liberalizmus azon fölfogásával, mely szerint az egyének legfőljebb az állam legfelsőbb szintjén állnak össze egységes egésszé, s az önkormányzatiságban az egyént az állammal szemben az alkotmány alapján védő rendszert kezdtek tisztelni.²⁰ A társadalom szempontjából igencsak jelentős az önkormányzati önállóság, azonban a kormányzati rendszerek elemzése vonatkozásában nehéz figyelembe venni, hisz annyi részelemből (azaz településből) tevődik össze, hogy egységes következtetés az állam egészére nézve nem vonható le.²¹

Az ügyészség

Az igazságszolgáltatás önálló hatalmi ág mivoltán a bíróságok függetlenségét szokás érteni, mindazonáltal az ügyészség is részese (még hozzá komoly!) az igazságszolgáltatás gépezetének. Az ügyészség viszont független a bíróságoktól! A kormánytól függetlenül működő ügyészség ekképp önálló hatalmi ágnak is tekinthető, jóllehet hierarchizált rendszerben működik, a legfőbb ügyész kinevezése pedig általában a kormányzattól vagy törvényhozástól függ.

A közigazgatás

A közigazgatás szervezeti önállóságát a politika és a társadalom alrendszerének elhatárolódása indokolja. A minisztériumok felső vezetése a politika világába tartozik, azonban a szakapparátusra a köztisztviselői jogszabályok vonatkoznak, a kormányváltás nem jár föltétlenül az ő elmozdításukkal. A magyar jogrendszerben például a hatáskörelvonás tilalma, illetve a csupán eljárási kérdésekben fennálló utasítási jog is a szervezet önállósága mellett szól. Azonban tudjuk, ciklusváltáskor általában nagyarányú személycserék történnek; a gyakorlatban pedig a felettesek utasításai meghatározzák a hierarchia alacsonyabb fokain állók tevékenységét. Jogos fölvetés azonban, hogy az ún. autonóm jogállású szervek²² bizonyos értelemben külön hatalmi tényezőnek tekinthetők, hisz rájuk – bár közigazgatás-jellegű funkciót látnak el – semminemű utasítási jog nem vonatkozik. Létrejöttük más hatalmi ághoz (parlament, kormány államfő) kötődik, azonban – s ez önállóságuk talpköve – leválthatatlanok. Az ügyészséggel hasonló a megítélésük e tekintetben, hisz általában az aktuális politikai összetételt tükrözik, leválthatatlanságuk okából viszont mintegy önállóságra is léphetnek. Különösen igaz ez, ha a korábbi kormányzat kinevezte személyek mandátuma tovább él a következő ciklusban is.²³

²⁰ Sári János meglátásai nyomán.

²¹ Vagyis politikailag annyiféle összetétel alakulhat ki, hogy a kormányzathoz képesti viszonyulása globálisan kimutathatatlan.

²² Pl.: hazánkban az ORTT, a Versenyhivatal.

²³ A fentiek olyan, nem államigazgatási szervek is elmondhatóak, mint az MNB, mely ugyan rt. formában működik, de a jegybanki rendelkezés kötelező ereje révén mintegy hatalmi funkciót tölt be.

Az ellenzék

A kormány és annak parlamenti többsége összefonódásával egyre inkább az ellenzéket szokás emlegetni, mint a végrehajtás ellensúlyát. Az ellenzék törvényhozásba való bevonást eredményezi a minősített – hazánkban kétharmados – törvényhozási tárgyak köre, melyek révén szinte egy új hatalommegosztási tényező alakul ki. Az ellenzék és a kormányzat mindenkori szembenállása, amely egyes politikai kultúrák szükségszerű velejárója, azonban diszfunkcionálissá teszi ezt a hatalommegosztást, hisz az örökös öncélú szembenállás uralkodik el a szakmai kontroll felett.²⁴

A második kamarák

Jóllehet ez az elem már Montesquieu elméletében is szerepelt, újfenti reneszánszát a fent említett parlament-kormány összefonódásnak köszönheti. A szövetségi típusú második kamara ugyanis eleve az önálló szuverenitással rendelkező tagállamok (mint külön hatalommegosztási tényezők) függetlenségét szimbolizálják, mely a szövetségi törvényhozásban játszott szerepük mellett az alkotmány által elhatárolt tagállami tárgykörökben manifesztálódik. A korporatív elemeket magában hordozó második kamarák pedig a civil társadalom érdekkifejezői, szintén a népképviseleti alapú hatalmi összefonódás ellenszerei.

A néprészvétel

Az egész hatalommegosztási rendszer a közvetett demokrácia intézményi körébe sorolható, míg a közvetlen demokrácia eszközei hatalommegosztást teremthetnek a néptől elszakadó, túlzottan a bináris kódhoz szerint működő hatalmi gépezettel szemben.

Hatalommegosztás államok között

Sári János veti fel az államok közötti hatalommegosztás elemzésének lehetőségét, s jóllehet itt és most az államokon belüli kormányzással foglalkozunk, az Európai Unióhoz való csatlakozás miatt ehelyütt is meg kell említenünk. Az integrációs szervezetekben a tagállami és uniós

²⁴ A dán alkotmány megoldása viszont okos megoldást kínál: a parlamenti képviselők 30 %-a népszavazás kiírását indítványozhatja.

hatáskör, a közös jog érvényesítésére hivatott bírósági rendszer, valamint az államok szerinti és a “közös” intézmények egymás mellett élése jelenthetik a hatalommegosztás alapját.

Egyéb társadalmi tényezők

“A sajtó a negyedik hatalmi ág!” “a gazdaság a negyedik hatalmi ág!” – hallik gyakran a politikai újságírás szakzsargonja. Az alkotmányjogilag természetesen elvethető nézetekben azért rejlik némi igazság, hiszen az említett tényezők hatást gyakorolhatnak a hatalmi-politikai rendszerre. A média például alaposan befolyásolhatja a választások kimenetelét, ez pedig a törvényhozó hatalomra (annak összetételére) nézve óriási hatással bír. A gazdaság önálló működése megszabhatja a végrehajtás valódi mozgásterét. Ezen tényezők azonban nem az állam részei, nem rendelkeznek az erőszak legitim alkalmazásának monopóliumával, azaz akaratuk nem kikényszeríthető az alkotmányjog világában.²⁵

A hatalmi ágak hazánkban

Nézzük meg ezek után, hogy alakul a klasszikus hatalmi hármast Magyarországon, hiszen általános képet nem alkothatunk a nemzeti jogszabályok sokszínűsége okából!

Ezen kérdést részletesen a magyar kormányzati rendszerről szóló tanulmányomban már kifejtettem, itt és most csupán a levezetett gondolatmenet szerinti vázlatát szemléltetem.

A három klasszikus hatalmi ág természetesen él, továbbá némileg a protokollárisnál szélesebb hatáskörű államfő is külön tényezőnek tekinthető, azonban nem tisztán politikai hatalom letéteményese, hanem semleges, közvetítő hatalmi ág. Jogosítványai sem önállóak, inkább mintegy beavatkozási jellegűek. (ld.: kinevezések, miniszteri ellenjegyzés, a törvények aláírása stb.) A hatalmi ágak egyensúlyának elve, hazánk parlamentáris jellege okából nem érvényesül, hisz az országgyűlés a többi hatalmi ág fölé nő: megválaszthatja és leválthatja a kormányt, megállapítja a költségvetést, mely jelentősen megszabja a végrehajtás mozgásterét, s a magyar jogrendszer vitatott elemeként törvényalkotási hatásköre mindenre kiterjed, így a kormány rendeletalkotási hatáskörét is elvonhatja. Az államfő és az alkotmánybírák megválasztása is a parlament feladata.

Az alkotmánybíróság, sajátos, mérlegelésre emlékeztető (normaszöveghez nem kötött) tevékenységével sem a klasszikus hármast bővíti tovább. Az egész rendszer az alkotmány

²⁵ Ez indokolhatná az intézményesített és valóságos tényezők különválasztását, akár hatalmi és uralmi ágak elnevezés alatt.

alapján áll, az alkotmány a szuverenitás talpköve.²⁶ Szemléletesen elképzelve, az AB nem ebből kiágazó, hanem ezt alátámasztó tényező. A klasszikus hármas sem egymás mellett fut, hanem voltaképp a törvényhozásból kinőve. Az államfő még a kormányzati berendezkedés alapján, az alkotmányon kívülre is mutat, hisz a külső szuverenitásnak is közjele, hordozója.

Az ügyészség külön elemzése nem bevett szokás a szakirodalomban, mégis, a kormány általi utasíthatóság kizártsága miatt, hiába parlamenti hatáskör a legfőbb ügyész megválasztása, megkockáztatható legalábbis az alkotmánybírósághoz hasonló önálló hatalommegosztási tényezőként történő említése.

Felhasznált irodalom

- Sári János: A hatalommegosztás, Osiris, 2000.
- Sente Zoltán: Bevezetés a parlamenti jogba, Atlantisz 1998.
- Dezső Márta: Képviselő és választás a parlamenti jogban, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1998.
- Kukorelli István: Az alkotmányozás évtizede, Korona Kiadó 1995.
- Pokol Béla: Gondolatok a hatalommegosztásról
- Az értelmezett alkotmány, Magyar Hivatalos Közlönykiadó, szerk.: Balogh Zsolt, Holló András
- Cservák Csaba: Milyen a magyar kormányzati rendszer? A kormányforma fejlődése és problémái

²⁶ A fékes és egyensúlyok rendszeréből kiindulva azonban az AB a törvényhozás funkciójának tekintetében hatalommegosztási tényező, hisz negatív jogalkotásával részt vesz annak gyakorlásában. Hasonló tekintet alá eshet a végrehajtás is.

Fantoly Zsanett – Kovács Judit:
Recenzió Tremmel Flórián: Magyar büntetőeljárás c.
tankönyvéhez

*Tremmel Flórián*¹: *Magyar büntetőeljárás* című tankönyve 2001-ben jelent meg a magyar könyvpiacra a Dialóg Campus Könyvkiadó gondozásában. Bár a könyv írója szerényen csak “vezérfonal”-ként szolgálónak tartja több mint 600 oldalas munkáját, - s azt a törvényszöveg tanulmányozásával és az egyetemi előadások anyagával javasolja kiegészíteni – mégis úgy véljük, hogy az utóbbi néhány évtized jelentős tankönyvét és egyben kézikönyvét vehetik kezükbe a téma iránt érdeklődők, melyet nem csupán az egyetemi joghallgatók és szakvizsgára készülőkhöz számára ajánlunk, hanem a gyakorló jogászok felé is. A tankönyv – ahogyan a szerző nevezi munkáját – elsősorban a hatályos büntető eljárásjogra épül, és az 1998. évi XIX. törvényt (a továbbiakban: új Be.) csupán a kellő terjedelemben, az egyes fejezetek végén mutatja be, annak “rég – új” intézményei alapján², mintegy felcsillantva a jövőbeni lehetőségeket. A mai napig kérdéses ugyanis, hogy az új Be. 2003. január 1-jén valóban hatályba lép-e és ha igen, milyen tartalommal. Az 1998-as büntető eljárási törvényt elfogadása óta több ízben módosították³, utoljára a 2002. évi I. törvénnyel⁴, igen jelentős mértékben.

Szerkezetét tekintve a 30 fejezetből álló tankönyvet a szerző két részre osztja: az első felét a büntető eljárásjog statikus része képezi (Általános rész), második fele pedig a dinamikus rész, amely az eljárás egy - egy szakaszához kapcsolódik (Különös rész). Az ún. statikus szabályokat az I-XVIII. fejezetekben, a dinamikus szabályokat a XIX. fejezettől kezdődően találhatjuk. A munka áttekinthetőségét elősegítendő a szerző az egyes fejezeteken belül pontokra, illetve alpontokra tagolja a tárgyalandó témát. A lényegi tartalmat rögzítő főszövegtől elkülönülnek az - egyes témák könnyebb megértését elősegítő - apróbetűs részek, amelyekben, - mivel “*példa nélkül semmit sem lehet helyesen tanítani vagy tanulni*”⁵ - szellemes anekdotákat sorakoztat fel a szerző. Ezen kiegészítő “*epizódok*”⁶ - ban emellett találhatunk hivatkozást a hazai büntető ügyekben eljáró hatóságok, illetve helyenként az Emberi Jogi Bíróság gyakorlatára, továbbá egyes külföldi országok vonatkozó szabályozására is. A

¹ Tremmel Flórián a PTE ÁJK Büntető Eljárásjogi Tanszékének tanszékvezető professzora, egyetemi tanár. Több egyetemi jegyzet, monográfia, illetve számos tanulmány szerzője.

² A “rég – új” jelzővel jelen recenzió szerzői arra utalnak, hogy érvényes, de nem hatályos törvényünk egyes jogintézményei a múltban gyökereznek, hasonló tartalommal már az első eljárási kódexünk (Bp.) is tartalmazta azokat (pl. pótmagánvád, óvadék, a tanú fogadalomtételle szabályozása).

³ Az érvényes, de nem hatályos új Be. módosításai a megalkotása óta: az 5/1999. (III.31.) AB. határozat, amely megsemmisítette az új Be. 572. § (1) bek. a) pontját - e rendelkezés ui. sértette a jogállamiság elvét és a jogbiztonság, valamint a jogerő követelményét - ; a 19/1999. (VI.25.) AB. határozat, amely nem engedte hatályba lépni az új Be. 327. § (2) bek.-t - az előzetes letartóztatás kötelező esetét, melyet néhány hónappal korábban a Tribu-ügy néven elhíresült büntető eljárás kapcsán vezettek be - ; a szervezett bűnözésről ... szóló 1999. évi LXXV. tv. 63.§-a - amely az Rtv. egyes rendelkezéseit módosította - ; az 1999. évi CX. tv. 171.§ (1) bek.-e - az új Be. hatályba léptetésének időpontját az eredetiről 2003.január 1-jére halasztotta el -; valamint a 14/2002. (III.20.) AB határozat, amely megsemmisítette az új Be. 342.§ (3) bek.-t - a vádkiterjesztés bíró általi “sugallmazását”-.

⁴ A 2002-es Ben. több mint 300 §-val módosította, egészítette ki az új Be. szabályait, mely által a törvény egyetlen fejezete sem maradt érintetlenül.

⁵ Columella (i.sz. I. sz. római író)

⁶ Az “*epizód*” kifejezés a szerzőtől származtatott

szerző az európai államok közül leggyakrabban a német, a francia és a lengyel joggyakorlatot, valamint az angolszász országok mintáját említi.

A didaktikai eszközök közül kiemelést igényelnek a táblázatok (szám szerint 30), amelyeket maga a szerző három csoportba sorol: vannak ún. kifejtő, összefoglaló, illetve az egyes összefüggéseket feltáró “panoráma” táblázatok.⁷ Az anyag vizuális feldolgozását a táblázatok mellett az iratminták is megkönnyítik, mint egyes kényszerintézkedések elrendeléséről szóló határozatok, vádirat és ítéleti minta. Ezáltal a hallgatók nem csupán az elméletben sajátíthatják el az egyes hatósági határozatok szerkezeti felépítését. A szerző több évtizedes oktatói pályafutása tükröződik azon szándékában, hogy a hallgatók számára minden eszközzel elő kívánja segíteni a joganyag tanulását.⁸ Formai szempontból megemlítendő továbbá a tankönyv végén található név- és tárgymutató, mely biztosítja az egyes jogintézmények, illetve jogtudósokra vonatkozó utalások gyors megtalálását.

Szakmai-tartalmi szempontból kiemelendő, hogy a szerző a szakirodalom széleskörű feldolgozására akként vállalkozik, hogy az egyes témakörök kapcsán ütközteti a korábbi és jelenkori szakemberek álláspontjait, utalva nemcsak szakcikkekre, tanulmányokra, hanem számos monográfiára is. Mindamellet más egyetemi jegyzetek jelentőségét nem elhanyagolandó szól azon tankönyvekről, amelyek jelenleg is használatosak a budapesti⁹ és vidéki¹⁰ egyetemi képzésben.¹¹ Más, korábbi tankönyvekkel összehasonlítva igen részletesen ír az eljárás alapelveinek általános kérdéseiről. Ezen túlmenően a bizonyítékok és a bizonyítás fogalmára, elméleti kérdéseire vonatkozó hazai felfogások összefoglaló bemutatására is – indokoltan – nagy hangsúlyt fektet. A tankönyvben külön üdvözlendő dolog egyes nemzetközi jogi dokumentumok a téma szempontjából irányadó részeinek ismertetése (Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya, Emberi Jogok Európai Egyezménye, Európa Tanácsi ajánlások és Európai Unió Tanácsának ajánlásai), továbbá – a már említett – Luxemburgi Bíróság joggyakorlatának bemutatása, amelynek ismerete legalábbis ajánlott a hazai jogásztársadalom számára is.

A tankönyv újításai közül – a teljesség igénye nélkül, csak példálózó jelleggel – fontosnak tartjuk megjegyezni, hogy a szerző hangsúlyozza a kriminalisztika jelentőségét és a büntető eljárásjoghoz fűződő szoros kapcsolatát. E vonatkozásban a jogforrások részletes ismertetése kapcsán külön kitér a Pécsi Tudományegyetem Büntető Eljárásjogi Tanszékén megjelent kriminalisztikai tárgyú jegyzetre¹² és egyes fejezetek végén számos kriminalisztikai témájú cikke, tanulmányra utal. Sajátos továbbá a kényszerintézkedéseknek az emberi és állampolgári jogok szerinti felosztásban történő tárgyalása, és a különleges eljárások viszonylag részletesebb bemutatása.

⁷ Pl. az elsőfokú tárgyalás menetéről (TK. 33-34. old.), a súlyosbítási tilalomról (TK. 486. old.), illetve az elsőfokú bírósági eljárásban hozható ügydöntő határozatokról (TK. 444. old.) készültek ilyen jellegű táblázatok.

⁸ Erre a legplasztikusabb példa a TK. 374. oldalán található mnemotechnikai képlet, mely a nyomozás felfüggesztése kötelező eseteinek könnyebb memorizálását szolgálja (*távol + előz + ment + elme + drog*).

⁹ Király Tibor: Büntetőeljárás jog. Osiris kiadó. Budapest, 2000.

¹⁰ Cséka Ervin - Vida Mihály: A büntető eljárási jog vázlat I. Szeged, 1995.

Cséka Ervin - Hegedűs István - Hofszang József - Maráz Vilmosné - Vida Mihály: A büntető eljárási jog vázlat II. Szeged, 1996.

¹¹Hiányérzetet kelthet azonban, hogy Tóth Mihály: Vázlatok és szemelvények a büntető eljárásjog tanulmányozásához I- II. című és a Pázmány Péter Tudományegyetem jegyzeteként Budapesten 1999-ben megjelent kiadványát a szerző nem jelenti meg még utalás szintjén sem a tankönyvek sorában.

¹² Tremmel Flórián – Fenyvesi Csaba: Kriminalisztika Tankönyv és Atlasz. Dialóg Campus Kiadó. Budapest-Pécs, 1998.

Összefoglaló értékelésként megállapítható, hogy a tankönyv kétséget kizáróan átfogó és rendkívül alapos munka. Helyenként némi kritikai észrevételek teendők, amelyek azonban semmi esetre sem vonnak le a tudományos igényű megírt anyag értékéből. Ilyenként említendő az esetenként már hatályon kívül helyezett jogszabályi rendelkezésre történő utalás¹³, a táblázatok helyenként inkább zavaró, mint áttekinthetőséget könnyítő volta.¹⁴ Ehelyütt jegyezzük meg, hogy a magánvádló és a magánfél joghelyzetének megítélésével a szerző talán az indokoltnál nagyobb terjedelemben foglalkozik, bár ez az “elfogultság” annyiban érthető, hogy korábban e témában számos tanulmányt, illetve a nyolcvanas években monográfiát is megjelentetett. Egyebekben a tankönyv tagolása arányos, az eljárási törvény rendszerét követve az áttekinthető szerkezeti felépítést tükrözi az egyes részek kellő súlyozottsága. A jogszabályszöveg mellett helyet kapnak a Legfelsőbb Bíróság iránymutatásai és egyes eseti döntései is, ezáltal az írott és az élő jog eltérései bemutatásra kerülnek. Az anyag nyelvezete könnyen értelmezhető, a szerző esetenként szemléletes szakzsargonokat alkalmaz.¹⁵

A tankönyv mindenképpen eredményesen segítheti a büntető eljárási jog elsajátítását, hallgatók részéről történő megkedvelését. Ezen igen magas színvonalú munka gyümölcseként “*a tanító jutalma, hogy sietnek előadására, a tanítvány jutalma, hogy elméjében gyarapszik...*”¹⁶

¹³ Pl. a legalitás elve alóli anyagi jogi kivételeknél helyes lett volna utalni a Btk. 232. § (5) bekezdésének “jogtörténeti” múltjára (TK. 78. old.) vagy a 9/1990 (II.7.) BM. rend. vonatkozásában arra, hogy a 15/1994. (VII.14.) BM rend. váltotta fel azt a rendőrség nyomozóhatóságainak hatásköréről és illetékességéről (TK. 135. old.). Hasonlóképpen megemlítendő a büntetés kiszabásának mellőzése (TK. 79 - 80. old.), itt sem egyértelmű az 1990-ben bekövetkezett hatályon kívül helyezés ténye.

¹⁴ Gondolunk itt pl. a *legalitás, officialitás, opportunitás az anyagi és alaki büntetőjogban* (TK. 80. old.), vagy a *magánvádló és a magánfél jogállását összehasonlító táblázatokra* (TK. 185. old.).

¹⁵ Ilyennek tekintjük például a “*csonka határozat*”, a “*bíróküldés*”, a “*raszter-nyomozás*”, a “*vádszükítés*” kifejezéseket, továbbá a “*kistanács*”- “*nagytanács*”, illetve a “*hallomástanú*”- “*ténytanú*” megkülönböztetéseket. Véleményünk szerint azonban “*az ügyészség Janus- arcúsága*” kifejezés (TK. 123. old.) kissé eltúlzott.

¹⁶ Talmud 2300.

Fenyvesi Csaba

Constitutional principles in the light of the defensive position

The Hungarian fundamental statute of the defensive position – beyond doubt – is the Constitution.¹ As the highest order statute, it also contains regulations for criminal proceedings. At the same time the most important constitutional rights can also be found among the fundamental principles of criminal proceedings. The Constitution of the Republic of Hungary highlights four basic rules of just criminal proceedings; defence is distinctly emphasized beside presumption of innocence, respect for freedom and legal remedy. The objective of this study is to survey and analyse these “dual” principles in the light of the defensive position.

The defender and the presumption of innocence

The accused is entitled to the demand for the presumption of innocence in the regularization of almost every constitutional state according to international recommendations and agreements.² This basic principle is in close relationship with defence, especially the defender’s activity, since “the right to be defended is such a personal right that can be originated from the constitutionally declared principle of the presumption of innocence”.³ The accused, that cannot be obligated to choose a defender or to defend himself, can also disclaim this right. At the same time the fundamental principles of constitutionality and legal security demand the just and lawful practice of vindictive power of the state. Therefore on every occasion the participation of a defender in the proceedings is obligatory without regard to the defendant’s will when it is judged necessary by law because of the importance of the case, the personality or the exposed situation of the defendant, or the actions of the public prosecutor. In this case the issue is not the right to be

¹ Act No. 20 of 1949

² Tibor Király has already stated his criticism on this denomination four decades ago, that is we cannot speak about “innocence” (non-guiltiness at the most) and neither presumption for lack of a presumptive fact but “quasi presumption” at the most. Nevertheless all international agreements and recommendations use this technical term. He also referred to the fact (based on the Hungarian regularization that still has not changed) that actually this principle is related to the accused in the circle of subject and not everyone (“no one” according to the law), and the matter is the prohibition of “treating” as guilty and not “considering” as guilty. Tibor Király: *The Defence and the Defender in Criminal Cases*. KJK Budapest, 1962., pp 11-48. László Vargha has analysed the same issue and came to similar conclusions. See László Vargha: *The New Regularization of Fundamental Principles of Criminal Proceedings*. Jubilee Yearbook, University of Pécs ÁJK, 1975., pp. 219-236.

³ See the dissent of János Zlinszky constitutional judge in Resolution 1320/B/1993. sz. AB.

defended but the right to a defender, i.e. the obligation to provide a defender from the other side, the authorities' point of view.

The presumption of innocence principle was stated as a fundamental principle for the first time in the French Declaration of the Rights of Man and Citizen (déclaration des droits de l'homme et du citoyen) in 1789: "Every human must be presumed innocent until he is found guilty." (présomption de l'innocence). In the Universal Declaration of Human Rights, published by the UN, the right of defence also appears in the presumption of innocence: "Everyone must be presumed innocent until he is sentenced in proceedings where he can assure his defence".

Both the Constitution and the code of criminal procedure contains the fundamental principle which is also present in article No. 2 of paragraph No. 6 of the European Convention on Human Rights on fair proceedings: everyone must be presumed innocent until he is found guilty unequivocally by the concerned court of last resort in its sentence passed after a fair trial. According to the European Commission on Human Rights the presumption of innocence prevents anyone from being treated officially guilty in any form without a sentence.⁴

Before the declaration of this principle the suspect was "quite naturally" presumed guilty merely because he was accused in such a way that he was burdened with the production of evidence to prove his innocence in all possible ways including the cruellest ones (p. e. ordeal by fire, "legal" torture), which was convincing in the last resort inasmuch as the guilt of the defendant was judged based on his endurance for bad physical treatment and pain tests.

The requirement of the presumption of innocence, as István Szikinger says⁵, is related to the whole criminal procedure. Nevertheless it is also an accepted literary point of view that the risk of incorrect decisions is more significant, actually it is more "natural" in the hidden and precipitate course of criminal investigations than at the end of a calm and public bilateral judicial proceeding. Therefore the most fundamental public opinion lays emphasis on the presumption

⁴ European Commission on Human Rights 6650/70. 5 Rec. p.58.

⁵ "The presumption of innocence is a constitutional principle and not a principle of a branch of law, which has to be phrased that it should prevail in all proceedings where the task is the statement of individual chargeability. Therefore the range of this principle should be extended in any case to contraventional and disciplinary procedures." István Szikinger: The Presumption of Innocence is a Constitutional Principle. Interior Review 1989/3. p.8.

of innocence, a presumption that is currently present in almost all legal systems⁶ of the European Council's states.⁷

There are three commonly accepted elements of the presumption of innocence: these are the bona-fide practice of law (*preasumptio boni viri*)⁸, the issue of the burden of proof (*onus probandi*), and the principle of *in dubio pro reo* (for favour in doubt).

The “hidden presumption of guilt” – as Ákos Farkas aptly said –, found in practice in the circles of the authorities, is almost opposed to the presumption of innocence, especially the bona-fide practice of law.⁹ This derives from the fact that the interests within the organisational structures are contrary to that of the accused or his innocence.

Namely the interests of

- the police is to improve and increase the detection index;
- the public prosecution is the highest accusatorial effectiveness;
- the court is the greatest number of closed cases and a fewest successful appeals;
- the penal institution is the smoothest serving of sentences.

These goals are contradictory to each other and in many cases even to the object of the law. The authorities try to reserve the highest possibility for themselves to intervene in individual rights in order to reach their goals.

In the eyes of the investigating authorities those cases are considered to be successful which are closed with accusation in the investigational phase and with holding the accused responsible in the judicial proceedings. In the case of an already convict person after the final judgement it is even harder to presume “innocence” during the law enforcement procedures. In the spirit of this approach the collection of evidences shows a bias towards incriminating and aggravating circumstances. The judge bound to impartiality gets the documents together with the accusation, which contains mostly incriminating data disclosed during a thorough investigation. The judge should be a “judge indeed” who can keep away from the burden of the revealed incriminating evidences and who can impartially examine the facts questioning them doubtfully. The “presumption of guilt”

⁶ The only exception to the consequent representation of the principle is the Turkish regularisation, which says that a person accused with a crime is “not innocent and not guilty”. Mirjam Berg: *Waiting for Justice*. 1985 September. Part 2. p.3.

⁷ Parliamentary Assembly of the European Committee, Fokofyllos, Greece: Report on the Detention of Persons Pending Trial.

⁸ The first Hungarian scholarly criminal trial lawyer, Mátyás Vuchetich, also stated a standpoint resembling to the “*preasumptio boni viri*” of Roman Law: “...everyone enjoys a high reputation by his congenital and natural right, and based on this he must be considered innocent (true) until his guiltiness is proven.” Flórián Tremmel: *Hungarian Criminal Proceedings*. Dialóg-Campus, Budapest-Vienna, 2001. p.84.

⁹ Ákos Farkas: *The Effectiveness of Criminal Proceedings*. Ph.D. Dissertation, Miskolc, 1996. p.119.

radiating from the files can mainly be weakened and also the guiltlessness can be strengthened by an effective defence, especially by a professional, expert defender. With his motions, comments, collection of evidences and pleadings the defender can and must declare (it is not only his right but his obligation as well) his standpoint and arguments to the authorities against the other possible authority (prosecutor, investigation authority) in every phase of the proceedings.

Highlighted from the American literature, which deals with the above-mentioned theoretical and practical problem of the presumption of innocence and the role of the defender, Jerome H. Skolnick says: “Contrary to the presumption of innocence the police try to keep to a kind of routine, which is in fact the presumption of guilt. When the police arrest and suspect someone they presume that the suspect has committed that crime. They think that they can make a difference between guiltiness and innocence simply because they are criminal experts.” The idea behind their approach is that a policeman “does not accuse innocent people”. Therefore the police also consider itself as the merciful servants of jurisdiction. This professional practice has an effect on all participants of the system – defenders, judges and jurors -, although to different extents. Arthur Train said aptly about the essence of professional routine:

People generally do not accuse each other of groundless crimes. First of all the law generates a contradiction when it says that the person accused of a crime should be presumed innocent. Actually be it any kinds of presumption (depending on the circumstances), it works inversely and depends more or less on the standpoints and experiences of the individual (proceeding authority). In practical criminal law the presumption of routine is the most obvious and simple presumption. Actually this is the rational presumption that educated people do work well. In order to understand the importance of this presumption, we only have to take a look at the great number of “voir dire” file examinations of the jurors of criminal cases, where the defender interprets to the jurors in all cases the accuseds right to the presumption of innocence, or the burden of proof on the prosecution, or the fact that the accusation must be proven undoubtedly. The prosecutors prefer to try a case with experienced jurors and defenders than newcomers as they believe that the more experienced a juror is, the jurisdictional presumption of routine prevails more possibly over the accused’s presumption of innocence.

In the circles of criminal experts the above-mentioned facts differentiate between “accusation-minded” and “defence-minded” lawyers. The accusation-minded lawyer interprets the judgement of guiltiness as a rational professional task and strongly trusts in the experts who deal with criminals by profession. On the other hand, the defence-minded lawyer puts the emphasis on the intervention in the human personal freedom. Such lawyers believe that the ignorance of the presumption of innocence is dangerous under the circumstances of quite strict sanctions. Besides, a lawyer with such an orientation is worried about the possible

arbitrariness of the police, which could lead to promoting their interests and not the social demand for jurisdiction. This results in the opinion of the police that the intervention in their work is bigger than it would be desirable in a rationally operating system (under today's circumstances it is also a deep and inevitable source of tension). Therefore the police feel that the criminal proceedings were unjustly turned against them. The official point of view of the police is that any provision emphasising the accused's disadvantageous position is in favour of the accused and not the state. For the police it is hard to understand and represent such a system that on the one hand expects the police to be more and more intelligent and competent both in general and in areas requiring special police knowledge, and on the other hand apparently invalidates all their efforts introducing seemingly irrational requirements and procedure delays.¹⁰

In spite of the fact that the bona-fide practice of law and the presumption of innocence are in favour of and concerning the accused, in my opinion the bona-fide practice of law also concerns the defender since the accused employs a defender to enforce his rights. However, in the case of the defender the way of the practice of law does not derive from this presumption but the ethical and legal regulations of the defending counsel' profession (act of lawyers, penal code, code of criminal procedure).

The European Commission on Human Rights classifies the observation of the presumption of innocence including the enforcement of "boni viri" as a requirement of fair proceedings. In several resolutions the committee has stated the violation of this regulation by the authorities (courts or other authorities).¹¹ Among them in the *Allenet de Ribemont contra France* case (in the verdict dated 25th February 1995), since the Minister of the Interior made statements on the guiltiness of the detainee on his press conference¹².¹³ This violated the accused's good reputation", "respect" of his innocence by the authorities.¹⁴

¹⁰ Jerome H. Skolnick: *Justice Without Trial*. New York, 1994. pp. 112-113.

¹¹ Private persons outside of the authorities, non-state organisations or the press can not violate the presumption of innocence according to the resolutions of ECHR as well. See ECHR 9212/80. 2.D. No. 720. Resolution.

¹² In Hungary according to the Ministry of Justice - Ministry of the Interior Common Decree No. 10/1986. (IX.) on criminal and justice information it is the obligation of the authorities to give "authentic, exact and prompt information to the press. It also pronounces that the information cannot violate the presumption of innocence and the personal rights of the citizens, and cannot contain any statement that can endanger the objective decision. Additionally to my experiences the increasing number of trials on the violation of personal rights against high-positioned – mainly police – leaders refers to the fact the observation of the presumption of innocence is not consistent by the investigating authorities.

¹³ Summary on the Judgment of ECHR dated 25th February 1995. *Judicial Decisions annex 1996/2*. pp. 18-19.

¹⁴ The Austrian Press Law threatens anyone with a fine equal to 180 days who "discusses the possible outcome of the criminal proceedings or the value of any evidences before passing a sentence by the court of first instance in a way that is suitable to influence the judgement". The English law also penalizes the publication of such press

Concerning the presumption of innocence – as it can be seen from the case above – we can also mention the effect of the press, although the presumption of innocence can only be violated by the authorities and not by the press, as the freedom of speech cannot be restricted in this issue. The media can be both useful and harmful in criminal proceedings. Harmful, because they publish the data of a criminal procedure driven by a certain (not always objective) concept, thus effecting public opinion, which can influence the judgement. Two defensive methods are recommended against this effect: either the freedom of the press should be limited in such cases, or the case should be withdrawn from the attention of the local authorities and public opinion by passing to another court (the latter can hardly be applied in small countries and in cases of national interests). I do not find the third method acceptable, – especially on defending counsel’s ethical basis – which has already appeared recently in Hungary, namely that the defender also gives a press release, a press conference as a counterpole, thus rendering the procedure contradictory.

Imre Kertész who similarly finds an interview with the accused disquieting, also analyses the connection between the press and the presumption of innocence. “Especially in the absence of members of the proceeding authority or the defender . The accused can mention facts or circumstances on this occasion which were missing from his statement. On later interrogations concerning these data he is more or less bound by his published declaration, he does not want to contradict himself, therefore he may insist on his words published in the newspapers despite his firm belief.” The situation becomes even more complicated and the evaluation of evidences more difficult when the interview is also broadcast on television.

“Nevertheless it cannot be recommended that the publishing of the interview with the accused should be avoided in all cases. Publicity is the best remedy against the abuse of authority, in this way the press can contribute to fair judgements. The report can also ease the accused’s situation by e.g. drawing the attention to the circumstances mitigating criminal responsibility.”

In order to avoid the “hidden presumption of guilt” – as Imre Kertész also says – “the court had better start the evaluation of evidences with the total lack of previous knowledge concerning the case. This is not even imaginable in the great majority of the cases, but the possible prejudicial effects of press releases can be consciously neutralized by careful consideration of circumstances.”¹⁵

The presumption of innocence, as I have already mentioned, is closely related to the principle of fair trial and also to the requirement of proportionality. Therefore, e.g. the judge cannot give any information to the press before passing the sentence,

releases on cases not decided yet by the court, which can harmfully influence the objective trial of the case. Katalin Imreh: *The New Austrian Press Law*. Hungarian Law, 1982/12. p.29.

¹⁵ Imre Kertész: *Criminal Reports and the Defence of Personal Rights*. Interior Review 1990/11. p.14.

since guiltiness is not proven yet. At the same time whatever the judge's subjective inner conviction on the guilt of the accused may be, it cannot justify his application of means beyond the necessary and suitable measures.

The Hungarian practice often departs from these favours; the fact that the court on a trial merely tries to reproduce the investigation materials refers to the hidden presumption of guilt. E.g. it does not accept a different statement of the defendant in case he modifies (incorrectly: withdraws) his confession made during the investigation, but considers the former confession determinate in respect of the evidence. Another sign is that the court tries to restrict the principle of "in dubio pro reo" (see details below), which means the absolute limit of free evaluation of evidences, to the narrowest circle. That means the court occasionally involves facts in the evaluation that are not proven undoubtedly. In many cases it also considers evidences unequally during giving the reasons for the judgement. It is rather inclined to attach greater importance to facts promoting the establishment of guiltiness, and often ignores or discriminates the attenuating and mitigating circumstances emphasized by the defence.

According to the internationally accepted part-principle of the burden of proof (onus probandi) the proceeding authorities bear the burden of proving the guilt in criminal cases. The accused cannot be obliged to prove his innocence. The requirement is closely related to the defender's activity, since in fact the point at issue is the obligation of proof, where the final question is who takes the possible consequences of prooflessness. Based on the principle of officiality, these can never be taken by the defence including the defender, but only the authorities.¹⁶ However, the defence is not excluded from collecting evidences and presenting them to the party obligated to prove. The defender is also obliged to this; as that is what he took the oath to, he was entrusted with and assigned to.¹⁷ His position, as well as the accused's, is harder than the authority's obligated to prove, since the theoretical principle of evidence prevails that it is more possible to prove positive facts while, negatives can hardly be prove or not at all. Therefore it is almost impossible for the accused or the defender to prove the non-participation, the non-doing, in a crime, since there are hardly any traces of it in the sense of

¹⁶ As Waltos phrases: "the practice of the right to defence does not absolve the authorities from the obligation of proof, and the obtaining of evidences on the trial cannot violate any fundamental citizen rights". Stanislaw Waltos: *The accusee's Procedural Position in the Criminal Proceedings of the Republic of Poland*. Hungarian Law 1974/12. p.736.

¹⁷ The frequent (mostly ethical) question of the laity is loosely related to the presumption of innocence. Should the defender defend the accused when he knows that he is guilty, i.e. not innocent? The answer accepted also by me can be found among others in the Australian literature: "The lawyer generally "does not know" whether the accused committed the crime or not. It is very rarely that the offender confesses his crime, even to his defender. Anyway, it is not the task of the lawyer to decide whether the suspect is guilty or innocent; the task of the lawyer is to do his best to represent the standpoint of his client on the trial. It would be against the presumption of innocence as an essential principle if anyone branded the suspect with guiltiness before passing the sentence by the court, because it would be the violation of this principle." I would add that it would not only violate this principle but the defender's ethics and obligations. See Jan Beven: *The Macquarie. Easy Guide to Australian Law*, Australia, 1994. p.339.

criminalistics. Whereas, the investigating authorities get to the evidences through “traces” (material or personal), which will prove the perpetration of the crime of the accused.

A trend can be noticed in the criminal regulation of the countries¹⁸ that they try to ease, lighten the burden of proof on the authorities by turning it over and inserting a presumption of guilt.¹⁹ (E.g. in France in case of finding customable goods within the country the accused enduring the distraint has to prove that the product entered into his possession after regular customs clearance (paying the duties). Failing this, the authority considers the goods as smuggled and holds the possessor responsible.

In this sense, agreeing with László Blutman, even the practice of the ECHR is not consistent, certain favours can be traced. For example they did not criticize the provision of Holland law that in case of traffic crimes the owner of the vehicle has to prove that it was used by someone else while committing the crime.²⁰

The issue of the burden of proof is also present concerning the coercive measures, especially the detention restricting personal freedom (remandment). The special legal conditions – as in the regulation of the states – are opposed to the presumption of innocence and require the accused (his defender) to prove that he will not escape, counteract the procedure and commit more crimes. I mentioned above that it is rather impossible to prove negative facts, it is time in connection with the past as well. It is even more undemandable that someone tries to exclude future negative facts, the accused or his defender in this case.²¹ Nobody has proven the reality of this on evidential theoretical level. Therefore the burden of proof cannot and must not be turned over.

During the interpretation of paragraph No. 5 of the European Convention, the Hungarian Constitution and the Code of criminal procedure it has to be considered

¹⁸ In today’s law the presumption of innocence is sometimes broken: in France and Great Britain there are already presumptions of guilt, the only requirement is that they must be controvertible and must not encroach on the right to defense. Gyula Borbély: *Memoirs of Siracusa*. *Prosecutors’ Journal* 1998/3. p.67.

¹⁹ See in details: László Blutman: *The Range of the Presumption of Innocence in the European Fundamental Rights*. In: *András Szabó Memorials*, Szeged, 1998. pp. 57-75., L. Pernell: *The Reign of the Queen of Hearts: the Declining Significance of the Presumption of Innocence*. *Cleveland State Law Review*, Vol. 37. 1989. pp. 393-415., J. C. Smith: *The Presumption of Innocence*. *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 38. 1987. pp. 223-243., R. Mahoney: *The Presumption of Innocence: a New Era*. *The Canadian Bar Review*, Vol. 67. 1988. pp. 1-56.

²⁰ László Blutman: *The Range of the Presumption of Innocence in the European Fundamental Rights*. In: *András Szabó Memorials*, Szeged, 1998. p.74.

²¹ This is one of the explanation of the high defender inefficiency on hearings before custody as a special procedure. Even theoretically the defender is not in the position to contradict special future committal reasons by proving negative facts. Therefore the contradictorium also promoted by myself is already precluded from the aegis of the “equality of arms” due to the unbalanced regularization.

that the freedom is rule and the detention is exception. The detention before the judgement cannot even temporarily damage the presumption of innocence.

The right of “silence” is also in connection with the burden of proof since this cannot be brought up against the accused (despite the strong contrary English influential attempts). It does not change the requirement that the prosecutor is burdened with proving the guilt. In this respect the ECHR consistently acknowledges the right of silence and only considers the voluntary confessions as observable.²²

The part-principle of “in dubio pro reo” (in favour in doubt) is a “favor defensionis” institution, i.e. a favour of the defence regarding its extent. “The fact which is not proven undoubtedly cannot be brought up against the accused” says the Code of criminal procedure (article No. 4 of par No. 61), which would be more explicit with positive wording, e.g. only undoubtedly proven facts can be brought up against the accused. It may only be seen clearly from the negative wording that the authority takes the consequences of prooflessness. Actually this part-principle is also dealing with the possible “damages”, failures resulting from the above-detailed “onus probandi”, i.e. the burden of proof. In other words, in case the authorities do not succeed to prove the guiltiness of the accused, he will remain “innocent”, as he was treated before. He was innocent, he must be treated innocent and he remained so since the result of evidence is doubtful. It is the favour of the defence, including the accused (defender), that questioning the facts, that is uncertainty is enough for them. In my opinion this can be interpreted as a compensation or “return” given to the defence for the above-mentioned contradictory evidential possibilities (or rather impossibilities) of negative facts. The subjects of the defence would be doubly afflicted if we also brought up uncertainty against them, besides the negative burden of proof.. The latter is nothing more than a ground for suspicion or a group of iudicia, which is enough for a strong or well-founded suspicion but by no means for certainty. In addition to the above (beyond the examination of the issues of fact) as a restriction, based on Flórián Tremmel’s arguments²³, the defence, including the defender, can only make a well-grounded reference to this principle before the non-appealable peremptory judgement is given in order to influence it and only after exhausting all legal evidential possibilities.

It is also important to mention concerning this part-principle that there are no such cases in the practice of the courts of human rights, since the ECHR does not deal with the examination of issues of facts in connection with criminal responsibility. If they did not comply with this rule, they would become a forum of appeal and

²² See among the ECHR Resolutions: 788/60. 6 Yb. 784., 5523/72. 17Yb 330., 9370/81. 35 DR 79., 8239/78. 16 DR 184.

²³ See Flórián Tremmel: Im. p.87.

unduly intervene in the criminal procedure system of the countries of which they are not a part of and never can be. Therefore such counsel initiations could not be successful. It can only be challenged at most if the proceeding authorities, eventually the proceeding court did not take the presumption of innocence as a basis but the presumption of guilt and held the accused responsible arbitrarily without evidences, which is against the requirement of fair proceedings. It can be seen from the above details that the presumption of innocence is one of the most important, manifold, wide-ranging fundamental principle of criminal proceedings. Detlef Krauss throws the light on its significance outstandingly accurately and briefly when he says: “The presumption of innocence is the maximum of today’s criminal law.”²⁴

The defender and the guarantee of personal freedom

The French “model” of fundamental principles dating back to two hundred years²⁵ has been living on modified country by country, so as in the German-Austrian area of law and in Hungary as well.²⁶ These altering principles include the one indicated (abbreviated) in the title, which according to the Code of criminal procedure “must be respected and can only be restricted in cases and by means determined by the present law. During the proceedings the authorities must ensure the legality of coercive measures restricting citizen rights. The authorities are obliged to inform the participants of the proceedings about their rights and remind them of their obligations.”

The legality of coercive measures has two elements: namely the cases and means of their application. The conditions have to be regulated in the Code of criminal procedure in detail and the proceeding authorities must comply fully with these regulations. In my opinion this is where the defender of the accused bears a part, who is in fact a “guard” of observing the law. It is the right and obligation of the defender to recognize the existence of possible negative conditions and informing the authorities of them, and at the same time to question and doubt the positive conditions.

Besides the conditions of coercive measures the defender also has a guaranteeing role concerning the means of application, because he can control if the measures were taken and maintained by the authorized body, if the decision meets the legal

²⁴ Detlef Krauss: Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren. In: Müller-Dietz (Hrsg.): Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Carl Heymann’s Verlag, Köln, 1971. p.153.

²⁵ The fundamental principles appeared for the first time in the period of 1791-1793 of the French revolutionary legislation and the Napoleon Code of Procedure of 1808.

²⁶ Ervin Cséka: Developing Fundamental Principles in Criminal Proceedings. András Szabó Memorials, Szeged, 1998. p.103.

formal requirements, if it contains the reasons, if the duration of application does not exceed the period determined by law, and finally if it was effectuated in the way determined by law. The examination of these by the defender can conduce to a result that the requirements of proportionality, necessity, equity or contradictorium were not taken into consideration during the application of the coercive measures. In border-cases the decision was not made in favour of the person enduring the coercive measures, the advantage of substitution was not taken (a stricter measure was applied although there was a possibility of a lighter one), the measure was effectuated without mercy (the out-of-turn principle were not applied, inhuman treatment was introduced), or the practice of law by the authorities was soulless-bureaucratic-mechanic- protracted. Raising all these is a right and obligation of the defender. During the whole procedure (including law enforcement) he can observe, motion, petition for release, and he can lodge a complaint²⁷ or an appeal as a legal remedy.

Within the coercive measures – based on the requirements of criminal proceedings and criminalistics – the requirement of “equality of arms” cannot be mentioned. At the same time the necessity of the controlling role of the defence including the professional defending counsel cannot be ignored besides the legality supervision of the public prosecutor, especially in the area of the strictest coercive measures (custody, temporary forced medication). The correct but not sufficient regulation of the Code of criminal procedure on the compulsory defence is in accordance with the above. This should be ensured from the beginning of the custody (i.e. the detaining coercive measure temporarily restraining personal freedom), and the defender should – compulsorily – “control ” it from the first moment of this strict coercive measure. He would have a legal guaranteeing role. Within these frames he can observe and at his discretion initiate the challenging of authority members taking actions contravening the penal code (e.g. breach of personal freedom, breach of domicile, violence during official proceedings, maladministration, defamation, etc.).

Due to the requirement of quickness, which is emphasized and demanded so frequently in criminalistics (erster Angriff – first strike), the authorities (correctly) often take non-postponable actions of investigation including coercive measures, which can influence personal freedom or other citizen rights (inviolability of domicile or privacy, etc.). In these cases the conformation to contradictory proceedings cannot be expected. This condition would make the investigation and the work of the investigating authorities impossible, it would not serve the exposure of facts and the social interest of the pursuit of crimes. At the same time a tendency can be felt that in case of the above-mentioned postponable strictest

²⁷ Flórián Tremmel mentions the less satisfactory regularization of the complaints during investigation, since the prosecutor judges the defensive legal remedies in the case of most coercive measures. The prosecutor “is hardly separated organisationally and his close connection with the investigating authorities does not ensure the totally objective judgement.” Flórián Tremmel: Im. p.292. This insecurity can be diminished by the introduction of the new institution of the investigation judge.

coercive measures under the court's cognizance the contradictory procedure is not an exaggerating wish and recommendation, where the defender can react, oppose and remark on the initiating prosecutor's arguments (evidences and data), then lodge an appeal if necessary and discretionary, which will be judged by a higher (devolutivi) forum.

Since the fundamental principles act as bridges between the codifiers and the administrators of the law, the defender can feel the regulatory imperfectness, contradictions or even unconstitutionality of them. Due to the regulation conflicting with the dual-featured fundamental principles, the defender – as well as the proceeding authority – can appeal to the Constitutional Court of the Republic of Hungary referring to unconstitutionality.²⁸

The defence, including the defender, also has a possibility to appeal to international forums in certain cases after exhausting all domestic legal remedies. Among others to the European Commission on Human Rights since par No. 5 of the European Convention contains the right to freedom and security, or to the Human Rights Committee of the UN since par No. 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights contains the right to personal freedom, and par No. 10 contains the right to humane treatment with persons under arrest.

I also consider the question concerning the topical fundamental principle to be connected with the defender whether the authorities are bound to give legal information to the participants of the proceedings, including the accused, if he has a defender, especially a defending counsel. In many cases the second turn of the legal paragraph can only be detected in practice, e.g. the warning of obligations. That is inevitable, in spite of the legal information,²⁹ which starts at the first meeting with the accused, or rather the person enduring the coercive measure (that is not sure to be an accused, because no well-grounded suspicion has been announced to him yet), for example at perquisition, arrest or custody. In my opinion one of the basic characteristics of principled regulation is that it cannot be weakened, "softened" by the authorities. It has to be totally obeyed even when the accused does not want to exercise any of his rights and he announces it in advance. Even the presence, rights and obligations of the defending counsel do not make it unnecessary. The content and frames of the information given by the authorities is different from that of the defending expert. The defending counsel is not more than the control and not the executor of this fundamental principle. He is not obliged by the principle; the source of his information and authorization

²⁸ The Constitutional Court has decided on the anti-constitutionality of the regulations of coercive measures constraining personal freedom in some of its resolutions. (e.g. regarding custody: 19/1999. (VI. 25.), 26/1999. (IX. 8.). AB Resolutions).

²⁹ Concerning the Miranda-case István Szikinger also mentions the American defects of police (investigating authority) information: "The policemen acknowledged on the judicial trial that they had not warn the accused of his right that he could contact a defender, but – according to them – he himself had not claim the presence of the defender during the interrogation." István Szikinger: The Miranda-case. Interior Review 1990/3. p.111.

is his oath, the ethical code and other regulations of the Code of criminal procedure.

The defender and legal remedies

There are no jurisdictional systems without malfunctions. This is not a problem in itself, only when they cannot be remedied. The purpose of the right of appeal is the correction of defective criminal decisions and measures of the authorities. This right can not only be applied to correct active actions of the authorities but also in case of violations of the law by the authorities in a form of possible defaults.³⁰

The actual administrant persons and cases are always defined by the Code of criminal procedure.³¹ Generally we can say that the right of appeal is a tool also available for the subjects of the defence (except the cases excluded by law), which can be aimed at the correction of factual (error in facto), procedural (error in procedendo) and substantive law (error in iure) errors. The defender participating in the case can also be found among the subjects of the defence besides the accused, although the regulation of the right of appeal is not equivalent for both subjects. The accused's right of appeal is wider and in several cases the defender's remedy is restrained depending on the accused's will. These are the extraordinary legal remedies: in these cases the defender can only lodge an extraordinary appeal in accordance with the accused's will or lacking his protest. In my opinion this provision unduly restrains the autonomy of the defender (and consequently the principle of defence) which is still existing in the ordinary procedure, and does not even serve the revelation of substantial truth, which is part of the main purposes of criminal proceedings. Article No. 5 of par No. 57 of the Constitution declares the right to legal remedy as criteria of fair proceedings when it says: "...determined by law everyone has a right to appeal against such a judicial, administrative or other authority's decision that interferes with his rights of lawful interests."³²

³⁰ Above its guaranteeing significance the possibility of legal remedies also incites the investigating authorities (prosecutor) and the court to accuracy. They bring their decisions knowing that they can be reviewed and revised.

³¹ Ervin Cséka refers to the tradition of casuistic regularization when he says: "As in the old Hungarian law, during investigation (examination) the typical regularization method is the occasional – and not general – denomination of the persons having the right of appeal. ... In the investigation (examination) phase although the casuistic regularization of the persons having the right of appeal and their related right of appeal can emphasize the most important controvertible decisions, measures and the role of the persons having the primary right of appeal, but at the same time this regularization method means a considerable limitation to the right of appeal against other investigation (examination) decisions, including the persons having such a right. (E.g. in old Hungarian law no appeal lies against the cessation of the investigation.)" Ervin Cséka: *Basic Doctrines of Criminal Legal Remedies*. Budapest, 1985. pp. 146-147.

³² In spite of this the regularization was not found anti-constitutional by the Constitutional Court in its Resolution No. 1320/B/1993. sz. AB.

The right of appeal of the two subjects of the defence is totally similar in one sense; namely both can only be one-way and in favour of the accused.

I consider the right of appeal³³ as a fundamental principle valid for all phases of criminal proceedings, thus for the investigation, the intermediate, the judicial and the law enforcement phases. In the investigation phase, including the prosecutor's intermediate procedure, the defender has a possibility to lodge a complaint against the decisions, actions or default of actions of the authorities. In the preparation procedure of the trial, on the trial and in the law enforcement phase he can exercise his right to appeal³⁴ and to initiate extraordinary legal remedies. At the same time we can state that this right is not so univocal and consistent in practice. For example, the defender can only appeal against default during the investigation; this is irrational for later decisions and procedure actions. The same concerns the measures, which also arise rationally in the investigation; their characteristics in the judicial phase and measures is that they cannot even be regarded as suit-conducting orders, therefore the possibility of legal remedies is out of question. With regard to the many exceptions – that basically weaken the rule – and agreeing with Flórián Tremmel “a more qualified wording would be more real and manageable. E.g. a separate remedy lies against peremptory decisions. The law exceptionally allows legal remedy against certain actions and decisions (or the default of them), if they violate citizen rights or principles of criminal proceedings.”³⁵

The defender and the defence

As I mentioned above, the sources or roots of the fourth dual-based – constitutional and criminal procedural – principle, reach back to the universal principle of the presumption of innocence. The accused has the right to defence

³³ I believe that the defensive right of appeal in a wider sense includes certificates (plea for certificate) available in all phases of the procedure, and special legal remedies like plea for trial, caveat, “inspectorial complaint” (acc. to Attorney General).

³⁴ The ECHR case of *Diana v. Italy* refers to the right of appeal in the law enforcement phase, where the Court stated the violation of Par. 13 of ECHR (right to effective legal remedy), based on the fact that no appeal lied against the decision of the law enforcement judge ordering the inspection, merely the judge itself bringing the decision could be petitioned for the revision of the disposition in a plea for equity. (Par. 13 – Right to effective legal remedy: Any persons, whose rights and freedom determined by the present Convention were breached, have the right to petition the domestic authorities for effective remedy of the injury even when these rights were breached by persons proceeding in their official capacity.) Summary of the Sentence dated 15th November 1996. *Judicial Decisions* 1997/10. pp. 795-796.

³⁵ Flórián Tremmel: *Im.* p.466. I would add that the new Code of criminal procedure does not even establish the principle of the right to appeal in the fundamental principles, the possibility of legal remedies is only given in the detailed regularization to the subjects of the defence, among others, in certain cases.

and a defender because the criminal law enforcement would only be fair³⁶ (impartial and just) and total if its purpose is not only the detection and the ascertainment of crimes and the offender but also the complete enforcement of the accused's rights and the protection of the non-guilty and their rights. The defender joins to the observation of the substantial truth as a guarantee element, especially the professional defending counsel, with his skills³⁷ and experience, who is a counterpole in some degree to the investigation and prosecution authorities. In some degree, because the total equity – even being aware of the authorities' material defending obligation – is out of question, due to the many means (secret or open investigation actions, coercive measures, etc.) of the authorities, which cannot be found at the disposal of the defence of defender. Based on the acceptance of the dominance of the prosecution, the codifier embodies some favor defensionis³⁸ rules as a compensation, which are the favours of the defence in the phases of criminal proceedings, especially during the trial. However, the defence itself is never a kind of favour but the natural right of the accused. Therefore it must be ensured in any ways by a defender.

The predominance of the institution of defence is not only ensured by international, constitutional norms and provisions directly referring to the accused and the defender, but also the constitutional criminal procedural system in itself. This includes:

- the division of procedure tasks, including the recognition of the defence as an independent procedural function. This shows that the accused is not an object but a subject of the procedure. In accordance with this he obtains duly adequate rights to defend himself personally on the one hand, and on the other hand by a defender that proceeds in favour of the accused but exercises his rights independently (technical or formal defence)³⁹,

³⁶ According to Article 3/c. of Par. 6 of ECHR: "Every person suspect of a crime has the right – at least – to defend himself personally or with the help of a defender selected by him, and should he have no means at his disposal to remunerate the defender, a counsel must be officially assigned to him free of charge, if it is required by the interests of jurisdiction." In the Hungarian Code of criminal procedure the "paid" assigned defender does not meet this requirement.

³⁷ Géza Katona refers to the significance of defender skills when he says: "It is not doubtful that nowadays not only the law practisers are not able to perform the evaluation by mathematical means but also the interested persons in the trial (accusee, defender, offended party, etc.) are not able to review and control it. Maybe in the future general education will also include this mathematical knowledge, but hopefully the professional conditions of the application of these probability theory methods on trials will be created earlier." "Not only the proceeding authorities but also e.g. the defence should be able to evaluate the evidences..." Géza Katona: *Real or Unreal? Evaluation in the Proof on Criminal Trials*. KJK, Budapest, 1990. pp. 96 and 304.

³⁸ According to Ervin Hacker: In order to possibly eliminate or at least balance this inequality on trials, the criminal practices of the courts ensure some counts of advantages and favours (favor defensionis) for the accused against the prosecutor especially where exclusive rights are concerned (e.g. last plea)." Ervin Hacker: *Short Outline of the Hungarian Criminal Proceedings Law*. Miskolc, 1943. p.216. (See: *Criminological Publications*, 1989. 28. Memoir of Ervin Hacker.)

³⁹ Ruzstem Vámbéry discusses the aimlessness of the distinction between the two forms of defence (formal and material): *Handbook of the Code of Criminal Procedure*. Budapest, 1916. p.107.

- the presumption of innocence, since the prosecutor has to prove the guiltiness and not the accused his innocence,
- on the basis of the principle of officiality, the authorities are also obliged to reveal the material defence, the attenuating and mitigating circumstances (par No. 5 of the Code of criminal procedure)⁴⁰,
- in the frames of fair proceedings the contradictorium comes to the fore in the trial phase, where the accused and the prosecutor has similar rights during the proof⁴¹ under the aegis of the equality of arms.

At the same time there is a tension between the regulations of the Constitution and the Code of criminal procedure⁴², because the Constitution speaks of the “person under procedure”, while the Code that of the “entitled to defence”. “The accused has the right to defence. The authorities must ensure that the person, which is under the procedure, could defend himself in the way determined by the current law.⁴³ A defender can proceed in favour of the accused in any phases of the procedure. The accused can choose a defender from the beginning of the procedure.”

The fact that there is a person under procedure before the adjudication to being on accused is the basis of the tension. There is a person, against whom the proceedings are taken from the beginning, denominated by name, seen also from the decision ordering an investigation. However, the entry of the defender is only valid from the real action of the adjudication to being an accused, before this he cannot exercise his rights by today’s interpretation of legal force. In my opinion the Constitution as a fundamental statute must be standard, it should be the bases

⁴⁰ Concerning the material defence Ákos Farkas-Erika Róth co-authors aptly mention that if the authorities – observing the dispositions of the regulation – took their material defensive activity seriously, the defender has no other tasks than to present a “super” pleading. Ákos Farkas-Erika Róth: Witness Protection in Criminal Proceedings. Hungarian Law, 1992/10. p.585.

⁴¹ Ágnes Frech refers to the real situation contrary to the principle when she says: “Let’s examine the equality of clients. It reads as follows: “In the judicial procedure during the proof the prosecutor, the accused and the defender have similar rights.” In reality this is not the case, the inevitable legal disadvantage is far more typical on the side of the person under procedure and the defence. The documents are made in three copies during the investigation, one of which is sent to the prosecutor, the other to the court, and as a counterpole, the suspect or his defender can view the documents, perhaps make notes and photocopy them at his own costs. The person itself, who has the elemental interest to prepare satisfactorily for the defence knowing the evidences against him, is not and can not be in possession of these data.” Ágnes Frech: Dialogue on the Hypocrisy of our Criminal Law. Interior Review 1991/1. p.50.

⁴² Flórián Tremmel shows that the situation is even more complicated, because a third kind of regularization of the defence appears in the court organisation law. “The defendant has the right to defence and to choose a defender.” (Par. 9. Point 1.) This threefold regularization can easily induce three different interpretations of law.” Flórián Tremmel: Im. p.88.

⁴³ Mihály Tóth discussed the defending of the accused in details in his relevant Ph.D. dissertation. (Budapest, 1989). See the recension of the qualifying examination: Endre Bócz: Ph.D. Dissertation on the Right to Defence. Interior Review 1990/3. pp.28-34.

for procedures and interpretation. The other solution would be the clarification of the Constitution by using the expression “accused”.⁴⁴

The regulation does not give unambiguous answers to many questions besides the indefinitude of the circle of subject. These are:

- Does the right of defence include the right to choose a defender?
- Would the core of the right of defence exactly be the defending by a defender, opposed to the accused’s personal defence?
- Does only the accused have a right to defence, and not the defender or only by originating from the former?
- Is the employment or provision of a defender (the defender for the technical defence) free of charge; in other words is the right of defence a right to a free of charge defender?

I am going to give my answers below to these questions on the bases of literary and legal interpretations.

The constitutional right of defence manifests itself firstly in the own procedural rights of the person under criminal procedure; secondly in the right to employ a defender; thirdly in the legal position of the defender; and finally in the obligations of the authorities, which ensure that the person under procedure can learn the criminal claims against him, define his position, advance his arguments against the claim, make his comments and motions concerning the activities of the authorities, in brief exercise his accused rights.

The function of the defence is apparently secondary to the function of the prosecution. The only core of this appearance is that the procedure is not initiated by the defence and it focuses on the attenuation and the annihilation of the accusation, therefore it must adjust itself to the prosecution. The primary subject of the defence, the accused, has the right to defend himself and also to employ a defender of his choice (whose charges have to be borne by the state in certain cases). The evaluation of the constitutional right of defence is only possible based on the joint consideration of the accused’s and defender’s rights.⁴⁵ At the same time the two persons are separated from each other according to their rights, although not sharply. The independent practice of law by the defender is not in doubt either,⁴⁶ which ranges on a tighter to a wider procedural scale on different

⁴⁴ This would be rather necessary because the secret investigations are also against “persons under procedure”.

⁴⁵ This approach is in accordance with the ECHR practice on the defence of human rights and essential freedom. (See X.v. Austria, Appl. No. 6185/73. DR. 68: Ensslin and others v. FRG. Appl. Nos. 7572/76, 7586/76, 7587/76. DR. 14, 64)

⁴⁶ Also according to the similar adjudgement of the Constitutional Court: “...the defender is an independent person of the criminal procedure, his rights are not transferred rights but autonomous procedural rights serving the objective interests of the person under criminal procedure”. See: Constitutional Court Resolution Nos. 6/1998. (III. 11.), 1320/B/1993 AB, ABH 1995, 683, 685. In the same Resolution the Constitutional Court was not content with ensuring the formal right to defence, but on the one hand demanded its effective prevalence, and on the other hand deliberately extended this right to the adequate preparation of the accused and the defender, and the practice of their rights. Here the Court also referred to the constitutional limitability of the right to defence and that it is not being absolute.

occasions (e.g. tighter in the right of appeal, wider in the right of presence). Mihály Tóth considers and deals with the accused's right to defence (practised personally) as an independent phenomenon within the right of defence in broad sense.⁴⁷ Since a defender is employed only in few cases, he indicates as an explanation for the difference between "defence" and "defending", that in the cases of the other accused it is only correct to speak about personal defending, which can be established on the right of defence. The right to defending emerges in a form of actual procedural rights on the level of "individual" in philosophical sense. However, this does not exclude us from considering it as the totality of accused's rights on the "particular" level and as the projection of universal human – and not civil – rights in general, on the level of principles.

The accused has the right to choose his defender under any circumstances.⁴⁸ No lawyer can be enforced on anybody from outside.⁴⁹ However, his decision is limited to the extent that in certain cases he cannot abdicate the participation of a defender for any reasons. These are the cases determined by law (compulsorily defender cases). In this case the compulsory (non-abdicable) participation of the defender ensures impartiality, fair procedure and judgement. Should the accused decide within his freedom of defence that he will not choose a defender, the authorities assign a counsel for him; he has no means to prevent or appeal against this, since this guarantee ensured by the state is originated from the presumption of innocence and not from the right of defence or the autonomy of the accused. The participation of a defender in the proceedings is obligatory without regard to the defendant's will on every occasion when it is necessary because of the importance of the case, the personality or the exposed situation of the defendant, or the actions of the public prosecutor. In these cases opposed to the current regularisation the state should ensure at least the persons in need a trained

⁴⁷ Mihály Tóth: Im. p.219.

⁴⁸ According to Ákos Farkas-Gábor Pap co-authors: "The regularization of the Code of criminal procedure turns the right to defence into a right to a defender." Agreeing their standpoint we can state, "The employment of the defender, his rights and the legal security are only parts of the right to defence. The above-mentioned section of the Constitution clarifies that the right to defence is a right of the accused. He can exercise this right throughout the whole duration of the criminal procedure. The criminal procedural regulations are only in accordance with the Constitution if they ensure the legal defensive means and the right to select them freely for the accused. Even his defender, presently his assigned counsel, cannot limit this right." Ákos Farkas-Gábor Pap: Constitutionality and Criminal Proceedings. Criminology and Criminalistics Yearbook. Budapest, 1993. p.59.

⁴⁹ As Teréz Szabóné Nagy says: "According to the content of the fundamental principle of defence the accused is only entitled to but not obliged to defend himself. The accused cannot be forced to exercise the right to defence and to defending, and he can decide whether he wants to behave himself actively or passively in general during the procedure including the trial phase. The situation is different in the case of the defender: when he represents the interests of the accused during the procedure, he is not only entitled to but – according to the regulations of legal force of the Code of criminal procedure – he is also obliged to exercise the rights necessary for the defence." Teréz Szabóné Nagy: Simplification of Criminal Proceedings. KJK, Budapest, 1970. p.316.

defender (defending counsel) free of charge.⁵⁰ We should not be content with a simple advancing, because this is required by state – public will – interests concerning the just, impartial and fair proceedings and decisions.⁵¹ This public defence and its efficiency must be guaranteed and also financed by the state.⁵²

⁵⁰ As György Auer wrote more than sixty years ago: “The ability to practice unobstructedly the legal rights of the accused requires first of all the free prevalence of defence in all procedural phases. Those who believe that the most urgent tasks of the criminal procedural reform is the improvement of the accused’s position in the preparation procedure show correctly, that this goal can only be achieved if the proper fulfilment of the defender’s position is ensured institutionally. We provide different rights for the accused in vain if we do not take measures that a professional person advise him on the usage of these rights. The mode of fulfilment of the defender’s position is related to material and professional issues, therefore it would require the establishment of institutions, which are outside of the frames of the Code. The provision of officially assigned counsels and public defenders assigned to the Table main trial by the Code as little solved the question as little the motions until now seem expedient.” György Auer: *The Hungarian Criminal Procedure Law*. Budapest, 1938. Par.18.

⁵¹ Ákos Farkas-Erika Róth also represents this opinion referring to the European standards: “We believe that in Hungary the State does not, or not sufficiently assures the necessary conditions. The defence must be free of charge from the side of the defendant and not of the defender. As we already mentioned, it is the obligation of the State having the monopoly on criminal jurisdiction to guarantee the provision of resources for jurisdiction.” Ákos Farkas-Erika Róth: *Im*. p.587.

⁵² A separate budget must be established for this (as for other state functions) from the taxes paid by tax-payer citizens as “potential accuseds”.

Gellén Klára

Az Új Polgári Törvénykönyv koncepciójához

1. A szerződés érvénytelenségének tárgyköréből

A Polgári Törvénykönyv (Ptk.) a szerződések általános szabályai körében foglalkozik az érvénytelenség kérdésével. Megadja az érvénytelenség két esetének, a megtámadhatóságnak és a semmisségnek a lehetséges okait, illetőleg az ezek fennállásakor alkalmazandó szabályokat. Ezen túlmenően, konkrét szankció-rendszert beépítve, meghatározza az érvénytelenséghez kapcsolódó jogkövetkezményeket.

Az érvénytelenség lényege, hogy a szerződés megkötésekor fennáll valamely jogszabályban meghatározott körülmény (semmisségi vagy megtámadási ok-érvénytelenségi ok), amely miatt a szerződés nem alkalmas a kívánt joghatás kiváltására. A Ptk.-ban rögzítettek mellett más jogforrásban is találkozhatunk speciális érvénytelenségi okokkal (pl. 2001. évi CXX. törvény a tőkepiacról, az 1997. évi CXLIV. törvény a gazdasági társaságokról), így a Ptk.-ban található okok nem tekinthetők kizárólagosnak.

A Ptk. az érvénytelenség megállapításakor, mind a semmisség, mind a megtámadhatóság vonatkozásában, rögzíti az alapvető elvárásait (semmisség:234.§,megtámadás:235-236.§).

Összevetve a semmisségre és a megtámadásra adott szabályokat, megállapítható, hogy a Ptk. a semmisségre a 234.§-ában egyértelműen permisszív, eltérést engedő rendelkezést ad. Ugyanakkor a megtámadás esetére adott szabályaiban ilyen kitévelt, miszerint azok akkor alkalmazandóak, ha törvény kivételt nem tesz, nem található. Ebből arra következtethetünk, hogy mindazok a szabályok, melyeket a megtámadásra a 235-236. §-ban rögzít, kötelező, eltérést nem engedő előírások. (Feltételezhetően, ha nem így lenne, akkor ugyanúgy, ahogy a semmisségnél, itt is kifejezetten megadta volna a felhatalmazást az eltérő rendelkezésre.) Így viszont felmerül az a kérdés, hogy nem ütköznek-e a Ptk. megtámadásra vonatkozó előírásaiba azok a jogszabályi rendelkezések, melyek az általuk meghatározott megtámadási ok mellé egyéb "eljárási" szabályokat is rögzítenek. (Pl. a tőkepiaci törvényben a félrevezető tájékoztatás esetén az ügyész-akire nem alkalmazható a 235.§(2) bekezdése- kizárólagos megtámadási joga a Fővárosi Bíróság előtt, vagy a Ptk.-ban található általános szerződési feltételek megtámadása, ahol szintén nem a klasszikus szabályok alkalmazandóak)

A fenti ellentmondás megszüntetése érdekében indokolt lenne az új Polgári Törvénykönyvbe a megtámadásra vonatkozó szabályok esetében is felvenni a jogszabály eltérő rendelkezését lehetővé tevő kitévelt.

2. A Ptk. meghatározza az érvénytelenséggel együtt járó szankciórendszert is (237-238.§). Ezek a jogkövetkezmények kötelező jelleggel alkalmazandóak a szerződés érvénytelenségének fennállása esetében. Tőlük az eltérést a Ptk. nem engedi. Éppen ezért, amikor egyes jogszabályok (pl. társasági törvény) az érvénytelen szerződéshez külön jogkövetkezményeket rendelnek, akkor valójában ezt a Ptk.ba ütközően teszik, mivel az érvénytelenség önmagában már a szerződés objektív következményének tekintendő, melynek fennállásakor a jogkövetkezmények - eltérést nem engedően - pontosan rögzítve vannak. Ennek megfelelően a fenti megállapítás erre az esetre is érvényes, **vagyis, amennyiben az eltérést az új Ptk. kivételként meg kívánja engedni, a jogkövetkezmények tekintetében is szükséges lenne a permisszív kitével beépítése.**

3. Az érvénytelenség a jogszabályban meghatározott okok fennállása esetén bekövetkező objektív jogkövetkezmény, melyhez a Ptk.-ban konkrétan megjelölt szankciók kapcsolódnak. Indokolt a tervezetben is szereplő az a változtatás, hogy a Ptk.-ban az állam javára marasztalás, mint jogág idegen intézmény ne szerepeljen. Így a megmaradó jogkövetkezmények a felek magatartásától függetlenek, valójában csak a szerződés objektív vagyoni kompenzációját adják meg. A tervezet is felhívja a figyelmet a 32. PK.-ban foglaltakra, miszerint bizonyos többlettényállási elemek fennállása esetén egyéb szabályok Pl. kártérítés, jogalap nélküli gazdagodás szabályai is alkalmazandóak. S ennek megfelelően az eddigi 238.§(2) bekezdésében foglalt kártérítési igény lehetőségét az érintett harmadik személyen túl ki kellene terjeszteni a szerződő félre is.

Ugyanakkor, figyelemmel a Kártérítés általános szabályaiban tervezett változtatásokra, itt indokolt lenne továbbra is megtartani a szubjektív kártérítési felelősséget. Ekkor, mintegy az érvénytelenség szubjektív jogkövetkezményeként, megfelelően szankcionálva lenne pl. a fenyegetéssel, kényszerítéssel stb. szerződő fél magatartása, amennyiben a másik félnek jogellenesen kárt okozott. Ennek megfelelően az érvénytelenség objektív következményeinek alkalmazása mellett - amennyiben a jelenlegi Ptk. általános szabályai alapján a kártérítési felelősség megállapításának többlettényállási elemei fennállnak - kártérítéssel is lehet élni. Mindezekre tekintettel **az adott helyzetben általában elvárható (felróható) magatartáson alapuló felelősség fenntartása, a koncepcióban példálózva felsorolt esetek mellett (pl. önhiba, egyetemleges felelősök belső viszonya),itt is indokolt.** A felróhatóság elvén alapuló kártérítési kötelezettség fenntartása az objektív következményekhez kapcsolódva, a szükséges többlettényállási elemek fennállása esetén, egy represszív polgári jogi szankció szerepét töltené be.

2. Az értékpapírról

A Ptk. koncepciója indokoltan bizonytalan az értékpapírr jog szabályainak elhelyezése, és azok részletességének kérdésében. Osztom azt a nézetet, miszerint külön könyv felállítására nincs szükség, ugyanakkor úgy gondolom, hogy a Kötelmi jog című negyedik könyvben elhelyezett ötödik részt szélesebb területet felölelő címszavakra kellene osztani, és ezzel együtt a szabályozást összességében részletesebbé kellene tenni. Így a Ptk. megpróbálhatna, az egyébként természetszerűleg heterogén értékpapír-szabályok között, némileg rendszert teremteni. Hangsúlyozom, hogy a heterogenitás az értékpapírr jognak más jogterületekhez kapcsolódása miatt teljesen sohasem szüntethető meg, ugyanakkor miért ne lehetne a polgári jogi anyagi szabályokat egy kicsit rendszerezettebbé tenni. Ezen a fonalon haladva, az alábbiak szerint képelem el az értékpapírr jog szabályozásának a felépítését.

Az értékpapírr ok elhelyezése megmaradna a kötelmi jog könyvben, továbbra is alapesetként kezelve a kötelmi jogi értékpapírr t, viszont az ötödik rész címe Az értékpapírr kötelmek általános szabályai helyett, Értékpapírr kötelmekre változna, és ezen belül három fejezetre tagozódna:

Ötödik Rész: Értékpapírr kötelmek

1. Az értékpapírr kötelmek általános szabályai

2. Egyes értékpapírr ok

3. Értékpapírr szerződések

1.

Az első fejezetbe kerülnének mindazok a témakörök, amelyeket a koncepció egyébként is az általános szabályokban helyezett volna el. Itt kerülné meghatározásra az értékpapír általános fogalma oly módon, hogy egy okirat értékpapírrá minősítéséhez elegendő legyen csak a Ptk. rendelkezéseinek megfelelnie, s ezen felül - eltérően a jelenlegi szabályoktól - nem kellene egy speciális jogszabály feltételrendszeréhez igazodnia. Az értékpapír kritériumokat, tartalmi, minimális formai feltételeit ez a fejezet tartalmazza a koncepcióban foglaltak szerint (alaki legitimitáció, kifogás-korlátozás stb.).

Az értékpapír normatív meghatározásánál törekedni kell arra, hogy rugalmassága ellenére ne legyen túlságosan általános a fogalmi meghatározás. Ez lehetőséget adna a tömegesen kiállított, egyébként az értékpapír tényleges sajátosságait csak nyomokban magán viselő okiratok megteremtésére. Pontosán fel kell vázolni a fogalom megadásán túl, mindazokat a normatív tényezőket, melyek az értékpapírok szükségszerű velejárói.

A fogalom és az alapvető értékpapír-sajátosságok megadása után kerülhetne sor a fenti szabályoknak az egyéb jogot megtestesítő értékpapírokra történő kiterjesztésére.

Ezt követően ismertetésre kerülnének az értékpapírok típusai, és az ezek átruházására vonatkozó részletes szabályok. [A "névre szóló értékpapír" elnevezés terminológiai zavarának megszüntetésére esetleg megoldást jelentene, ha a névre szóló értékpapírnak két fajtája létezne: forgatható és nem forgatható értékpapír (az utóbbi a jelenleg névre szólónak nevezett értékpapír (rektapapír), amit csak engedményezéssel lehet átruházni). Ez alapján lehet az értékpapír bemutatóra és névre szóló, mely utóbbinak két fajtája - megnevezésében is - a forgatható és a nem forgatható értékpapír. Másik megoldás lehetne az, ha a névre szóló értékpapír csak a forgatható értékpapírt jelentené, ahogy egyébként jelenleg is olvashatjuk az értékpapírokra vonatkozó jogszabályszövegekben, s az engedményezéssel átruházható értékpapír teljesen más elnevezést kapna]

Az átruházás szabályainak ismertetését követően szükséges lenne az igényérvényesítés, óvás, a megsemmisítés és nem utolsósorban a dematerializált értékpapír szabályainak az általános tételek között történő rögzítése.

2.

A koncepciótól eltérően, a fenti szabályokon túl az egyes értékpapírok címszó alatt teljes szabályozással együtt elhelyezésre kerülnének azok az értékpapírok, melyek nem kapcsolódnak más jogterülethez, jogintézményhez. Az ezekre vonatkozó speciális jogforrások nem tartalmaznak olyan rendelkezéseket, melyeknek a Ptk.-ban ne lenne helyük. Így teljes egészében a Ptk. rögzítené a váltó, csekk, kötvény, kincstárjegy, letéti jegy (e két utóbbit lehetne a kötvény alá rendelve szabályozni, mint kötvényjellegű értékpapírokat) szabályait. Az értékpapírok másik csoportját csak fogalmi szinten (esetleg egyes nélkülözhetetlen "anyagi jogi" szabály felvétele mellett) építené be a Ptk., mivel azok részletszabályai elválaszthatatlanok más, a Ptk.-ba nem tartozó jogintézményektől. Idesorolható a részvény, közraktári jegy, jelzáloglevél, szövetkezeti üzletrész, befektetési jegy. Ezek tekintetében továbbra is megmaradna a speciális jogszabály, amely további részletezését adja meg: jelzáloglevélnél a jelzálog-hitelintézet, részvénytársaság, közraktári jegynél a közraktározás, befektetési jegynél a befektetési alap, szövetkezeti üzletrésznél pedig a szövetkezetre vonatkozó szabályoknak. Ezeknek az értékpapírok témakörben tárgyalása teljesen indokolatlan.

A fejezetben megadott értékpapír-felsorolás nem tekinthető kimerítőnek. Úgy is mondhatnánk, hogy nem teremt az értékpapírok vonatkozásában típuskényszert, hiszen akkor értelmetlen lenne az első fejezetben felvázolt normatív rendelkezések megadása. Így egy okirat értékpapírrá minősítéséhez elegendő, ha az az általános szabályokban foglaltaknak megfelel.

3.

Az értékpapírokra kötött szerződésekre a koncepció a legcélravezetőbb megoldásnak azt tekinti, ha az egyes szerződéseknél külön-külön utalva adja meg a rájuk vonatkozó szabályokat. Talán jobb lenne ezeket az értékpapírkötelmeken belül tárgyalni. Ekkor az egyes tipikus szerződésekre vonatkozó szabályok általános háttéranyagát képeznék az értékpapírokra jelen címszó alatt megadott speciális rendelkezéseknek (pl. adásvétel, letét, bizomány, kölcsön, megbízás). Ezen túlmenően, a Ptk.-nak fel kellene vennie ide a tőkepiaci törvényben található ügyletek polgári jogi háttérszabályait is (pl. a tőzsdei ügyletek, az értékpapír forgalomba hozatalakor kötött szerződések anyagi jogi szabályai).

Amennyiben itt kerülnének elhelyezésre az értékpapírokra kötött szerződések speciális szabályai, akkor talán könnyebb lenne összefüggéseiben átlátni az értékpapír-ügyletek anyagi jogi háttérét, s emellett a Ptk. kötetmi általános részében, és az egyes szerződéstípusoknál megadott szabályaival ugyanúgy meg lehetne teremteni az összhangot, mintha a harmadik rész egyes szerződéseinél külön utalnánk rájuk.

Jakab András: Az osztrák EU-csatlakozás alkotmányjogi szempontból

A közelgő magyar uniós tagság számos olyan jogelméleti és alkotmányjogi kérdést vet fel, amivel Magyarországon még keveset foglalkoztak. Jelen munka arra vállalkozik, hogy az EU-csatlakozás kapcsán felmerült legérdekesebb és legtanulságosabb osztrák alkotmányjogi problémákat bemutatja, ill. arra, hogy Ausztria ürügyén a közösségi jog és a tagállami jog viszonyát tárgyalja.

A munka megírása közben igyekeztem, hogy az írás megértése ne igényeljen se különösebb osztrák alkotmányjogi, se különösebb európai jogi előismereteket.

Az I. fejezetben az EU keletkezésével, a szupranacionalitás kritériumaival és az EU jogi természetével foglalkozom. Arra a megállapításra jutok, hogy a hagyományos államelméleti fogalmakkal (szövetségi állam, államszövetség) az EU leírhatatlan.

A II. fejezet témája az "olvadó" tagállami (konkrétan osztrák) szuverenitás az EU-ban. Külön részek foglalkoznak a jogalkotási szuverenitás problémájával, a nemzetközi szerződések kötésének jogával, és a Gazdasági és Pénzügyi Unió következményeivel, valamint a Politikai Unió következményeivel.

A III. fejezetben az osztrák népképviselői szerveknek az EU döntéseit befolyásoló lehetőségeire térek ki, felvázolva ennek EU-jogi határait is.

Végül a IV. fejezetben a jogvédelem és különösen az alapjogvédelem változásait tekintem át: egyrészt az osztrák jogvédelmi lehetőségek szűkülését, másrészt a részben ezek helyébe lépő uniós jogvédelmi rendszert.

A műhöz függelékként csatolom egyrészt az osztrák szövetségi alkotmány hatályos szövegének azon legfontosabb részeit, melyek az EU-csatlakozás alkalmával kerültek bele, másrészt a szövetségi alkotmány azon részeit, amelyek a csatlakozás jogtechnikai problémáit okozták, továbbá az ezeket a problémákat megoldó szövetségi alkotmánytörvényt (természetesen mindet magyar fordításban).

A terminológiával kapcsolatban annyit jegyeznek meg, hogy a (hazai és nemzetközi) szakirodalomban valamint az EU szerveinek hivatalos megnevezéseiben uralkodó teljes zűrzavarhoz és következetlenséghez én is csatlakoztam: az EU-jog és a közösségi jog kifejezéseket szinonimaként használtam, és gyakran ott is EU-t említettem (vagy Uniót), ahol tulajdonképpen csak az Európai Közösségről, vagy az Európai Közösségekről van szó. A szerződések cikkszámait az új (amszterdami) számozás szerint idézem.

I. Az EU és jogi természete

Az Európai Unió az európai együttműködés három különböző szervezetét foglalja magába. Ezeket nevezzük az EU három pillérének.

Az első pillér megintcsak három közösségből áll, mégpedig az Európai Közösségből (korábban Európai Gazdasági Közösség), az Európai Atomenergia Közösségből és az Európai Szén és Acélközösségből. A hagyományos felfogás szerint három formálisan elkülönült szervezetről van szó, amelyek azonban közös szervekkel bírnak, de nem olvadtak össze egy egységes európai közösséggé □ ezt a véleményt azonban nem mindenki osztja.¹ Európai Közösségként szokták jelölni a három közösség együttesét (amit azonban precízebben Európai Közösségeknak kellene nevezni), valamint a korábban Európai Gazdasági Közösségnek nevezett szervezetet is.²

Az Európai Közösségek alkotják az EU magját, amelyhez a *Közös kül- és biztonságpolitika* mint második pillér és a *Büntetőügyekben való rendőrségi és igazságügyi együttműködés* mint harmadik pillér csatlakozik. Ezek esetében hagyományos értelemben vett államközi együttműködésekről van szó. Az EK bizonyos szervei azonban (Tanács, Bizottság és Európai Bíróság [EuB]) e két utóbbi pillér nevében is cselekednek - így hát ők nem csak a

¹ a *mainstream* pl.: Albert Bleckmann: *Europarecht. Unter Mitwirkung von Martin Coen et al.* Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag KG 1997. 75-85. o.

de igen meggyőző kisebbségi vélemény: Armin von Bogdandy - Martin Nettesheim: *Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union.* in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1995. Heft 36. 2324-2328. o.; ugyanez kiérleltebb változatban: Armin von Bogdandy - Martin Nettesheim: *Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung.* in: *Europarecht* 1996. Heft 1. 12-20. o.

² Theo Öhlinger: *Verfassungsrecht.* Bécs: WUV-Universitätsverlag 1997. (a továbbiakban: ÖhlingerVfR) 80-81. o.

Közösségek, hanem az EU szervei is (EUSZ [az Európai Uniót létrehozó Maastrichti Szerződés (1992)] 5. Cikk). Ezen a módon a három pillér intézményileg is összefonódott.³

Azonban csak az Európai Közösségek rendelkeznek a nemzetekfelettség (szupranacionalitás) karakterével. Mik a **szupranacionalitás** (nemzetekfelettség) **kritériumai**? 1. a többségi határozatok kötelező erővel bírnak a leszavazott tagállamokra is, 2. az egyes szervek önállóak, függetlenek (Európai Parlament [EP], Bizottság, Elsőfokú Bíróság, Európai Bíróság [EuB] és Számvevőszék),⁴ 3. a létrehozott új jogrendszernek nem csak a tagállamok az alanyai, hanem a tagállamok polgárai is, 4. a tagállamok szuverenitásuk jelentős részét, azaz hatásköreik jelentős hányadát átengedik, 5. a létrejött új jogrendszer a tagállamok jogrendszereit jelentősen áthatja és átfedi, 6. olyan alapelvek, mint a közvetlen alkalmazhatóság (közvetlen hatály)⁵ és az alkalmazási elsődlegesség.⁶

1. Szövetségi állam vagy államszövetség?

Kérdés ezek után, hogy az EU, ez a részben szupranacionális szervezet hogyan sorolható be a hagyományos államelméleti fogalmakba. Szövetségi államról avagy államszövetségről van szó?

A szövetségi állam egy olyan **állam**, amely területileg erősen **decentralizált** (tehát a szövetségi központ a szuverén). Az államszövetség ellenben az **államkapcsolatok** egy fajtája, amelyben bizonyos **felsőjogokat**⁷ a tagállamok **átengednek** a szövetségi központnak (tehát a tagállamok a szuverének).⁸

A kérdés tehát, hogy a központ, vagy a tagok a szuverének. Ez azonban újabb kérdést vet fel: mitől szuverén valami, ill. mi a szuverenitás. Úgy vélem, a **szuverenitást** felsőjogok listájaként foghatjuk fel, s ami ezeket a felsőjogokat szabadon gyakorolhatja, az a szuverén. Gondolom ezt azért, mert ha egy állam szuverenitásának korlátozásáról beszélünk, akkor mindig arról van szó, hogy az illető állam valamelyik felsőjogát nem gyakorolhatja szabadon.

Ha egy államszövetségben a tagállamok felsőjogaik egy jelentős részét, beleértve bizonyos igen fontos felsőjogaikat a szövetségi központnak átadják, akkor már szövetségi államról van szó. Ezt általában úgy szokták megfogalmazni, hogy a tagállamok szuverenitásukat a szövetségi központra ruházták át. A probléma, hogy teljesen **bizonytalan**, mik ezek a felsőjogok. Véleményem szerint ilyen a nemzetközi szerződések kötésének joga (külső szuverenitás)⁹, az alkalmazandó jog megalkotásának joga, a pénzkibocsátás joga, a vámok kivetésének joga, a saját közigazgatás fenntartásának a joga valamint a hadsereg állításának joga. Talán nem teljes a lista, vagy fordítva: talán éppen valamelyik általam megjelölt hatáskör nem tartozik a szuverenitásba; de ez tulajdonképpen most irreleváns a mi szempontunkból: a lényeg az, hogy a szuverenitás a felsőjogok egy **listájaként** értelmezhető.

A probléma akkor lép fel, ha ezek a jogok **megoszlanak** □ mint pl. az EU és a tagállamok között. A pénzkibocsátásra ugyanis a tagállamok túlnyomó többségének lényegében nem, vámok kivetésére pedig egyáltalán nem jogosult. Bár az EU nemzetközi szerződéseket nem köthet,¹⁰ de az Európai Közösségek igen, és amely területeken

³ ÖhlingerVfR 81. o.

⁴ ÖhlingerVfR 81. o.

⁵ a közvetlen hatály és a közvetlen alkalmazhatóság elhatárolhatatlanságáról ld. Kecskés László: EK-jog és jogharmonizáció. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó ²1999. (a továbbiakban: KecskésEK) 141-146. o., ld. még ebben a dolgozatban a 39. jegyzetben.

⁶ KecskésEK 111. o.

⁷ felsőjog alatt kizárólagos állami hatáskört értek

⁸ Nem igaz, hogy ez nem engedi meg a szövetségi központ közvetlen beavatkozását a tagállamok belügyeibe, akár közvetlenül az állampolgárok felé is, tehát ez nem megfelelő elhatárolási kritérium a szövetségi állam és az államszövetség között. ld. Friedrich Kojá: Allgemeine Staatslehre. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1993. (a továbbiakban: KojáASt) 351. o.

⁹ Kojá azonban például úgy definiálja a külső szuverenitást, hogy az a csak a nemzetközi jognak való alávetettséget jelenti. (KojáASt 33. o.) Ez azonban két dolgot jelent: a nemzetközi szerződések kötésének jogát és a más államoktól való függetlenséget. Ez utóbbi azonban egy államra sem igaz, hiszen minden államot kötnék nemzetközi szerződések, és ezek nem mondhatók fel szabadon és minden korlátozás nélkül. Sőt, egy újonnan alakult államra már eleve vonatkoznak a nemzetközi jog alapelvei.

Ide érthető esetleg még a jogrendszernek más államok jogrendszerétől való jogi függetlensége is: ezt azonban magában foglalja az alkalmazandó jog megalkotásának joga. Gondoljunk pl. arra, hogy egy szövetségi állam tagállamát a szövetségi alkotmány korlátozza az alkalmazandó jog megalkotásában.

¹⁰ de pl. a *mainstream* szemben: Armin von Bogdandy - Martin Nettesheim: Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung. in: Europarecht 1996. Heft 1. 23-26. o.

ezt megtehetik, ott egyben a tagállamok ezirányú jogát is korlátozzák. Az alkalmazandó jog megalkotásának joga — igen bonyolult módon — **megoszlik** az EU és a tagállamok között; önálló közigazgatása nincs az EU-nak a tagállamokban, hadserege pedig egyáltalán nincs.

Ha ezek után meg akarnánk állapítani, hogy szövetségi államról vagy államszövetségről van szó, akkor azt kellene eldöntenünk, hogy melyik felségjog alkotja a szuverenitás “valódi lényegét”. Tekintve azonban, hogy erre nincs mindenki által elfogadott definíció,¹¹ és ezért a szuverenitás fogalmán a végtelenségig lehetne vitatkozni, így az a próbálkozásunk is **reménytelen**é válik, hogy eldöntsük: az EU esetében államszövetségről vagy szövetségi államról van-e szó. Ezt a besorolási sikertelenséget a szakirodalomban a *sui generis* elegáns formulájával álcázzák.^{12,13}

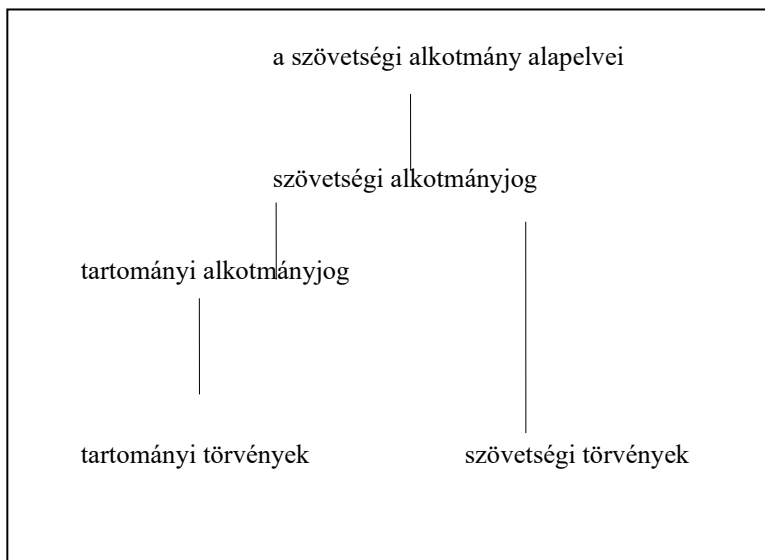
II. A tagállami (osztrák) szuverenitás visszaszorulása az EU javára

1. A közösségi jog és az osztrák jog viszonya

Ahhoz, hogy a közösségi jog és az osztrák jog viszonyának kérdését tisztázhassuk, először az osztrák jogforrási hierarchiával, majd a közösségi jog struktúrájának jellemzőivel és a közösségi jogon belüli jogforrási hierarchiával, végül a két jog viszonyával kell foglalkoznunk.

1.1 Az osztrák jogforrási hierarchia a hagyományos felfogás szerint¹⁴

A hagyományos felfogás a következő (erősen leegyszerűsített) sémával érzékeltethető:¹⁵



¹¹ Valki László: Mit kezd a szuverenitással a nemzetközi jog? in: Nemzetközi jogi szemelvények és dokumentumok. I. kötet. Szerk. Kende Tamás. 35. o.

¹² Sőt: lényegében maga a szupranacionalitás is egy olyan fogalom, amelyet csak az EU-ra használnak, és tartalmát úgy határozzák meg a szakirodalomban, hogy az “pont” illeszkedjék az EU-ra. Ugyanígy minősíthető a Német Szövetségi Alkotmánybíróság által használt minősítés (*Staatenverbund*), amellyel jelezni akarták, hogy nyugodt szívvel sem szövetségi államnak (*Bundesstaat*), sem államszövetségnek (*Staatenbund*) nem nevezhető az EU.

¹³ A kérdés megoldatlansága az EU (EK) nemzetközi jogi felelősségének tisztázatlanságát is magával vonja. ld. Karl Doehring: Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa. in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1993. Heft 3. 100-101. o.

¹⁴ A hagyományos felfogás bemutatásakor elsősorban Theo Öhlinger felfogását mutatom be - amellyel egyébként számos ponton nem értek egyet. (erről lásd lent: 1.3.2.4 Az osztrák jogforrási hierarchia az EU-csatlakozás után: a helyes álláspont) ÖhlingerVfR 50-62. o.

¹⁵ ábra: ÖhlingerVfR 26. o.

Az elkövetkezőkben csak a két legfelső fokozatot vizsgálom, mert az EU-tagság szempontjából most csupán ezek relevánsak számunkra.

1.1.1 A szövetségi alkotmányjog

Az osztrák alkotmány¹⁶ **nem egyetlen** jogszabályból áll, hanem kb. 60 alkotmánytörvényből (pl. szövetségi alkotmánytörvény a tartós semlegességről) és 200 alkotmányerejű rendelkezésből (mintegy 100 különböző törvényben elszórva) (pl. az adatvédelmi törvény első két cikke). Mindemellett nemzetközi szerződések is állhatnak alkotmányrangban (pl. az Európai Emberi Jogi Egyezmény), illetve nemzetközi szerződések egyes szakaszai (pl. a Bécsi Államszerződés egyes pontjai). De persze még ez sem elég: a szövetség és a tartományok is köthetnek egymással megállapodásokat, amelyeknek egyes pontjai a szövetségi alkotmány rangjában állhatnak.¹⁷

Mitől lesz egy törvény vagy rendelkezés alkotmányrangú?

1. A képviselők legalább felének **jelenléte** mellett legalább 2/3-os **többséggel** fogadta el a Nemzeti Tanács (azaz az alsóház), és

2. "alkotmánytörvényként" vagy "alkotmányos rendelkezésként" lett **megjelölve**.¹⁸

Bizonyos esetekben a Szövetségi Tanácsnak is jóvá kell hagynia 2/3-os többséggel az alkotmányrangú rendelkezést. Természetesen Ausztriában is létezik egy olyan jogszabály, amelyet "az" alkotmánynak tekinthetünk. Ez a *Bundes-Verfassungsgesetz*, a "törzsszöveg" (B-VG, kötőjellel megkülönböztetve a többi alkotmányerejű törvénytől). Rangjában azonban ő is pont olyan, mint a többi szövetségi alkotmánytörvény (*Bundesverfassungsgesetze*, a BVG-k, kötőjel nélkül). A továbbiakban, amikor alkotmányt említek, a teljes szövetségi alkotmányanyagot (tehát nem csak a B-VG-t) fogom alatta érteni.

1.1.2 A szövetségi alkotmány alapelvei

Ami talán első látásra legszembetűnőbb, hogy a hagyományos felfogás szerint az osztrák alkotmányjog maga is **többrétegű**, azaz a jogforrási hierarchiában az (egyszerű) szövetségi alkotmányjog felett létezik még egy fokozat: a szövetségi alkotmány alapelvei. Ennek alapja a B-VG 44. cikk (3) bek., mely szerint a szövetségi alkotmány **teljes körű módosításához** népszavazásra van szükség. Ha e nélkül történik meg a teljes megváltoztatás, akkor az osztrák alkotmánybíróság azt "alkotmányellenes alkotmánytörvényként" (*verfassungswidriges Verfassungsrecht*) megsemmisíti.¹⁹

Mit jelent a teljes körű módosítás? Azt, hogy az alkotmány alapelvei közül legalább egyet jelentős mértékben megváltoztatunk. Az alapelvek jelenítik meg az ország alkotmányos **alaprendjét**. Egyenként is érdemes megvizsgálunk őket, mivel az EU-csatlakozással kapcsolatban még lesz róluk szó.

1.1.2.1 A demokratikus alapelv

Az alkotmány szövegéből adódik, hogy Ausztria egy **képviselési-parlamentáris demokrácia**. A B-VG 1. cikke kimondja ugyan, hogy "Ausztria demokratikus köztársaság. Hatalma a néptől ered.", de ez önmagában még nem alapozza meg a demokrácia "alapelvi" jellegét. Ez a cikk az alkotmány további részeivel együtt (26., 41. kk, 95. kk cikkek) alkotja a demokratikus alapelvet. Ezen cikkek szerint a nép választott képviselői útján gyakorolja hatalmát, s az általános normák (törvények) alkotása jelentős részben a nép által választott képviselők által történik.^{20,21}

¹⁶ formális értelemben vett alkotmány, ld. KojaASt 105-110. o.

¹⁷ ÖhlingerVfR 24-25. o.

¹⁸ ÖhlingerVfR 23. o.

¹⁹ ÖhlingerVfR 25-26. o.

²⁰ Peter Perenthaler: Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Österreich. in: Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht. Erträge eines Forschungsprojektes an der FernUniversität Hagen. Szerk. Ulrich Battis, Dimitris Th. Tsatsos és Dimitris Stefanou. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1995. (a továbbiakban: Perenthaler1995) 445. o.

²¹ ÖhlingerVfR 52. o.

Az alapelv lényege, hogy az egyén szabadságának érdekében biztosítsuk, hogy az, aki uralkodik és az aki felett uralkodnak **azonosak** legyenek. Ez természetesen számos korlátozással valósul meg. Így pl. gyermekek és örültek nem részesülnek a politikai hatalomból, a választópolgárok is főszabály szerint csak képviselőik útján, de azokat is csak négy évente választhatja meg és persze csak az éppen adott “kínálat”-ból.²²

A materiális törvényhozási hatáskörök jelentős mértékű átruházása a közigazgatásra veszélyeztetheti a demokratikus alapelvet.²³ Ez azt jelenti, hogy ezen alapelv nem engedi, hogy a törvényhozás saját magát korlátozva “túl sok” területen bízva a szabályozást maga helyett a kormányzati vagy közigazgatási rendeletalkotásra.

1.1.2.2 A köztársasági alapelv

A már idézett B-VG 1. cikk szerint “Ausztia demokratikus köztársaság.” A köztársaság annyit jelent, hogy **“nem monarchia”**. Ez adódik az államfő időben korlátozott, politikailag és jogilag felelősségre vonható helyzetéből. Ugyancsak ehhez az alapelvhöz tartozik, hogy a B-VG 60. cikke szerint az uralkodó házak tagjai meg vannak fosztva passzív választójoguktól a köztársasági elnök választáson.²⁴

Ehhez kapcsolódik még az alkotmányrangban álló *1919. április 3-i törvény a Habsburg-Lotaringiai háznak az ország területéről való kiutasításáról és vagyonának átvételéről*, és a *Bécsi Államszerződés* ide vonatkozó rendelkezése, mely ugyancsak alkotmányrangban áll (*Art. 10. Z. 2. Staatsvertrag von Wien*).²⁵

1.1.2.3 A szövetségi állami alapelv

Ez egyrészt jelenti a hatáskörök hiánytalan **megosztását** a szövetség és a tartományok között, és azt, hogy a tartományok ezen jogosítványai alkotmányjogilag védettek. Ugyancsak része ezen alapelvnek a tartományok relatív alkotmányi **autonómiája**, azaz a szövetségi alkotmány keretein belül saját közjogi berendezésüket önállóan alakíthatják ki.²⁶

Másrészt a tartományok befolyást gyakorolnak a szövetség jogalkotására azáltal, hogy a **Szövetségi Tanácsban** (a szövetségi parlament felsőháza) képviselve vannak.²⁷

Ennek kapcsán említendő meg a szövetségi alkotmány “lopakodó” módon történő teljes körű módosítása (*schleichende Gesamtänderung*). Ez azt jelenti, hogy a tartományok hatásköréből apránként vesznek el mindig egy kicsit, míg végül alig marad valamijük. Bár itt egyik alkotmányváltoztatás sem látszik önmagában nagy mértékűnek, de egy bizonyos pont után “betelik a pohár”.²⁸

1.1.2.4 A jogállamiság alapelve

Kifejezetten nem szerepel az alkotmányban, de egyértelműen levezethető. Az alapelvnek két összetevője van. Egyrészt a formális jogállamiságot (törvényes államot), azaz a **legalitást**, a törvényesség alapelvét. (ld. B-VG 18. cikk). Ugyancsak a formális jogállamisághoz tartozik a **jogbiztonság** és a jogszabályokhoz való **hozzáférési** lehetőség illetve azok **érthetősége**.^{29,30}

²² Robert Walter - Heinz Mayer: Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung ⁸1996. (a továbbiakban: WalterVfR) 64-66. o.

²³ Friedrich Kojas: Die Verordnung im österreichischen Verfassungsrecht. in: Juristische Blätter 1978.532. o.

²⁴ ÖhlingerVfR 52-53. o.

²⁵ ÖhlingerVfR 53. o.

²⁶ ÖhlingerVfR 54. o.

²⁷ Pernthaler 1995 448. o.

²⁸ ÖhlingerVfR 54. o.

²⁹ ÖhlingerVfR 55. o.

³⁰ Ennek kapcsán vizsgálendő az **utalások** problémája is. Egy norma tartalma olykor egy másik normára való utalásból áll. Statikus utalás: egy bizonyos időpontbeli állapotra utal, az utalt norma tartalmának későbbi változása nincs kihatással az utalás tartalmára. Nem így a dinamikus utalás, amelynek tartalma változik az utalt norma változásával. Mindkét féle utalás megengedett alkotmányjogilag, amennyiben mindig megállapítható az utalás tartalma. (Tilos azonban a szövetségi jogban tartományi jogra utalni és viszont.) ld. ÖhlingerVfR 60-61. o.

A jogállamiság másrésről materiális jogállamiságot jelent, amely szerint az államnak **jogvédő intézményeket** kell működtetnie (független bíróságok, alkotmánybíróság), és ezeknek egy minimális tényleges **hatékonysággal** kell működniük.³¹

Az alábbiakban a liberális alapelvet és a hatalommegosztás alapelvét a jogállami alapelv részeként tárgyalom, bár a szakirodalom jelentős része önálló alapelvnek tekinti.³² Álláspontom részletes kifejtése azonban nem tartozik ezen dolgozat tárgyához.

1.1.2.4.1 A liberális alapelv

Ez az alapelv sincs kifejezetten megnevezve az alkotmányban. Az alapelv lényege, hogy az állam saját **magát korlátozza**, azaz bizonyos területeket nem szabályoz.³³ Ez az önkorlátozás elsősorban az **alapjogok** biztosításában áll.³⁴

1.1.2.4.2 A hatalommegosztás alapelve

Általános érvennyel nem szerepel az alkotmányban, csak külön-külön rendelkezésekben. Ilyen pl. a B-VG 94. cikke, mely szerint "Az igazságszolgáltatás valamennyi fokon elválasztandó a közigazgatástól." Az alapelv tartalma, hogy a funkciókat **felosztják** különféle szervek közt és azok kölcsönösen **ellenőrzik** egymást. Az alapelv további alkotóelemei az összeférhetlenségi rendelkezések.³⁵ Ugyancsak része az osztrák alkotmány hatalommegosztás-fogalmának, hogy a közigazgatás és a kormányzás a törvényhozásnak alárendelten működik.³⁶

Az államszervezet szerkezetének teljes **átrendezése** ezen alapelv jelentős megváltozását eredményezné.³⁷

A materiális törvényhozási hatásköröknek a közigazgatásra történő jelentős mértékű átruházása is veszélyeztetheti a hatalommegosztás alapelvét (ld. 1.1.2.1 A demokratikus alapelv).³⁸

1.2 A közösségi jog

1.2.1 A közösségi jog struktúrájának jellemzői

1.2.1.1 Autonóm érvényesség

A közösségi jog **önálló jogrend** (saját hipotetikus alapnormával). Az EU (EK) jogrendje egy szupranacionális jogrend autonóm érvényességgel. Saját jogalkotó szervei és saját jogalkotási eljárása van.

1.2.1.2 Közvetlen alkalmazhatóság

³¹ ÖhlingerVfR 55. o.

³² például ÖhlingerVfR 56-57. o. és WalterVfR 71-72. o., de velem egyezően Pernthaler1995 444. o.

³³ vö. Adolf J. Merkl: Idee und Gestalt des Rechtsstaates. in: Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag. Szerk. Adolf J. Merkl, René Marcic, Alfred Verdross és Robert Walter. Bécs: Verlag Franz Deuticke 1971. 138. o.

³⁴ ÖhlingerVfR 56. o.

³⁵ ÖhlingerVfR 56. o.

³⁶ Pernthaler1995 447. o.

³⁷ ÖhlingerVfR 56. o.

³⁸ Friedrich Kojas: Die Verordnung im österreichischen Verfassungsrecht. in: Juristische Blätter 1978. 532. o.

Eszerint közvetlenül az EU-jogra alapulhatnak egyeseknek címzett döntések (ítéletek, határozatok). Ez főszabályként a rendeletre, de bizonyos feltételekkel az irányelvre is vonatkozik (bővebben ld. 1.2.2.2.2 Irányelv (direktíva)).³⁹ Ugyanígy a primér közösségi jog számos rendelkezése is közvetlenül alkalmazható.⁴⁰

Előfeltétele ennek a közvetlen alkalmazhatóságnak, hogy a rendelkezés eléggé **pontos** és **feltétlen** legyen. Ez a meghatározottság gyengébb annál, mint amit az osztrák alkotmánybíróság támaszt az osztrák joggal szemben, de egy osztrák szerv akkor is alkalmazni tartozik egy közösségi jogi rendelkezést, ha az az osztrák alkotmánybíróság próbáját nem állná ki.⁴¹

1.2.1.3 Elsődlegesség a tagállami jog előtt

A potenciálisan azonos címzetti kör miatt szükség van egy a közösségi jog és a tagállami jog közti ellentmondást feloldó kollíziós szabályra. Az EuB joggyakorlata szerint a közösségi jog egésze megelőzi a tagállami jogot, annak alkotmányjogával együtt (bővebben ld. még 1.2.3.3.1 Az alkalmazási elsődlegesség és a jogalkotási hatáskörök megoszlása).⁴²

Az elsődlegesség csupán **alkalmazási elsődlegességet** jelent: a közösségi jog ugyanis nem derogálhatja a tagállami jogot.

1.2.2 A közösségi jog jogforrásai

1.2.2.1 A primér közösségi jog

Primér közösségi jog a Közösségek és az Unió **alapító szerződéseit** valamint a közösségi jognak az Európai Bíróság által kialakított **alapelveit** jelenti. Ezek közé a jogi alapelvek közé tartoznak olyan jogállami alapelvek, mint az arányosság, a jogbiztonság, a közigazgatás törvényessége és az alapjogok tisztelete.⁴³

Az Európai Bíróság gyakorlata szerint ezen alapjogok elsősorban az Európai Emberi Jogi Egyezményt mint az európai alkotmányos hagyomány közös nevezőjét jelentik.⁴⁴ A primér jog a szekundér jog jogszerűségének mércéje, így betölti az EU alkotmányának szerepét.

1.2.2.2 A szekundér közösségi jog

Szekundér közösségi jog alatt az EU szervei által alkotott jogot értjük.

1.2.2.2.1 Rendelet

A rendeletek az EKSZ [az Európai (Gazdasági) Közösséget létrehozó Római Szerződés (1957)] 249. Cikk (2) bek., EAKSZ [Európai Atomenergia Közösséget (Euratom) létrehozó Római Szerződés (1957)] 161. Cikk (2) bek. szerint minden részükben kötelezőek és **“közvetlenül hatályosak** minden tagállamban”. Az ESZAKSZ [Európai Szén- és Acélközösséget létrehozó Párizsi Szerződés (1951)] ugyanerre a fogalomra az “általános döntés” kifejezést használja.

³⁹ Egyesek megkülönböztetik a közvetlen alkalmazhatóságot (*direct applicability*) és a közvetlen hatályt (*direct effect*). Kecskés Lászlóval egyetértve a magam részéről úgy látom, hogy a kettő elhatárolhatatlan egymástól. ld. KecskésEK 141-146. o. Az irányelvek közvetlen hatálya esetén valójában bíróságok általi (feltételes) közvetlen alkalmazhatóságról van szó.

⁴⁰ a primér jog fogalmához ld. 1.2.2.1 A primér közösségi jog

⁴¹ ÖhlingerVfR 88. o.

⁴² EuB Rs (Rechtssache [eset, *case*]) 6/64 (Costa/ENEL), Slg (Sammlung der Rechtsprechung des EuGH (I) und des EuG (II)) 1964, 1251, Rz (Randzahl) 12.

⁴³ ÖhlingerVfR 83. o.

⁴⁴ Gert Nicolaysen: Europa als Rechtsgemeinschaft. in: Europa-Handbuch. Szerk. Werner Weidenfeld. Bonn: Bundeszentrale für Politische Bildung 1999. 864. o.

A rendelet azon jogforrása a közösségi jognak, amellyel egyesekre jogok és kötelességek közvetlenül kötelező módon megállapíthatóak. Lényegében a nemzeti törvényeknek feleltethetők meg.

1.2.2.2.2 Irányelv (direktíva)

A címzettek itt a tagállamok, nem az egyesek (EKSZ 249. Cikk (3) bek., EAKSZ 161. Cikk (3) bek.). A végrehajtás formája és eszköze a **tagállamokra van bízva**, csak az eredmény kötött. (Lényegében evvel egyező intézmény az ESZAK-ban az ajánlás, ahol is kötelezően csak a **célok** rögzítettek, de az eszközök nem. Ez az ajánlás nem összekeverendő az 1.2.2.2.4 *Ajánlás és vélemény* pontban említésre kerülő ajánlással.)

Az irányelvet egy "kifelé hatásos" norma segítségével kell végrehajtani (azaz osztrák jog szerint törvénnyel vagy jogi rendelettel)⁴⁵⁴⁶.

A törvény és rendelet közti választás a belső jog dolga. Az osztrák jogban erre a B-VG 18. cikk (2) bek. vonatkozik. E szerint akkor támaszkodhat egy rendelet egy törvényre, ha az **megfelelően részletezett**. Ennek megfelelően egy irányelv akkor hajtható végre rendelettel, ha

1. vagy egy törvény megadja a megfelelő alapot (részletezettséget),
2. vagy maga az irányelv eléggé részletezett.

Egyébként törvénnyel hajtandó végre, azaz törvénnyel ültetendő át az osztrák jogba.

Az irányelvek általában maguk szabnak **határidőt** a belső jogba való átültetésre. Amennyiben ezt a határidőt a tagállam elmulasztja, akkor az irányelv közvetlenül alkalmazhatóvá válik, feltéve hogy

1. feltétlen és eléggé pontos, és
2. az egyeseket az állammal szemben kedvezményező szabályról van szó (nem pedig egyesek egymás között és nem egyesek kötelezettsége az állammal szemben)

1.2.2.2.3 Döntés

EKSZ 249. Cikk, EAKSZ 161. Cikk szerint további jogforrás a döntés. Ez egy egy vagy több **konkrét címzethez** (tagállam vagy egyesek) irányuló aktus.

Az államok felé irányulók lehetnek közvetlenül alkalmazandók (mint a rendeletek) vagy átültetendők (mint az irányelvek).

Az ESZAKSZ jogforrási rendszerében ennek az egyéni határozat feleltethető meg.

1.2.2.2.4 Ajánlás és vélemény

Nincs kötelező erejük (*soft law*), ezért a továbbiakban nem is foglalkozom velük. Hasonló a helyzet az ESZAKSZ által említett állásfoglalásokkal.

1.2.2.3 A nemzetközi szerződések

A Közösségek a nemzetközi jog alanyai, így hát joguk van nemzetközi szerződéseket kötni. Ez a szerződéskötési jog (*treaty making power*) addig terjed, amíg joguk lenne a belső szabályozásra (**bel- és külhatáskörök párhuzamossága**).

⁴⁵ A közigazgatási rendelet (Verwaltungsverordnung) és a jogi rendelet (Rechtsverordnung) különbsége: a jogi rendelet kifelé irányul, a jognak alávetettek felé; a közigazgatási rendelet befelé, a közigazgatáson belüli cselekvésre vonatkozik, címzettjei közigazgatási tisztviselők, lényegében általános utasítás, ezért a "kihirdetése" is egyszerűbb (olyan, mint egy utasításé). Id. Friedrich Kojas: Die Verordnung im österreichischen Verfassungsrecht. in: Juristische Blätter 1978. 534. o. és Walter VfR 237. o.

⁴⁶ Id. EuB Rs 160/82 (Kommission/Niederlande), Slg 1982, 4637, Rz 4

EuB Rs 239/85 (Kommission/Belgien), Slg 1986, 3645, Rz 7.

EuB Rs C-361/88 (Kommission/Deutschland), Slg 1991, I-2567, Rz 24

Olyan esetekben, amikor a Közösségeknek nem terjed ki teljesen a joguk a szerződés megkötésére, akkor a tagállamokkal közösen kötik azt meg. Ezek az ún. vegyes szerződések, ilyen pl. az EFTA tagállamaival kötött, az Európai Gazdasági Térség (EGT) létrehozására irányuló, 1992 februárjában aláírt megállapodás.

A nemzetközi szerződések rangban a primér és a szekundér közösségi jog között helyezkednek el. Rendelkezéseik közvetlenül alkalmazhatóak, amennyiben tartalmilag eléggé pontosak és feltételnek. Mint ilyenek a tagállamok szervei által közvetlenül alkalmazandók és megelőzik a tagállami jogot.

1.2.3 Jogalkotás az EU-ban

1.2.3.1 Az EU szervei és szerepük a jogalkotásban

1.2.3.1.1 Az EU Tanácsa (Miniszterek Tanácsa)

Az **EU Tanácsa** (röviden: a Tanács) egy szakminiszterekből álló döntéshozó szerv, államonként egy-egy képviselőből. A Tanács összetétele a napirend és a megoldandó feladatok szerint alakul (eszerint lehet különbséget tenni Agrárminiszterek Tanácsa, Közlekedési Miniszterek Tanácsa stb. között).⁴⁷⁴⁸

Az illetékes szakminiszter maga elrendelheti, hogy őt egy másik szakminiszter vagy egy államtitkár képviselje (B-VG 73. cikk (2) bek.).

Az EKSZ 203. Cikk (1) bek. nem zárja ki ("miniszteri szintű képviselők"), hogy az EU Tanácsában tartományi miniszterek képviseljének egy államot. Erre teremti meg a lehetőséget a B-VG 23/D. cikk (3) bekezdése, mely szerint a szövetségi kormány Ausztria képviselőjét egy a tartományi kormányok által megnevezett tartományi kormány-tagra ruházhatja, ha a Tanács ülésén olyan kérdéstről lesz szó, amely az osztrák alkotmányjog szerint legalább részben érinti a tartományok hatáskörét.

A tartományi kormány tagja ez esetben ugyanúgy kötve van a Nemzeti Tanács (alsóház) és a Szövetségi Tanács (felsőház) döntéseire, mint egy szövetségi miniszter. (ld. III. A Nemzeti Tanács, a Szövetségi Tanács és a tartományok szerepe)

Az osztrák képviselők B-VG 142. cikk szerint felelősek a tevékenységükért. Ez a felelősség szövetségi hatáskör esetén a Nemzeti Tanács határozatával, tartományi hatáskör esetén pedig az összes tartományi parlament egybehangzó határozatával érvényesíthető.

1.2.3.1.2 A Bizottság

A Bizottság az Európai Unió legfontosabb független döntéshozó szerve. Húsz tagból áll, akik a tagállamok állampolgárai kell legyenek. Szokás szerint a kis államok egy, a nagyobbak két tagot jelölnek. Mandátumuk 5 évre szól, de megújítható. Felelősséggel az EP-nek tartoznak. **Függetlenek** anyaországuktól, vagyis nem "küldöttek". Fő feladatuk a jogszabályok **kezdeményezése**, és az azok **végrehajtásáról** való gondoskodás.

⁴⁷ Horváth Zoltán: Kézikönyv az Európai Unióról. Budapest: Magyar Országgyűlés ³1999. (a továbbiakban: HorváthEU) 42. o.

⁴⁸ Ettől megkülönböztetendő az **Európai Tanács**, amely a tagállamok állam- és kormányfőit és a Bizottság elnökét foglalja magába, őket a külügyminiszterek és a Bizottság egy tagja támogatja (EUSZ 4 Cikk) (tévesen összemosza KecskésEK 42. o.). (Az államfő kitételt lényegében Franciaország kedvéért vették fel a szövegbe; ennek oka a zavaros francia alkotmányjogi helyzet a külügyek területén (is).) Az általános politikai célkitűzések és az Unió fejlődéséhez szükséges lendület megadása tartozik feladatai közé. Ausztriát a szövetségi kancellár képviseli, de egy kivételes képviselő a szövetségi elnök által sem alkotmányjogilag sem közösségi jogilag nincs kizárva.

Az EU Tanácsa (röviden a Tanács) és az Európai Tanács egyike sem keverendő össze az **Európa Tanáccsal**, amely az Európai Uniótól különböző nemzetközi szervezet, és amelynek célja a demokrácia és az emberi jogok védelme (Alapszabályának aláírása: 1949 London). Az e szervezet keretében az emberi jogok védelmére elfogadott legfontosabb dokumentum az Európai Emberi Jogi Egyezmény.

1.2.3.1.3 Az Európai Parlament (EP)

Az Európai Parlament az Unió **közvetlenül választott** népképviselői szerve. 626 tagból áll, ebből 21-en képviselik Ausztriát. A mandátum tartama 5 év. A választási eljárást nemzeti szinten szabályozzák. Ausztriában az idevonatkozó jogszabályok: B-VG 23/A. cikk, az *Europawahlordnung* [az európai parlamenti választások rendjéről szóló törvény] és az *Europa-Wählerevidenzgesetz* [az európai parlamenti választások választójogosultjainak nyilvántartásáról szóló törvény]. A választás törvényessége az osztrák alkotmánybíróság kontrollja alatt áll.

Az EP az Amszterdami Szerződés óta a Tanáccsal egyenrangú társjogalkotó. Ezen felül igen fontos jogosítványa a **Bizottság felosztatásának** a joga (bizalmatlansági szavazással) és a költségvetés elfogadásának joga.

1.2.3.1.4 Az Európai Bíróság (EuB)

Az EuB kb. az EU alkotmánybíróságának minősíthető. Talán meglepő, de véleményem szerint az EuB is **jogalkotó** szervnek minősítendő.⁴⁹

Arról van ugyanis szó, hogy egyrészt az EuB alakította ki a közösségi jog struktúrájának jellemzőire vonatkozó **doktrínákat**, másrészt igen tágan (sőt **kiterjesztően**) értelmezi az Unió hatásköreit (*implied powers*): olyan tágan, hogy az egyértelműen új általános normának minősíthető (*gouvernement des juges*). Az EU emberi jogi védelme is szinte kizárólag az EuB **jogfejlesztő** tevékenységének eredménye.⁵⁰

Sőt: nem csupán jogfejlesztő tevékenységről, hanem kifejezetten *contra legem* döntésekről is szó van. Pl. az irányelvek közvetlen hatályát az EKSZ rendelkezései (249. Cikk) ellenére ismerte el.⁵¹

Az EuB 15 tagból áll (tagállamokként 1), akiket a tagállamok kormányainak "kölcsonös egyetértése" alapján neveznek ki. Megbízatusuk 6 évre szól és megújítható; a bírák fele 3 évenként cserélődik. Az EuB tagjai **függetlenek**. Az EuB sajátos intézménye a főügyési hivatal, amely 8 **főügyészből** áll. Lényegében a bíróság tanácsadóinak szerepét játsszák. 1989. szept. 1 óta a munkaterhek csökkentésére az EuB mellett működik az **Elsőfokú Bíróság**. Az Elsőfokú Bíróságtól fellebbezni lehet az EuB-hoz. Bíráinak száma és státusa azonos az EuB-gal.

1.2.3.1.5 A Gazdasági és Szociális Bizottság; a Régiók Bizottsága

Szerepük a jogalkotásban elhanyagolható (konzultatív), ezért a továbbiakban nem foglalkozom velük.

1.2.3.2 A jogalkotás menete

Az EU két egyenrangú társ-jogalkotója a **Tanács** és az **Európai Parlament**. Kezdeményezési monopóliummal bír a **Bizottság**, amelynek indítványaitól csak kivételes esetben lehet eltérni. Ennek részletes eljárásjogi kérdései nem alkotják a dolgotat tárgyát.

Az ESZAK körében a Bizottság a fő jogalkotó szerv.

1.2.3.3 A jogalkotási hatáskörök megosztása az EU és a tagállamok között

⁴⁹ mégpedig nem csak abban az értelemben, hogy minden jogalkalmazás jogalkotás is egyben, hisz az alkalmazandó jogszabály által hagyott mérlegelési szabadsággal élve új (individuális) normát *alkot* a jogalkalmazó (így a bíró is), ld. Kelsen a bírói ítéletről: "Az ún. jogszolgáltatás funkciója épp ellenkezőleg egészen konstitutív, a szó valódi értelmében vett jogalkotás. [...] A bírói ítélet maga is individuális jogszabály, ..." Hans Kelsen: *Az államelmélet alapvonalai*. Ford. Moór Gyula. Miskolc: Bíbor Kiadó 1997. 83. o.

⁵⁰ Michael Holoubek: Grundrechtsschutz durch Gemeinschaftsgrundrechte. in: *Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft*. Szerk. Stefan Griller és Heinz Peter Rill. Bécs: Verlag Österreich 1997. (a továbbiakban: HoloubekGrund) 76. o.

⁵¹ az EuB "jogalkotó" tevékenységéhez ld. Theo Öhlinger - Michael Potacs: *Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich*. Bécs: Orac 1998. 20., 22., 32. és kül. 70. o.

Nincs egységes rendelkezés a hatáskörök megosztásáról, csupán az alapítószerződések számos **elszórt** rendelkezéséből adódnak az uniós szervek hatáskörei. Ezek a rendelkezések egyrészt azt szabályozzák, hogy milyen **tartalmú** lehet a szabályozás (felhatalmazás), másrészt azt, hogy ez milyen jogi **formát** ölthet (különösen rendelet vagy irányelv).

A hatásköröknek az Unióra való átruházására a “behatarolt egyes felhatalmazás elve” (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) vonatkozik, azaz az Uniónak csak ott van hatásköre, ahol azt konkrétan a tagállamok átengedték. Ez a gyakorlatban azt jelenti, hogy mindig meg kell nevezni azt a szerződési cikket, amelyre támaszkodva a jogalkotás történik. Ezt az elvet azonban jelentősen legyengíti a szerződési **hézagok betöltésére** vonatkozó felhatalmazás (különösen EKSZ 308. Cikk) és a közösségi hatáskörök EuB általi **dinamikus-extenzív** interpretációja.⁵²

Ez a dinamikus interpretáció megfelel a közösségi hatáskörök **finális** struktúrájának: az EU hatáskörei nem tárgy szerint, hanem cél szerint vannak körülírva; mindenképp előtte a közös piac megvalósítására orientálódva. A finális hatáskörök tartalmilag nehezen behatarolhatók: minden ami a cél megvalósítását szolgálja, az beletartozik a hatáskörbe.⁵³

A Közösség hatásköreinek kiterjesztő értelmezésének azonban a Maastrichti Szerződés (EUSZ) által az EKSZ-be beiktatott szubszidiaritás alapelve szab korlátot (EKSZ 5. Cikk). Eszerint csak azon területek esnek a Közösség hatáskörébe, amely célok közösségi szinten jobban megoldhatók, mint a tagállamok szintjén. Az EUSZ 2. Cikke szerint ez az EU céljaira is vonatkozik. Az, hogy ez a rendelkezés mennyiben tartatható be, igen csak kétséges (ld. 1.3.4.3.3 Szubszidiaritás).

A jogalkotási hatáskörök három csoportra oszthatók:

1. kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskörök
2. párhuzamos jogalkotási hatáskörök
3. kizárólagos tagállami jogalkotási hatáskörök.

ad 1. A **kizárólagos közösségi** jogalkotási hatásköröknek is két fajtája van: 1.1 a primér joganyag által ilyennek minősített, vagy abból levezethetően ilyen (eredeti kizárólagos) 1.2 a szekundér joganyag által elfoglalt terület (következmenyi kizárólagos).⁵⁴ Ez utóbbi esetet nevezi a szakirodalom (az amerikai alkotmányjogban a szövetségi hatáskörökkel foglalkozó elméletekből átvéve) **pre-emptionnek**.⁵⁵

A különbség az eredeti kizárólagos és a következményi kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskörök között az, hogy az **eredeti kizárólagos** hatáskör esetében akkor sem alkalmazható a tagállami szabályozás, hogyha **még nincs** közösségi szintű szabályozás (pl. ilyen hatáskör személyek, áruk, szolgáltatások és tőke szabad áramlását gátló akadályok eltávolítása) (Azaz, ha nincs közösségi joganyag, akkor ezen területem semmilyen jog sem alkalmazható!). Ez azt jelenti, hogy az eredeti kizárólagos hatáskör szabályozási vákuumot teremt addig, amíg a közösségi szintű szabályozás meg nem születik. Tagállami szabályozás ilyen esetben csak **kifejezett** közösségi jogi rendelkezés eredményeképpen válhat alkalmazhatóvá (kifejezett **retranszfer**)⁵⁶, tehát adott esetben a közösségi jogi szabályozás időbeli hatályának **lejárt** sem eredményezi a tagállami jogalkotási hatáskör feléledését.⁵⁷

Nem így a **következmenyi kizárólagos** közösségi jogalkotási hatáskörök esetében. Következmenyi kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskör rendkívül egyszerűen keletkezhet: az Unió kimerítően szabályozza szekundér normákkal az adott párhuzamos jogalkotási területet, azaz mintegy elfoglalja azt (*pre-emption*).⁵⁸ A *pre-emption* lehet kifejezett⁵⁹, vagy hallgatóságos (a szabályozás kimerítővé válik). Itt a közösségi jogszabály időbeli hatályának lejárt a tagállami jogalkotási hatáskör feléledését jelentheti (hallgatóságos **retranszfer**), amennyiben ezáltal megszűnik a terület közösségi jogi teljes lefedettsége (kimerítő szabályozása).

⁵² Theo Öhlinger - Michael Potacs: Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich. Bécs: Orac 1998. 30-32. o.

⁵³ *effet utile*, ld. Jost Pietzker: Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung. in: Festschrift für Ulrich Everling. II. kötet. Szerk. Ole Due, Marcus Lutter és Jürgen Schwarze. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1995. 1095-1111. o.

⁵⁴ Kecskés László terminológiája ld. pl. KecskésEK 194. o.

⁵⁵ Kecskés László a *pre-emption*ot nevezi elsőbbségnek. A magam részéről tartózkodom az elsőbbség kifejezéstől, mert bizonytalan lehet, hogy az elsőbbséget vagy a *pre-emption*ot jelenti. ld. KecskésEK 168. o.

⁵⁶ Ez a kifejezett retranszfer történhet szekundér közösségi jog által is, noha a kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskört a primér közösségi jog alkotta meg: az EU jogában ugyanis (ellentétben az osztrák alkotmányjoggal) nincs delegációs tilalom.

⁵⁷ KecskésEK 194. o.

⁵⁸ KecskésEK 187. o.

⁵⁹ pl. “a tojás és tojáscsomagolás nem viselhet semmilyen más jelzést, mint amit maga a közösségi rendelet előírt”: (*pre-emption*-klauzula a 2771/75 számú közösségi rendeletben), idézi KecskésEK 188. o.

ad 2. Főszabály szerint a szabályozási területek **párhuzamos** jogalkotási hatáskörbe esnek. Egyrészt azért, mert az EuB vélelmezi a tagállami szabályozás érvényességét (jobban mondva alkalmazhatóságát), még ha van is közösségi jogi szabályozás (a szubszidiaritás elvének egyik következménye); másrészt pedig azért, mert az EKSZ-ben kifejezetten fel vannak sorolva az *eredeti* kizárólagos közösségi és tagállami szabályozási területek. Párhuzamos jogalkotási hatáskör esetén az adott területet **egyszerre szabályozza** a tagállami és a közösségi jog. Erre a legtipikusabb példa, amikor egy közösségi irányelvet részletez a tagállami szabályozás. Kifejezetten erősíti egy szabályozási terület ilyen jellegét, ha az irányelvbe olyan kitételt tesznek, amely megengedi bizonyos rendelkezésektől az eltérést (*derogation clause*) vagy amely a tagállamok hatályos joganyagának bizonyos részét védi (*saving clause*).⁶⁰ Ha egy párhuzamos jogalkotási hatáskör esetében a közösségi szabályozás megszűnik, akkor az “következmenyi kizárólagos tagállami jogalkotási hatáskörre” válik. Ha azonban a párhuzamos jogalkotási hatáskör adott területét a Közösség kimerítően szabályozza, akkor az “következmenyi kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskörre” válik.⁶¹

A párhuzamos jogalkotási hatásköröknek is egy része eredeti — azaz a szerződések által előírt módon ilyen (pl. a környezetvédelem területén a tagállamok a közösségi szabályozásnál szigorúbbat is megállapíthatnak; EKSZ 174. Cikk (4) bek. és 176. Cikk) —, más része nem; de a kettő közti különbség nem olyan fontos, mint a kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskörök két fajtája között.

ad 3. A **kizárólagos tagállami** jogalkotási hatásköröknek is két fajtája van: vagy a szerződések állapítják meg (ill. abból levezethető), vagy pedig a Közösség egyszerűen csak (még) nem szabályozta az adott területet — feltéve hogy a terület nem tartozik az eredeti kizárólagos közösségi hatáskörök közé (ebben az esetben ugyanis továbbra is kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskörrel van szó).

Amennyiben a Közösség egy eredeti kizárólagos tagállami jogalkotási hatáskörben alkotna jogot, az semmisségi panasszal az EuB előtt megtámadható (EKSZ 230. Cikk) (kezdeményezheti pl. a jogaiban sértett magánszemély vagy egy tagállam).

1.2.3.3.1 Az alkalmazási elsődlegesség és a jogalkotási hatáskörök megoszlása

Az alkalmazási elsődlegesség azt jelenti, hogy konfliktus (kollízió, ellentmondás) esetén nem a tagállami, hanem a közösségi jog alkalmazandó. A kérdés már csak az, mi minősül kollízióknak.

Ez a közösségi jog esetében a szerint változik, hogy kizárólagos (közösségi vagy tagállami) avagy párhuzamos hatáskörökről van-e szó. **1.** Ha ugyanis kizárólagos a közösségi hatáskör, akkor minden azt a területet szabályozó tagállami általános norma (törvény, rendelet) konfliktusban áll a közösségi joggal. **2.** Ha azonban párhuzamos hatáskörrel van szó, akkor csak abban az esetben beszélhetünk konfliktusról (kollízióról)⁶², ha ugyanarra a tényállásra olyan két jogkövetkezmény van megállapítva, amelyek kizárják egymást. **3.** Kizárólagos tagállami hatáskör esetén fel sem merül az alkalmazási elsődlegesség, hiszen vagy épp nincs vagy nem is lehet közösségi szabályozás.

A helyzetet a következőképp lehet áttekinthető módon ábrázolni:

az adott terület milyen (jogalkotási) hatáskör	mikor lép fel kollízió	milyen jog alkalmazandó
kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskör	bármely tagállami szabályozás fennállása kollíziót jelent	az <i>alkalmazási elsődlegesség</i> miatt csak a közösségi jog alkalmazandó (mindegy, hogy van-e tagállami szabályozás vagy sem) (ha eredeti a kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskör, akkor az is mindegy, hogy közösségi szabályozás van-e)
párhuzamos jogalkotási hatáskör	ha ugyanarra a tényállásra olyan két jogkövetkezmény van megállapítva, amelyek kizárják egymást	a közösségi jognak alkalmazási elsődlegessége van, de az általa nem

⁶⁰ Ez is azért lehetséges, mert nincs delegációs tilalom.

⁶¹ KecskésEK 180. o.

⁶² a kollízió fogalmához ld. részletesen még 1.3.2.2.1 A kollízió fogalma

		szabályozott területen a tagállami jog továbbra is alkalmazható
kizárólagos tagállami jogalkotási hatáskör	nem lép fel kollízió	csak a tagállami jog alkalmazható (hiszen nincs vagy nem is lehet közösségi szabályozás) (nem merül fel az <i>alkalmazási elsődlegesség</i>)

A kollízió elkerülése érdekében a tagállami jogot a közösségi joggal konform módon kell értelmezni (**közvetett hatály**). S ez nem csupán egy irányelv végrehajtásaként kiadott tagállami jogszabályra vonatkozik, hanem a közösségi jog és a tagállami jog egészének viszonyára.⁶³ Ez azt jelenti, hogy a közösségi jog alapelveivel (ld. fent 1.2.2.1 A primér közösségi jog) konform módon kell értelmezni a kizárólagos tagállami hatáskörbe eső tagállami jogszabályokat is, azaz tulajdonképpen a teljes tagállami jogrendszert.

1.3 A közösségi jog és az osztrák jog

1.3.1 Az EU-csatlakozás jogtechnikai problémái az osztrák alkotmányjogban

Tekintettel arra, hogy az EU-csatlakozás az osztrák alkotmányjogászok túlnyomó többségének véleménye szerint a szövetségi **alkotmány teljes körű módosítását** jelentette (B-VG 44. cikk (3) bek.), ezért 1994. június 12-én népszavazást tartottak róla. Az így elfogadott alkotmánytörvény (*Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union* [Szövetségi alkotmánytörvény Ausztria Európai Unióhoz történő csatlakozásáról], a továbbiakban *EU-Beitritts-BVG* vagy *Beitritts-BVG*, ld. Függelék C) 1995. január elsején lépett hatályba. Tartalma lényegében a belépési szerződés megkötésére irányuló felhatalmazásra korlátozódott.

1.3.1.1 Az EU-csatlakozás mint a szövetségi alkotmány teljes körű módosítása

Az EU-csatlakozás elsősorban azért jelentette a szövetségi alkotmány teljes körű módosítását, mert a **jogalkotási** hatáskörök igen nagy mértékben szálltak át az **EU szerveire**. Jelentős változást jelentett ez a **demokratikus** alapelvben, melynek lényege, hogy a nép által választott népképviselő ellenőrzi a közigazgatást és törvényeket hoz; márpedig a jogalkotás az Amszterdami Szerződés hatálybalépéséig az EU-ban lényegében a tagállamok képviselőiből álló Tanács és a Bizottság feladata volt, s az Európai Parlamentnek csak korlátozott beleszólási joga volt abba.⁶⁴

Ugyancsak teljes körű módosítást jelent, hogy az állami alkotmány **funkciója** alapvetően megváltozott, ugyanis immár nem minősül már a legmagasabb rangú jogszabálynak.⁶⁵

A **jogállamiság** alapelve az osztrák alkotmányjogban magában foglalta az általános normák alkotmánybírói felülvizsgálatát. Ez jelentős mértékben korlátozódott (ld. lent IV. Egyéni jogok 2.1 Törvények és rendeletek megtámadása).⁶⁶ Ugyancsak a jogállamiság alapelvebe tartozik a közigazgatás törvények által meghatározott működése (legalitás alapelve): ez is sérült, hiszen az EU-ban kevésbé szigorú ez a követelmény, mint Ausztriában, azaz a közigazgatásnak nagyobb mérlegelési jogosultságot hagy a jogalkotás a végrehajtás során.⁶⁷

Az uniós joganyagot kötelező erővel csak az EuB értelmezheti. Márpedig az osztrák alkotmánybírók már korábban úgy nyilatkozott, hogy egy **nemzetközi szerv általi "szabad bírói jogfejlesztés"** már önmagában is az alkotmány teljes körű módosítását jelentené.⁶⁸

Az alapjogi védelem területén (jogállamiság és liberalizmus magja) azonban nem volt teljes körű a módosítás, mert az EuB az osztrák alapjogi katalógusnak megfelelő jogvédelmet ad. A hatalommegosztási elv ellenben (amelynek

⁶³ Ficsor Mihály: Megjegyzések az európai közösségi jog és a nemzeti alkotmány viszonyáról I. Magyar Jog 1997/8. 468. o.

⁶⁴ Erre vezethető vissza az EU demokráciadeficitjére vonatkozó vád.

⁶⁵ ÖhlingerVfR 82. o.

⁶⁶ Pernthaler1995 446. o.

⁶⁷ ÖhlingerVfR 82. o.

⁶⁸ VfSlg (Amtliche Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes □ az osztrák alkotmánybírók ítéleteinek és határozatainak hivatalos gyűjteménye □) 11500/1987

legfontosabb jellemzője a közigazgatás és a kormányzat alárendelése a törvényhozásnak) teljesen átalakult, hisz az EU-ban az Amszterdami Szerződés hatálybalépéséig lényegében csak kormányzati jogalkotás folyt.⁶⁹

A **szövetségi** államiság alapelve is lényegesen változott, hiszen egyrészt a tartományok elvesztették közreműködési lehetőségük jelentős részét azért, hogy a jogalkotási hatáskörök jelentős részben az EU-ra szálltak át (a felsőház, azaz a Szövetségi Tanács vétőjogszerű jogosítványai így nem érvényesülhetnek), másrészt számos tartományi törvényhozási hatáskör is az EU-ra szállt át. Ausztria már az EU-csatlakozás előtt is a szövetségi állam határesetének számított, mert a tartományoknak olyan kevés jogkörük volt. Az EU-csatlakozással ez csak fokozódott.⁷⁰

A B-VG alapelvei tovább élnek az EU-csatlakozás után is, csak módosított formában.

1.3.1.2 Eljárásjogi kérdések

A csatlakozási szerződést tehát az alkotmány teljes körű módosításának minősítettük. A B-VG 50. cikk (1) bek. szerint politikai, törvénymódosító vagy törvény-kiegészítő államszerződések (értsd: nemzetközi szerződések) csak a Nemzeti Tanács és a Szövetségi Tanács jóváhagyásával köttethetnek. Ugyanez vonatkozik az alkotmánymódosító vagy kiegészítő államszerződésekre is, a probléma csak az, hogy az alkotmány nem szól arról, hogy lehet-e államszerződéssel az alkotmányt teljes körűen módosítani, és ha igen, akkor kell-e ilyenkor népszavazást tartani erről (a népszavazás egyébként kötelező az alkotmány teljes körű módosítása esetén: B-VG 44. cikk (3) bek.).⁷¹ A jogtudomány ebből háromféle következtetést vonhat le:

a) ha a szövetségi alkotmányt államszerződéssel módosítják teljes körűen, akkor nincs szükség népszavazásra,
b) ha a szövetségi alkotmányt államszerződéssel módosítják teljes körűen, akkor szükség van népszavazásra,
c) a szövetségi alkotmány teljes körű módosítása nem lehetséges államszerződés útján; de tartalmilag mégis lehetséges egy teljes körű módosítás államszerződés útján, amennyiben annak megkötésére a felhatalmazást egy törvény adja meg.⁷²

Az első alternatíva ellen szól a 44. cikk (3) bek. szövege (eszerint *valamennyi* teljes körű módosítás esetén kötelező a népszavazás). A harmadik mellett és a második ellen szól:

a) bizonytalan, hogy egy ilyen átfogó módosítás egyáltalán lehetséges-e államszerződés útján,
b) a népszavazás számára világos, érthető és rövid kérdést kell feltenni (márpedig az alapító szerződések – a felhatalmazási törvénnyel szemben, ld. Függelék C – nem nevezhetők éppen rövidnek),
c) nehézségbe ütközött volna a csatlakozási szerződés azon rendelkezéseinek megnevezése, amelyek alkotmánymódosítóak,
d) célszerűtlen lett volna az egész csatlakozási szerződést alkotmányjogi rangra emelni; először is mert a közvetlenül alkalmazható közösségi jog megelőzi a nemzeti jogot (az alkotmányjogot is), másodsor pedig a szerződés számos rendelkezése egész biztosan nem materiális alkotmányjog (azaz nem alkotmányjogi témáról szól).⁷³

A nevezett okokból az osztrák kormány a harmadik variáció mellett döntött, azaz egy olyan külön alkotmánytörvény (*EU-Beitritts-BVG*) tervezetét terjesztette be a Nemzeti Tanácsba, amely biztosítja a **felhatalmazást** az EU-csatlakozási szerződés megkötésére.⁷⁴

1.3.1.3 Az *EU-Beitritts-BVG* és gyengéi

A *Szövetségi alkotmánytörvény Ausztria Európai Unióhoz történő csatlakozásáról* igen rövid és tartalmilag lényegében üres. Csupán három cikke van:

⁶⁹ Pernthaler1995 447. o.

⁷⁰ Pernthaler1995 448. o.

⁷¹ A B-VG 50. cikk (3) bek. szerint a politikai, törvénymódosító vagy törvény-kiegészítő államszerződések a B-VG 42. cikk (2)-(4) bek. és - amennyiben az államszerződés alkotmányjogot módosít vagy kiegészít - a B-VG 44. cikk (1) és (2) bek. alkalmazandó értelemszerűen. Ebben a rendelkezésben tehát nem utalnak kifejezetten a B-VG 44. cikk (3) bekezdésre, amelyik a szövetségi alkotmány teljes körű módosítását szabályozza. (a kérdéses alkotmányszakaszokat ld. Függelék B)

⁷² Pernthaler1995 450-451. o.

⁷³ Pernthaler1995 451. o.

⁷⁴ Pernthaler1995 451. o.

Az I. cikk felhatalmazza a szövetségi alkotmány szerint arra jogosult szerveket, hogy a tárgyalási eredményeknek megfelelően megkössék a csatlakozási szerződést.

A II. cikk egy különös parlamenti jóváhagyási eljárásról rendelkezik: a Szövetségi Tanács nem egyszerű többséggel, hanem 2/3-dal kell jóváhagyja a csatlakozási szerződést.

A III. cikk a szövetségi kormányt bízza meg az *EU-Beitritts-BVG* végrehajtásával.

Az *EU-Beitritts-BVG* tartalmát és szabályozási technikáját az osztrák jogtudomány egyes képviselői hevesen kritizálják. Általánosan kritizálják azért, mert az ügyis szétszóródott (*zersplittert*) alkotmányjog most már az alapelvek tekintetében is széttöredezett (tehát nem csak a B-VG-ben található meg). A kritikusok az I. cikk tekintetében azt is kifogásolják, hogy nincs tartalma (csak formai felhatalmazás), másrészt **hiányolják** a német *Grundgesetz* G 23. cikkének megfelelő **Grenzlinienformel-t**, azaz az integráció határainak megvonását. A *Beitritts-BVG*-ből hiányzik azoknak a tartalmi összetevőknek a megnevezése, amelyek a teljes körű módosítást eredményezik. Egy integrációs cikkel meg lehetett volna alapozni az integrációt mint a szövetségi alkotmányjog új alapelvét (*Integrationsprinzip*) és viszonyát is szabályozni lehetett volna a többi alapelvhez (hasonlóan *Grundgesetz* 23. cikkéhez).⁷⁵

Ugyancsak hiányosságként vetik a *Beitritts-BVG* szemére, hogy nem teszi világossá sem a jogtudós, sem a polgár számára az EU-csatlakozás végleges hatásait a nemzeti alkotmányjogra.⁷⁶

Az *EU-Beitritts-BVG* ebből a szempontból a kormány számára egy olyan felhatalmazási törvény, amely antidemokratikus elődeitől⁷⁷ csupán abban különbözik, hogy itt a felhatalmazott kormány demokratikusan legitimált, valamint hogy az EU és tagállamai tiszteletben tartják a demokrácia alapelveit.⁷⁸

Az uralkodó tudományos álláspont szerint - akárcsak a kormány-előterjesztés szerint - az alapelvek tovább élnek a belépési szerződés által módosított formában. Az EUSZ minden drámai megváltoztatása (pl. egy európai szövetségi állam kialakulása) egy újabb teljes körű módosítást jelentene, és ezért arról újra népszavazást kellene tartani.⁷⁹

1.3.1.4 A belépési eljárás

1994. május 4 és 5-én illetve 7-én fogadta el a Nemzeti Tanács és a Szövetségi Tanács az említett *Beitritts-BVG*-t. Ezt a törvényhatározatot a B-VG 44. cikk (3) bek. alapján népszavazásnak kellett alávetni. A népszavazás 1994. június 12-én 66,39 %-os többséggel a csatlakozás mellett döntött. Ezután a *Beitritts-BVG*-t a szövetségi elnök aláírta, és a szövetségi Hivatalos Közlönyben kihirdették.⁸⁰

A *Beitritts-BVG* hatályba lépése után heves politikai csatározások folytak arról, hogy formailag kinek kell aláírnia a csatlakozási szerződést. A szövetségi alkotmány erre vonatkozóan egy nagyon bonyolult felhatalmazási és együttműködési rendszerről rendelkezik: a szövetségi kormány javasolhatja a szövetségi elnöknek (B-VG 67. cikk), hogy a parafált szerződést írja alá; de a szövetségi elnök meg felhatalmazhatja a szövetségi kormányt ill. az illetékes szövetségi minisztert, hogy ezt az aktust megtegyék. Végeredményben a szövetségi elnök és a koalícióban megállapított kormánytagok közösen írták alá a csatlakozási szerződést. Ezek után a *Beitritts-BVG*-ben előírt eljárás történt meg (II. cikk). Majd a szövetségi elnök elküldte a ratifikációs nyilatkozatokat az EU tagországainak. Az EU joga szerint ezen felül minden tagállamnak jóvá kellett hagynia a csatlakozási szerződést (az ő saját alkotmányjogaik szerint) (EUSZ 49. Cikk (2) bek.).⁸¹

⁷⁵ Pernthaler1995 452. o.

⁷⁶ Pernthaler1995 452. o.

⁷⁷ pl. "kriegswirtschaftliches Ermächtigungsgesetz" [hadigazdasági felhatalmazási törvény] (Reichsgesetzblatt Nr. 307/1917.)

⁷⁸ Pernthaler1995 452-453. o.

⁷⁹ Pernthaler1995 453. o.

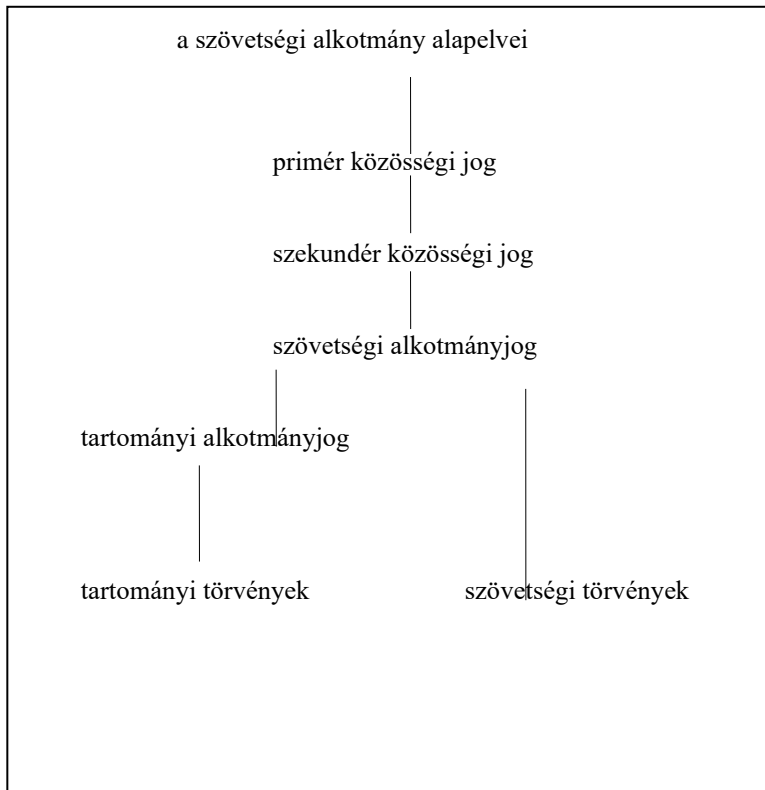
⁸⁰ Pernthaler1995 454. o.

⁸¹ Pernthaler1995 454-455. o.

1.3.2 A csatlakozás hatása az osztrák jogforrási hierarchiára

1.3.2.1 Az osztrák jogforrási hierarchia az EU-csatlakozás után: a hagyományos felfogás

Az EU-jog helye a hagyományos álláspont szerint a következő sémával érzékeltethető:⁸²



Ahhoz, hogy megvizsgálhassuk e séma helyességét, előbb néhány jogelméleti és osztrák alkotmányjog-dogmatikai fogalmat kell tisztáznunk.

1.3.2.2 A jogrendszer lépcsőzetes felépítése □ jogelméleti és alkotmányjog-dogmatikai kitérő

Nehéz elválasztani az osztrák alkotmányjog-dogmatikát és a Bécsi Jogelméleti Iskola tanításait.⁸³ Nem is lehet teljesen. Ausztriában a jogforrások leírására szinte mindenki az Adolf Merkl által kialakított, majd Kelsen által átvett joglépcsőelméletet használja. A hagyományos felfogás szerint a jogrendszer kétféleképpen is leírható lépcsőzetes felépítésűnek:

1. jogi előfeltételezettség szerinti és
2. derogációs erő szerinti lépcsőként.⁸⁴

ad 1. A jog maga szabályozza saját maga megalkotását. Ennek fényében meg lehet különböztetni alkotó és alkotott jogot, amely azonban csak viszonyt fejez ki, mert az alkotott jog megint csak alkotó lehet és viszont. Az alkotó jog az alkotott jog létrejöttének előfeltételeit szabályozza. Így például a B-VG, a Nemzeti Tanács (alsóház) házszabálya, a

⁸² ábra: ÖhlingerVfR 89. o.

⁸³ Bécsi (Jogelméleti) Iskola: Hans Kelsen, Adolf J. Merkl, Alfred Verdroß és követőik, napjainkban legismertebb Robert Walter

⁸⁴ pl. KojAST 20. o. és WalterVfR 3. o.

Szövetségi Tanács (felsőház) hárszabálya és a szövetségi Hivatalos Közlönyről szóló törvény együtt alkotják egy törvény megalkotásának **jogi előfeltételét**. A normák⁸⁵ egymásnak adnak felhatalmazást további szabályozásra, így pl. az alkotmányok felhatalmazást adnak bizonyos kérdések törvényben való szabályozására, a törvények pedig ugyanígy tesznek kormányrendeletekkel kapcsolatban. Ennek alapján a felhatalmazást adó alkotmány a törvényeknek, a felhatalmazást adó törvény pedig a rendeleteknek van fölérendelve. Sőt törvények egymásnak is adnak felhatalmazást bizonyos kérdések részletesebb szabályozására, tehát egymásnak fölérendeltek.

Az alkotmány maga is csak a Nemzeti Tanács hárszabályának betartásával módosítható, ilyen értelemben a Nemzeti Tanács hárszabálya az alkotmánynak fölérendelt. Sőt: az alkotmány csak az alkotmány betartásával módosítható, azaz ilyen értelemben saját magának is fölérendelt.

A jogi előfeltételezettség szerinti lépcső valójában nem is lépcső, hanem normák és felhatalmazások áttekinthetetlen hálója, amelyet a gyakorlatban semmire sem lehet használni.⁸⁶

ad 2. Derogáció egy norma végleges eltüntetését (időbeli hatályának végét) jelenti a jogrendszerből. A klasszikus nézet szerint a derogációs erő szerinti lépcsőben az A norma B norma felett helyezkedik el, ha A derogálhatja B-t, de fordítva ez nem történhet meg. Így aztán egy törvény magasabban helyezkedik el, mint egy kormányrendelet, mert a törvény derogálhatja a kormányrendeletet, de fordítva ez nem történhet meg: a kormányrendelet nem derogálhatja a törvényt. Ennek alapján különböztetik meg az egyes lépcsőket, vagy hogy érthetőbb legyen: a jogforrási hierarchia fokozatait.

Megkülönböztetünk még **formális** és **materiális** derogációt. Az előbbi esetben *expressis verbis* történik a derogáció, utóbbi esetben “hallgatólagosan”, azaz egyszerűen csak ellentmond az újabb norma a korábbinak, ezáltal a korábbi hatályát (vagy érvényét)⁸⁷ veszti (*lex posterior derogat legi priori*).^{88,89} A **materiális** derogáció nem szerencsés, mert gyakran előfordul, hogy nem tudni, mi maradt érvényben: ez pedig jogbizonytalanságot eredményez.

A materiális derogáció jogbizonytalanságát részben elkerülendő dolgozta ki az osztrák jogtudomány az **invalidáció** fogalmát. Ez azt jelenti, hogy ha egy magasabb rangú norma a későbbiekben megváltozik (azaz valamely része érvényét vagy hatályát veszti), és az alacsonyabb rangú norma jogellenessé válik, akkor az nem lép automatikusan hatályon kívül, csupán jogellenessé válik (invalidálódik). Ezek után pl. az alkotmánybíróság helyezheti hatályon kívül.⁹⁰

⁸⁵ Érttem itt ez alatt az individuális normákat, azaz közigazgatási határozatokat, bírósági ítéleteket is. A norma fogalmának ilyen tág értelmezése magyar szemmel talán furcsa lehet, de a kelsen-i osztrák jogtudományban teljesen természetes. ld. Hans Kelsen: Az államelmélet alapvonalai. Ford. Moór Gyula. Miskolc: Bibo Kiadó 1997. 83. o. [“Ezért a bírói ítélet maga is individuális *jogszabály*.”], vö. Walter VfR 241. o.

⁸⁶ Theo Öhlinger: Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1975. 17. o.

⁸⁷ Érvényét akkor veszti egy jogszabály, ha visszamenőleg, születése pillanatától fogva tűnik el (mintha nem is lett volna), az időbeli hatály vége ellenben csak azt jelenti, hogy meghagyunk egy olyan időintervallumot (a régi norma hatálybalépésétől az új norma hatálybalépéséig), amely alatt történt tényállásokra az egyébként már nem hatályos norma alkalmazandó. Mind materiális, mind formális derogáció eredményezheti mind az érvényesség mind a hatályosság elvesztését. Annak meghatározása, hogy a lerontás (derogáció) azt jelenti, hogy az új szabály hatálybalépésével a régi szabálynak csupán időbeli hatálya ér véget (azaz a korábbi tényállásokra alkalmazandó), vagy érvényét (azaz a korábbi tényállásokra is az új szabály alkalmazandó), a pozitív jog feladata. Főszabály szerint nincs visszaható hatály (azaz derogáció csupán az időbeli hatály végét jelenti), de ez alól lehet kivétel.

⁸⁸ Bár Heinz Mayer szerint a törvényhozó egy rendeletet formálisan nem derogálhat, mert a rendeletalkotás nem a törvényhozó feladata. idézi: Friedrich Kojas: Die Verordnung im österreichischen Verfassungsrecht. in: Juristische Blätter 1978. 533. o. Maga Kojas sem érzi meggyőzőnek ezt az érvelést. Kojas szerint a törvényhozó formálisan derogálhatja a rendeletet oly módon, hogy megsemmisíti, de nem módosíthatja. Ekkor ugyanis a törvényhozó lényegében rendeletet alkotna, ami azonban ellentmondana az osztrák (alkotmányban rögzített) hatalommegosztási rendszernek. ld. Friedrich Kojas: Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis. Begründet von Walter Antonioli. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung ³1996. (a továbbiakban: KojasVwR) 203-204. o.

⁸⁹ akkor újabb a norma, ha később keletkezik. A keletkezés időpontja az érvénybe lépés (kihirdetés), nem a hatályba lépés.

⁹⁰ Megjegyzem, hogy a rendszerváltás alkalmával ugyanez történt a magyar jogrendszerben: az alkotmány átfogó módosítása miatt számos alacsonyabb rangú norma vált jogellenessé (alkotmányellenessé), de ezek nem automatikusan veszítették hatályukat, hanem csak az Alkotmánybíróság általi megsemmisítéssel. Magyarországon is tehát a jogbiztonság érdekében használták magát a megoldást, csak az elnevezés nem terjedt el.

Ezen dogmatika részletes kidolgozása a Bécsi Iskola⁹¹ azon törekvésére vezethető vissza, miszerint a jogrendszer egységét (értsd: ellentmondás-mentességét) biztosítani kell.⁹² Az invalidáció és a derogáció nem osztrák pozitív jogi fogalmak, csupán a jogtudományban élnek, de pl. az osztrák alkotmánybíróság következetesen alkalmazza őket.

1.3.2.2.1 A kollízió fogalma

Itt érdemes megemlíteni a Solt Kornél által gyenge és erős kollízióként megkülönböztetett két esetet.

Gyenge a kollízió két norma között, ha az egyik azt mondja, hogy az adott magatartás nem megparancsolt és nem is tilos (kétoldalú megengedés), a másik pedig vagy megparancsolja, vagy megtiltja az adott magatartást. A kollízió azért gyenge, mert ha a címzett engedelmeskedik tiltásnak ill. megparancsolásnak, akkor nem sérti meg a kétoldalú megengedést tartalmazó normát. Ugyancsak gyenge a kollízió, ha az egyik norma azt mondja, hogy egy magatartás megparancsolt, a másik norma pedig azt, hogy ugyanez a magatartás nem megparancsolt: ha ugyanis a címzett eleget tesz a parancsnak, nem sérti meg a másik (“nem-parancs”) normát. **Gyenge** a kollízió tehát, ha az adott helyzetben **elképzeltető** olyan magatartás, amely egyik normát **sem sérti**.

Erős a kollízió, ha az egyik norma adott helyzetre egy bizonyos magatartást előír, a másik norma pedig ugyanarra a helyzetre ugyanazt a magatartást megtiltja. Ha tehát a kérdéses helyzetbe kerül a címzett, akkor valamelyik normát bizonyosan megsérti. **Erős** a kollízió tehát, ha az adott helyzetben nem képzeltető el olyan magatartás, amely egyik normát sem sérti: ha az adott helyzetbe kerülünk - bármit is csináljunk - **mindenképp megsértjük** az egyik normát.⁹³

A különbség a kizárólagos közösségi hatáskörök és a párhuzamos hatáskörök között nem az, hogy az előbbi esetben a gyenge kollízió is kollízió, párhuzamos hatáskörök esetében azonban nem. Ha ugyanis párhuzamos hatáskörök esetében a közösségi jog kifejezetten kimondja, hogy a polgár számára nincs se megparancsolva, se megtiltva egy magatartás, akkor a tagállami jog nem parancsolhatja meg és nem is tilthatja meg azt a magatartást. **Mindegy** tehát, hogy a kollízió gyenge vagy erős: vagy van ellentmondás vagy nincs. Nem ez a logikai különbség a kizárólagos közösségi és a párhuzamos hatáskörök között.

A különbség az, hogy a kizárólagos közösségi hatáskörök esetében a Közösség hallgatása is szabályozás, párhuzamos hatáskörök esetében azonban csak a kifejezett (vagy közvetlenül levezethető) szabályozás minősíthető szabályozásnak. **Hibásan** állítja tehát Solt Kornél, hogy a nem szabályozott aktusokról (implicite) **automatikusan** azt mondja a szabályozás, hogy azok sem nem megparancsoltak, sem nem tilosak.⁹⁴ Az ugyanis, hogy a **hallgatás** szabályozásnak (a kétoldalú megengedés implicit kimondásának) minősül-e, **nem joglogikai, hanem pozitív jogi** kérdés: erre a legjobb példa a közösségi jog és a tagállami jog viszonya. A kizárólagos közösségi szabályozás esetében a hallgatás is szabályozásnak minősül, párhuzamos hatáskörök esetében azonban csak a kifejezett (vagy abból közvetlenül levezethető) szabályozás minősül szabályozásnak.

Így a kizárólagos közösségi hatáskörök esetében minden tagállami szabályozás automatikusan ellentétben áll a közösségi joggal (ezért nem alkalmazandó), hiszen ott a jog hallgatása is szabályoz: azt mondja, hogy az adott magatartás nem megparancsolt és nem megtiltott

⁹¹ Id. 83 jegyzet.

⁹² részletesebben ld. Benedek András – Solt Kornél: Fejezetek jogi ismeretelméletből. Összeállította: Eszes Boldizsár, Jakab András és Orbán Krisztina. Budapest: Szent István Társulat 2000. 182-185. o.

⁹³ vö. Solt Kornél: Jogi logika. II. kötet. Budapest: Seneca 1996. 409-417. o.

⁹⁴ Solt Kornél: Jogi logika. II. kötet. Budapest: Seneca 1996. 311. o.

(kétoldalú megengedés). Ez a helyzet legalább gyenge kollíziót eredményez bármely más szabályozással.⁹⁵

1.3.2.3 Az alkalmazási elsődlegességről részletesebben

Vegyünk két olyan jogrendszert, amelyek közül az egyik (EU-jogrend, benne: eu-normák) alkalmazási elsődlegességgel rendelkezik a másik előtt (osztrák jogrend: O-jogrend, benne o-normák).

Itt szóba sem jöhet a derogáció, sem a formális, sem a materiális, bár a helyzet gyakorlatilag nagyon hasonlít a materiális derogációra.

Ebben az esetben mindegy, hogy melyik norma keletkezik előbb, mert ha ellentmondás lenne egy eu-norma és egy o-norma között, akkor azonnal belép az eu-norma alkalmazási elsődlegessége: **nem** érvényesül a *lex posterior*.⁹⁶

A különbség a két olyan jogrendszer egy-egy normája, amelyből az egyiknek alkalmazási elsődlegessége van a másik felett, és az egyazon jogrendszer egy-egy normája közti ellentmondás között tehát abban ragadható meg, hogy míg egyazon jogrendszeren belül az alárendelt norma időlegesen háttérbe szoríthatja a fölérendeltet (törvényellenes rendelet, ami a közigazgatás részéről mégis alkalmazandó), addig az alkalmazási elsődlegességgel alárendelt jogrendszer normája időlegesen sem szoríthatja háttérbe az alkalmazási elsődlegességgel fölérendelt jogrendszer normáját.

Az alkalmazási elsődlegesség a következőkben különbözik tehát a derogációtól:

- ha egy norma derogál egy másikat, akkor a derogált norma eltűnik; azaz ha a derogáló norma a későbbiek során hatályon kívül helyeződik, a derogált norma akkor sem kel életre

- ellenben ha csak alkalmazási elsődlegességről van szó, akkor a fölérendelt jogrendszer kérdéses normájának **hatályon kívül helyeződésével** az alárendelt jogrendszer normája **életre kel**: ugyanis mindvégig megvolt, csak háttérbe volt szorítva (be volt árnyékolva). Persze ez a hatályon kívül helyeződés is további definíciós pontosításra szorul:⁹⁷

a/1) eredeti kizárólagos közösségi hatáskörök esetén az eredeti kizárólagos közösségi hatáskört előíró szerződési szakasz hatályon kívül helyeződését jelenti

a/2) a következményi kizárólagos közösségi hatáskörök esetén (azaz a közösségi kimerítő szabályozás által elfoglalt szabályozási terület esetén) nem elég egy-egy norma hatályának megszűnése: az ezen területet szabályozó közösségi joganyag akkora hányadának kell hatályon kívül lépnie, hogy megszűnjék kimerítő szabályozás (a teljes lefedettség), azaz hézagossá, egységes rendszert nem alkotóvá válják a közösségi jogalkotás

b) párhuzamos jogalkotási hatáskörök esetén a tagállami jogot háttérbe szorító egyes szabályok hatályon kívül helyeződése külön-külön egyenként eredményezi a tagállami jogszabályok feléledését (ismét alkalmazhatóvá válását) jelenti

1.3.2.4 Az osztrák jogforrási hierarchia az EU-csatlakozás után: a helyes álláspont

Nézzük ezek után, hogy ez milyen következményekkel jár fenti ábránkra (16. o.). Véleményem szerint az nem helyes, ugyanis az EU jog nem derogál, és nem is invalidál (azaz nem tesz megsemmisíthetővé), csak háttérbe szorít (beárnyékol)

Az EU-jog nem illeszthető bele a belső jogi joglépcsőbe, ugyanis nem derogálja és nem is invalidálja a belső jogot. Egyszerűen nem érdekli, mit mond a belső jog: az EU-jog **alkalmazási elsődlegességet élvez** a nemzeti jogok előtt, ez alól az alkotmányok sem kivételek. Ha a belső jog ellentmond az EU-jognak, nem történik semmi, egyszerűen csak az EU-jogot kell alkalmazni. Az EU joga és a belső jog két különálló jogrendszer, amelyek nem derogálják egymást.

A joglépcsőelmélet gyengéje, hogy csak a jogrendszeren belüli viszonyokat tudja kezelni, két jogrendszer közti viszonyt azonban nem tud magyarázni. A baj az, hogy az osztrák alkotmányjog-tudomány *mainstream*-je ezt nem ismerte fel, és a közösségi jogot megpróbálta a joglépcsőelmélet alapján az osztrák jogforrási hierarchiába besorolni.

⁹⁵ Id. még fent 1.2.3.3.1 Az alkalmazási elsődlegesség és a jogalkotási hatáskörök megosztása

⁹⁶ vö. EuB Case 26/62, Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen, [1963] ECR (European Court Reports) 1, [1963] CMLR (Common Market Law Reports) 105

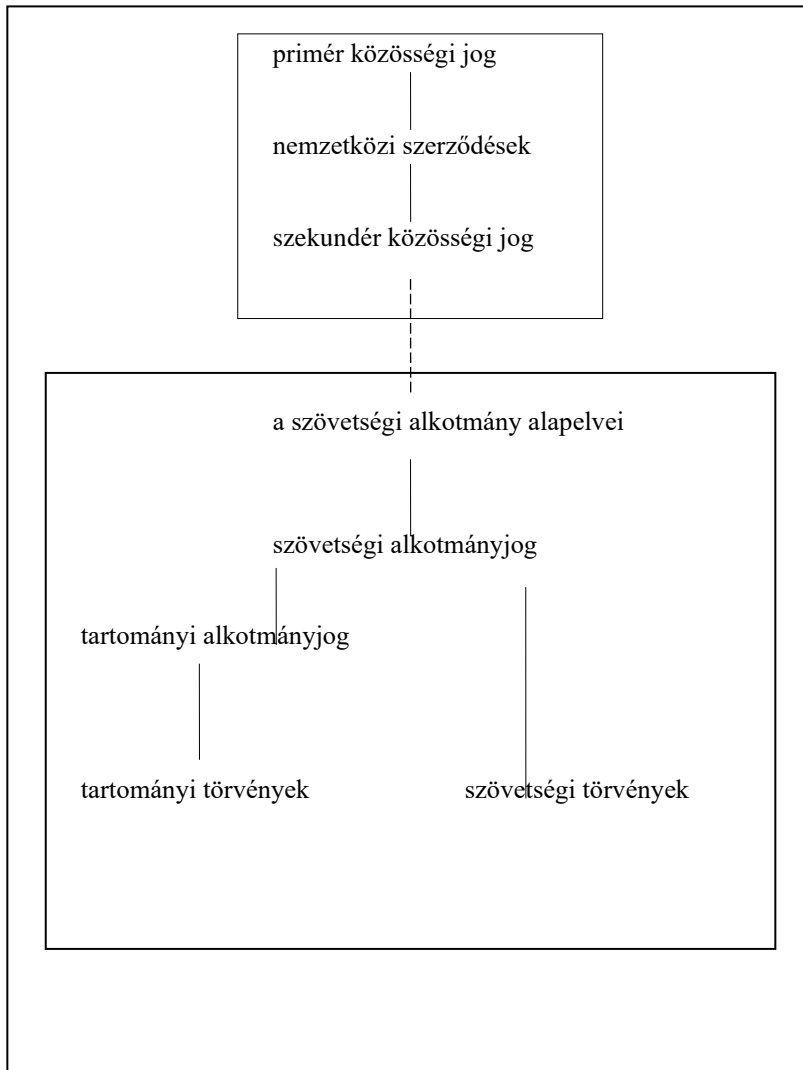
EuB Case 6/64, Costa (Flaminio) v. ENEL, [1964] ECR 585, [1964] CMLR 425

⁹⁷ Id. fentebb 1.2.3.3 A jogalkotási hatáskörök megosztása az EU és a tagállamok között

Sőt a joglépcsőelmélet magát az alkalmazási elsődlegességet nem tudja kezelni, még akkor sem, ha az egyazon jogrendszeren belül van, hiszen leghasználhatóbb formája is a derogációra épül (a másik a jogi előfeltételezettségre), márpedig ez más, mint az alkalmazási elsődlegesség.⁹⁸

⁹⁸ Ez persze nem jelenti, hogy a derogációs erő szerinti joglépcső használata ne modellálná érthetően a jogrendszer felépítését bizonyos szempontból, de önmagában nem elegendő a problémák megoldásához.

Az ábra helyesen a következőképpen néz ki:⁹⁹



Két autonóm jogrendszerről van tehát szó (az osztrák jogrendszer és az EU jogrendszere), amelyek között nincs derogációs összefüggés, de az EU jogrendszere felette áll az osztrák jognak. Lényegében arról van szó, hogy az osztrák (és általában a **nemzeti jogrend**) **szubszidiárius** jogrenddé vált: akkor kell alkalmazni, ha a közösségi jog nem mond mást.¹⁰⁰

1.3.2.3.1 Az elsődlegesség határai

A kérdés ezek után, hogy vannak-e az elsődlegességnek határai, így például létezik-e **integrációálló alkotmánymag** (*integrationsfester Verfassungskern*). Az EuB a közösségi jog abszolút elsődlegességét vallja (tehát véleménye szerint nincs ilyen mag), nem így a nemzeti alkotmánybíróságok.

⁹⁹ kiegészítve az ábrát a nemzetközi szerződésekkel (ld. 1.2.2.3 A nemzetközi szerződések)

¹⁰⁰ vö. Zlinszky János opponensi véleménye Kecskés László akadémiai doktori disszertációjához. Zlinszky az 1495-ös *Reichskammergerichtsordnung* által teremtett helyzetet hozza fel analógiaként, amikor is a római jogot szubszidiárius joggá tették a Német-római Szent Birodalomban. Csakhogy ott a *ius commune* volt a szubszidiárius jog, az EU-jog esetében azonban **fordítva**: a nemzeti jog a szubszidiárius és az EU-jog az elsődleges. Szécsényi László: Kecskés László: "EK-jog és jogharmonizáció" in: Jogtudományi Közlöny 1996. 149. o.

Az osztrák jogtudomány véleménye szerint is létezik egy ilyen mag, ennek tartalma pedig a szövetségi alkotmány alapelvei.¹⁰¹ Attól függetlenül, hogy a hagyományos osztrák felfogás besorolási kísérletét - amely jelezte ezt a határt is - sikertelennek minősíthetjük, magát azt a gondolatot, hogy van ilyen határ, még nem minősíthetjük eleve tarthatatlannak.

Első ránézésre meggyőzőnek látszik az a vélemény, hogy minden bizonnyal van határa az integrációnak, mivel a tagállamoknak **nem állt szándékukban** teljesen feladni szuverenitásukat, csupán felségjogaik jelentős részét ruházták át egy közös szervezetre. Ezt fejezi ki pl., hogy az EU-szerződés (EUSZ) elnevezése nem alkotmány, hanem szerződés.

Az azonban bizonytalan, hogy mi ennek az integrációálló alkotmányagnak a tartalma. Ausztria esetében joggal tételezhetjük fel, hogy ez tényleg a szövetségi alkotmány alapelveit jelenti, hiszen ezek testesítik meg az ország alkotmányos alaprendjét.¹⁰²

1.3.3 A közösségi jog alkalmazása

A tagállami szerveknek **nincs joguk** arra, hogy a másodlagos közösségi jogot azért ne alkalmazzák, mert az szerintük ellentmond az elsődleges jogyagnak.¹⁰³ Ebben az esetben ugyanis az EuB-hez kell fordulniuk, amelyik **autentikus** és kizárólagos módon állapítja meg a másodlagos közösségi jog jogsértő (elsődleges közösségi jogot sértő) voltát, és megsemmisíti azt (EKSZ 230. Cikk).

A tagállami szervek kötelesek továbbá arra, hogy ne alkalmazzák a közösségi jognak ellentmondó tagállami joganyagot.¹⁰⁴ Mindez persze csak a párhuzamos jogalkotási hatáskörök esetére vonatkozik, mert ha az Unió kizárólagos jogalkotási hatáskörrel rendelkezik, akkor nem kell az ellentmondást vizsgálni: tagállami jog nem alkalmazható, csak közösségi. Ha pedig eredeti kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskörrel van szó, akkor abban az esetben, ha nincs (még) közösségi szabályozás, akkor **semmiféle jog** nem alkalmazható (!).¹⁰⁵

Az EuB szerint sérti az alapszerződéseket (az alkalmazási elsődlegességet), ha egy tagállami szerv (pl. alkotmánybíróság) a közösségi jogba ütköző tagállami törvényt megsemmisíti.¹⁰⁶

Problémaként jelentkezik, hogy csak bíróságok kezdeményezhetik az előzetes döntési eljárást (EKSZ 234. Cikk), közigazgatási szervek nem, azaz egy közigazgatási szerv nem kérhet véleményt arról, hogy az alkalmazandó tagállami szabályozás ellentmond-e a közösségi jognak. A megoldás a következő: ha a közigazgatási szerv döntését az érintett kifogásolja, akkor bírósághoz fordulhat, a bíróság pedig már fordulhat az EuB-hez, ha kétségei támadnának a tagállami jogszabálynak közösségi joggal való konformitását illetően.

1.3.3.1 A közösségi jognak ellentmondó utasítás a közigazgatásban

¹⁰¹ WalterVfR 107. o. és ÖhlingerVfR 89. o.

¹⁰² Ausztriában nem merül fel, mert az osztrák alkotmánybíróság nem vizsgálta felül alkotmányossági szempontból a belépési szerződést, de ahol ez megtörtént (nem feltétlenül belépés, hanem akár egy EK-tag a Maastrichti Szerződés kapcsán), és az alkotmánybíróság határokat szabott ennek kapcsán az integrációnak, ott ezt a szerződéshez fűzött alkotmánybírósági fenntartásnak is minősíthetjük.

Ez azonban ebből a szempontból kétséges vállalkozás. A *Bécsi egyezmény a szerződések jogáról* 19. cikk c) pontja szerint ugyanis semmis az a fenntartás, amely "**összegegyeztetetlen** a szerződés tárgyával és **céljával**". Márpedig az EU és az EK szerződéseinek értelmezési monopóliuma az EuB joga, azaz ő állapíthatja meg, hogy mi az, ami összegegyeztetetlen a szerződés tárgyával és céljával. Tehát egy tagállam semmit sem tehetne, ha az EU belegázolna integrációálló alkotmánymagjába, hacsak nem akarná a nemzetközi jogot (*Bécsi egyezmény a szerződések jogáról*) és az európai jogot megsérteni. A szerződés tárgyával és céljával való összegegyeztetetlenség ugyanis megfelel az EuB által használt, és a nemzeti alkotmánybíróságok által veszélyesnek tartott, *effet utile* doktrínájának, amelynek segítségével az Unió hatáskörei szinte vég nélkül kiterjeszthetők. Erre érdemes odafigyelni a jövőben majd a magyar EU-csatlakozás kapcsán is.

¹⁰³ EuB Case 116/76 Granaria BV v. Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten [1977] ECR 1247, [1979] 2 CMLR 83

¹⁰⁴ EuB Case 103/88, Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano [1989] ECR 1839, [1990] 3 CMLR 239.

¹⁰⁵ vö. KecskésEK 177. o.

¹⁰⁶ EuB Case 35/76, Simmenthal SpA v. Ministero delle Finanze [1976] ECR 1871, [1977] 2 CMLR 1.

A közigazgatási szervek azon kötelessége, hogy a közösségi jognak ellentmondó tagállami jogot ne alkalmazzák, csak akkor áll fenn, ha a jogi helyzet elég világos, azaz ha nyilvánvaló a normakonfliktus.¹⁰⁷ Ez esetben a közigazgatási tisztviselő **mentesül** fölrendelt szerv **utasításának** való engedelmességi kötelezettség alól is, amennyiben az utasítás **nyilvánvalóan** a közösségi jognak ellentmondó jog alkalmazását vagy egyéb nyilvánvalóan közösségi jog-ellenes cselekvést rendel el.¹⁰⁸

Ausztriában ez a következő problémát veti fel: ez az engedetlenségi lehetőség ellentmond a B-VG 20. cikk (1) bekezdésnek, amely szerint csak ha nem illetékes szervtől jön, vagy ha bűncselekményről lenne szó, akkor tagadhatja meg közigazgatási szerv az utasítás teljesítését. Erre az EU-jog nemzeti joggal szembeni (azaz alkotmányjoggal - így pl. a B-VG 20. cikk (1) bekezdéssel - szembeni is) alkalmazási elsődlegességére utalva lehet válaszolni: így aztán az eredeti két engedetlenségi lehetőség mellé a közösségi jog erejénél fogva egy harmadik lép.

1.3.4 A jogharmonizációs kötelezettség

A tagállamok jogalkotási szabadságát jelentős mértékben csorbítja jogharmonizációs kötelezettségük. Az EKSZ 3. Cikk h. pont szerint a tagállamok olyan mértékben kötelesek jogrendszerüket egymáshoz közelíteni (egymással harmonizálni), amennyire az a közös piac működéséhez **szükséges**.¹⁰⁹ A harmonizáció jelentheti jogszabályok **alkotását**, vagy éppenséggel **deregulációt**.

1.3.4.1 A jogharmonizáció módszerei

A kezdeti kizárólag ajánlás jellegű harmonizáció után mára alapvetően négy **módszerrel** történik jogharmonizáció:

1. Irányelv
2. Kölcsönös elismerés
3. Rendelet
4. Ajánlás

ad 1. Az **irányelv** tekinthető a jogharmonizáció **alapvető** eszközének. A korábbi - zsákutcásnak tekinthető - közösségi gyakorlat után, amely szinte az utolsó részletszabályig kidolgozta az irányelveket ("totális harmonizáció"), és a tagállamoknak lényegében csak át kellett venniük a szöveget, mára az irányelvek eredeti funkciójuknak megfelelően csak az alapvető szabályokat és a szabályozás célját állapítják meg, a részletes szabályok kidolgozása a tagállamok feladata marad ("opcionális harmonizáció").¹¹⁰

ad 2. Az EuB által alkotott **kölcsönös elismerés** (*mutual recognition*) doktrínája azt jelenti, hogy a tagállamoknak tiszteletben kell tartaniuk egymás tradícióit. Az elv a Közösségen belüli szabad kereskedelem védelmében fogalmazódott meg, aminek kapcsán ez azt jelenti, hogy ha egy terméket jogszerűen állítanak elő és forgalmazzak az egyik tagállamban, akkor az a Közösség teljes területén szabadon forgalmazható. A tagállami jogrendszerek közti

¹⁰⁷ Jost Pietzker: Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung. in: Festschrift für Ulrich Everling. II. kötet. Szerk. Ole Due, Marcus Lutter és Jürgen Schwarze. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1995. 1109. o.

¹⁰⁸ Jost Pietzker: Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung. in: Festschrift für Ulrich Everling. II. kötet. Szerk. Ole Due, Marcus Lutter és Jürgen Schwarze. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1995. 1107. o.

¹⁰⁹ Itt jegyzem meg, hogy a közelítés (*approximation*), a harmonizáció (*harmonization*) és a koordinálás (*coordination*) azonos fogalmat takarnak, noha az EKSZ maga is használja mind a három a kifejezést. (a terminológiai következetlenségekről ld. KecskésEK 212. o.)

¹¹⁰ KecskésEK 215-216. o.

különbségek csak akkor korlátozhatják a szabad kereskedelmet, ha erre a pénzügyi felügyelet hatékonysága, a közegészség védelme, a kereskedelmi ügyletek tisztessége vagy a fogyasztók védelme érdekében van szükség.^{111,112}

ad 3. A **rendelettel** történő jogharmonizáció tulajdonképpen a **legkeményebb** eszköz: egyrészt annyira harmonizálja a jogot, hogy az ugyanaz lesz minden tagállamban, másrészt azonnal közvetlenül alkalmazható, és (általában) nincs szükség a tagállami törvényhozásra vagy rendeletalkotásra.¹¹³ Akkor lehet szükség a tagállami törvényhozásra vagy rendeletalkotásra, ha a közösségi rendelet olyan jogszabályi előfeltételt támaszt (pl. intézményi előfeltétel), ami nincs meg.

ad 4. Az **ajánlás** jogharmonizáció legkevésbé hatékony formája. Körülbelül “kegyes óhajnak” minősíthető.

1.3.4.2 A jogharmonizáció kikényszerítése

A felsorolt négy módszer közül az első három (tehát az ajánlás kivételével mind) kikényszeríthető. Ennek módszerei:

1. az irányelvek közvetlen alkalmazhatóságának biztosítása,
2. a 169-es eljárás,
3. a bírság és
4. a kártérítés.

ad 1. Erről már több helyen beszéltem, újabb magyarázatot nem igényel.¹¹⁴

ad 2. A Bizottság az EKSZ 226. Cikke [rég 169-es Cikk, innen az eljárás neve] alapján hosszadalmas eljárásban állapíthatja meg az **EuB-gal**, hogy az illető tagállam nem teljesítette jogharmonizációs kötelezettségét. A jogharmonizáció kötelezettség megsértése abban az esetben állapítható meg, ha jogharmonizáció által kívánt eredmény meghiúsulására vezet a tagállami mulasztás, tehát az irányelv pusztán át nem vétele még nem jelenti ezt. Az EuB ítélete ez esetben csupán **deklaratív**, amely azonban előfeltétele a bírság kiszabásának és a kártérítésnek is.¹¹⁵

ad 3. Az EUSZ (Maastricht) bevezette a harmonizációban engedetlen tagállam Uniós általi **megbírságolását** is (EKSZ 228. Cikk).¹¹⁶

ad 4. Az EuB joggyakorlata következtében lehetővé vált a tagállami jogharmonizációs mulasztás (irányelv át nem vétele) miatti **kárnak** a tagállammal szembeni érvényesítése is, még hozzá az érintett tagállam hazai bíróságai előtt (objektív kárfelelősség).¹¹⁷ Ennek alap gondolata, hogy a nemzeti bíróságoknak “reális és effektív” védelmet kell nyújtaniuk az egyének számára közösségi jogaik gyakorlásához.¹¹⁸ Ezen állami kárfelelősség konjunktív **előfeltételei**:¹¹⁹

- a) az irányelv nem alkalmazható közvetlenül,
- b) az irányelv azt (is) célozta, hogy egyénekre jogok ruházzon,
- c) ezen jogok tartalma az irányelv rendelkezései alapján megállapíthatóak,
- d) okozati összefüggés az állami kötelezettségzegés és az érintett személy kára közt és
- e) a tagállam jogharmonizációs mulasztásának megállapítása (EKSZ 226. Cikk).

1.3.4.3 A jogharmonizáció korlátjai

¹¹¹ EuB Case 120/78, Rewe Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649, [1979] 3 CMLR 494.

EuB Case 788/79 Gilli and Andres [1980] ECR 2071, [1981] I CMLR 146.

EuB Case 178/84 Commission v. Germany (Reinheitsgebot) [1987] ECR 1227, [1988] I CMLR 780.

EuB Case 45/87 Commission v. Ireland [1988] ECR 4929, [1989] CMLR 225.

¹¹² KecskésEK 219. o.

¹¹³ KecskésEK 224. o.

¹¹⁴ Id. 1.2.2.2.2 Irányelv (direktíva)

¹¹⁵ KecskésEK 244-251. o.

¹¹⁶ KecskésEK 244. és 263. o.

¹¹⁷ EuB Cases C-6 & 9/90, Francovich & Bonifaci v. Italy, [1991] ECR I-5357, [1993] 2 CMLR 66.

¹¹⁸ KecskésEK 258. o.; EuB Case 14/83, Von Colson v. Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1981.

¹¹⁹ KecskésEK 260-261. és 264. o.

1.3.4.3.1 Az alapvető védelmi körülmények

Az EKSZ 95. Cikk (3) bek. szerint a határokon átmenő forgalom könnyítése érdekében nem szabad feláldozni az egészségügy, a biztonság, a környezetvédelem és a fogyasztóvédelem (alapvető védelmi körülmények, *essential protection requirements*) érdekeit. A Bizottságnak ezt jogharmonizációs javaslataiban figyelembe kell vennie, ennyiben ez az előírás jogharmonizációs korlátnak tekinthető.¹²⁰

1.3.4.3.2 Tagállami engedetlenség

A tagállamoknak két esetben nem kell eleget tenniük jogharmonizációs kötelezettségüknek.

Az első esetben azon tagállamok, amelyek ellene szavaztak valamely jogharmonizációs döntésnek, **továbbra is** alkalmazhatják saját jogukat, ha az nem jelent (rejtett) diszkriminációt vagy a tagállamok közti kereskedelem korlátozását (EKSZ 95. Cikk (4) bek.).¹²¹

A második esetben **átmeneti** jelleggel tagadhatják csak meg az engedelmeskedést, ha ezt a közérdekek, a közérdek vagy a közbiztonság, az emberek, állatok és növények egészségének és életének védelme; művészeti, történelmi vagy régészeti értékeket tartalmazó nemzeti kincsek védelme vagy az ipari és kereskedelmi tulajdon védelme kívánja meg (EKSZ 95. Cikk (5) bek. és EKSZ 30. Cikk).¹²²

1.3.4.3.3 Szubszidiaritás és arányosság

Ezt a pontosan definiálatlan és sokak szerint **átgondolatlanul** az EKSZ-be került alapvetően az Unió túlzott centralizációját megelőzendő emelték az EKSZ szövegébe (5. Cikk (2) bek.). Jelentése kb. az, hogy az Unió csak **akkor** alkosson jogot, ha hatékonyabban tudja szabályozni a kérdést, mint a tagállamok egyenként. Ez ennyiben a jogharmonizáció korlátját is jelenti.

Szorosan összekapcsolódik a szubszidiaritás alapelveivel az **arányosság** alapelve, mely szerint az Unió csak **olyan mértékben** (olyan részletességgel) alkosson jogot, amennyiben hatékonyabban tudja szabályozni a kérdést, mint a tagállamok egyenként (EKSZ 5. Cikk (3) bek.).¹²³

A szubszidiaritás az aktus szükségességét vizsgálja, az arányosság pedig a véghezvitt aktus intenzitását.¹²⁴ Ez az arányosság nem összekeverendő az alapjogok korlátozásánál figyelembe veendő arányossággal: az egyik esetben (a szubszidiaritáshoz kapcsolódó arányosság esetében) ugyanis a tagállami kompetenciák védelméről van szó, a másik esetben azonban (az alapjogok védelméhez kapcsolódó arányosság esetében) az egyéni-emberi jogok védelméről.

A szubszidiaritás és az arányosság azonban kikényszeríthetetlenek: lényegében az Unió szervei felé irányuló "kegyes óhajokról" van szó (*lex imperfecta*).¹²⁵

2. A nemzetközi szerződések kötésének joga

A tagállamok azokon a területeken köthetnek nemzetközi szerződéseket, amelyekre egyébként jogalkotási hatáskörük lenne (**bel- és külhatáskörök párhuzamossága**).¹²⁶ A tagállamok által kötött nemzetközi szerződések teljesen úgy viselkednek, mint a belső jogalkotás révén létrejött jogszabályok: párhuzamos jogalkotási hatáskör esetén a közösségi jognak ellentmondó szabályozások nem alkalmazhatóak, kizárólagos közösségi jogalkotási hatáskör esetében pedig az azt a területet szabályozó semmilyen szabály nem alkalmazható.

¹²⁰ KecskésEK 228-229. o.

¹²¹ KecskésEK 229. o.

¹²² Kecskés EK 229-230. o.

¹²³ KecskésEK 265., 268-269. és 273. o.

¹²⁴ KecskésEK 268. o.

¹²⁵ vö. KecskésEK 282. o.: "Nehéz elképzelni, hogy ha a Tanács a közösségi szintű jogalkotás mellett dönt, akkor ezt a döntését bárki kétségbe vonná." A szubszidiaritás *soft law* jellegéhez ld. még Hermann-Josef Blanke: Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischem Bundesstaat? in: Die öffentliche Verwaltung 1993/10. 421. o.

¹²⁶ ÖhlingerVfR 85. o.

3. Az EU által megvalósított Gazdasági és Pénzügyi Unió

A Gazdasági és Pénzügyi Unió az EU egy vetülete (tehát nem valamiféle szervezeti egysége vagy pillére). Azt jelzi, hogy az Európai Uniónak nevezett szervezetben már megvalósult a magas fokú gazdasági és pénzügyi integráció.

3.1 A gazdasági unió

A gazdasági unió két legfontosabb vetülete a vámpolitika és a költségvetési politika.

A **vámok** terén az EU-nak kizárólagos hatásköre van: az EU teljes vámuniót is jelent.

A **költségvetési** politika területén már bonyolultabb a helyzet. A B-VG 13. cikk (2) bek. arra kötelezi a Szövetséget, a tartományokat és a községeket, hogy költségvetésük alakítása során törekedjenek az összgazdasági **egyensúly** biztosítására. A Szövetség gazdasági politikájára vonatkozólag a B-VG 51/A-51/C. cikkek valamint a szövetségi költségvetési törvény (*Bundeshaushaltsgesetz*) adják meg a legfontosabb keretrendelkezéseket. Ezek szerint a Szövetség gazdaságpolitikáját a takarékoság, a gazdaságosság és a célszerűség alapelveinek megfelelően kell alakítani.¹²⁷

A költségvetési politika terén lényegében a tagállami hatáskörök érintetlenek maradnak, és csak

- a) az eladósodásra vonatkozó konvergencia-kritériumok (EKSZ 121. Cikk (1) bek. és a *Túlzott mértékű hiány esetén alkalmazandó eljárásról szóló jegyzőkönyv* valamint a *Konvergencia-kritériumokról szóló jegyzőkönyv*),
- b) a - gyakorlatban gyenge - költségvetés felügyeletének intézménye (EKSZ 104. Cikk és a *Túlzott mértékű hiány esetén alkalmazandó eljárásról szóló jegyzőkönyv*) és
- c) az árstabilitás megóvásának érdekében megvalósított (költségvetési) restriktciók korlátozzák a tagállami szuverenitást.¹²⁸

Ezen korlátozások ellenére az EU gazdasági uniója nem jelent különösebb változást a tagállamok alkotmányjogában. Ez annak ellenére így van, hogy az EKSZ 99. cikk megfogalmazása szerint a tagállamok gazdaságpolitikájukra mint a "közös érdek ügyére" tekintenek, és azt az EKSZ 98. Cikk szerint koordinálják. Az EKSZ 98. Cikk azonban a **saját felelősség megóvásának alapelvét** említi, márpedig ez a gazdaságpolitikában teljesen megfelel a tagállamok felségjogai védelmének.¹²⁹

3.2 A pénzügyi unió

3.2.1 Az Osztrák Nemzeti Bank korábbi helyzete

Az általános irányítást Ausztriában a pénz- és hitelpolitika terén az Osztrák Nemzeti Bank végzi. Jogállása - különösen autonómiája - **csupán egyszerű szövetségi törvényben** van szabályozva. Ausztriában az államigazgatási szervek tekintetében a fő szabály az utasításhoz kötöttség (B-VG 20. cikk (1) bek.), amely alól kivételt elvileg csak az alkotmány állapíthat meg. Az Alkotmánybíróság azonban mégis lehetővé tette egy ítéletével, hogy egy alkotmány alatti norma (törvény) utasításmენტességet biztosítson.¹³⁰ Az Alkotmánybíróság ezt a kivételes esetet közvetett államigazgatásnak (*mittelbare Staatsverwaltung*) nevezte, amelyet az alábbi feltételek teljesítése esetén tekintett a közigazgatás utasításkötöttségével összeegyeztethetőnek (B-VG 20. cikk (1) bek.):

- a) alkalmasság ezen feladat ellátására,
- b) állami felügyelet és
- c) tárgyszerűség a feladat átruházásában.

Ezen feltételek fennállása esetén lehet tehát Ausztriában az illető szerv törvényi alapon **független**, azaz mentes a fölérendelt szervek utasításaihoz való kötöttségtől.¹³¹

¹²⁷ Pernthaler 1995 455. o.

¹²⁸ Pernthaler 1995 455-456. o.

¹²⁹ Pernthaler 1995 456. o.

¹³⁰ "UOG[Universitäts-Organisationsgesetz]-Erkenntnis", VfSlg 8136/1977.

¹³¹ Pernthaler 1995 456. o.

3.2.2 A Központi Bankok Európai Rendszere (KBER) 132

Az EU pénzügyi politikájának fő intézménye a Központi Bankok Európai Rendszere (KBER), amely a tagállamok jegybankjaiból és az Európai Központi Bankból (EKB) áll. Az **EKB**, amely mind a tagállamok kormányaitól, mind a közösségi intézményektől teljesen **független** (azaz nem utasítható), központi helyet foglal el a KBER-ben: az EKB gondoskodik a KBER feladatainak végrehajtásáról, a KBER-nek ugyanis nincs önálló szervezete.¹³³

Az EKB a nemzeti jegybankoknak **főlérendelt** szerv: az EKB-nak utasítási joga van a nemzeti jegybankok felé (vö. KBER Statútum 12. cikk). A **nemzeti** jegybankoknak lényegében **csupán végrehajtási** szerepük van a pénz- és hitelpolitikában. Az EKB-Tanácsban a nemzeti jegybankokat elnökük képviseli; a szavazás általában az egy ország egy szavazat alapján, de bizonyos esetekben a bejegyzett tőke alapján történik (a bejegyzett tőke összege a lakosságtól és a GDP-től függ).¹³⁴

Milyen végrehajtási jogosultságok maradnak meg nemzeti szinten? Az EKSZ 106. Cikk szerint az EKB mellett a nemzeti jegybankok is bocsáthatnak ki bankjegyeket, azonban ennek módját és mennyiségét az EKB engedélyezi (vö. KBER Statútum 16.cikk). Ezen felül az EKB által felállított "általános alapelvek" keretei közt továbbra is végezhetnek nyíltpiaci és hitelügyleteket (KBER Statútum 18. cikk), de kamatpolitikai játéktérük nem vagy csak alig marad. A minimumtartalékokat a hitelintézetek mind az EKB-nél, mind a nemzeti jegybankoknál tárolhatják; a minimumtartalék nemzeti szinten elrendelhető maximumát az EU Tanácsa rendelettel állapítja meg (KBER Statútum 19. cikk). Az KBER Statútum 14.4 cikke szerint a nemzeti jegybankok más, az KBER Statútum által el nem rendelt feladatot is elláthatnak, ha ez nem ellentétes az KBER céljaival és feladataival (ezt az ellentétességet az EKB-Tanács állapíthatja meg 2/3-dal). Ennek értelmében az Osztrák Nemzeti Bank továbbra is ellátja a bankfelügyelet szerepét.¹³⁵

Ausztriában tehát a törvényileg biztosított nemzeti banki függetlenség helyébe az EU Gazdasági és Pénzügyi Uniójában az EU-"alkotmányjogilag" (értsd EU-primérjogilag, az EKSZ által) biztosított **KBER-függetlenség** lép. Ausztriában nem volt alkotmányos rendelkezés, amely korlátokat állított volna fel a pénzügyi szuverenitás átruházása tekintetében.¹³⁶

4. A Politikai Unió kezdeményei az EU-ban

Az EUSZ által megalapított ún. második és harmadik pillér az EK elsősorban gazdasági jellegű integrációját a **politikai** integráció formáival igyekezett kibővíteni.

Ezek a "**közös kül- és biztonságpolitika**" valamint az "igazságügy és a belügy területén való együttműködés" [Amszterdam óta ez utóbbi: a "**büntetőügyekben való rendőrségi és igazságügyi együttműködés**"]. Az EU ezen pillérei a hagyományos **kormányközi** kapcsolatoknak megfelelően működnek, nem jellemző rájuk az ún. szupranacionalitás.

A B-VG 23/F. cikk (1) bek. szerint "*Ausztria az Európai Unióról szóló szerződés V. fejezete alapján közreműködik az Európai Unió Közös Kül- és Biztonságpolitikájában. Ez magában foglalja az azon intézkedésekben való közreműködést, amelyekkel a gazdasági kapcsolatokat egy vagy több harmadik állammal szemben felfüggesztik, korlátozzák vagy teljesen megszakítják.*" Ezen felül a B-VG nem tartalmaz különös rendelkezéseket a második és harmadik pillérről; csupán az első pillérre vonatkozó szabályokat terjeszti ki azokra [B-VG 23/F. cikk (2) bek.].

Részletesebben ehelyütt nem foglalkozom ezzel, mert sem különösebb elméleti, sem osztrák alkotmányjogi problémát nem vetnek fel.

¹³² Az osztrák EU-csatlakozás időpontjában még nem létezett (elődje: Európai Monetáris Intézet, de szűkebb jogosítványokkal); azért vizsgálom mégis e problémát, mert Magyarország csatlakozásának időpontjában már létezni fog (ill. létezik).

¹³³ HorváthEU 65-67. o.

¹³⁴ HorváthEU 68. o.

¹³⁵ Pernthaler1995 457-458. o.

¹³⁶ Pernthaler1995 457. o.

III. A Nemzeti Tanács, a Szövetségi Tanács és a tartományok szerepe¹³⁷

A B-VG 23/D. és 23/E. cikke szabályozza a tartományok és a parlament közreműködését az EU terveiben. A **terv** itt elsősorban a szekundér közösségi jogra vonatkozó tervet jelenti (bár ide tartozik a primér joganyag változása, az EU által kötendő nemzetközi szerződések és az EU második és harmadik pillére keretében hozandó határozatok is), méghozzá azokat a terveket, amelyek az EU szerveinek (pl. a Bizottságnak) a tervei, és amelyekről Ausztria hivatalosan tudomást szerzett (tehát pl. a szóbeszéd egy készülő portugál javaslatról nem tartozik ide). Természetesen ha maga Ausztria készül egy ilyen javaslatra (pl. az Európai Tanácson keresztül), akkor már a javaslatétel előtti stádiumban is “terv”-ről van szó.¹³⁸

A **tájékoztatási kötelezettség** a Szövetséget (23/D. cikk) vagy a szövetségi kormány illetékes miniszterét terheli (23/E. cikk). Az **információhoz való jutás joga** igen tágan értelmezendő mind a tartományok, mind a parlament esetében, ezekhez azonban joghatással bíró állásfoglalást csak kevés esetben adhatnak: azokban az esetekben, amelyek az Európai Tanács és az EU Tanácsa döntési körébe esnek.¹³⁹

1. Kötelező állásfoglalások

1.1 A tartományok kötelező erejű állásfoglalásai

A **tartományok** állásfoglalása akkor minősül kötelezőnek, ha az **egységes** és a szabályozandó terület a **tartományok törvényhozási** hatáskörébe esne.¹⁴⁰ Az egységes itt azt jelenti, hogy minden tartománynak hozzá kell járulnia az állásfoglaláshoz, ez azonban nem követeli meg minden tartomány kifejezett hozzájárulását.¹⁴¹

Az, hogy a tartományok hogyan teszik meg egységes állásfoglalásukat, az az ő gondjuk. Jelenleg egy tartományok közti megállapodás szabályozza ezt (a B-VG 15/A. cikk szerint lehetséges ilyen). Ez a tartományok közti megállapodás a **Tartományok Integrációs Értekezletére** (*Integrationskonferenz der Länder*) bízta az egységes állásfoglalás megtételét. A Tartományok Integrációs Értekezlete a tartományfőnökökből (kb. tartományi miniszterelnökök) és a tartományi gyűlések elnökeiből áll, de részt vesznek az ülésen a Szövetségi Tanács (a szövetségi parlamentben a tartományokat képviselő felsőház) elnökségének tagjai is. Minden tartománynak egy szavazata van, amelyet a tartományfőnök ad le. Az állásfoglalás akkor egységes, ha a kilenc szavazat közül legalább öt igenlő, és nincs ellenszavazat. Megjegyzendő, hogy ez az intézmény a tartományi érdekek érvényesítésének kevésbé hatékony eszköze: működésének első két évében mindössze egyszer ült össze, és akkor sem született egységes állásfoglalás.¹⁴²

1.2 A Nemzeti Tanács kötelező erejű állásfoglalásai

A Nemzeti Tanács állásfoglalása kötelező erejű, ha az európai uniós terv olyan ügyre vonatkozik, “*amely szövetségi törvénnyel volna végrehajtandó vagy amely egy olyan közvetlenül alkalmazható jogi aktus kiadására irányul, amely olyan ügyeket érint, amelyeket szövetségi törvénnyel kellene szabályozni*” (B-VG 23/E. cikk). Az első fordulat az **irányelvekre** vonatkozik, a második az EU **rendeleteire**. Az első fordulat kiterjesztően értelmezendő, azaz nem csak akkor bír kötelező erővel egy ilyen állásfoglalás, ha csak szövetségi törvénnyel lehetne végrehajtani az

¹³⁷ az alábbi fejezet a következő műre támaszkodik: Theo Öhlinger: Die Mitwirkung des Nationalrates, des Bundesrates und der Länder an der Entstehung von sekundärem Gemeinschaftsrecht. in: Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft. Szerk. Stefan Griller és Heinz Peter Rill. Bécs: Verlag Österreich 1997. 1-20. o. (a továbbiakban: ÖhlingerMitw)

¹³⁸ ÖhlingerMitw 2-3. o.

¹³⁹ ÖhlingerMitw 2-3. o.

¹⁴⁰ A tartományok törvényhozási hatásköre alatt itt a végrehajtó jellegű törvényeket is érteni kell. A B-VG 12. cikk szerint bizonyos területeken a Szövetség (Bécs) alkotja alapvető szintű törvényeket, a tartományok pedig a részletező, végrehajtó jellegű törvényeket (ez a közjogi jogintézmény nagyon hasonlít az EU irányelveinek logikájára). vö. ÖhlingerMitw 6. o.

¹⁴¹ ÖhlingerMitw 4. o.

¹⁴² ÖhlingerMitw 5-6. o.

irányelvet, hanem akkor is ha rendelettel, amennyiben a szabályozott terület egyébként a szövetségi törvényhozás hatáskörébe (B-VG 10. cikk (1) bek. vagy 11. cikk (1) bek.) esne.¹⁴³

Ugyancsak kötelező erejű a Nemzeti Tanács állásfoglalása azokban az ügyekben, amikor az EU egy olyan **nemzetközi szerződést** kötne, amely a B-VG 50. cikk (ld. Függelék B) szerint a Nemzeti Tanács jóváhagyását igényelné.¹⁴⁴

Megjegyzem, hogy a tartományok és a Nemzeti Tanács állásfoglalásai konkurálhatnak is egymással: a B-VG 12. cikkben az alapelvi szintű törvényi szabályozás a Szövetség feladata, de a részletesebb szabályokat tartományi törvények határozzák meg. Ezek a szabályozási tárgyak így egyszerre esnek tartományi és a szövetségi törvényhozási hatáskörbe, azaz egyszerre kétféle kötelező erejű állásfoglalás keletkezhet. Kérdés, hogy mi a helyzet, ha a két állásfoglalás eltér egymástól: ekkor a Nemzeti Tanács állásfoglalása a mérvadó, mert az Ausztriát főszabály szerint képviselő kormánytag a szövetségi kormány tagja, amelyik pedig a Nemzeti Tanácsnak tartozik felelősséggel.¹⁴⁵

1.3 A Szövetségi Tanács kötelező erejű állásfoglalásai

A Szövetségi Tanács állásfoglalása akkor kötelező erejű, ha *“egy olyan európai uniós terv tekintetében foglalt állást, amely szükségképpen olyan szövetségi alkotmánytörvénnyel lenne végrehajtandó, amelyhez [...] szükség lenne a Szövetségi Tanács hozzájárulására.”* (B-VG 23/E. cikk (6) bek.). Egy szövetségi alkotmánytörvény módosításához akkor van szükség a Szövetségi Tanács hozzájárulására, ha az *“a tartományok törvényhozó és végrehajtó hatáskörét korlatozz[a]”* (B-VG 44. cikk (2) bek., ld. Függelék B).

2. Eltérés kényszerítő erejű kül- és integrációpolitikai okokból

A tartományok, a Nemzeti Tanács vagy a Szövetségi Tanács kötelező erejű állásfoglalásától a Szövetség ill. a szövetségi kormány illetékes tagja csak kényszerítő erejű kül- és integrációpolitikai okokból térhet el (B-VG 23/D. cikk (2) bek., 23/E. cikk (2) és (6) bek.). A kormány-előterjesztés indokolása szerint ez olyan eseteket jelent, amikor *“fontos osztrák érdekeket kell az Európai Unióban érvényesíteni”*.¹⁴⁶

A normaszöveg csakúgy mint a kormány-előterjesztés indokolása olyannyira tág és **pontosíthatatlan**, hogy lényegében nem jelent jogi kötöttséget, az osztrák képviselő mozgásterének egyetlen korlátja **politikai felelőssége**: direkt módon a Nemzeti Tanács felé, indirekt módon a választópolgárok felé. Az egyetlen eset, amikor mégis érvényesíthető (B-VG 142. cikk (2) bek. c) pont) jogilag az Ausztriát a Tanácsban képviselő miniszter felelőssége — az **alkotmánymódosítás** esetét kivéve (ld. alább 3. Az abszolút kötöttség az EU alkotmánymódosító aktusai esetén) — az, amikor nem politikai vitakérdés, hogy fennforgott-e a kényszerítő erejű kül- és integrációpolitikai ok, hanem az Ausztriát a Tanácsban képviselő miniszter **nyilvánvalóan visszaélt** mérlegelési jogkörével. Mindazonáltal a politikai felelősség intézményének hatékonysága egy parlamentáris demokráciában nem lebecsülendő.¹⁴⁷

3. Az abszolút kötöttség az EU alkotmánymódosító aktusai esetén

Amennyiben az EU egy jogi aktusa az osztrák szövetségi alkotmány módosítását jelentené, akkor a Nemzeti Tanács **abszolút módon kötheti** az Ausztriát a Tanácsban képviselő minisztert; itt tehát a *“kényszerítő erejű kül- és integrációpolitikai okok”* sem jelentenek kibúvót.¹⁴⁸

4. A nemzeti kötöttség határai

¹⁴³ ÖhlingerMitw 6-7. o.

¹⁴⁴ ÖhlingerMitw 7. o.

¹⁴⁵ ÖhlingerMitw 8-9. o.

¹⁴⁶ 27 BlgNR (Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats [melléklet(ek) a Nemzeti Tanács gyorsírással lejegyzett jegyzőkönyveihöz]) 19. GP (Gesetzgebungsperiode [törvényhozási ciklus]), 10. o.

¹⁴⁷ ÖhlingerMitw 11-12. o.

¹⁴⁸ ÖhlingerMitw 18. o.

A közösségi jog annyiban engedi meg a Tanács és az Európai Tanács tagjai mozgásterének nemzeti leszűkítését, amennyiben ez nem veszélyezteti az Unió működőképességét. Amennyiben ez már az Unió működőképességét veszélyeztetné, akkor az EuB kimondhatja ezen alkotmányszakaszok közösségi jognak ellentmondó voltát, azaz alkalmazási tilalmát. Evvel kapcsolatban nem maga a normaszöveg, hanem annak gyakorlata számít.¹⁴⁹

IV. Egyéni jogok

1. Az uniós polgárság

Az EUSZ (Maastricht) az EKSZ-hoz egy uniós polgárságról szóló részt fűzött (EKSZ 17. kk Cikk).

Az uniós polgároknak joguk van a szabad mozgásra és a szabad tartózkodásra a tagállamokban (EKSZ 18. Cikk). Joguk van továbbá a lakóhelyük szerinti országban az európai parlamenti és a helyi önkormányzati választásokon részt venni (**aktív és passzív választójog**) (EKSZ 19. Cikk).

Igényük van diplomáciai és konzuli **védelemre** harmadik országokban, amelyben az anyaország nincs képviselve (EKSZ 20. Cikk).

Az uniós polgároknak és az Unióban lakóhellyel rendelkezőknek **petíciós joguk** van az EP-nél (EKSZ 194. Cikk) (amennyiben 1. olyan ügy, amely az EU hatáskörébe esik 2. a petíciót beadót közvetlenül érinti), és fordulhatnak az EP ombudsmanjához is (feladata — bíróságok kivételével — az EK szerveinek tevékenysége során bekövetkezett visszaállások kivizsgálása).

2. Az osztrák jogvédelem megváltozása az EU tagállammal

2.1 Törvények és rendeletek megtámadása

Az osztrák alkotmánybíróság a B-VG 139. és 140. cikkek alapján jogosult az alkotmányellenes törvényeket és a törvényellenes rendeleteket megsemmisíteni, méghozzá magánszemélyek indítványára is, ha az azt állítja, hogy a törvényellenesség/alkotmányellenesség a jogait sérti, feltéve hogy a rendelet/törvény bírói döntés, illetve az adott személyre vonatkozó határozat kibocsátása nélkül hatályosult. Ellenkező esetben ugyanis a bírói döntést/határozatot támadhatná meg.

Az EU-csatlakozás után azonban már nem mindig elég egy általános norma (rendelet, törvény) magasabbrendű jognak (törvénynek, alkotmánynak) való ellentmondása ahhoz, hogy az Alkotmánybíróság azt megsemmisítse: ha ugyanis a törvény vagy rendelet egy közösségi irányelv végrehajtásaként született, akkor elsősorban a közösségi jognak kell megfelelnie, és csak amennyiben ezek után marad játéktere, akkor kell az alkotmánynak is megfelelnie.

1. Ha az alkotmány és a közösségi jog egymásnak **ellentmondanak**, akkor az alkotmány figyelmen kívül hagyandó, és **csak** a közösségi jognak kell megfelelni.¹⁵⁰

2. Ha azonban **nincs** ilyen **ellentmondás**, akkor közösségi jog mellett az **alkotmánynak is** meg kell felelnie az adott általános normának (*„doppelte Bindung”*).¹⁵¹ Ez következik a közösségi jog elsődlegességéből a tagállami jog előtt.

Az Alkotmánybíróság **nem vizsgálhatja** az osztrák jog megfelelését a közösségi jognak, tehát nem semmisítheti meg a közösségi jognak ellentmondó osztrák általános normát¹⁵², de amennyiben a közösségi jog által hagyott játéktér szűkítéséről van szó, annyiban vizsgálhatja a magasabb rendű osztrák jognak való megfelelést, és erre való hivatkozással meg is semmisítheti azt. Tekintettel arra, hogy a közösségi jog elsődlegességet élvez az osztrák (és

¹⁴⁹ ÖhlingerMitw 15-16. o.

¹⁵⁰ az ellentmondás fogalmához ld. 1.3.2.2.1 A kollízió fogalma

¹⁵¹ ÖhlingerVfR 98. o.

¹⁵² EuB Case 314/85 Foto-Frost (Firma) v. Hauptzollamt Lübeck-Ost [1987] ECR 4199, [1988] 3 CMLR 57.: az EuB végső értelmezésre vonatkozó monopóliuma a közösségi jog tekintetében

általában a tagállami) jog előtt, a közösségi jog és az alkotmány ellentmondása esetén az alkotmányellenesség nem lehet érv egy törvény megsemmisítésére, hiszen az elsődlegesség doktrínája az Alkotmánybíróságot is köti.¹⁵³

Az Alkotmánybíróság nem jogosult a közösségi jog és az osztrák jog közti ellentmondás kimondására: ezt minden alkalommal a jogalkalmazó szervezeteknek kell esetenként vizsgálniuk. Amennyiben a bíróságoknak kétségük merül fel e tekintetben, akkor az EuB-nál indítványozhatnak **előzetes döntési eljárást**, utolsó fokon eljáró bíróságoknak azonban ez nem csupán lehetőség, hanem köteleesség (EKSZ 234. cikk). Az EuB azonban nem az ügyben dönt, csak a közösségi jogot értelmezi: azt már a nemzeti (osztrák) bíróságnak kell eldönteni, hogy, hogy az ily módon kötelező érvénnyel értelmezett közösségi jog az adott esetben releváns-e, és hogy ezért jár-e neki az alkalmazási elsődlegesség. A közigazgatási szervek nem indítványozhatnak előzetes döntési eljárást: nekik tehát teljesen egyedül kell döntenükhöz; ha az érintetteknek ez nem tetszik, akkor (Ausztriában) a Közigazgatási Bírósághoz vagy az illetékes Független Közigazgatási Tanácshoz (kb. tartományi közigazgatási bíróság) fordulhatnak, ezek pedig már indítványozhatnak előzetes döntési eljárást.¹⁵⁴

Az Alkotmánybíróság tehát **nem semmisíthet meg** egy általános normát azért, mert az ellentmond a közösségi jognak: 1. Ennek egyrészt az az oka, hogy erre a B-VG szerint az Alkotmánybíróságnak nincs hatásköre (pontosabban nem mondja, hogy van: *argumentum a contrario*), a közösségi jog ugyanis nem sorolható be a B-VG szóhasználatára szerinti alkotmány fogalma alá. 2. Másrészt az az oka ennek, hogy a közösségi jog is tiltja ezt.¹⁵⁵

A helyzet úgy foglalható össze, hogy az Alkotmánybíróság jogkörei jelentősen csökkentek: törvények esetében a jövőben már nem törekedhet arra, hogy minden törvény alkotmányellenes legyen; az új cél sokkal szerényebb: *“a törvények lehetőleg legyenek alkotmányosak . . . de hát ha ezt a közösségi jog nem engedi, akkor nem erőltetjük”*.

Kivételszabálynak minősíthető az a nem explicit, de levezethető szabály, mely szerint a közösségi jog végrehajtását szolgáló **rendeletek** mégis megtámadhatók az Alkotmánybíróság előtt azon a címen is, hogy az a közösségi jogot sérti. Ennek oka az közösségi jogi alapelv, mely szerint a közigazgatás aktusaival szemben az egyénnek biztosítani kell a jogorvoslatot. Ez tehát azt jelenti, hogy itt is szűkül az Alkotmánybíróság hatásköre: csak abban az esetben marad meg, ha egy olyan magánszemély kéri, aki azt állítja, hogy a közösségi jog megsértése *“jogait sérti, amennyiben a rendelet bírói döntés meghozatala illetve az adott személyre vonatkozó határozat kibocsátása nélkül hatályosult”* (B-VG 139. cikk (1) bek. utolsó mondat).¹⁵⁶

2.2 Közigazgatási határozatok megtámadása

A közigazgatási határozatok **alkotmánybírósági** felülvizsgálatát az EU-csatlakozás az általános normák felülvizsgálatához hasonlóan korlátozta.¹⁵⁷

A B-VG 144. cikke szerint az Alkotmánybíróság megsemmisíti azokat a közigazgatási határozatokat, amelyek

1. vagy alkotmányos jogában sértik,

2. vagy olyan törvényen/rendeleten alapulnak, amely alkotmányellenes/törvényellenes és valamely (esetleg nem alkotmányos) jogában sértik a panaszost. Ez utóbbi esetre teljes egészében alkalmazhatóak az előző pontban elmondottak:

Mi a helyzet azonban akkor, ha egy alkotmányos jogot sért egy közigazgatási határozat, ez azonban nem alkotmányellenes törvényre (vagy törvényellenes rendeletre) támaszkodik? Teljesen hasonló az előzőhöz. Vegyünk egy példát: egy rendelet, amely a közösségi jog végrehajtásaként keletkezett, nem mond ellent az alkotmánynak, de az annak alapján kiadott közigazgatási határozat sérti valakinek az alkotmányban rögzített jogait. **1.** Ha a kiadó közigazgatási hivatal olyan határozatot is **kiadhatott volna**, amely nem sérti az illető alkotmányos jogait, akkor az Alkotmánybíróság **megsemmisíti** a közigazgatási határozatot. **2.** Ha a kiadó közigazgatási hivatal csak úgy óvhatta volna meg az illető alkotmányos jogait, hogy közben a **közösségi jogot** vagy a közösségi jogból szükségszerűen következő hazai törvényt vagy rendeletet **megsértette volna**, akkor az Alkotmánybíróság **nem semmisítheti meg** a kiadott közigazgatási határozatot.

A közigazgatási határozatok hagyományos felülvizsgálati formái azonban teljes mértékben megmaradnak: ugyanúgy a **Közigazgatási Bíróság** és a **Független Közigazgatási Tanácsok** (kb. tartományi közigazgatási

¹⁵³ ÖhlingerVfR 98-99. o.

¹⁵⁴ ÖhlingerVfR 98-99. o.

¹⁵⁵ EuB Case 314/85 Foto-Frost (Firma) v. Hauptzollamt Lübeck-Ost [1987] ECR 4199, [1988] 3 CMLR 57.

¹⁵⁶ ÖhlingerVfR 99. o.

¹⁵⁷ másképp ÖhlingerVfR 100. o.

bíróságok) ugyanúgy felülvizsgálhatják a közösségi jog alapján kiadott közigazgatási határozatokat, mint az osztrák jog alapján kiadott közigazgatási határozatokat, és ennek során a **közösségi jognak való megfelelést is** vizsgálhatják.

2.3 Bírósági ítéletek megtámadása

A bíróságokon is ugyanúgy lehet hivatkozni a közösségi jogra, mint az osztrák jogra; a bíróságoknak is - csakúgy mint a közigazgatási hivataloknak - alkalmazniuk kell a közösségi jogot, ennek alapján fellebbezés is beadható. A helyzet teljesen hasonló a Közigazgatási Bíróság és a Független Közigazgatási Tanácsok esetéhez.

2.4 A közigazgatás határozatnak nem minősülő jogellenes cselekményeivel szembeni jogorvoslat

“[O]lyan intézkedések esetében, amelyek a közrend és a közbiztonság fenntartására vagy fenyegető veszélyek elhárítására irányulnak, és amelyek az általános államigazgatási hivatalok, a szövetségi rendőrségi hivatalok [...] hatáskörébe esnek”¹⁵⁸, lehetőség van arra, hogy a közigazgatási szervek a határozatok számára előírt formai követelmények betartása nélkül érinthessék **intézkedésükkel** az egyéni jogokat (*unmittelbare Befehls- und Zwangsgewalt; faktische Amtshandlungen* avagy *verfahrensfreie Verwaltungsakte*).¹⁵⁹ Amennyiben az, aki ellen ez megtörtént, ezt jogellenesnek látja, akkor az illetékes Független Közigazgatási Tanácsnál támadhatja meg az intézkedést.¹⁶⁰ Ez esetben lényegében (a már elmondottak szerint) csak az módosul, hogy mi tekinthető jogellenesnek (alkalmazási elsődlegesség).

3. Az EU jogvédelme

3.1 Az Unió jogsértése

Ha az Unió primér jogot sértő szekundér jogot alkot, akkor közvetlen és egyéni érintettség alapján egyének is indítványozhatják az EuB-nál a jogsértő szekundér jog megsemmisítését (EKSZ 230. Cikk). Ugyancsak **semmisségi panaszra** ad okot, ha:

- a) közösségi aktust illetéktelen közösségi szerv adta ki,
- b) a közösségi aktus kiadása során megsértették a formai előírásokat, vagy
- c) a mérlegelési jogkörrel visszaéltek.

Az EKSZ 232. Cikk alapján az EuB eljárhat olyan esetekben is, amikor valamely közösségi szerv elmulasztja (pl. jogalkotási) kötelezettségét - közvetlen és egyéni érintettség alapján egyének indítványára is (**tétlenségi panasz**).

Az EKSZ 235. Cikk alapján az EuB előtt a közösségi szervek által hivataluk gyakorlása során okozott **kár megtérítéséért** lehet az Uniót perelni.

3.2 A tagállamok jogsértése

Amennyiben a tagállam **elmulasztja** az irányelvet a hazai jogba átültetni (jogharmozációs mulasztás), és az nem alkalmazható közvetlenül (irányelvek **közvetlen alkalmazhatósága** ld. II. 1.2.2.2.2 Irányelv (direktíva)), akkor bizonyos feltételek fennállása esetén az érintett egyének a mulasztó tagállam bírósága előtt **kártérítésre** perelhetnek a mulasztó tagállamot.¹⁶¹ Ezt fentebb már részleteztem (II. 1.3.4.2 A jogharmozáció kikényszerítése).

Ugyancsak a jogharmozáció kikényszerítését hivatott szolgálni a **169-es eljárás** (EKSZ 226. Cikk, régi 169-es Cikk). Ennek megindítását kezdeményezhetik egyének is a Bizottság előtt, aki azonban ennek alapján **nem köteles** megindítani az EuB előtti eljárást. (ugyancsak ld. fent II. 1.3.4.2 A jogharmozáció kikényszerítése)

¹⁵⁸ Art II Abs 6 Z 5 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen [a közigazgatási eljárási törvényeket bevezető törvény] (1991)

¹⁵⁹ KojaVwR 523-524. o.

¹⁶⁰ Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG

¹⁶¹ EuB Cases C-6 & 9/90, Francovich & Bonifaci v. Italy, [1991] ECR I-5357, [1993] 2 CMLR 66.

Amennyiben egy tagállami jogszabály ellentmond egy közösségi jogszabálynak, az nem alkalmazható. Ennek az ellentmondásnak az EuB általi megállapítását nem indítványozhatják egyének, de bíróságok igen (EKSZ 234. Cikk, **előzetes döntési eljárás**). Ha tehát ez felmerül, akkor az egyénnek az előtt a bíróság előtt kell indítványoznia az előzetes döntési eljárás kezdeményezését, amely előtt folyik a pere. Ha az adott nemzeti bíróság ezt nem tenné meg, akkor a bíróság belső állami (tagállami) jog szerinti felelőssége merül fel.

3.3 Horizontális viszonyok

Felmerülhet az is, hogy egy privát sérti meg egy másik privát közösségi jogra alapított jogát. Ebben az esetben a tagállami bíróságok előtt érvényesítendő az igény. Az egyetlen különlegesség, hogy az irányelv közvetlen alkalmazhatóságára itt nem lehet hivatkozni. (ld. fent II. 1.2.2.2.2 Irányelv (direktíva))

3.4 Még egy kérdés: a közösségi alapjogok védelme¹⁶²

Az EU jogvédelme kapcsán érdemes külön megvizsgálni az Unió alapjogi védelmét. Az Európai Unió nem rendelkezik önálló alapjogi katalógussal: az alapjogok védelme az **EuB jogfejlesztő** tevékenységére van bízva. Az EuB szerint az alapjogok védelme azon jogi alapelvek közé tartozik, amelyeknek védelmére az EuB egyébként explicite is hivatott (EKSZ 288. cikk (2) bek., vö. EKSZ 220. cikk), az alapjogokat mint általános jogi alapelvet a primér közösségi jogba soroljuk. Az alapjogokat két forrásból állapíthatja meg az EuB: az egyik a tagállamok alkotmányjogainak közös alapjogi része, a másik az emberi jogok védelmét szolgáló nemzetközi dokumentumok (pl. az Európai Emberi Jogi Egyezmény). Tekintve, hogy a közös alapjogi rész megállapítása nehezebb, az ítélkezési gyakorlat inkább a nemzetközi emberi jogi dokumentumokra támaszkodik, azon belül is elsősorban az Európai Emberi Jogi Egyezményre.¹⁶³

Amennyiben egy szekundér közösségi norma ellentmond valamely alapjognak, akkor azt az EuB **megsemmisíti** (EKSZ 230. cikk). A megsemmisítést **magánszemély is** indítványozhatja. Ha egy tagállami norma mond ellent egy ilyen alapjognak, akkor arra a közösségi jog és a tagállami jog viszonyára mondottak vonatkoznak: tehát a közösségi alapjognak ellentmondó nemzeti jog nem alkalmazható. Az adott esetben elképzelhető egy közösségi alapjog és egy tagállami alapjog ellentmondása is: ebben az esetben a közösségi alapjog érvényesülésének van elsődlegessége. A tagállami alapjog csak annyiban érvényesítendő, amennyiben a közösségi alapjog erre teret hagy (!).¹⁶⁴

1. A **közösségi szervek** alapjogokhoz való kötöttsége jelenti egyrészt a **jogalkotás** mozgásterének szűkítését, másrészt a jogszabályok végrehajtása körében a közösségi alapjogokkal konform **interpretációt**, és azt, hogy a végrehajtás (közigazgatás és bírászkodás) a **mérlegelési** jogkörével nem úgy él, hogy azzal közösségi alapjogot sértsen.¹⁶⁵

2. **Tagállami szinten** a közösségi alapjogokhoz kötöttség a következőket jelenti. Egyrészt a **közösségi jogszabályok** és tagállami jogszabályok (pl. irányelvek) közösségi alapjogokkal konform **interpretációját**, másrészt pedig az egyébként a közösségi jog és a tagállami jog viszonyáról már elmondottakat.¹⁶⁶ Azaz: ha egy **tagállami jogszabály ellentmond** egy közösségi jogszabálynak, akkor az nem alkalmazandó. Kétség esetén az ellentmondásról az EuB dönt (EKSZ 234. cikk). Az ellentmondás elkerülése végett természetesen a tagállami jog a közösségi alapjogokkal konform módon **interpretálandó**. Jelenti továbbá azt, hogy az **irányelvek átvételekor** (azaz a végrehajtó törvények ill. rendeletek megalkotásakor) a közösségi alapjogokat figyelembe kell venni (*gemeinschaftsgrundrechtskonforme Umsetzung der Richtlinien*).¹⁶⁷ A végrehajtás (közigazgatás és bírászkodás) pedig

¹⁶² az alábbi alpont a következő műre támaszkodik: Michael Holoubek: Grundrechtsschutz durch Gemeinschaftsgrundrechte. in: Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft. Szerk. Stefan Griller és Heinz Peter Rill. Bécs: Verlag Österreich 1997. 73-104. o. (a továbbiakban: HoloubekGrund)

¹⁶³ HoloubekGrund 76-77. o.

¹⁶⁴ HoloubekGrund 84. o.

¹⁶⁵ HoloubekGrund 82. o.

¹⁶⁶ HoloubekGrund 83. és 95. o.

¹⁶⁷ HoloubekGrund 84. o.

- **akár** közösségi, **akár** tagállami jogot hajt végre - **mérlegelési** jogkörével nem élhet úgy, hogy azzal közösségi alapjogot sértsen.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Megjegyzem, hogy a közösségi alapjogok “három néven” is futhatnak: **alapjog**, alapelv vagy szabadság. Ez utóbbi az ismert négy uniós **szabadságra** vonatkozik, joghatása azonos a névleg is alapjognak nevezett jogokkal. Az **alapelv** olyan jogállami alapelvet jelent, mint pl. az arányosság (a jogok korlátozásában), a kiszámíthatóság követelménye (*Vertrauensschutz*) vagy az eljárásokban a meghallgatáshoz való jog. Ezeket a tagállami alapjogi dogmatikák (így az osztrák is) gyakran sorolják az alapjogok közé. Az EuB gyakorlatában azonban csak terminológiai különbségekről van szó, joghatása az alapelvnek is ugyanaz, mint a “névleg is alapjog” (elsősorban az Európai Emberi Jogi Egyezményben felsorolt) alapjogoknak. ld. HoloubekGrund 79-81. o.

Függelék

A. A B-VG legfontosabb változásai az EU-csatlakozás kapcsán¹⁶⁹

23/A. cikk (Választások az Európai Parlamentbe)

- (1) Az Osztrák Köztársaság által az Európai Parlamentbe küldendő képviselőket a férfiak és nők egyenlő, közvetlen, titkos és egyéni választójoga alapján az arányos választás alapelveinek megfelelően választják azok, akik a választás évének január elseje előtt 18. életévét betöltötték és a választás hatánapján vagy az osztrák állampolgársággal rendelkeznek és az Európai Unió joga szerint nincsenek kizárva a választójogból, vagy az Európai Unió egy másik tagállamának állampolgárságával rendelkeznek és az Európai Unió joga szerint választójoggal rendelkeznek. Szövetségi törvény határozza meg a választási eljárásra vonatkozó részletes rendelkezéseket.
- (2) A szövetségi terület az Európai Parlamentbe történő választásokon egységes választókörzetet alkot.
- (3) Minden nő és férfi választható, aki a választás évének január elseje előtt 19. életévét betöltötte és a választás hatánapján vagy az osztrák állampolgársággal rendelkezik és az Európai Unió joga szerint nincs kizárva a választójogból, vagy az Európai Unió egy másik tagállamának állampolgárságával rendelkezik és az Európai Unió joga szerint választójoggal rendelkezik.
- (4) A választójogtól és a választhatóságtól való megfosztás csupán bírói ítélet vagy intézkedés eredménye lehet.
- (5) Az Európai Parlamentbe történő választások lefolytatása és vezetése azoknak a választási hatóságoknak a feladata, amelyeket a Nemzeti Tanácsba történő választásokra hoztak létre. A szavazat külföldön történő leadásának nem kell választási hatóság előtt történnie. A szavazat külföldön történő leadásáról szóló részletes rendelkezéseket a Nemzeti Tanács csak tagjai legalább felének jelenlétében és a leadott szavazatok kétharmados többségével fogadhatja el.
- (6) A választási névjegyzékek átruházott hatáskörben a községek állítják össze.

23/B. (Szolgálat alóli felmentés a mandátum idejére, összeférhetlenség)

- (1) Azoknak a közalkalmazottaknak, akik egy európai parlamenti mandátumra pályáznak, a mandátum megpályázásához szükséges időt biztosítani kell. Azokat a közalkalmazottakat, akiket az Európai Parlament tagjaivá választottak, a mandátum gyakorlásának idejére szolgálati juttatásaik megvonásával szolgálaton kívül kell helyezni. A részleteket törvény szabályozza.
- (2) Felsőoktatási tanárok folytathatják kutatási és oktatási és vizsgáztatási tevékenységüket az Európai Parlamentben való tagság idején is. Az ezért a tevékenységért járó szolgálati juttatások a ténylegesen kifejtett teljesítménynek megfelelően állapítandók meg, de nem léphetik át egy felsőoktatási tanár juttatásainak 25%-át.
- (3) Amennyiben ez az alkotmánytörvény hivataloknak a Nemzeti Tanácshoz való tartozással vagy egykori tartozással való összeegyeztethetlenségéről rendelkezik, akkor ezek a hivatalok az Európai Parlamenthez való tartozással vagy egykori tartozással is összeegyeztethetetlenek.

23/C. cikk. (Az EU szerveinek kinevezése)

- (1) Az Európai Unió keretében a Bizottság, a Bíróság, az Első Fokú Bíróság, a Számvevőszék, az Európai Befektetési Bank Igazgatótanácsa, a Gazdasági és Szociális Bizottság valamint a Régiók Bizottsága tagjainak kinevezésében való osztrák közreműködés a szövetségi kormány feladata.
- (2) A Bizottság, a Bíróság, az Első Fokú Bíróság, a Számvevőszék és az Európai Befektetési Bank Igazgatótanácsa tagjainak tekintetében a szövetségi kormány a Nemzeti Tanács főbizottságának egyetértését kell beszerezze. A szövetségi kormány köteles a Nemzeti Tanács főbizottságát és a szövetségi elnököt az általa tervezett döntésről egyidejűleg értesíteni.

¹⁶⁹ *Bundes-Verfassungsgesetz* (B-VG) (BGBl (Bundesgesetzblatt) 1994/1013 (Wiederverlautbarung [ismételt közzététel]))

A cikkek után zárójelben álló, vastag betűs szövegek nem tartoznak a normaszöveghez, csupán a Schäffer-féle törvénygyűjtemény jellegzetessége, amely az áttekinthetőséget könnyíti meg (Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze. Szerk. Heinz Schäffer. Bécs - München: Manz - C. H. Beck 1996.).

Az EU-csatlakozás alkalmával történt számos változás közül csak a legfontosabbakat fordítottam le magyarra. A fordítás során igyekeztem Hegedüs Éva 13 évvel ezelőtti fordításának terminológiáját megtartani (Hegedüs Éva: Ausztria. in: Nyugat-Európa alkotmányai. Szerk. Kovács István. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1988. 137-222. o., a fordítás: 153-222. o.).

(3) A Gazdasági és Szociális Bizottság tagjainak tekintetében a szövetségi kormány köteles a gazdasági és szociális élet különböző csoportjai törvényes és egyéb szakmai képviselőinek a javaslatait beszerezni.

(4) A Régiók Bizottsága tagjainak és azok helyetteseinek kinevezésében való osztrák közreműködés a tartományok valamint az Osztrák Városszövetség és az Osztrák Községszövetség javaslatának alapján kell megtörténnie. Ennek során a tartományok egyet-egyet, az Osztrák Városszövetség és az Osztrák Községszövetség együttesen három képviselőt javasolnak.

(5) A (3) és (4) bekezdésben megnevezett tagokról a szövetségi kormány köteles a Nemzeti Tanácsot értesíteni. A (2), (3) és (4) bekezdésben megnevezett tagokról a szövetségi kormány köteles a Szövetségi Tanácsot értesíteni.

23/D. cikk. (A tartományok közreműködése)

(1) A Szövetség köteles a tartományokat haladéktalanul mindazon európai uniós tervekről értesíteni és állásfoglalásra lehetőséget adni, amelyek a tartományok saját hatáskörét érintik vagy egyébként érdekük fűződhet hozzá. Az állásfoglalást a Szövetségi Kancellári Hivatalhoz kell megtenni. Ugyanez érvényes a községekre, amennyiben saját hatáskörüket vagy egyéb fontos érdeküket érintik. Ezen ügyekben a községek képviselője az Osztrák Városszövetség és az Osztrák Községszövetség feladata (115. cikk (3) bekezdés).

(2) Ha a Szövetség felé a tartományok egy olyan európai uniós terv tekintetében foglaltak egységesen állást, amelyben a törvényhozás tartományi hatáskör, akkor a Szövetség az Európai Unióban a tárgyalások és a szavazások során ehhez az állásfoglaláshoz kötve van. A Szövetség ettől csak kényszerítő erejű kül- és integrációpolitikai okokból térhet el. A Szövetség ezeket az okokat a tartományokkal haladéktalanul közli.

(3) Amennyiben egy európai uniós terv olyan ügyet is érint, amelyben a törvényhozás tartományi hatáskör, akkor a szövetségi kormány egy a tartományok által megnevezett képviselőre ruházhatja át a Tanács döntéshozatalában való közreműködést. Ezen jogosultság gyakorlása a szövetségi kormány illetékes tagjának részvételével és jóváhagyásával történik. A tartományok egy ilyen képviselőjére vonatkozik a (2) bekezdés. A tartományok képviselője szövetségi törvényhozási ügyekben a Nemzeti Tanácsnak, tartományi törvényhozási ügyekben a tartományi gyűléseknek a 142. cikk szerint felelős.

(4) A részletes rendelkezések az (1)-(3) bekezdésekhez egy a Szövetség és a tartományok közti megállapodásban (15/A. cikk (1) bekezdés) állapítandók meg.

(5) A tartományok kötelesek azon intézkedések meghozatalára, melyek saját hatáskörükbe tartoznak és az európai integrációs jogi aktusok végrehajtásához szükségesek; ha egy tartomány ennek a köteletségének nem tesz időben eleget és ezt egy az Európai Unió keretében működő bíróság Ausztriával szemben megállapítja, akkor a hatáskör ezen intézkedések meghozatalára, így különösen a szükséges törvények meghozatalára, a Szövetségre száll át. Egy ezen rendelkezés alapján hozott szövetségi rendelkezés, így különösen egy ily módon hozott törvény vagy egy ily módon kiadott rendelet, hatályon kívül lép, amint a tartomány a szükséges rendelkezéseket megtette.

23/E. cikk (Parlamentari közreműködés)

(1) A szövetségi kormány illetékes tagja köteles haladéktalanul értesíteni a Nemzeti Tanácsot és a Szövetségi Tanácsot minden európai uniós tervről, és lehetőséget biztosítani számukra az állásfoglalásra.

(2) Ha a szövetségi kormány illetékes tagja felé a Nemzeti Tanács egy olyan európai uniós terv tekintetében foglalt állást, amely szövetségi törvénnyel volna végrehajtandó vagy amely egy olyan közvetlenül alkalmazható jogi aktus kiadására irányul, amely olyan ügyeket érint, amelyeket szövetségi törvénnyel kellene szabályozni, akkor ő az Európai Unióban a tárgyalások és a szavazások során ehhez az állásfoglaláshoz kötve van. Ettől csak kényszerítő erejű kül- és integrációpolitikai okokból térhet el.

(3) Ha a szövetségi kormány illetékes tagja egy (2) bekezdés szerinti nemzeti tanácsi állásfoglalástól el akar térni, akkor a Nemzeti Tanácsot ismételt értesítenie kell. Amennyiben az Európai Unió előkészítés alatt álló jogi aktusa a hatályos szövetségi alkotmány változását jelentené, akkor az eltérés minden esetben csak akkor megengedett, ha azzal szemben a Nemzeti Tanács megfelelő időn belül nem emel vétőt.

(4) Ha a Nemzeti Tanács a (2) bekezdés szerint állást foglalt, akkor a szövetségi kormány illetékes tagja köteles az Európai Unióban történt szavazás után a Nemzeti Tanácsnak jelentést tenni. A szövetségi kormány illetékes tagja, ha a Nemzeti Tanács egy állásfoglalásától eltért, különösen köteles annak okait a Nemzeti Tanáccsal haladéktalanul közölni.

(5) A Nemzeti Tanács (1)-(4) bekezdések szerinti hatásköreinek gyakorlása alapvetően a Nemzeti Tanács főbizottságának joga. Az erről szóló részletes rendelkezéseket a Nemzeti Tanács ügyrendjéről szóló szövetségi törvény tartalmazza. Ebben különösen az szabályozandó, hogy egy európai uniós terv megtárgyalására mennyiben jogosult a főbizottság helyett a főbizottság egy állandó albizottsága és mennyiben van fenntartva az (1)-(4) bekezdések szerinti hatáskörök gyakorlása magának a Nemzeti Tanácsnak. Az állandó albizottságra az 55. cikk (2) bekezdés vonatkozik.

(6) Ha a szövetségi kormány illetékes tagja felé a Szövetségi Tanács egy olyan európai uniós terv tekintetében foglalt állást, amely szükségképpen olyan szövetségi alkotmánytörvénnyel lenne végrehajtandó, amelyhez a 44. cikk (2) bekezdés szerint szükség lenne a Szövetségi Tanács hozzájárulására, akkor ő az Európai Unióban a tárgyalások és a szavazások során ehhez az állásfoglaláshoz kötve van. Ettől csak kényszerítő erejű kül- és integrációpolitikai okokból térhet el. A Szövetségi Tanács (1) és ezen bekezdés szerinti hatásköreinek gyakorlását részletesen a Szövetségi Tanács ügyrendje szabályozza.

23/F. cikk (Közös Kül- és Biztonságpolitika)

(1) Ausztria az Európai Unióról szóló szerződés V. fejezete alapján közreműködik az Európai Unió Közös Kül- és Biztonságpolitikájában. Ez magában foglalja az azon intézkedésekben való közreműködést, amelyekkel a gazdasági kapcsolatokat egy vagy több harmadik állammal szemben felfüggesztik, korlátozzák vagy teljesen megszakítják.

(2) A 23/E. cikk (2)-(5) bekezdések vonatkoznak az Európai Unióról szóló szerződés V. fejezete alapján az Európai Unió Közös Kül- és Biztonságpolitikájának keretében hozandó határozatokra, valamint a VI. fejezete alapján az Igazságügyi és Belügyi Együttműködés keretében hozandó határozatokra.

...
...
...

[142. cikk. (A legfelsőbb szövetségi, illetve tartományi szervek elleni vádak)]¹⁷⁰

(1) Az Alkotmánybíróság dönt azokról a panaszokról, amelyek révén érvényesítik a legfelsőbb szövetségi és tartományi szerveknek a hivatalos működésük során elkövetett vétkes jogsértésekért való alkotmányos felelősségét.

(2) Panasz nyújtható be]

[...]

c) a Tanácsban Ausztria képviselője ellen törvénysértés miatt - azon ügyekben, amelyekben a törvényhozás szövetségi hatáskör volna, nemzeti tanácsi határozat formájában; azon ügyekben, amelyekben a törvényhozás tartományi hatáskör volna, az összes tartományi gyűlés egybehangzó határozatának formájában;

[...]

[(4) Az Alkotmánybíróság elmarasztaló döntése a hivatal elvesztését, különösen súlyosbító körülmények fennforgásakor a politikai jogok időleges elvesztését tartalmazza: kisebb súlyú jogsértések esetén a (2) bekezdés c),e) és g) pontjában említett esetekben az Alkotmánybíróság a jogsértés fennforgásának megállapítására szorítkozhat. A tartományi iskolatanács elnöki tisztségének elvesztése annak a tisztségnek elvesztését is maga után vonja, amely az elnöki tisztséghez a 81/A. cikk (3) bekezdésének b) pontja szerint kapcsolódik.]

[...]

¹⁷⁰ A 142. cikkben lényegében csak a (2) bek. c) pontjának befűzése volt a változás, többi változás ennek átvezetése a kereszthivatkozásokban. A c) pont (és a kereszthivatkozások átvezetése) kivételével a 142. cikk itt szereplő részei Hegedüs Éva fordítása (Hegedüs Éva: Ausztria. in: Nyugat-Európa alkotmányai. Szerk. Kovács István. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1988. 215-216. o.).

B. A B-VG azon szakaszai, amelyek az EU-csatlakozás jogtechnikai problémáit okozták¹⁷¹

42. cikk. (A Szövetségi Tanács közreműködése)

(1) A Nemzeti Tanács valamennyi törvényre vonatkozó határozatát annak elnöke haladéktalanul megküldi a Szövetségi Tanácsnak.

(2) Amennyiben az alkotmánytörvény másként nem rendelkezik, valamely törvényre vonatkozó határozat csak akkor hitelesíthető és tehető közzé, amennyiben a Szövetségi Tanács nem élt ellenvetéssel a határozattal szemben.

(3) A fenti ellenvetést a törvényre vonatkozó határozatnak a Szövetségi Tanácshoz történt beérkezésétől számított nyolc héten belül a Szövetségi Tanács elnöke írásban megküldi a Nemzeti Tanácsnak.

(4) Amennyiben a Nemzeti Tanács tagjai legalább felének jelenlétében fenntartja eredeti határozatát, úgy e határozat hitelesítendő és közzéteendő. Amennyiben a Szövetségi Tanács úgy dönt, hogy nem él ellenvetéssel, vagy ha a (3) bekezdésben megállapított határidőn belül nem élnek indokolással ellátott ellenvetéssel, a határozat hitelesítendő és közzéteendő.

(5) A Szövetségi Tanács a Nemzeti Tanács azon határozatai ellen nem élhet ellenvetéssel, amelyek a Nemzeti Tanács ügyrendjéről, a Nemzeti Tanács feloszlatásáról, a Szövetség költségvetéséről, egy az 51. cikk (5) bekezdés értelmében átmeneti megoldásról,¹⁷² a szövetségi vagyonnal való rendelkezésről, a szövetségi kölcsönök felvételéről, illetve konvertálásáról vagy a zárszámadás jóváhagyásáról szóló törvényeket érintik.

43. cikk. (Népszavazás)

A Nemzeti Tanács valamennyi törvényi határozata a 42. cikknek megfelelően lefolytatott eljárás befejezése után, ám még a szövetségi elnök általi hitelesítése előtt népszavazás elé terjesztendő, amennyiben a Nemzeti Tanács így határoz, vagy a tagok többsége igényli azt.

44. cikk. (Alkotmánytörvények; alkotmányi rendelkezések; a szövetségi alkotmány teljes körű módosítása)

(1) Az alkotmánytörvényeket, illetve egyszerű törvényekbe foglalt alkotmányi rendelkezéseket a Nemzeti Tanács kizárólag tagjai legalább felének jelenlétében, és a leadott szavazatok kétharmados többségével fogadhatja el, amelyeket kifejezetten "alkotmánytörvényként", illetve "alkotmányi rendelkezésként" kell megjelölni.

(2) Nem alkotmánytörvényekbe illetve egyszerű törvényekbe foglalt alkotmányi rendelkezések esetén, amelyek a tartományok törvényhozó és végrehajtó hatáskörét korlátozzák - a fentiekén kívül szükség van még a Szövetségi Tanács hozzájárulására is, amelyet az tagjai legalább felének jelenlétében és a leadott szavazatok kétharmados többségével hoz meg.

(3) A Szövetségi alkotmány valamennyi teljes körű módosítása a 42. cikk szerint lefolytatott eljárás befejeztével, ám még a szövetségi elnök általi hitelesítés előtt az össz-szövetségi lakosság szavazása alá bocsátandó, erre azonban részleges módosítás esetén csak akkor kerül sor, ha azt vagy a Nemzeti Tanács vagy a Szövetségi Tanács tagjainak egyharmada kéri.

[...]

50. cikk. (Államszerződések jóváhagyása)

(1) A politikai államszerződések csak a Nemzeti Tanács jóváhagyásával köthetők meg, más jellegűeknél azonban e jóváhagyás csak törvénymódosító, illetve törvény-kiegészítő tartalom esetén szükséges.

(2) Az (1) bekezdés alá eső államszerződés jóváhagyása alkalmával a Nemzeti Tanács úgy határozhat, hogy az adott államszerződés törvények kiadásával hajtandó végre.

(3) A Nemzeti Tanács határozataira az (1) és (2) bekezdés alapján értelemszerűen alkalmazásra kerül a 42. cikk (1) és

(4) bekezdése, s amennyiben az államszerződés révén módosul, vagy kiegészül az alkotmány 44. cikk (1) és (2) bekezdése is; az (1) bekezdés alapján hozott jóváhagyási határozatban az ilyen jellegű államszerződések, illetve az államszerződésekben tartalmazott ilyen jellegű rendelkezések kifejezett alkotmánymódosítóként jelölendők meg.

¹⁷¹ Hegedüs Éva fordítása (Hegedüs Éva: Ausztria. in: Nyugat-Európa alkotmányai. Szerk. Kovács István. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1988. 173-174. és 176. o.)

¹⁷² az átmeneti megoldás kb. ideiglenes költségvetést jelen

C. Szövetségi alkotmánytörvény Ausztria Európai Unióhoz történő csatlakozásáról 173

A népszavazás eredménye alapján közzététetik:

I. cikk. A szövetségi lakosságnak ehhez az alkotmánytörvényhez történő jóváhagyásával a szövetségi alkotmánytörvény szerint hatáskörrel rendelkező szervek felhatalmazást kapnak, hogy az Ausztria Európai Unióhoz történő csatlakozásáról szóló államszerződést az 1994. április 12-én a csatlakozási konferencia által meghatározott tárgyalási eredményeknek megfelelően megkössék.

II. cikk. Az Ausztria Európai Unióhoz történő csatlakozásáról szóló nemzetközi szerződés csak a Nemzeti Tanács hozzájárulásával és a Szövetségi Tanács erre vonatkozó jóváhagyásával köthető meg. Ezek a határozatok csak a tagok legalább felének jelenlétében és a leadott szavazatok két harmadával hozhatók meg.

III. cikk. Ezen szövetségi alkotmánytörvény végrehajtásával a szövetségi kormány van megbízva.

¹⁷³ *Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union* (BGBl 1994/744), vagy rövidebb nevén *EU-Beitritts-BVG* ill. *Beitritts-BVG*

Bibliográfia

- Aubert, Jean-François: La hiérarchie des règles. in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1974. II. Halbband 193-223. o.
- Az európai integráció alapszerződésai. Szerk. Fazekas Judit. Ford. Fridély Ágnes és Takács Tibor. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 2000.
- Az Európai Közösség kereskedelmi joga. Szerk. Király Miklós. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1999.
- Battis, Ulrich - Stefanou, Dimitris - Tsatsos, Dimitris Th.: Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht: Ein vergleichender Überblick. in: Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht. Erträge eines Forschungsprojektes an der FernUniversität Hagen. Szerk. Ulrich Battis, Dimitris Th. Tsatsos és Dimitris Stefanou. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1995. 469-514. o.
- Behrend, Jürgen: Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's. Berlin: Duncker und Humblot 1977.
- Benedek András – Solt Kornél: Fejezetek jogi ismeretelméletből. Összeállította: Eszes Boldizsár, Jakab András és Orbán Krisztina. Budapest: Szent István Társulat 2000.
- Berke Barna: Közösségi jog és a tagállamok jogrendszere: vonzások és taszítások. in: Magyar Jog 1995. 240-252. o.
- Berke Barna: Az európai közösségi jog alkotmányos korlátai. in: Európai jogi tanulmányok 2. Szerk. Mádl Ferenc. Budapest: ELTE ÁJK 1996. 9-49. o.
- Bleckmann, Albert: Europarecht. Unter Mitwirkung von Martin Coen et al. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag KG 1997.
- Bodnár László: A nemzetközi jog és az államon belüli jog viszonya az új alkotmányban. in: Nemzetközi jog az új alkotmányban. Szerk. Bragyova András. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó - MTA Állam- és Jogtudományi Intézete 1997. 35-73. o.
- Bogdandy, Armin von – Nettlesheim, Martin: Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union. in: Neue Juristische Wochenschrift 1995. Heft 36. 2324-2328. o.
- Bogdandy, Armin von - Nettlesheim, Martin: Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung. in: Europarecht 1996. Heft 1. 3-26. o.
- Bragyova András: A magyar jogrendszer és a nemzetközi jog kapcsolatának alkotmányos rendezése - elméleti kérdések. in: Nemzetközi jog az új alkotmányban. Szerk. Bragyova András. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó - MTA Állam- és Jogtudományi Intézete 1997. 9-34. o.
- Doehring, Karl: Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa. in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1993. Heft 3. 98-103. o.
- Ermacora, Felix: Über die derogatorische Kraft der Verwaltungsverordnung. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt. in: Juristische Blätter 1955. 185-188, 214-217. o.
- Ermacora, Felix: Das Derogationsproblem im Lichte der Wiener Schule. in: Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht 1961. 314-326. o.
- Europa-Recht. Textausgabe. Szerk. Claus Dieter Classen. München: Deutscher Taschenbuch Verlag 1999.
- Ficsor Mihály: Megjegyzések az európai közösségi jog és a nemzeti alkotmány viszonyáról I-II. Magyar Jog 1997/8. 462-473., 1997/9. 526-536. o.
- Hart, Herbert: A jog fogalma. Ford. Takács Péter. Budapest: Osiris 1995.
- Hilf, Meinhard: Die Europäische Union und die Eigenstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten. in: Der Staatenverbund der Europäischen Union. Beiträge und Diskussionen eines Symposiums am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg. Szerk. Peter Hommelhoff és Paul Kirchhof. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag 1994. 75-86. o.
- Hegedüs Éva: Ausztria. in: Nyugat-Európa alkotmányai. Szerk. Kovács István. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1988. 137-222. o.
- HoloubekGrund** = Holoubek, Michael: Grundrechtsschutz durch Gemeinschaftsgrundrechte. in: Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft. Szerk. Stefan Griller és Heinz Peter Rill. Bécs: Verlag Österreich 1997. 73-104. o.
- Holzinger, Gerhart: Die Auswirkungen der österreichischen EU-Mitgliedschaft auf das österreichische Verfassungsrecht. in: Journal für Rechtspolitik 1996. 160-192. o.
- HorváthEU** = Horváth Zoltán: Kézikönyv az Európai Unióról. Budapest: Magyar Országgyűlés 1999.
- Jakab András: A joglépcsőelmélet (kézirat)
- Jakab András: Jogszabályok érvényessége, hatálya és alkalmazhatósága. Különös tekintettel a közösségi jog és a tagállami jog viszonyára (kézirat)
- Jogforrások az új alkotmányban. Szerk. Rác Attila. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó - MTA Állam- és Jogtudományi Intézete 1995.

Kampis György - Szép György - Vida István: A jogszabályok előkészítése. Szerk. Szép György. Budapest: Kódexpress 1998.

KecskésEK = Kecskés László: EK-jog és jogharmonizáció. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó ²1999.

Kecskés László - Szécsényi László: A közösségi jog közvetlenül hatályosuló rendelkezései és az azokkal szembeni engedetlenségi lehetőségek az Európai Közösségek jogában. in: Jogtudományi Közlöny 1998. 203-209. o.

Kedzia, Zdzislaw: Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht der mit der Europäischen Union assoziierten Länder Mitteleuropas. in: Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht. Erträge eines Forschungsprojektes an der FernUniversität Hagen. Szerk. Ulrich Battis, Dimitris Th. Tsatsos és Dimitris Stefanou. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1995. 541-567. o.

Kelsen, Hans: Tiszta jogtan. Ford. Bibó István. Budapest: ELTE Bibó István Szakkollégium 1988.

Kelsen, Hans: Az államelmélet alapvonalai. Ford. Moór Gyula. Miskolc: Bíbor Kiadó 1997.

Kelsen, Hans: A Tiszta Jogtan és az analitikus jogelmélet. Ford. Varga Csaba. in: Jog és filozófia. Szerk. Varga Csaba. Budapest 1998. 140-156. o.

Knobl, Peter: Der Stufenbau von Verordnungen im österreichischen Recht. Bécs: Verband der Wissenschaftlichen Gesellschaften Österreichs (VWGÖ) 1989.

Koja, Friedrich: Die Verordnung im österreichischen Verfassungsrecht. in: Juristische Blätter 1978. 532-535. o.

KojaASt = Koja, Friedrich: Allgemeine Staatslehre. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1993.

KojaVwR = Koja, Friedrich: Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis. Begründet von Walter Antonioli. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung ³1996.

Koja, Friedrich: Einführung in das öffentliche Recht. Bécs: Orac 1998.

Köck, Franz Heribert: Az osztrák szövetségi alkotmány és a nemzetközi jog. in: Az alkotmányozás jogi kérdései. Az Eötvös Lóránd Tudományegyetem és a linzi Johannes Kepler Egyetem 1995. július 6-7-én tartott alkotmányjogi szimpóziuma. Szerk. Takács Imre. Budapest: ELTE Eötvös Kiadó 1995. 167-194. o.

Kucsko-Stadlmayer, Gabriele: Merkl's Rechtskraftlehre. in: Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Szerk. Robert Walter. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1990. 117-138. o.

Mayer, Heinz: Merkl zu den Baugesetzen des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920. in: Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Szerk. Robert Walter. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1990. 145-157. o.

Merkel, Adolf J.: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. in: Die Wiener rechtstheoretische Schule. Szerk. Hans Klecatsky, René Marcic és Herbert Schambeck. Bécs: Europa 1968. 1311-1361. o.

Merkel, Adolf J.: Idee und Gestalt des Rechtsstaates. in: Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag. Szerk. Adolf J. Merkl, René Marcic, Alfred Verdross és Robert Walter. Bécs: Verlag Franz Deuticke 1971. 126-140. o.

Merkel, Adolf J.: Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes. in: Adolf Julius Merkl: Gesammelte Schriften. I. kötet. Szerk. Dorothea Mayer-Maly. Berlin: Duncker und Humblot 1993. 227-252. o.

Murswiek, Dietrich: Maastricht und der pouvoir constituant. Zur Bedeutung der verfassungsgebenden Gewalt im Prozeß der europäischen Integration. in: Der Staat 1993. 161-190. o.

Nagy Boldizsár: Az abszolútum vágyáról és a tünékeny szuverenitásról. in: Nemzetközi jogi szemelvények és dokumentumok. I. kötet. Szerk. Kende Tamás. Budapest: Osiris 2000. 60-71. o.

Nawiasky, Hans: Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenbau des Rechtes. in: Zeitschrift für öffentliches Recht. 1927. 488-497. o.

Nemzetközi jogi szerződések és dokumentumok. Szerk. Nagy Boldizsár. Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó 1991.

Németh József: Az európai integráció és a magyar alkotmány. in: Nemzetközi jog az új alkotmányban. Szerk. Bragyova András. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó - MTA Állam- és Jogtudományi Intézete 1997. 75-112. o.

Nguyen Quoc Dinh - Daillier, Patrick - Pellet, Alain - Kovács Péter: Nemzetközi közjog. Budapest: Osiris 1998.

Nicolaysen, Gert: Europa als Rechtsgemeinschaft. in: Europa-Handbuch. Szerk. Werner Weidenfeld. Bonn: Bundeszentrale für Politische Bildung 1999. 862-873. o.

Oppermann, Thomas: Zur Eigenart der Europäischen Union. in: Der Staatenverbund der Europäischen Union. Beiträge und Diskussionen eines Symposiums am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg. Szerk. Peter Hommelhoff és Paul Kirchhof. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag 1994. 87-98. o.

Öhlinger, Theo: Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte. Bécs: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1975.

ÖhlingerMitw = Öhlinger, Theo: Die Mitwirkung des Nationalrates, des Bundesrates und der Länder an der Entstehung von sekundärem Gemeinschaftsrecht. in: Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft. Szerk. Stefan Griller és Heinz Peter Rill. Bécs: Verlag Österreich 1997. 1-20. o.

ÖhlingerVfR = Öhlinger, Theo: Verfassungsrecht. Bécs: WUV-Universitätsverlag ³1997.

- Öhlinger, Theo - Potacs, Michael: Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich. Bécs: Orac 1998.
- Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze. Szerk. Heinz Schäffer. Bécs - München: Manz - C. H. Beck 1996.
- Paulson, Stanley L.: Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. in: Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Szerk. Robert Walter. Bécs: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1990. 93-106. o.
- Pernthaler1995** = Pernthaler, Peter: Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Österreich. in: Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht. Erträge eines Forschungsprojektes an der FernUniversität Hagen. Szerk. Ulrich Battis, Dimitris Th. Tsatsos és Dimitris Stefanou. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1995. 437-468. o.
- Pietzker, Jost: Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung. in: Festschrift für Ulrich Everling. II. kötet. Szerk. Ole Due, Marcus Lutter és Jürgen Schwarze. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1995. 1095-1111. o.
- Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze. Szerk. Heinz Schäffer. Bécs - München: Manz - C. H. Beck 1996.
- Schäffer, Heinz - Jahnel, Dietmar: Der Schutz der Grundrechte. in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1999. 71-88. o.
- Solt Kornél: A normakollíziók. in: Állam- és Jogtudomány 1992/1-4. 225-237. o.
- Solt Kornél: Jogi logika. I-II. kötet. Budapest: Seneca 1996.
- Solt Kornél: Valóság és jog. Miskolc: Bíbor 1997.
- Steiner, Josephine: EGK-jog. Az Európai Gazdasági Közösség jogrendszer. Ford. Lakatos Kálmán. Szekszárd: Babits 1990.
- Stoitzner, Bettina: Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung. in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86. Szerk. Stanley L. Paulson és Robert Walter. Bécs: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1986. 51-90. o.
- Szécsényi László: Kecskés László: "EK-jog és jogharmonizáció". in: Jogtudományi Közlöny 1996. 148-150. o.
- Szigeti Péter - Takács Péter: A jogállamiság jogelmélete. Budapest: Napvilág 1998.
- Thienel, Rudolf: Gibt es einen Stufenbau der Bundesgesetze nach ihrer Erzeugungsform? Über die verschiedenen Formen von Bundesgesetzen und ihr Verhältnis zueinander. in: Österreichische Juristen-Zeitung 1983. 477-483. o.
- Valki László: Mit kezd a szuverenitással a nemzetközi jog? in: Nemzetközi jogi szemelvények és dokumentumok. I. kötet. Szerk. Kende Tamás. Budapest: Osiris 2000. 34-59. o.
- Varga Csaba: Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról. Budapest: Osiris 1998.
- Walter, Robert: Können Verordnungen Gesetze derogieren? in: Österreichische Juristen-Zeitung 1961. 2-7. o.
- Walter, Robert: Die Reine Rechtslehre in der Kritik der Methodenlehre Larenz'. in: Österreichische Juristen-Zeitung 1961. 477-480. o.
- Walter, Robert: Die Verwaltungsverordnung. in: Österreichische Juristen-Zeitung 1965. 29-36. o.
- Walter, Robert: Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht. Zum 75. Geburtstag von Adolf Julius Merkl. in: Österreichische Juristen-Zeitung 1965. 169-174. o.
- Walter, Robert: Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre. Bécs: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung ²1974.
- Walter, Robert: Adolf J. Merkl - Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk. in: Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Szerk. Robert Walter. Bécs: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1990. 9-36. o.
- WalterVfR** = Walter, Robert - Mayer, Heinz: Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts. Bécs: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung ⁸1996.
- Werner, Leopold: Kann der Nationalrat Verordnungen erlassen? in: Juristische Blätter 1951. 353-358. o., 1952. 553-556. o.
- Weyr, Fr.: La doctrine de M. Adolphe Merkl. in: Revue Internationale de la Théorie du Droit 1927-28. 215-231. o.
- Widder, Helmut: Az osztrák alkotmányfejlődés. in: Az alkotmányozás jogi kérdései. Az Eötvös Lóránd Tudományegyetem és a linzi Johannes Kepler Egyetem 1995. július 6-7-én tartott alkotmányjogi szimpóziuma. Szerk. Takács Imre. Budapest: ELTE Eötvös Kiadó 1995. 33-57. o.
- Wielinger, Gerhart: Merkl's Interpretationslehre. in: Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Szerk. Robert Walter. Bécs: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1990. 107-116. o.

András Karácsony Prozedurale Rationalität und die Möglichkeit der Gesellschaftskritik

Als eine bemerkenswerte Entwicklung der Modernität wird von Habermas behandelt, daß sich Rationalität auf dem Gebiet der Wissenschaft, der Moral, des Rechtes nur noch in den Verfahren zeigt. Rationalität ist insofern *formal* geworden, daß die Vernünftigkeit bestimmter Inhalte von der Vernünftigkeit der Prozeduren abhängt. Die Umstellung von materialer auf formale, prozedurale Rationalität, insbesondere in der Wissenschaft, läßt sogar die Philosophie nicht intakt.

Im Themenkreis der prozeduralen Rationalität würde ich nur auf die Analysen von Alexy und Peters hinweisen.¹ Peters stellte mit einer bemerkenswerten Gründlichkeit die Mehrdeutigkeit des Begriffes "prozedurale Rationalität" dar, er betonte, daß dieser Begriff in verschiedenen theoretischen Kontexten eine divergierende Bedeutung und einen divergierenden Stellenwert hat. Peters z. B. signalisierte es genau mit dem Vergleich des "Verfahren"-Begriffes von Luhmann und von Habermas. In den von Luhmann empfohlenen theoretischen Alternativen erschien "Legitimation durch Verfahren *statt* Legitimation durch rationale Rechtfertigung", bei Habermas aber "*beruht* Legitimität auf Rationalität, und Rationalität wiederum *beruht* auf Prozeduren."² In dem letzteren sind also Legitimität, Rationalität, Verfahren kettenweise verbunden.

Für die Philosophie ist nicht nur die passive Anpassung oder aber die Möglichkeit einer spektakulären Konfrontation gegeben, sondern das neuartige Selbstverständnis der Wissenschaft, die Rationalität in Verfahren zum Gegenstand ihrer Untersuchungen zu machen. Genau auf diese Reflexion drängt Habermas. Welche Beschränkungen und neue Möglichkeiten daraus für die Philosophie entstehen, erörtert Habermas in seinem Buch, in dem er die Besonderheiten des nachmetaphysischen Denkens ausführlich analysiert.³ Doch geht es hier nicht um die Philosophie generell, viel mehr geht es hier um ein konkretes Feld von ihr, um die Gesellschaftstheorie.

Wenn wir den von Habermas empfohlenen Weg verfolgen, ist die Gesellschaftstheorie - den Begriff "kommunikative Vernunft" in ihr Zentrum gestellt - nicht mehr fähig, den auf Grundlagen der praktischen Vernunft formulierbaren Erwartungen Folge zu leisten. "Die kommunikative Vernunft ermöglicht also eine Orientierung an Geltungsansprüchen, aber sie selbst gibt keine inhaltlich bestimmte Orientierung für die Bewältigung praktischer Aufgabe - sie ist weder informativ noch praktisch. /.../ Normativität im Sinne der verbindlichen Orientierung des Handelns fällt nicht mit der Rationalität verständigungsorientierten Handelns in ganzen zusammen."⁴

Nachfolgend gehen wir einer einzigen Frage nach, und zwar der, wieweit in Jürgen Habermas' zur Wende der 80-er und der 90-er Jahre veröffentlichten Arbeiten in erster Linie konzentrieren wir auf *Faktizität und Geltung*, das Prinzip der prozeduralen Rationalität das Engagement für die kritische Gesellschaftstheorie modifiziert hat. Anders formuliert: wenn wir den *inhaltlich neutralen* Charakter der prozeduralen, also der formalen Rationalität annehmen, ist es gleichzeitig möglich, ein bestimmtes Gesellschaftsbild zu entwerfen, das *inhaltlich* die Anforderungen an die moderne Gesellschaft umschreibt und somit die Möglichkeit einer gesellschaftskritischen Betrachtungsweise begründet? Und eine Frage, im engen Zusammenhang damit: bedeutet die Definition der Habermasschen prozeduralen Rationalität wirklich eine inhaltlich neutrale Auffassung der Rationalität? Meines Erachtens ist in den neuesten Forschungen von Habermas die Spannung der Neutralität und der inhaltlichen Definition stets präsent. So ist diese Spannung in erster Linie in der Prozeduralität und in ihrer Rahmenbedingung wahrzunehmen.

Ausgehend von dem Grundgedanken der Diskursethik beantwortet Habermas Wellmers Kritik und betont das folgende: "Der diskursethische Grundsatz nimmt auf eine *Prozedur*, nämlich die diskursive Einlösung von normativen Geltungsansprüchen Bezug; insofern läßt sich die Diskursethik mit Recht als formal kennzeichnen. Sie gibt keine inhaltlichen Orientierungen an, sondern ein Verfahren: den praktischen Diskurs."⁵ Habermas deutete hier mehrere Probleme an. Erstens dient das oben zitierte Verfahren nicht zum *Zustandbringen* bewiesener Normen, sondern bloß zu *Untersuchung* der Geltung von empfohlenen,

hypothetischen Normen, die also auf eine normative Geltung nur *aspirieren* können. Gleichzeitig erleben die Verfahrensteilnehmer nicht als Hypothetiker das eigene Leben, sondern verflochten mit ihrer Identität, soweit schon als Bewiesenes. Die eigenen Normativitäten der Teilnehmer treten also nur insofern in den Diskurs ein, insofern sie nicht einfach auf Grund der Identität glaubwürdig sind, sondern in den Verfahren eine Galubwürdigkeit erlangen können, also sich rational behandeln lassen. Zweitens macht er auf die unterschiedliche Beschränktheit praktischer Diskurse aufmerksam. Zwar sieht der externe Beobachter eines Diskurses - nach Habermas - das hermeneutische Problem, daß die Anwendung der den Diskurs konstituierenden Regeln mit der Anwendung der Diskursregeln nicht identisch ist, berührt dieser Unterscheidung den Teilnehmer doch nicht, gerade deswegen, da er *mit einem frontal verstandenen Geltungsanspruch* in den Diskurs eintritt.⁶ Diese Einstellung ist ja zweifelsohne parteilich, ist nicht durch den kontinuierlich präsenten hermeneutischen Zweifel, sondern durch die Überzeugung gekennzeichnet, daß wir in das Verfahren schon anerkannter, angewandter Prinzipien eintreten können, d. h. die Situation muß nicht ständig neu definiert werden. Implizit ruht diese Überzeugung natürlich auf der anthropologischen Hypothese, daß der Mensch ein lernfähiges Wesen sei.

Die parteilose Urteilsbildung, also den Universalgrundsatz der Normen erfüllende Diskursethik hat den folgenden Ausgangspunkt: "So muß jede gültige Norm der Bedingung genügen, daß die Folgen und Nebenwirkungen, die sich jeweils aus ihrer *allgemeinen* Befolgung für die Befriedigung der Interessen eines *jeden* Einzelnen (voraussichtlich) ergeben, von *allen* Betroffenen akzeptiert (und den Auswirkungen der bekannten alternativen Regelungsmöglichkeiten vorgezogen) werden können."⁷ Dieser Grundsatz legt die Entstehungsbedingung der tatsächlichen Geltung der Normen fest. So habe ich es hervorzuheben, da Habermas in dieser seiner Studie das Bestehen, die soziale Geltung der Normen von ihrer Gültigkeit trennte. "Wir müssen zwischen der sozialen Tatsache der intersubjektiven Anerkennung und der Annerkennungswürdigkeit einer Norm unterscheiden."⁸ Es kann dafür gute Gründe geben, eine Norm nicht tatsächlich anerkennen zu müssen, obwohl ihr Geltungsanspruch diskursiv eingelöst werden könnte. Ich betone: es geht nicht um die diskursive Entstehung, sondern um die Einlösbarkeit. Auch dieser Präzisierung bewußt muß die Frage gestellt werden: worauf bezogen ist es möglich, soziale und tatsächliche Geltung zu trennen, wenn "tatsächlich" als Anerkennungswürdigkeit verstanden wird. Anhand dessen nahm Habermas darauf Bezug, daß hinter der gesellschaftlichen Geltung ein schwerzertrennbares Gemisch von Überzeugung, Sanktion, Willkür steht, das nicht unbedingt eine dauerhafte Geltung bedeutet, höchstens eine Massenloyalität in den modernen Gesellschaften. Über die *faktische* Geltung einer Norm kann nur die Rede sein, wenn sie von den Betroffenen rational motiviert akzeptiert wird.

Zeichnet sich hier das Bild eines reinen formalen Verfahrens ab, oder können implizit präsente soziale und anthropologische Hypothesen wahrgenommen werden? Es ist indiskutabel, daß Habermas aus der Argumentation die Kategorisierung jeglicher Lebensformen bzw. Gerechtigkeitsvorstellungen mit bestimmten Inhalten ausschaltet. Er wies die Utopie als falsche Anschuldigung scharf zurück. Wie es z. B. in seiner Antwortstudie auf die Kritiken zu lesen ist: "Nichts macht mich nervöser als die in vielen Versionen und in den schiefsten Kontexten wiederholte *Unterstellung*, daß die Theorie des kommunikativen Handelns, weil sie auf die soziale Faktizität anerkannter Geltungsansprüche aufmerksam macht, eine rationalistische Gesellschaftsutopie entwerfe, mindestens suggeriere. Weder betrachte ich die vollkommen transparent gewordene Gesellschaft als ein Ideal, noch möchte ich *irgendein* Ideal nahelegen."⁹

Axel Honneth machte schon in seiner Studie von 1986 aufmerksam, daß die Idee der Prozeduralität der Diskursethik, obwohl sie die inhaltliche Neutralität betont, über implizit normative Inhalte verfügt. Worum geht es hier konkret? Wenn die Geltung einer Norm davon abhängt, ob ein Diskurs faktisch verwirklicht ist, in dem, die von der Norm Betroffenen ihr Einverständnis zum Ausdruck brachten, dann ist die Geltung der Norm definiert, hängt sie von den *normativen* (überhaupt nicht neutral definiert) Rahmen, die den derartigen Ablauf des Diskurses gewährleisten, ab. Einerseits vorausgesetzt, daß die in den Diskurs Eintretenden, d. h. die Teilnehmer freie und chancengleiche Subjekte sind, andererseits selbst in dem

Argumentationsverfahren keinen Zwang anwenden.¹⁰ Honneth sieht die Überbelastung des theoretischen Anspruches der Diskursethik von Habermas in folgenden:

“Einerseits versucht die Diskursethik, den Universalisierungsgrundsatz als eine Argumentationsregel für praktische Diskurse dadurch zu rechtfertigen, daß sie die impliziten Idealisierungen aufhebt, die jeder an einem Dialog Beteiligte intuitiv vornimmt; aus dem bewußt gemachtem Umstand, daß jeder Argumentierende unvermeidlich eine zwanglose und chancengleiche Teilnahme aller Beteiligten unterstellt, schließt sie auf die normative Geltung des Verallgemeinerungsprinzips; dies gewinnt in der Diskursethik dann die Gestalt eines Grundsatzes, der besagt, daß eine Norm nur dann Geltung beanspruchen darf, wenn alle von ihr potentiell Betroffenen als Teilnehmer eines praktischen Diskurses sich über ihre Geltung auch faktisch geeinigt haben. Andererseits aber nimmt die Diskursethik nun jene idealisierenden Unterstellung des Dialogs, auf die sich doch ihre Rechtfertigung des Universalisierungsgrundsatzes stützt, nicht selbst in ihre eigenen normativen Grundsätze mit auf; denn dann müßte sie doch zugleich mit der Prozedur des diskursiven Willensbildung auch die sozialstrukturellen Verhältnisse auszeichnen, die die Inkraftsetzung solcher Formen der Willensbildung überhaupt erst ermöglichen.”¹¹

Kurz gefaßt: der Diskurs darf von keiner Asymmetrie, weder externen noch internen Ursprungs, belastet werden, sonst könnte die freie Diskussion der Argumente nicht zur Geltung kommen. Da ein Diskurs bloß bis zu einem Grad als rational bezeichnet werden kann, solange die Möglichkeit einer kritischen Überprüfung gegeben ist. Die Diskursethik von Habermas also beinhaltet implizit bestimmte soziale Voraussetzungen des Verfahrens – die von Honneth normative Infrastruktur der Gesellschaft genannt werden –, welche Voraussetzungen eine normative Kraft besitzen, da es ohne sie ein rational motivierter Konsens nicht zustande kommen könnte. Als Ergebnis seiner Forschungen zog Honneth die Konsequenz, daß das auf den Grundlagen der Diskursethik von Habermas die Konfrontation der Argumente und die daraus gestaltete Übereinstimmung garantierendes Verfahren zu präferieren, es nicht ermöglicht, die formale Verfahrensethik und die materiale Gerechtigkeitstheorie streng zu trennen.

Obwohl die Verfahrensregeln an und für sich neutral sind, d. h. aus den Regeln selbst nicht abzuleiten ist, in welchen Inhalten die Teilnehmer dann zu einem Konsens kommen, diese Regeln können aber nur unter bestimmten kulturellen und institutionellen Bedingungen zur Geltung kommen und diese Bedingungen sind als Demokratie zu identifizieren. Die Habermassche Gesellschaftstheorie ist also soweit unbedingt normativ, daß mit der Verfahrensrationalität eine bestimmte Gesellschaft, die *demokratische* als Modell sichtbar wird. Das wirft die Frage der Relation von Diskursprinzip, Moralprinzip und Demokratieprinzip auf. Meiner Meinung nach wurde die Differenzierung der angeführten Prinzipien in den 80-er Jahren entstandenen Studien in den Hintergrund gestellt, beziehungsweise blieb die vorausgesetzte Beschaffenheit Sozialität hinter dem zentral gestellten Diskursprinzip ohne Reflexionen. Anfang der 90-er Jahre schätzte übrigens auch Habermas so ein, daß in seinen früheren Publikationen die Unterscheidung zwischen dem Diskursprinzip und dem Moralprinzip nicht genügend unterstrichen wurde: ”Das Diskursprinzip erklärt nur den Gesichtspunkt, unter dem Handlungsnormen überhaupt *unparteilich begründet* werden können, wobei ich davon ausgehe, daß das Prinzip selber in den symmetrischen Anerkennungsverhältnissen kommunikativ strukturierter Lebensformen fundiert ist. Die Einführung eines Diskursprinzips setzt bereits voraus, daß praktische Fragen überhaupt unparteilich beurteilt und rational entschieden werden können.”¹²

Betrachten wir in folgenden, ob und wie Habermas in *Faktizität und Geltung* diese oben aufgezeichneten Gedankengang modifizierte. Obwohl dieses Buch eine doppelte Thematik hat: es befaßt sich mit der Analyse der Bereiche; Recht und Politik (und hinausausblickend mit der Moral), das Verhältnis der beiden Forschungsbereiche ist aber asymmetrisch. Da Habermas sich nicht an und für sich für Recht und Politik interessiert, sondern für derer Charakteristika, die in einem demokratischen Rechtsstaat zwar vorhanden, aber zu vervollkommen sind. Im Mittelpunkt der Theorie steht also die Frage des Rechtes in der modernen Gesellschaft, nur hinsichtlich dessen werden politische Zusammenhänge aufgeworfen – nämlich aus der Perspektive, inwiefern im Rahmen der demokratischen Verfahren politische Meinungs- und Willensbildung fähig sind, sich an die Rechtskonstitution zu beteiligen.

Die Frage der Rechtsgeltung bei Habermas schließt sich an die soziale und rationale Akzeptanz an. So geht er aus der Trennung der sozialen Geltung und Legitimität aus, welche

Differenz in ihrer diskursethischen Grundlegung mit den beinahe vor einem Jahrzehnt formulierten im Einklang zu sein scheint. Damals konnte man über die Differenz der sozialer Geltung (Faktizität der intersubjektiven Anerkennung) und der faktischen Geltung (Anerkennungswürdigkeit) der *Normen* lesen, und hier kann man über die Anwendung von all dem an die *rechtlichen* Normen lesen. Um entscheiden zu können, ob es hier um die Konkretisierung eines universalen Prinzips oder aber - mindestens partikulär – um seine Umformulierung geht, sollten wir gründlich die in dieser rechtstheoretischen Monographie ausgeführte Konzeption unter die Lupe nehmen.¹³ Die soziale Gültigkeit der rechtlichen Normen hängt von ihrem Grad der Durchsetzung ab, also “von der faktisch zu erwartenden Akzeptanz im Kreise der Rechtsgenossen.”¹⁴ Doch soll diese Faktizität nicht als aus der Tradition spontan gewachsene Faktizität verstanden werden, sondern als *artifizuell* hergestellte Faktizität aus der Drohung rechtlicher Sanktionen. Dagegen hängt die *Legitimität* der rechtlichen Regeln nach Habermas schließlich davon ab, ob sie in einem rationalen Gesetzgebungsverfahren entstanden sind, wenn das aber nicht der Fall war, dann wäre ihre Rechtfertigung mindestens aus pragmatischem, ethischem und moralischem Aspekt möglich gewesen. “Die Legitimität einer Regel von ihrer faktischen Durchsetzung unabhängig.”¹⁵ Dieser Gedanke erläutert uns, daß Habermas auf irgendeiner Weise die (also als Gemisch von Zwang und Freiheit entstandene) rechtliche Realität, d. h. die Faktizität ausdrücklich davon trennt, was von dem legitimen Recht zu erwarten ist. Die Frage ist aber weiterhin offen: ob sich das ideal Erforderte von Realität (das könnte ein die Gesellschaftskritik traditionell begründender utopistischer Zustand sein), oder geht es hier um ein auf der Art erfasstes Ideal, das nicht transzendent ist, sondern bestimmte Züge der Realität verallgemeinert, vervollkommen will. In diesem letzteren Fall begegnen wir dem neuartig begründeten gesellschaftskritischen Standpunkt, da er auf der schon im aktuell Existierenden immanente Möglichkeit, die sich schon teilweise zeigte, stützt. Ich möchte schon hier darauf hinweisen, daß meines Erachtens die Gedanken von Habermas in diese Richtung gehen. Ein Beweis dafür ist in der folgenden, wohl zum Nachdenken motivierenden Bemerkung von Habermas zu entdecken.

Nach Habermas : “allgemein hat das Rechtssystem im ganzen einen höheren Grad von Legitimität als einzelne Rechtsnormen.”¹⁶ Mehrere Fragen werden durch diese Feststellung aufgeworfen. Erstens: wenn Legitimität graduiert werden kann, d. h. keine strenge Trennung (legitim oder nicht legitim) vorgenommen wird, ist die Trennung des Durchführungsgrades des rationalen Verfahrens nur *nachträglich* machbar, also wenn schon rückblickend – unter Berücksichtigung des Ergebnisse – nach der Verwirklichung aller Requisiten die früheren Phasen rekonstruiert werden. Die Probleme treten erst auf, wenn wir den Standpunkt der nachträglichen Rekonstruktion außer acht lassen und die Hypothese aufstellen, wenn die als Elemente des rationalen Verfahrens definierte Faktoren auftreten, dann führen sie notwendigerweise zu der Entfaltung des Verfahrens. Dann werden nämlich – das rationale Verfahren berücksichtigt – die Ereignisse teleologisiert. Von Verdacht der teleologischen Betrachtungsweise kann man nur befreit werden, wenn das rationale Verfahren selbst als Norm vorausgesetzt wird, als solches, das – wenn schon gewisse Elemente in Erscheinung getreten sind – der Durchführung würdig ist. Diese Konsequenz ist schon mit dem Standpunkt zu vereinbaren, der die reale Möglichkeit des Existierenden vorausgesetzt als Norm einen bestimmten Evolutionsprozeß in den Vordergrund stellt. Vielleicht könnten wir diese Einstellung “moderat” (“solide”) nennen, also sie ist eine gesellschaftskritische Auffassung, die in die Evolution und nicht in die Revolution eingebettet ist.

Die andere Frage, die durch die zitierte Feststellung aufgeworfen wird, betrifft das Verhältnis der Teile und des Ganzen. Wenn wir nämlich annehmen, daß das Ganze des Rechtssystems legitimer als die einzelnen Rechtsnormen sein kann, dann sind wir mit der Trennung des Ganzen von seinen Teilen konfrontiert. Welche Überzeugung können wir bei dem Gebrauch dieser Unterscheidung vermuten?¹⁷ Um überhaupt von dem Ganzen und seinen Teilen sprechen zu können, setzt voraus, daß es keine absolute Trennung sei, sondern nur im bestimmten Kontext zu deuten ist, also *relativ* ist. In Bezug auf das Rechtssystem und der einzelnen Rechtsnormen kann das bedeuten, obwohl auf das Rechtssystem die in dem rationalen Verfahren realisierende Normkonstitution schon bezeichnend ist und so hat es einen Anspruch auf das ehrenvolle Attribut “legitim”, doch gibt es wohl im Rechtssystem selbst *auf*

anderer Weise entstandene Normen, die von uns in der normativen Perspektive des rationalen Verfahrens nicht, oder partikulär als legitim eingeschätzt werden können. Mit dieser Gedankenrekonstruktion ist zwar die unterschiedliche Legitimität des ganzen Rechtssystems und seiner einzelnen Teile zu erklären, doch kommen wir im Endergebnis zur Zweiteilung der Menge der Rechtsnormen. Die Spannung zwischen den von Habermas als Forderung formulierten, im rationalen Verfahren entstandenen Normen und den Rechtsnormen anderen Ursprungs ist offensichtlich. Das Bewußtmachen *dieser* Spannung kann zwar einen evolutionären gesellschaftskritischen Standpunkt begründen, aber der Preis dafür, das Recht der modernen Gesellschaft wird dadurch quasi durgeschnitten. Die Diskurstheorie des Rechts bevorzugende Rechtsforschung kann bloß in dem Kontext ein Teil der Rechtsnormen erfassen, wenn diese *nicht* in rationalen Verfahren entstanden.

Der Unterscheidung von Moral und Recht nachzugehen, würde unsere Rahmen sprengen, sonst spielt diese Unterscheidung der Habermasschen Gesellschaftstheorie in dem letzten Jahrzehnt neu formuliert, eine wichtige Rolle. Nur einen einzigen in diesem Zusammenhang erörterten wesentlichen Gedanken würde ich erwähnen: die Rechtsnormen regulieren den Lebenskontext der Bürger einer konkreten Rechtsgemeinschaft und sie deuten es nicht, was für einen jeden Menschen *gut* sei. Die gültigen moralischen Normen sind "richtig", die gültigen Rechtsnormen dafür "legitim". Diese Unterscheidung von Habermas gilt konsequent in der Gesetzgebung und in der Rechtsanwendung.

"Die Legitimität von Rechtsnormen bemißt sich, wenn wir eine prozedurale Theorie zugrundelegen, an der Vernünftigkeit des demokratischen Verfahrens politischer Gesetzgebung. Dieses Verfahren ist, wie gezeigt, komplexer als das der moralischen Argumentation, weil sich die Legitimität der Gesetze nicht nur an der Richtigkeit moralischer Urteile bemißt, sondern unter anderem auch an der Verfügbarkeit, Triftigkeit, Relevanz und Auswahl der Informationen, an der Fruchtbarkeit der Informationsverarbeitung, an der Angemessenheit von Situationsdeutungen und Problemstellungen, an der Rationalität von Wahlentscheidungen, der Authentizität starker Wertungen, vor allem an der Fairneß von erzielten Kompromissen usw."¹⁸

Es ist im Einklang mit einer derartigen Deutung der richterlichen Urteilsfällung, wonach die rationale Akzeptanz des Urteiles des Rechtsanwenders nicht nur von der Qualität der Argumente, sondern auch von der Struktur des Argumentationsprozesses, ob die Verfahrensrationalität durchgeführt sei, abhängt. "Das Rationalitätsproblem der Rechtssprechung besteht also darin, wie die Anwendung eines kontingent entstandenen Rechts intern konsistent vorgenommen und extern rational begründet werden kann, um gleichzeitig *Rechtssicherheit* und *Richtigkeit* zu garantieren."¹⁹

Wenn Habermas in Bezug auf normatives Urteil eindeutig sagt "»Richtigkeit« bedeutet rationale, durch gute Gründe gestützte Akzeptabilität" dann unterstreicht er seinen wiederholt zum Ausdruck gebrachten Standpunkt, daß das prozedurale Rechtsparadigma der Gesellschaft keine Ideale aufzwingt, sondern genau wegen der konstitutiven Anwendung der Autonomieidee formal blieb.²⁰ Die Autonomie der Bürger ernst genommen, können nur die notwendigen Bedingungen von dem Prinzip des Verfahrensrationalität festgelegt werden, unter deren Rahmen die Bürger ihre Lebensprobleme miteinander diskutieren können, und derer Lösung gemeinsam gestalten können. "Über etwas reden ist nicht dasselbe wie dem anderen in seine Angelegenheiten hineinreden" - also Diskurs bedeutet Dialog und nicht das Zustandekommen von Asymmetrien.²¹ Ein neutrales Verfahren kann implizit die präferierten Werte eines guten Lebens nicht enthalten, das Verfahren bringt es zustande, daß auf argumentativer Weise die Konkurrenz unterschiedlicher Vorstellungen in Bezug auf ein gutes Leben zum Ausdruck kommt.²² Das hier dargestellte prozedurale Rechtsparadigma bedeutet nicht "daß es »formal« im Sinne von »leer« oder »inhaltsarm« wäre."²³ Wir sollten die Inhalte beachten, die die "Formalität" der Verfahrensrationalität ermöglichen. Betrachten wir die Entstehung des legitimen Rechtes konkret.

Habermas blieb bei der Fixierung des Universalprinzips nicht stehen, sondern lokalisierte den "Entstehungsort" des legitimen Rechts in der modernen Gesellschaft.²⁴ Das fand er in der kommunikativen Macht. Der aus den Analysen von Hannah Arendt entfaltete Begriff der kommunikativen Macht in dem theoretischen Aufbau von Habermas bedeutet nicht die

administrative Anwendung der schon *existenten* Macht, sondern die *Entstehung* dieser politischen Macht. Recht ist in dieser Situation als *Medium* zu deuten. Einerseits ist es für die die Verwaltungsprozesse führende Macht konstitutiv, andererseits ermöglicht das Recht die Transformation der kommunikativen Macht zu einer administrativen Macht. So ist Recht in zweierlei Hinsicht als Medium zu verstehen. Einerseits vermittelt es zwischen zwei Mächten (der kommunikativen und der administrativen), andererseits übt es gleichmäßig die transformierende und die administrative Funktion aus.

Hinter der kommunikativen Macht zeichnet sich das Bild der Zivilgesellschaft ab. Daß die Idee der Zivilgesellschaft in den Vordergrund getreten ist, modifizierte das liberale Modell das auf der Zweiteilung des Staates - Gesellschaft gründet. Habermas sieht nämlich *drei* getrennte Schwerpunkte in der modernen Gesellschaft der Jahrtausendwende: die Zivilgesellschaft, das ökonomische Handlungssystem und die öffentliche Administration. Die gesellschaftliche Solidarität verstärkende Zivilgesellschaft bedeutet die nicht-staatlichen und nicht-ökonomischen Assoziationen, d. h. die Vereinigungen, Organisationen, Bewegungen. Das Zustandekommen der Zivilgesellschaft setzt die Änderung der Assoziationsverhältnisse und der politischen Kultur voraus, den wesentlichen Schwund an Einfluß der Klassenstruktur, also die Möglichkeit, daß die Ungleichheit der sozialen Machtpositionen neutralisierbar sind. Die Zivilgesellschaft vermittelt die gesellschaftlichen Probleme des Privatlebens kondensierend und lautverstärkend für die politische Öffentlichkeit. Die Kommunikationsströme der Zivilgesellschaft und der politischen Öffentlichkeit können auf Grund eines demokratischen Verfahrens in kommunikative Macht umgesetzt werden.

Habermas perzipiert, daß in diesem Prozeß die Massenmedien eine Schlüsselrolle haben und er formuliert einschränkend, wenn er hervorhebt, daß die Zivilgesellschaft nur "*unter bestimmten Umständen*" die Öffentlichkeit zu beeinflussen vermag.²⁵ Die gegenwärtige Erfahrung kann uns eher skeptisch machen, denn in unseren Tagen können die zivilgesellschaftlichen Gruppierungen nur schwache Signale entsenden. Hauptsächlich ist in den elektronischen Medien eine Entpolitisierung zu beobachten. In Kenntnis dieser Tatsache ist es berechtigt, die Frage zu stellen, in welchem Maße das Massenmedium die zivilgesellschaftlichen Bestrebungen modifiziert, eventuell sogar in ihren Dienst stellt? Worauf gründet Habermas seine sonst so vorsichtig formulierte Erwartung, daß die Zivilgesellschaft fähig ist, durch die Massenmedien auf das politische System Einfluß zu nehmen?

Es ist eine absehbare Forderung, die Medienmacht zu neutralisieren, daß genau die administrative, bzw. eine andere soziale Macht sich in einen politisch-publizistischen Einfluß nicht umkehren kann. Auf Grund des durch die Soziologie der Massenkommunikation vermittelten Bildes und bestimmten normativen Erwartungen betont Habermas (1992:451- 458) die folgenden Überlegungen:

- in der komplexen modernen Gesellschaft ist auch die Öffentlichkeit ein Netzwerk, sie ist also infolge ihrer vermittelnden Funktion (von unterschiedlicher Richtung und vom unterschiedlichen Charakter) durch unterschiedliche, einander durchschnittene Gliederung charakterisiert; einige Beispiele für die mögliche Gliederung der Öffentlichkeit: auf Grund von Themen, dem Publikum, oder sie in welcher Arena der (nationaler, regionaler, kommunaler) Kultur auftritt;
- diese komplexe Situation setzt diverse Selektionsprozesse in Bewegung, die kontinuierlich die interne Machtstruktur der Medien umgestalten;
- die Forderung der Selbstregulierung kommt zum Vorschein, dem die Herausgestaltung professioneller Standards, Formulierung von ethischen Kodizes dienen;
- und letztens: das Medium ist einer Rechtsregelung unterworfen und diese Normativität ist aus dem Aspekt der Neutralisierung der Medienmacht grundsätzlich.²⁶

Diese Feststellungen zeigen ein vielversprechendes Bild mit Rücksicht darauf, daß die Massenmedien von der politisch-ökonomischen Elite unabhängig werden können und so ihr Einfluß eingeschränkt werden kann, das heißt die Autonomie der Medien verwirklicht werden kann, doch gewährt es noch keine ausreichende Garantie dafür, daß die Medien mit der Zivilgesellschaft auch kooperieren. Unter Kooperation wird bloß verstanden, daß die Vermittlung – durch die Medien die in den zivilgesellschaftlichen Bewegungen entstandene Gewichtung – verfolgt, also nach *eigenen* Relevanzaspekten den zivilgesellschaftlichen Stellenwert verschiedener Bewegungen in der Öffentlichkeit nicht umordnet. Ob das alles verwirklicht wird – ist eine offene Frage.

Also rekapitulierend: daß die bis jetzt abgehandelten Bedingungen sich ineinander fügen und in der die prozedurale Rationalität durchführenden Demokratie ein wirksames legitimes Recht zustande kommt, sollen zwei grundsätzliche Transformationen erfüllt werden: a, die in der Zivilgesellschaft auftretenden Bestrebungen sollen durch das Massenmedium zu einer kommunikativen Macht werden, b, die kommunikative Macht soll sich über legitim gesetztes Rechts zur administrativen Macht umkehren.

Diese Transformationen, obwohl sie eine Nacheinanderfolge voraussetzen, sind trotzdem nicht so zu linearisieren, daß die Verwirklichung der ersten Rahmenbedingung eine, ein für allemal eine endgültige und sichere Grundlage dem den nächsten Schritt gibt. Viel mehr geht es hier darum, daß Habermas mit der prozeduralen Rationalität den gesellschaftlichen Pathologien gegenüber eine funktionsfähige, kontinuierliche Regenerierungssichernde Verfahrensweise in den Mittelpunkt stellt. Ich würde die mit der Institutionierung der prozeduralen Rationalität durchgeführte *kontinuierliche* Regenerierungsmöglichkeit betonen. Dies bedeutet nämlich die Kenntnisnahme dessen, daß auf ein und allemal unnötige Leiden in der Gesellschaft nicht besiegt werden können. Und es weist darauf hin, daß in dieser gesellschaftskritischen Betrachtungsweise die endgültige Lösung suggerierende Utopie-Vorstellung keinen Platz hat. Wie typisch für Habermas seine gesellschaftskritische Einstellung ohne einen radikalen Wendepunkt ist, zeigt seine folgende Wertung, die das auch eindeutig festlegt: "Ich gehe davon aus, daß den Rechtssystemen, die am Ende des 20. Jahrhunderts in den sozialstaatlichen Massendemokratien entstanden sind, ein prozeduralistisches Rechtsverständnis angemessen ist."²⁷ Die Forderung der Verfahrensrationalität kann sich also nicht nur auf Ideen stützen, sondern auch in der Realität den Anker werfen.

Die Aufhebung der subjektphilosophischen Begriffsbildung ist ein gegen der Linearisierung wirkender grundsatztheoretischer Faktor. Die Linearisierung eines Prozesses setzt nämlich voraus, daß es Punkte gibt, die sich nicht wiederholen und so z. B. Subjekte mit inhaltlichen Merkmalen von derer Existenz/Nichtexistenz historische Wendepunkte abhängen. Die Gesellschaftstheorie von Habermas weist auf kein Subjekt von solchem substantiellen Status hin. Die Demokratie setzt eine dezentrierte Gesellschaft voraus, in der kein Teil *bevorzugt* wird. Die Gesellschaftstheorie, wenn überhaupt irgendwelche Substanz sucht, dann findet sie nur auf paradoxer Weise in einer Verfahrensform, die keine konkreten inhaltlichen Weisungen hat. Die demokratische Willensbildung gewinnt ihre legitimierende Kraft nicht aus sittlichen Überzeugungen, sondern aus den kommunikativen Voraussetzungen und Verfahren, die während einer Diskussion die Anführung von besseren Argumenten ermöglichen.²⁸ Das Demokratieprinzip ist also dem Moralprinzip nicht untergeordnet, die beiden Prinzipien stehen als Ergebnis der unterschiedlichen Spezifizierungen des allgemeinen Diskursprinzips vor uns. "Die Diskurstheorie bricht mit einer ethischen Konzeption von staatsbürgerlicher Autonomie."²⁹

Natürlich bedeutet das nicht eine Abwertung der staatsbürgerlichen Autonomie, viel mehr geht es darum, daß wir uns aus der Sicht der Entstehung des legitimen Rechts mit der Glaubwürdigkeit der Überzeugung einzelner Staatsbürger nicht zufrieden stellen können, es muß auch untersucht werden, wie eine Rechtsgemeinschaft und eine Rechtssprache geschaffen werden kann, in deren Rahmen überhaupt "eine Gemeinschaft als eine freiwillige Assoziation freier und gleicher *Rechtsgenossen*" gedeutet werden kann.³⁰ Die in dieser Gemeinschaft entstandenen Entscheidungen sind in erster Linie nicht infolge ihres Inhalts legitim, sondern da sie in einer Verfahrensordnung/system zustande kamen, worin Betroffenheit und "Mündigkeit" der Betroffenen in Betracht gezogen wurde. "Die demokratische Genese und nicht apriorische Rechtsprinzipien, denen das Gesetz zu entsprechen hätte, sichert dem Gesetz Gerechtigkeit."³¹ Diese inhaltliche Unbestimmtheit bedeutet natürlich keine Beliebigkeit und zwar deswegen, da es sich aus der Regelmäßigkeit der rechtlichen Argumentation selbst Beschränkungen ergeben.

In welchem Maße Habermas die Staatsbürgerlichkeit für wichtig hält, geht aus der Charakteristik der drei grundsätzlichen Interpretationen der Demokratie (liberal, republikaner und prozedural) hervor. Die eigene Interpretation, also das prozedurale Herangehen beurteilt er dem Republikanismus näher stehend, in erster Linie, weil er den politischen Diskurs, also den politischen Meinungs- und Willensbildungsprozeß, nicht bloß als Vermittler zwischen dem privaten Interesse und dem Staatsapparat vorstellt, sondern seine konstruktive Kraft auch ernst nahm. Daraus folgt, daß er die Funktion der Wahl nicht auf die Legitimation der politischen Macht reduzierte, er betrachtet die Wahl als ein Verfahren, in dem die Staatsbürger die

politische Macht kontinuierlich konstituieren. Soweit wich er aber von Republikanismus ab, daß er die Frage der rechtsstaatlichen Verfassung wichtig hält und die Verfassung als Institutionalisierung der Kommunikationsformen und Verfahren der demokratischen Meinungs- und Willensbildung betrachtet.

In dem prozeduralistischen Rechtsparadigma wird die private und öffentliche Autonomie der Bürger so gewährleistet, „daß jeder Rechtsakt zugleich als Beitrag zur politisch-autonomen Ausgestaltung der Grundrechte, also als Element eines auf Dauer gestellten verfassungsgebenden Prozesses verstanden werden kann.“³² Diese Feststellung zeigt eindeutig die Reflexivität des Rechts. Im Recht als in einer reflexiven Ordnung kommt die Relation von Recht und Politik zum Ausdruck. Das Recht bestimmt nämlich die Verfahrensregeln, auf Grund derer Politik über Recht verfügen kann, die diskursive Struktur die Einflußbestrebungen der Politik filtert. Gleichzeitig kann ein bestimmtes politisches System, die Demokratie sich die Rahmenbedingungen der Rationalität in Verfahren sichern. Wie es Habermas formulierte: „Kein autonomes Recht ohne verwirklichte Demokratie.“³³

Die gesellschaftskritische Betrachtungsweise lenkt die Aufmerksamkeit auf unnötige Leiden, um sie zu vermeiden, werden Vorschläge unterbreitet. Habermas betont, daß das Prinzip der prozeduralen Rationalität keine Utopie ist. Utopie bedeutet nämlich ein Projekt einer idealen Lebensform, hier, im Gegenteil, geht es um eine diskursive Rahmenbedingung, die, ausgegangen von den Bestrebungen der Zivilgesellschaft, die kontinuierliche Einflußausübung ermöglicht, dadurch kann sich die Gesellschaft kontinuierlich erneuern. Diese neutrale Auffassung der prozeduralen Rationalität angenommen, tauchen einige Fragen auf, welche die *offenen* Fragen der Habermassche Theorie sind.

Inwiefern kann der Begriff gesellschaftliche Pathologie in den zu der Durchführung des Diskursprinzips umgestellten Gesellschaften erklärt werden? Darunter verstehe ich nicht die in einer früheren Studie von Habermas analysierte Kommunikationspathologie, sondern die Möglichkeit, daß dem Diskursprinzip entsprechend, auch als Ergebnis des normalen Kommunikationsprozesses für die Betroffenen negative Folgen auftreten können. Ob dessen Möglichkeit durch das Diskursprinzip begriffsmäßig ausgeschlossen ist?

Diskurs ist eine wesentlich überbelastete Institution. Der immanente Konflikt ihrer Geltungsansprüche hat eine kognitive Seite: es soll die für die Betroffenen eine wünschenswerte Lösung gefunden werden und es gibt auch eine moralische Seite: die aufgetauchten Ansprüche sollten optimal befriedigt werden und die Akzeptanz der Diskursteilnehmer genießen. Beide Aspekte laufen in dem rationalen Verfahren parallel. Um ernst auf eine gemeinsame Verwirklichung des Prinzips der Maximalisierung (kognitiver Aspekt) und des Prinzips der Optimalisierung (moralischer Aspekt) hoffen zu können, setzen wir voraus, daß die Diskursteilnehmer notwendigerweise vernünftig denken und sich vernünftig benehmen.³⁴ Dahinter verbirgt sich ein anthropologischer Optimismus, jedenfalls ein *beschränkter* Optimismus, beschränkt deswegen, da er nicht voraussetzt, daß die Menschen notwendigerweise das allgemein Gute finden, sondern er setzt voraus, daß Kommunikation notwendigerweise als Verständigungsprozeß interpretiert wird und die Teilnehmer sich vor den im rationalen Verfahren formulierten Argumenten beugen. Wenn diese Argumentation akzeptabel ist, dann wurde eine inhaltlich bestimmte Rahmenbedingung des formalen Verfahrens gefunden.

Wenn Habermas die Legitimität der Rechtsnorm als konstitutive Bedingung der Rechtsgeltung definiert, sie aber an einem rationalen Verfahren verknüpft, dann ist einerseits der Anspruch an Rechtsgeltung außerhalb des Rechts begründet, andererseits aber mit der Festlegung des Diskursprinzips schloß er das grundlegende Verfahren auf einem bestimmten Punkt ab. Deswegen können wir behaupten, daß der Geltungsanspruch außerhalb des Rechts geraten sei, da wenn jemand sich als Betroffene einordnet und meint, daß der Diskurs hinsichtlich seiner Person ausblieb, sich darauf bezogen, kann er sich nicht an das Gericht wenden.³⁵ Es taucht die Frage auf: wenn das die Legitimität des Rechtes schaffende rationale Verfahren auf Rechtsweg als Anspruch nicht geltend gemacht werden kann, was kann das Rechtssystem selbst mit diesem Kriterium anfangen? Die Bestrebung, das Gründungsverfahren abzuschließen – um den unendlichen Regreß zu vermeiden – ist wohl verständlich. Es macht einen vielleicht stutzig, aber es kann eine gewisse Parallele zwischen der Funktion des Diskursprinzips von Habermas und der Grundnorm in der Rechtsauffassung von Kelsen festgestellt werden.³⁶ Die Grundlage der Parallele: das auf Moral, Recht, Politik zu spezifizierende Diskursprinzip tritt als eine Normsetzungsverfahren definierende Autorität in der Gesellschaftstheorie von Habermas auf, nachdem keinen Rückweg mehr gibt. Die wesentliche Differenz, daß das Diskursprinzip – im Gegensatz zur Grundnorm von Kelsen, auch nicht außer acht gelassen werden darf, ist nicht analytisch oder hypothetisch, sondern wenn wir Alexys Typologie folgen, können wir die Funktion des Diskursprinzips untersuchend gewisse Charakteristika der normativen und empirischen Grundnorm entdecken.³⁷ Ob diese Dualität auflösbar ist oder aufzulösen sei – hängt davon ab, ob der Schwerpunkt der Theorie von Habermas in Bewegung gesetzt wird, ob sich die deskriptiven oder kritischen Charakteristika

stärker artikulieren. Auf Grund von *Faktizität und Geltung* ist ein ausgeglichenes gleichzeitiges Vorhandensein der beiden zu beobachten.

Letztens kann noch die Frage formuliert werden, inwiefern das die Reziprozität der Kommunikationspartner voraussetzende rationale Verfahren in die Sozialwelt integriert ist? Sollten wir lieber davon ausgehen, daß das Verfahren eine undurchdringliche Mauer für die "externen" soziale Differenzen schafft, oder sollen voraussetzen, daß auch in der "externen" Welt die Diskursteilnehmer frei und chancengleich sind. In dem ersten Fall können wir zur funktionellen Differenzierung und in dem zweiten Fall zu einem utopienahen Standpunkt gelangen. Die Gedanken von Habermas durchschneiden diese Dichotomie. In dieser Hinsicht ist seine Auffassung über die Zivilgesellschaft von grundsätzlicher Bedeutung. Nach Habermas nämlich vermag die lebensweltliche Zivilgesellschaft die aus verschiedenen sozialen Situationen entstandene Ungleichheit der Machtpositionen zu neutralisieren. Insofern sind im Prinzip der Verfahrensrationalität die Spuren der Lebenswelt zu beobachten, d. h. die normativ perzipierte Verfahrensrationalität der Lebenswelt kommt eventuell provisorisch zum Vorschein, ist aber eine empirische Realität. Genau deswegen ist das Recht eine utopisch nicht deutbare Quelle der Legitimität. Die Umstellung auf die prozedurale Rationalität im Recht ist, der Moderne ähnlich, ein unvollendetes Projekt.

Ob die Neutralität der prozeduralen Rationalität bei Habermas auch im weiteren erhalten bleibt und damit die inspirative Spannung der inhaltlichen Normativität zwischen den Rahmenbedingungen und Voraussetzungen vorhanden sind, hängt davon ab, ob er die Möglichkeit der Gesellschaftskritik zwischen Hoffnung und Realität bewahren möchte, oder einer von den beiden die Priorität gewährt.

¹ Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, S. 94-108, Bernhard Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, 1991, S. 227-271

² Peters (Fn.1), S. 228 f. Selbst Luhmann meinte übrigens rückblickend, daß sein Buch *Legitimation durch Verfahren* von der Kritik überbewertet wurde, da es darin nicht um die Theorie der "Prozeduralisierung" des Rechtes, um die Anerkennung vernünftiger Geltungsansprüche ging, nur um eine Rahmenbedingung dafür, "daß sozialer Streit (selbst Streit mit hohen ökonomischen, moralischen oder politischen Implikationen) überhaupt zu einem Ende gebracht werden kann." Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 332 f.

³ Jürgen Habermas, *Nachmetaphysisches Denken*, 1988

⁴ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S.19

⁵ Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, S. 113. Alexy diagnostizierte übrigens bereits mitte der 80-er Jahre die Charakteristika der Diskurstheorie: "Der Vorteil der Diskurstheorie besteht darin, daß ihre Regeln als Regeln rationalen praktischen Argumentierens wesentlich leichter zu begründen sind als materiale moralische Regeln. Dafür ist der Preis zu zahlen, daß die Diskursprozedur als solche mit sehr unterschiedlichen Ergebnissen vereinbar ist." Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S.499.

⁶ Habermas (Fn. 5), S. 115

⁷ Habermas (Fn. 5), S. 75 f.

⁸ Habermas (Fn. 5), S. 71

⁹ Jürgen Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, S. 499 f.

¹⁰ Axel Honneth, Diskursethik und implizites Gerechtigkeitskonzept, in: *Moralität und Sittlichkeit*, hg. von W.Kuhlmann, 1986, S. 183-193

¹¹ aaO., 187

¹² Habermas (Fn. 4), S. 140

¹³ Es ist beachtenswert, daß Habermas zu seiner Diskursprinzip-Definition ("Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen können.") hinzufügte, "dieses Prinzip hat...gewiß einen normativen Gehalt, weil es den Sinn der Unparteilichkeit praktischer Urteile expliziert." Habermas (Fn. 4), S. 138. Er meinte aber, daß diese *inhaltliche* Determiniertheit der Spezifikation des Diskurses hinsichtlich der Moral und des Rechtes vorangeht und so aus der Sicht der Spezifikation noch neutral gehalten werden kann. Es ist aber fraglich, warum die auf der Abstraktionsebene der Handlungsnormen überhaupt formulierte Charakteristika während der Anwendung an Moral und Recht verschwinden würde?

¹⁴ aaO., 47

¹⁵ aaO., 48

¹⁶ aaO., 48

¹⁷ Rekapitulieren wir: Habermas deutete im Gegensatz zu der in methaphysischer Tradition erörterten materialen Rationalität ("die Vernunft ist eine des Ganzen und seiner Teile") im nachmethaphysischen Denken in den Vordergrund geratene Grenze der prozeduralen Rationalität an, so "kann eine *vorgängige* Einheit in der Mannigfaltigkeit der Erscheinungen nicht mehr garantieren." Habermas (Fn. 3) S. 42 f.

¹⁸ Habermas (Fn. 4), S. 285 f.

¹⁹ aaO., 244

²⁰ aaO., 227

²¹ aaO., 381

²² Über die Bestreitung kommunitaristischer und liberaler Einwände der Verfahrensneutralität: aaO., 374-382.

²³ aaO., 536

²⁴ "Seinen vollen normativen Sinn erhält das Recht nicht per se durch seine *Form*, auch nicht durch einen a priori gegebenen moralischen *Inhalt*, sondern durch ein *Verfahren* der Rechtsetzung, das Legitimität erzeugt." aaO., 169). Übrigens diese Auffassung des legitimen Rechts von Habermas unterscheidet sich wesentlich von seinem früheren Herangehen, das zu beweisen zitiere ich nur einen Gedanken aus seinem Buch über die Theorie des kommunikativen Handelns: "Unter Rechtsinstitutionen verstehe ich Rechtsnormen, die durch den positivistischen Hinweis auf Verfahren nicht hinreichend legitimiert werden können. Dafür sind die Grundlagen des Verfassungsrechts, die Prinzipien des Straf- und Verfahrensrechts sowie alle Regelungen moralnaher Straftatsbestände (wie Mord, Abtreibung, Vergewaltigung usw.) typisch. Sobald in der Alltagspraxis die Geltung dieser Normen in Frage gestellt wird, reicht der Hinweis auf ihre Legalität nicht aus. /.../ Sie bedürfen einer materiellen Rechtsfertigung, weil sie zu den legitimen Ordnungen der Lebenswelt selbst gehören und zusammen mit den informellen Handlungsnormen den Hintergrund kommunikativen Handelns bilden." Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. II. 1981, S. 536.

²⁵ Habermas (Fn. 4), S. 451. Aus der fast unübersichtlichen Literatur über die Funktion der Massenmedien und über ihre Rolle in der Wissenskonstitution der Gesellschaft würde ich die Aufmerksamkeit auf zwei Bücher lenken: Niklas Luhmann, *Die Realität der Massenmedien*, 1996, K.Merten – S.J. Schmidt – S.Weischenberg (hg.), *Die Wirklichkeit der Medien*, 1994.

²⁶ Habermas (Fn. 4), S. 451-458

²⁷ aaO., 239

²⁸ Habermas orientiert den Leser darüber genau wie er anhand des Souveränitätsproblem schreibt: "Das »Selbst« der sich selbst organisierenden Rechtsgemeinschaft verschwindet in den subjektlosen Kommunikationsformen, die den Fluß der diskursiven Meinungs- und Willensbildung so regulieren, daß ihre falliblen Ergebnisse die Vermutung der Vernünftigkeit für sich haben." aaO., 365.

²⁹ aaO., 339

³⁰ aaO., 143

³¹ aaO., 232

³² aaO., 494

³³ aaO., 599

³⁴ Inwieweit das die verständigungsorientierten Kommunikationen hinsichtlich der Lebenswelt durchdringt, anhand dessen kann nur auf die Zweifel von Haba hingewiesen werden, seiner Meinung nach kennzeichnet "ideale Sprechsituation" eher akademische Reden. Enrique P. Haba, Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede-) Familie". in: *27 Rechtstheorie /Habermas-Sonderheft*, hg. von W.Krawietz/G.Preyer/, (1996) S. 313.

³⁵ Siehe: Gerhard Preyer, Entscheidung – Rechtsgeltung – Argumentation, in: *27 Rechtstheorie /Habermas-Sonderheft*, hg. von W.Krawietz/G.Preyer/, (1996) S. 374, Luhmann (fn. 2), S. 99.

³⁶ "Die Grundnorm beschränkt sich darauf, eine normsetzende Autorität zu delegieren, das heißt eine Regel aufzustellen, nach der die Normen dieses Systems zu erzeugen sind. /.../ Eine Norm gehört zu einer auf einer solchen Grundnorm beruhenden Ordnung, weil sie auf die durch die Grundnorm bestimmte Weise erzeugt ist – und nicht, weil sie einen bestimmten Inhalt hat." Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 199 f.

³⁷ Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1994, S. 154-197

NAGY ZSOLT:

VÉLEMÉNYEK A JOGI OKTATÁSRÓL

Amikor tanításról beszélünk szinte mindenkinek az iskolaépület, illetve osztályterem jutnak eszébe. A tanítás szó alatt nem is értünk mást csak tanárok előadását a tananyagról az órákon. Az óra minőségét pedig általában azon mérik le, hogy a hallgatók mennyire figyelnek rá, mennyire kell a rend fenntartásával foglalkozni. Ha valakinek egész órán a hallgatókat kell fegyelmezni, könnyen azt a következtetést vonhatja le, hogy a diákok rendetlenek, vagy ő annyira rossz tanár, hogy nem képes a tananyaggal kapcsolatos figyelmet fenntartani, esetleg unalmas az óra anyaga. Ellenkező esetben, ha a diákok maximális figyelemmel körmölik a hallottakat, egyszerű korrelációt vonhatunk le, mely szerint a tananyag érdekes, vagy érdekesen előadott, illetve jó tanári teljesítménnyel van dolgunk, hiszen sikerült a hallgatókat hosszú időn keresztül lekötöni.

Valójában, bárhogy is alakuljon egy tanóra, a tananyag minőségére, a tanár képességeire, az óra hatékonyságára vonatkozó többé-kevésbé objektív ítéletet maguktól a hallgatóktól lehet hallani. Azért mondom, hogy többé-kevésbé, mert ők sem kívülálló szemlélői az eseményeknek, hanem részesei egy órának, véleményeiket szintén torzíthatják korábbi élményeik, előítéleteik, neveltetésük; esetleg még a különböző tárgyak összefüggő rendszerét sem látják át. Ellenben az már önmagában növelheti az objektivitást, hogy sok-sok ember nagyszámú véleményéről van szó, melyek ütköztethetők, egymással ellentétesek, vagy azonosak lehetnek, elég nagy mennyiségű információ esetén kialakíthatók meghatározott problémakörök, illetve az ezekkel kapcsolatos azonos vagy különböző álláspontok. A tanár – akinek a tananyaggal kapcsolatos attitűdjei elfogultak, hisz ezért tanítja az adott tárgyat – egyedül a katedráról szemlélve nyilván nem képes objektív véleményt mondani saját teljesítményéről. Mivel az órával kapcsolatos bármilyen kérdéskör saját teljesítményére, vagy a tananyagra vezethető vissza, ezért tulajdonképpen a tanári vélemények többségét torzított felfogásként kell értelmezni.

A fent vázolt praktikus elveknél fogva érdemesnek találtam magukat a diákokat megkérdezni, vajon hogyan vélekednek a tanításról, az órák színvonaláról, a tananyagról, a hallgatóktól elvárt teljesítményről. Évek óta a saját tanóráimon soha semmilyen különösebb probléma a figyelemmel, fegyelemmel, érdektelenséggel kapcsolatban nem merült fel, ennek ellenére első ilyen irányú kérdéseimre a válaszok megdöbbentőek voltak. A hallgatóknak

kérdéseimre el kellett volna mondaniuk mindent, ami számukra pozitív, illetve negatív élményt jelentett vagy jelent jelenleg is az oktatásban. Megrémülve tapasztaltam, hogy a hallgatók közül egyetlen sem tudott számára pozitív jelenséget megnevezni. A problémakörök természetesen nem voltak minden személynél azonosak, de sok közös vonást sikerült kimutatnom.¹ Egy év múlva megismételtem kérdéseimet, mire ugyanazokat a gondokat vázolták fel, ugyanolyan részletességgel, szintén minden pozitív élményt mellőzve. Ekkor határoztam el, hogy szakmai kérdésként kezelve az ügyet, leíró vizsgálatot folytatok az ügyben, mely reményeim szerint hozzásegít a kérdés jobb megértéséhez, illetve a későbbiekben talán a magyarázatához, esetleg megoldásához is.

A leíró vizsgálatok problémái (Strukturált, vagy strukturálatlan megfigyelés.)

Minden szociológiai vizsgálat kutatási problémából indul ki. Ez lehet bizonyos ismeretek hiánya egy területen, de lehet már meglévő ismeretek oksági összefüggéseinek feltárása is. Az előbbi esetben csupán meghatározott társadalmi folyamatokra, illetve azok működésére vonatkozóan szerzünk információkat (leíró vizsgálatok). Az utóbbi kérdésben már meglévő információk közötti kapcsolatok meghatározása szerepel célként. A kétféle probléma vegytiszta formában ritkán jelentkezik. Sok kutatási kérdés az éppen folyó vizsgálódás során jelentkezik, egy kutatás gyakran átvezet egy másikba, olyan kérdéseket vethet fel, melyeket előzőleg nem vettek figyelembe. Jelen esetben ismeretek hiányáról van szó, mivel ebben a témában empirikus kutatást alig végeztek Magyarországon, így ez viszonylag új területnek számít, ezért már meglévő ismeretek összefüggéseiről nem beszélhetünk. Csupán egy elsődleges tapasztalati információszerzésről lehet szó, melyet, vagy melyeket felhasználva további kutatásokat végezhetünk.

A kutatási problémát minden tudományos kísérletnél célszerű megfogalmazni. Esetünkben az előzetes kérdések alapján vázolt elvont konstrukció a jogi oktatást befolyásoló

¹ A kérdéseimre kapott válaszok nem voltak minden megkérdezett személy esetén teljesen megegyezők, ellenben Alan Watson a Georgia Egyetemen 1999-2000 év szemesztereiben feltett kérdéseinél, ahol "a kritika mindig ugyanaz volt, bár néhány nő bosszankodott a jogi oktatásban tapasztalt diszkrimináció miatt is". Lsd: Alan Watson: Legal Education Reform: Modest Suggestions. In Journal of Legal Education. 1. March 2001. 91.p.

tényezők. A fogalmat pedig a következő dimenziók alapján lehet konkretizálni²: az oktatás légköre³, a hallgatók közérzete az egyetemen⁴, illetve a tanár-hallgató⁵ viszony^{6 7}.

Jelen vizsgálat többé-kevésbé úttörő jellegű, ezért strukturált megfigyelés alkalmazása (például standardizált kérdőívekkel történő információgyűjtés) lehetetlen lett volna. Egyelőre igazából még azt sem lehet tudni, hogy mit mérünk, illetve a fent felsorolt fogalom dimenzióinak mérésére milyen indikátorokat alkalmazhatunk, egyáltalán érdemes lesz-e a vizsgálatot folytatni, vagy az előzetes adatgyűjtés eredményeképpen megállapítható, hogy a jogi oktatást befolyásoló tényezők optimális körülményeket biztosítanak a tudás átadásához.

Mindezen okok miatt a strukturálatlan megfigyelés módszerét alkalmaztam, vagyis a megfigyelőnek egyáltalán nincs előre kidolgozott kategóriarendszere, pontosan nem lehet tudni mit is kell megfigyelni.⁸ Bár az általam felállított fogalom, és annak dimenziói némileg orientálják a vizsgálatot, mégis előfordulhat, hogy a megfigyelés szituációiban változás áll be, ahogy a kutatás előrehalad. Új információk kerülnek előtérbe, ezeknek új értelmet kell adni, és mindezek fényében megváltozik a további információszerzés tartalma.

A fent leírtak alapján kezdtem el a hallgatók megkérdezése alapján az információszerzést. Meglehetősen könnyű dolgom volt a megfigyelés precizitását illetően, ugyanis a kapott információkat szükség szerint jegyezhettem le akár szó szerint is, nem volt szükséges a pontosság növelése érdekében különféle mnemotechnikai eljárásokra (például jelek, rövidítések alkalmazására).⁹ Az "informátorok"¹⁰ türelmesen megvárták míg mindent

² A fogalom képszerű reprezentációjáról részletesebben lásd: Raymond Boudon, Paul F. Lazarsfeld: *Le vocabulaire des sciences sociales*. Mouton et Co. Paris, 1965. 27-36. p.

³ Az oktatás légköre alatt a tanórák hangulatát, az órákon annak résztvevői közötti kapcsolatok minőségét értjük. (Beszámoló definíció.)

⁴ A hallgatók közérzete alatt a diákok oktatási környezetükhöz (mely az egyetem területét jelenti) való viszonyát értjük. (Beszámoló meghatározás.)

⁵ Kizárólag a jogi karra járó tanulmányi jogviszonnal rendelkező, illetve az őket oktató jogi (esetleg más felsőfokú) végzettséggel rendelkező személyekről, és a hallgatói problémákat közvetlenül befolyásoló adminisztratív ügyintézőkről beszélhetünk. Nem tartozik ide az oktatói kisegítő személyzet, és más a karon dolgozó, annak működését ellátó egyéb ügyintéző szerv, vagy személy. Szakszociológiai (jogszociológiai) szempontból csak a szóban forgó szerepviseledésnek van hatása más nem specifikus tényezőre. Rivkina, R. V.: *Szociologicseskije isszedovanyija voproszi metodologii i metodiki*. Novoszibirszk. 1966. 85-107.p.

⁶ A tanár-diák viszony alatt az oktatók és a hallgatók közötti kapcsolat minőségét, a kapcsolat személyes, illetve személytelen, formális, informális, szolgáltató, vagy hatalmi jellegű voltát értjük. (Beszámoló definíció.)

⁷ A hallgató egyetemi közérzete, a tanár-diák viszony és az oktatás légköre egymással korreláló fogalmak (szindromatikus fogalmak). Természetes, hogy egyik fogalom függ a másiktól, egyik fogalom jelzőszámának változása a többi fogalom jelzőszámainak egyirányú változását hozhatja magával. Lsd.: Stefan Nowak: *A szociológiai kutatás módszertana. Általános problémák*. KJK. Bp. 1981. 101.p.

⁸ Claire Seltiz, Marie Jahoda, Morton Deutsch, Stuart W. Cook: *Research Methods in Social Relations*. Revised One-Volume Edition. – Holt, Rinehart and Winston, Inc. New York, 1963. 200-215., 221-233. P.

⁹ Ezeket az eljárásokat részletesebben lsd.: Dean J.P. *Participant observation and interviewing*. In.: *An introduction to social research*. Ed. By J. T. Doby. Stackpole, 1954., illetve Lindgren, E.J.: *Field work in social psychology*. *British Journal Psychology* 26. Part 2. 1935. 174-182. p.

¹⁰ A szociológiai speciális szaknyelv szerint megfigyelt objektum.

felírok, lejegyzetelem a leglényegesebb adatokat, és tovább kérdezek az addig kapott válaszok alapján. Megpróbáltam a saját értelmezéseimet és magyarázataimat kihagyni a jegyzetekből, hogy ezzel is növeljem a munka objektivitását. Természetesen nemcsak véleményeket jegyeztem le, bár ezek is szép számmal előfordultak a kérdéseimre kapott válaszok között, hanem megpróbáltam minél több tény, illetve megtörtén eseményt is papírra vetni.¹¹

A megfigyelés során feltárt kritikák

Az információgyűjtés alatt felfedeztem, hogy bizonyos témákat többen említenek, másokat kevesebben, illetve a kérdéseimre bizonyos problémákat mindegyik hallgató szinte kivétel nélkül fontosabbnak, égetőbbnek tart a többinél. Ezért az összes felmerült kérdéskört az említések száma, illetve sorrendje szerint osztályoztam.

Elsőként mindig azt említették, hogy nagyfokú bizonytalanságban élnek. A bizonytalanság pedig két okból adódik. Az egyik, hogy a folyamatosan változó tételes joganyagot nem tudják követni, hiszen az adott tárgyat még csak akkor próbálják elsajátítani. Nem tudják, hogy amire a vizsgára kerül sor, amit megtanultak, vagy ami az órán elhangzott, még hatályos vagy már esetleg újrászabályozták. A másik oka a bizonytalanságnak, hogy sokszor nincs konkrét tananyag, egymásnak ellentmondó tananyagforrásokból kellene tanulni, illetve az is előfordul, – bár ez is inkább a jogszabályváltozások következménye – hogy későn adják ki a tananyagot, vagy tankönyvet, későn nevezik meg azokat a forrásokat, melyekből a vizsgákra felkészülhetnek.

Általában másodikként említik, hogy sok órát kell látogatniuk a szorgalmi időszakban. Ez átlagosan 34 órát jelent hetente, mely naponta nem egész hét óra, ami kétségkívül több, mint amire normálisan koncentrálni lehet egy nap. (Szükségesnek tartom megjegyezni, hogy a vidéki diákok egy héten körülbelül négy napot járnak órákra, mivel a tanulmányi osztály is alkalmazkodni igyekszik ehhez, ezért ez a 34 óra összesűrűsödik négy napra, ami így már meghaladja a napi nyolc órát.)

Lényeges problémának tekintik a gyakorlati képzés hiányát. A szemináriumokon, melyek feladata az előadáson hangzottak gyakorlati elsajátítása lenne, még mindig túl erősen

¹¹ A strukturálatlan megfigyelés kiterjedt minden évfolyamra a Szegedi Tudományegyetem Jogi Karán, mindösszesen 250 hallgatóra a 2000/2001. és a 2001/2002. tanév során.

passzivitásra vannak kárhóztatva a hallgatók. Úgy gondolják, hogy az otthoni munkával összekötött aktívabb oktatási metódus (például házi dolgozatok, jogesetmegoldások) hatékonyabb lenne számukra, bár ebben a tekintetben folyamatos fejlődés tapasztalható.

Ezzel kapcsolatosan sokan említették - a hallgatók nagy száma miatt - a tanárokkal való kizárólag formális és szórványos kapcsolatok kérdését. Az évfolyamonkénti jelentős, mintegy 200-300 fős hallgatói létszám lehetetlenné teszi a személyes folyamatos kontaktust a tanárral. Ez végső soron az órák légkörét is meghatározza, mivel lehetetlenné válik a különböző tananyaggal kapcsolatos felvetések átfogó megtárgyalása, és így a hallgatói passzivitás egyik okaként is szerepet játszik.

Negyediknek említhető a félelem érzése, mely elsősorban a kezdeti időszakra vonatkozik (első, illetve második évfolyam). Miután elsajátították a jogi oktatás szabályait, ez relatíve csökken, utána inkább az unalom érzése kerül előtérbe, megtanulják, mit várhatnak el az oktatástól, illetve mit várnak el tőlük. Úgy érzik, hogy viszonylag kevés tudást kapnak arról, hogy mi a jogász valódi tevékenysége, hogyan képviseli az ügyfeleket, hogyan kell a kliensekkel kommunikálni. Az egyetemisták első időszakában az őket körülvevő ismeretlen környezethez társuló bizonytalanság, és nagymértékű függőségi viszony alakítja ki bennük a félelmet. Természetesen egy-két éves szocializáció után ez elmúlik, és a fent vázolt érzés lép a helyére.

További nehézségeket vetett fel a vizsgákra való feliratkozás, illetve különböző órák (fakultációk, szabadon választható órák) felvétele. A helyek hiánya, ezzel párhuzamosan a feliratkozási rendszer okozta állandó versenyhelyzet folyamatos frusztrációt okoz a kérdéses időintervallumokban a hallgatók számára.

A következő kérdés a tananyag problematikája. Állításuk szerint a vizsgák "csak a rövid távú memóriáról szólnak"¹², vagyis olyan tananyagot kell elsajátítaniuk, melyre a vizsga után már rövid idő múlva sem emlékeznek. Persze ez szorosan összefügg az oktatási módszerrel, illetve a vizsgarendszerrel is, mivel a tananyagot csak vizsgák előtt kezdik a hallgatók elsajátítani, ezért természetes, hogy ezzel a rendszerrel nem szerezhettek hosszú távú tudást. Mindenesetre a vélemények szerint nem vagy csak kevéssé tanulnak meg úgy gondolkodni, mint egy jogász, inkább csak a puszta szabályok memorizálása a fő feladatuk. Kevés olyan órán vesznek részt, melyek inkább a jogászi gondolkodásra tanítanák őket. Ráadásul úgy gondolják, hogy a megtanultak nagy része a jogi gyakorlatban alkalmazhatatlan, vagy legalábbis a gyakorlat hiánya miatt nem látják az alkalmazhatósági lehetőségeket.

¹² Az idézet az egyik felmérés során az egyik informátortól származik a vizsgákkal kapcsolatos nehézségek kapcsán felmerült kérdésre adott válaszból.

Véleményük szerint több, a tényleges szakmai tevékenységet imitáló gyakorlati foglalkozás jelentős segítség lenne az egyetem utáni munka elsajátításában.

Ez egy előzetes felmérés eredményeit bemutató rövid tanulmány, melyet további rendszerezés, és feldolgozás követ. A kutatás metodikájában felvázolt fogalom dimenzióit figyelembe véve megállapítható, hogy a hallgatók közérzetét elsődlegesen a bizonytalanság határozza meg, mely egyrészt a másik két előre meghatározott dimenziótól: az oktatás légkörétől és a tanár-diák viszonytól (például a hallgatók passzivitása miatti visszajelzések hiánya, az ezzel járó egyoldalú kommunikációs viszony) függ. Másrészt ez a közérzet az oktatáshoz szorosan kapcsolódó adminisztrációs kérdések (tananyag, vizsgafeliratkozás, stb.) bizonytalanságából is ered. Ezek alapján véleményem szerint ki lehet dolgozni egy olyan új kutatási metódust, mely alkalmasabb a pontos adatgyűjtésre a felmerült kérdések esetén, ezen túl a dimenziók pontosítására, illetve a számszerűsíthető indikátorok kidolgozására is lehetőség nyílik. Jelen tanulmány csupán egy kezdeti lépés egy viszonylag hosszú empirikus kutatásban, mellyel remélhetőleg fontos eredmények kimutatása válik lehetségessé.

Irodalomjegyzék:

Alan Watson: Legal Education Reform: Modest Suggestions. In Journal of Legal Education. 1. March 2001.

Bertalan László: Magyarázat, megértés és előrejelzés. Budapest. 1987.

Claire Selltitz, Marie Jahoda, Morton Deutsch, Stuart W. Cook: Research Methods in Social Relations. Revised One-Volume Edition. – Holt, Rinehart and Winston, Inc. New York, 1963.

J.P. Dean: Participant observation and interviewing. In.: An introduction to social research. Ed. By J. T. Doby. Stackpole, 1954., illetve Lindgren, E.J.: Field work in social psychology. British Journal Psychology 26. Part 2. 1935.

Stefan Nowak: A szociológiai kutatás módszertana. Általános problémák. KJK. Bp. 1981.

Raymond Boudon, Paul F. Lazarsfeld: Le vocabulaire des sciences sociales. Mouton et Co. Paris, 1965.

R. V. Rivkina: Szociologicseszkije isszedovanyija voproszi metodologii i metodiki. Novoszibirszk. 1966.

Pekár Tamás:

A LÁTHATATLAN STRUKTÚRA HATÁSAI A KULTURÁLIS MEZŐRE

Pierre Bourdieu gondolatai a médiáról

I.

A közelmúltban elhunyt francia szociológus, Pierre Bourdieu 1996-ban a *Collège de France*-on tartott két előadást a televízióról, melyek azután magában a televízióban is elhangzottak. E két előadás anyagát összegzi, bizonyos kiegészítésekkel a magyar nyelven “Előadások a televízióról” címmel 2001-ben megjelent könyve. E művének elemzése kapcsán érdemesnek tűnik Bourdieu általános társadalomképét, elméletének főbb részleteit összefoglalni.

Gondolkodásának talán legalapvetőbb, legeredetibb eleme a mező-fogalom. Bourdieu mezőnek tekinti a társadalom minden olyan egységét, elemét, melyben a résztvevők speciális, csak arra a mezőre jellemző értékekért, ezek minél nagyobb arányú birtoklásáért folytatnak harcot. A mező egyenlőtlenségekkel telített strukturált társadalmi erőter, melyet az egyenlőtlenségek átalakításáért ill. megőrzéséért folytatott állandó harc jellemez. A mező létrejöttének előfeltétele, hogy egy meghatározott csoport a mező feletti rendelkezést megszerezze, és ezután ez a testület határozza meg a mező további működését. Ha egy erős testület létrejön, amely a mezőn belül szükséges szakértelmet teljes egészében a magáénak vindikálja, és ezzel együtt a laikusokat kizárja ebből a tevékenységből, a mező létrejön. Ezek után, ha valaki be akar lépni, akkor el kell fogadnia az adott mezőre jellemző játékszabályokat (melyeket a mező szereplői határoznak meg), és ha sikeresen magáévá teszi a csak erre a mezőre jellemző értékeket, és ezek az értékek megérik számára az értük folytatott folyamatos harcot, akkor a mező integráns részévé tud válni.

A speciális előnyök eléréséért folytatott harc Bourdieu elméletének másik meghatározó eleme. A “mezőben mindenki mozgósítja (viszonylagos) erejét a konkurenciaharcban, a rendelkezésre álló erőforrások meghatározzák a mezőben elfoglalt helyét, következésképp a stratégiáit”.¹Nála minden mező működésének alapja azon termékek elsajátítása, melynek minél nagyobb arányú birtoklásának céljára a mező létrejött. A mezőn belül a legnagyobb befolyással rendelkezők azok, akiknek pozíciójukból adódóan a legnagyobb esélyük van erre a “felhalmozásra”, de az újonnan belépők is pont ezekért az előnyökért küzdenek, ezek megszerzéséért kapcsolódnak be a játékba, és ezek miatt fogadják el a játékszabályokat. Így az uralmon lévőknek még az újonnan belépők ellenállásával is meg kell küzdeniük. A résztvevők által a speciális előnyökért folytatott harc az tehát, ami a mező működésének legsajátosabb aspektusa.

Bourdieu média-elemzéseire rátérve már előzetesen megállapítható, hogy az újságírás, illetve bármely más médium is ilyen önálló, saját játékszabályokkal bíró mezőként jelenik meg nála. Ezt a mezőt is az előnyökért folytatott harc jellemzi, és az újonnan belépőknek itt is meg kell fizetniük a belépés jogát, amely a játék céljainak elismerését és a játék szabályai szerint való cselekvést jelenti.

Kritikai hangvételű könyve, az “Előadások a televízióról” nem is ezek ellen a játékszabályok ellen, vagy a média léte ellen irányul. Nem az újságírók ellen akar támadást intézni, nem a televízió által nyújtott lehetőségek, a széles tömegtájékoztatás létjogosultságát kérdőjelezi meg. Meglátása szerint azok a rejtett és könnyen észrevehető mechanizmusok, amelyek a modern televíziózást jellemzik, a kultúra egyéb szféráit is fenyegetik. A piaci logika, amely a mai médiát eluralta, mintegy továbbgyűrűzik a kultúra többi részébe is, fenyegetve ezzel a művészetet, az irodalmat, a tudományt, a filozófiát, vagy a jogot. Közvetve pedig a politikai életre és a demokráciára nézve is komoly veszélyt jelenthet ez. Erre példaként azt hozza fel Bourdieu, ahogy a média az idegengyűlölő, vagy nacionalista kijelentéseket kezeli. A nézőszám növelése érdekében az ilyen megnyilvánulásoknak jelentőségükhöz mérten jóval nagyobb teret biztosít, ezzel a társadalom jóval nagyobb részéhez jutnak el ezek a gondolatok. A szerző célja művével az, hogy felhívja azok figyelmét, “akik e szakmában dolgozva azért küzdenek, hogy az, ami a közvetlen demokrácia csodálatos eszköze lehetett volna, ne alakulhasson át a szimbolikus elnyomás eszközévé.”²

¹ Pierre Bourdieu: Előadások a televízióról. Osiris Kiadó. Budapest, 2001. 45. p.

² Pierre Bourdieu: i. m. 12. p.

Első előadásában, mely “ A stúdió és kulisszái” címet viseli, a szerző a láthatatlan cenzúráról és azokról az egyéb rejtett mechanizmusokról ír, amelyek meggátolják az újságírókat és a televíziós riportereket abban, hogy a valóban fontos eseményeket a valóban hozzáértő személyekkel tudják megvitatni a televízió képernyőjén. Véleménye szerint, pl. a vitaműsorokba meghívott közéleti szereplők egy része pusztán azért fogadja el a meghívást, hogy a televízió képernyőjén jelen legyen, akár úgy is, hogy semmi érdekeset nem fog tudni mondani.

Alapfeltevése, hogy a televíziózás modern formáját kemény cenzúra jellemzi. Ez nem pusztán politikai vagy gazdasági cenzúrát jelent, - bár ennek is van jelentősége-, hanem olyan beépített mechanizmusokat, amelyeknek a célja a szimbolikus rend fenntartása. Ennek nagyszerű példája az ún. *omnibus*- híreknek a hírműsorok élére kerülése. Ezek olyan információkat jelentenek, amelyek természetüknél fogva mindenkit érdekelnek, nincs elgondolkodtató hatásuk, nem osztják meg a nézőket. Régebben, az újságírás klasszikus időszakában ezek a hírek (erőszak, bűnügyek, tragédiák), vagy nem is szerepeltek a tudósításokban, vagy legalábbis nem kiemelt helyen. Manapság viszont, amikor a médiát is a verseny logikája uralta el, ezek, nézettség-növelő hatásuk miatt, a hírműsorok élére kerültek. Magyarországon is megfigyelhető ez a jelenség: az utóbbi tíz-tizenöt évben tanúi lehettünk az ún. bulvárlapok elszaporodásának. Ezek az újságok közéleti vagy politikai eseményekkel alig foglalkoznak, központi témáik a botrány, a bűnözés, a tragédia. Politikai eseményeknek is, ha egyáltalán felmerül ilyen téma, csak a különleges, a megbotránkoztató aspektusát veszik figyelembe.

Bourdieu szerint az igazi probléma ezzel a jelenséggel az, hogy így azokat az információkat, amelyek igazán fontosak lennének, el lehet hallgatni a nézők- olvasók elől, az ilyen hírekhez egyszerűen nem fognak hozzájutni. Ez az a pont, ahol a demokráciát látja veszélyben forogni. Ugyanis azokat az információkat sem fogják így megkapni, amelyek nélkülözhetetlenek lennének demokratikus jogaik gyakorlásához. Kicsit talán túl sötét ez a nézőpont, legfeljebb azokra a műsorokra lehet ez igaz, amelyek csak a szenzáció minél gyorsabb közlésére szakosodtak. Bourdieu azonban minden televíziós műsor jellemzőjének látja a *scoop*, a szenzáció hajszolását. Mint előadásában kifejti, az újságírókat, képzettségüknek és hajlamaiknak, beállítódásuknak megfelelően csak a rendkívüli, a szokatlan, a meglepő érdekli, valamint az, hogy az ilyen híreket mindenkinél előbb tudják leközölni. Túldimenzionálják az események tragikus oldalát, egymást megelőzve próbálnak minél több érdeklődésre számot

tartó eseményt tálalni. Mivel mindenki ugyanezt teszi, így “az egyediség, az exkluzivitás keresése, amely más mezőkben eredetiséget szül, itt uniformizálódáshoz vezet, közhellyé silányít.”³

E mellett a rendkívüli keresése bizonyos esetekben politikai hatásokkal is járhat. Ennek az az oka, hogy amit az újságírók eseményként jelenítenek meg, sokak számára az a valóság, elhiszik, hogy az pontosan úgy történt. Ez pedig sokszor erős indulatokat ébreszt, akár egyes társadalmi csoportok vagy politikai nézetek ellen. A másik lehetőség az, amikor a médiában való megjelenés hozza létre vagy alakítja a valóságot. Előfordulhat, hogy az újságírók, érdeklődésüknek megfelelően olyan témákkal foglalkoznak, azoknak olyan aspektusait emelik ki, amelyek következtében a résztvevők által eredetileg nem is szándékolt következmények léphetnek fel. A szerző szerint ezen esetekben válhat ki a média közvetlen politikai hatásokat, illetve így válhat a média a valóság formálójává.

Érdekes, hogy Bourdieu amellet, hogy az újságírást is egy külön mezőnek tekinti, a mezők egyik sajátosságát, az előnyökért folytatott állandó harcot nem tartja kívánatosnak. Bár ezt magyarázhatjuk mező-elméletének más tényezőivel is. “Az újonnan belépők ugyan a szubverzió (felforgatás) stratégiáihoz vonzódnak, de a kizárás terhe mellett ezeket csak meghatározott keretek mellett követhetik,”⁴ míg azok, akik monopolizálják a specifikus tőkét, inkább igyekeznek ezt a helyzetet megőrizni. Mindezt az újságírási mezőre konkretizálva: valószínű, hogy azt a mechanizmust nem tartja helyesnek, mely szerint az újonnan belépők próbálnak újítani, egyedi megoldásokat bevinni, de ezt a műsorszerkesztők megakadályozzák, mivel ők is csak a nézettségi statisztikákat figyelik. Ezzel pedig eljutunk Bourdieu média-kritikájának sarkalatos pontjához.

A legnagyobb hibának ugyanis azt tartja, hogy a kompetitív piaci logika olyan területekre is beférkőzik, ahol jelenléte csak káros hatással járhat. Ilyen a média, ezen túlmenően pedig az egész kulturális szféra. Ha a művészetben is az az első számú értékmérő, hogy mennyire lesz a “termék” sikeres a piacon, ha a műsorszerkesztők is csak a nézettségi statisztikákat figyelik, ez könnyen az eredetiség, az újdonság elvesztéséhez vezethet. Bourdieu szemléletes példája szerint: az igazán értékes művészeti alkotások mindig a korszellem ellenében születtek. Ha a

³ Pierre Bourdieu: i. m. 22. p.

⁴ Pierre Bourdieu: Questions de sociologie. Les Éditions de Minuit. Paris. Idézi: Pokol Béla: Szociológiaelmélet. Felsőoktatási Koordinációs Iroda. Budapest, 1997. 460. p.

piaci szemlélet az általa avantgárdnak nevezett kiadókban is egyeduralkodóvá válik, ez olyan művek megszületését veszélyezteti, amelyeknek most ugyan lehet, hogy nincs nagy közönsége, de amelyek idővel kitermelnék a saját közönségüket.

“Az információ körkörös áramlása” című fejezetben a szerző azokat a körülményeket vizsgálja, amelyek végső soron az újságokat és magát az újságírási mezőt is homogénné teszik. Igaz, hogy különböző újságok léteznek, amelyek között akár politikai nézet szerint is differenciálhatunk, de a verseny logikája következtében a különbségek ezen újságok közt elvesznek. Bourdieu meglátása szerint az újságírók világa is küzdelmekkel, harcokkal teli mező. A legfontosabb az újdonság keresése, és másokat megelőzve történő tálalása, de a verseny, “amennyiben azonos korlátok szorításában mozgó újságírók és újságok között zajlik, akiknek, illetve amelyeknek azonos közvélemény-kutatások és azonos hirdetőik jutnak osztályrészül, akkor a verseny homogenizál”.⁵ A szerző példaként a hetilapok címlapját és a tv- híradók témáit hozza fel: nagyjából minden sajtóorgánumnál ugyanazok a hírek szerepelnek. Ez a példa a magyar viszonyokra is többé- kevésbé igaz lehet, minden újság és televíziós csatorna hasonló hírekkel operál, legfeljebb más- más hangsúlyt ad az egyes eseményeknek. Ez azonban a homogenitás ellen szóló körülmény is lehet: előfordulhat, hogy a különböző médiumok közt pont az jelenti a különbséget, hogy a közéleti- politikai híreknek, vagy a már említett *omnibus*- híreknek tulajdonít-e nagyobb jelentőséget.

Létezik a média életében egy másik tényező is, ami Bourdieu szerint a homogenitás felé hat: ez pedig az újságírók csoportjának zártsága. Ők hasonló társadalmi helyzetűek, származásúak, hasonló végzettséggel rendelkeznek, és leginkább egymást olvassák. A szociológus szerint ugyanis “senki nem olvassa annyit az újságokat, mint maguk az újságírók, akik egyébként hajlamosak azt hinni, hogy mindenki minden újságot (el)olvass”.⁶ Ebben a megállapításban nagy igazság rejlik. Az emberek nagy része ugyanis vagy egyáltalán nem olvas újságot, vagy legfeljebb azt az egyet olvassa, ami az ő beállítódásainak leginkább megfelel. Egyedül az újságírók azok, akiknek minden újságot ismerniük kell, ugyanis elemi érdekük mindenről tudni, amiről a konkurencia ír, a piaci logika következtében mintegy kötelességük mindazzal foglalkozni, amivel bármely más médium foglalkozik. Bourdieu borúlátó meglátásában ennek a folyamatnak a teljes lezárttság a vége: az azonos forrásból származó információkkal minden

⁵ Pierre Bourdieu: i. m. 24. p.

⁶ Pierre Bourdieu: i. m. 25. p.

média “köteles” foglalkozni, mert ha esetleg valami –számukra legalábbis- fontosról esetleg lemaradnak, akkor a verseny könyörtelen logikája következtében csökkennek a nézettségi-olvasottsági adatok, ez pedig akár a pusztta létüket, fennmaradásukat is veszélyeztetheti. Ezt a lezártágot pedig olyan cenzúrának tekinthetjük, amely hatékonyabban működik akár a politikai, akár a gazdasági cenzúránál. Ez a “láthatatlan cenzúra” pedig, éppen láthatatlansága folytán, nehezebben akadályozható meg, mint a hagyományos cenzúra bármely formája. Ez Pierre Bourdieu lesújtó véleménye a modern újságírás szabadságáról, autonómiájáról.

Az előadás következő kritikája az idő szorításában élő televíziót és a *fast thinker*-eket éri. Bourdieu azokat a gondolkodókat nevezi így, akik képesek megfelelni annak a megfeszített tempónak, amelyet a mai műsorkészítés megkövetel. Minden hírre, minden témára másodpercre pontosan meghatározott időkeret jut, ráadásul minden hírt elsőként kell közölni, nem szabad egy percet sem késlekedni. A szerző itt Platónra utal vissza, és az ő nyomán állapítja meg: “az idő szorításában nem lehet gondolkozni.”⁷ A kérdés pedig az, hogy a gondolkodók, akiket meghívnak a televízióba szerepelni, valóban képesek lesznek-e ott gondolkodni, képesek lesznek-e eredeti, netán meghökkentő gondolatok közlésére? A szerző válasza erre a kérdésre természetesen: nem. Véleménye szerint azért képesek ezek a gondolkodók egyáltalán beszélni a képernyőn, mert közhelyekben gondolkodnak. Itt a közhely és a gondolat párhuzamát vonja meg, szembeállítva a kommunikációnak ezt a két eredményét. A közhelyhez eszerint nincs szükség befogadásra, nem kell a másik partner beszédét dekódolnunk, mivel a közhely nem tartalmaz semmi újat, annak tartalma mintegy bennünk él. Ezzel pedig a kommunikáció lényegevész el, értelmét veszti maga a kommunikáció is. A gondolat ellenben szükségszerűen tartalmaz új dolgokat, a befogadónak el kell gondolkodnia, nem képes a hallott dolgokat azonnal megérteni, és ez adja a gondolatok lényegét, hogy a megértés után esetleg a befogadóban újabb gondolatok ébredjenek.

Bourdieu rövid kommunikáció-elemzése kapcsán érdemesnek tűnik egy rövid elméleti kitérőt tenni. A szintén nemrég elhunyt német filozófus, Hans-Georg Gadamer gondolatai juthatnak erről eszünkbe. Ő a hermeneutika, a műmegértés kapcsán írt le olyan gondolatokat, melyeket tágabb értelemben a kommunikációra is alkalmazhatunk. E szerint a megértésben, a kapott információ feldolgozásában a befogadó ugyanakkora szerepet játszik, mint a közlő; az igazi megértésben a befogadó gondolatai is mintegy benne élnek. Ha egy művet, egy gondolatot nem

⁷ Pierre Bourdieu: i. m. 31. p.

sikerül azonnal megértenünk, talán ekkor éri el a közlő az igazi célját, a megértés ugyanis nem egy villámgyors folyamat. Ideális esetben a befogadó kénytelen elgondolkodni, eltérő oldalokról megközelítve a témát, és mire teljessé válik a megértés, mire a gondolat igazi értelme feltárul a befogadó előtt, talán ő maga is új gondolatokkal, kérdésekkel gazdagodott. A legjobb, ha kérdései merülnek fel, mert a kérdés még fontosabb, mint a válasz, a kérdések viszik előre a gondolkodást.

Hasonló megközelítést találunk Bourdieu-nél is: a közhely- információ esetén a befogadó azonnal képes megérteni, miről van szó. Nem kell elgondolkodnia, mert ez a közhely a saját gondolataiban már benne él. Nem telik időbe a megértés, nem merülnek fel kérdései, így a közhely tulajdonképpen nem gazdagította semmivel a befogadót. Az igazi gondolat megértése viszont időbe telik, nem lehet egy televízió-műsoron belül elgondolkodtató kérdéseket fölvetni: egyszerűen nincs idő a megválaszolásukra, és újabb kérdések megszületésére. Ezért van az, hogy a televízióba csak közhelyszerű információkat közlő gondolkodókat hívnak meg.

Az, hogy az idő szorításában működő televízióba ilyen *fast thinker*-eket hívnak meg, hozzájárul ahhoz, hogy a nézők megint lemaradjanak az eredeti gondolatokról, a lényeges információkat ne kapják meg, és ezek helyett mindössze értéktelen szellemi termékekhez, (kulturális *fast food*), jussanak hozzá. Ezzel együtt a valódi gondolkodók kimaradnak az ilyen műsorokból, őket nem hívják meg, mert nem lennének képesek megfelelő rövid időn belül elmondani eredeti, új gondolataikat. A kérlelhetetlen versenylogika itt tud beférközni a médián keresztül akár a tudomány területére is- vezethető le a következtetés.

A stúdió és kulisszái c. előadás utolsó fejezete, az "Ellentétek és feszültségek", azt a folyamatot igyekszik felvázolni, ahogy a televízió ennyire óriási szerepet képessé vált betölteni. Mint a szerző írja, a televízió történetének kezdeti szakaszán arra volt hivatott, hogy létrehozza a tömegtársadalmat, eltüntesse a nézők közti, kulturális tőkében megragadható különbségeket. Azonban arra senki nem gondolt, hogy a televízió képes lesz átalakítani a készítőit és a kulturális, tudományos, művészeti szférát is. A szerző itt az avantgárd művészek, a függetlenségre törekvők csoportja, és a magukat ezeknek a törvényszerűségeknek alávetők, tehát a modern kulturális mezőbe sikeresen belépők, a belépés árát sikeresen megfizetőik csoportja közti különbségre hívja fel a figyelmet.

Mindezek fényében Bourdieu egy nagyon kevésbé autonóm kommunikációs eszközt lát a televízióban, ”melyet súlyos béklyóba kötnek az újságírók közötti társadalmi kapcsolatok, a kemény, az abszurditásig menően kegyetlen *konkurenciaharc*, amely egyúttal *cinkosság* is, hiszen objektíve- a szimbolikus termelés mezőjében elfoglalt pozíciójukból fakadó közös érdekeik, kognitív struktúráik azonossága, társadalmi származásuktól függő észlelési és érték kategóriáik, képzettségük (vagy képzetlenségük) okából- egy húron pendülnek. Következésképpen ez a látszólag féktelen kommunikációs eszköz, a televízió nagyon is féken van tartva”.⁸ Ezzel indult el tehát Bourdieu szerint a televízió a szimbolikus elnyomás eszközeivé válás nem kívánatos útján, és ezzel az idézettel foglalható leginkább össze a médiáról alkotott, kissé pesszimista, de sokszor nagyon találóan megfogalmazott véleménye.

II.

A második előadásban, mely “A láthatatlan struktúra és hatásai” címet viseli, Bourdieu kitér a nézőpontjára, és az újságírási mező egészét emeli vizsgálódásának középpontjába. Megállapítja, hogy ezt a mezőt is harc jellemzi, ez pedig az újságok és televíziós csatornák közti gazdasági verseny a minél nagyobb nézettségért, amely újságírók közti konkurenciaharc formájában jelentkezik. A mezőn belüli játék specifikus tétje a szenzáció, és az ettől függő szakmai hírnév, a résztvevők lehetőségeit pedig az adott sajtóorgánum pozíciója határozza meg. Az újságíró cselekvési lehetőségeit úgy tudjuk jobban megérteni, ha megvizsgáljuk, hogy milyen az ő sajtóorgánumának pozíciója a mező egészén belül, másrészt, hogy az adott újságírónak milyen a pozíciója az orgánumon belül. Sőt ezt egészen odáig is kitérítjük, hogy megnézzük, milyen az ország média-mezőjének pozíciója a globális újságírási mezőben. Ezek az ismérvek ugyanis döntően meghatározzák, hogy az újság milyen témákkal foglalkozhat, és hogy az újságíró azt mi módon tállalhatja.

Megjelenésekor a televízió nem volt meghatározó a média-mezőn belül. Mindenki úgy vélte, hogy túl sok mindennel áll függőségi viszonyban, az állammal, a politikai hatalommal, ezért nem is tulajdonítottak túl nagy jelentőséget neki. Mára ezek a viszonyok gyökeresen megváltoztak: a televízió, mind gazdasági, mind szimbolikus értelemben, kezd dominánsná válni a média-mezőn belül, ez pedig teljesen újszerű hatásokkal jár. Annak következtében, hogy

⁸ Pierre Bourdieu: i. m. 40. p.

egy este több ember ül le a képernyő elé, mint amennyi az összes napilap olvasóinak száma együttvéve, a televízió központi, majdhogynem kizárólagos szerepet tud betölteni a kultúraformálásban, a tájékoztatásban és a társadalmi élet megannyi területén. Korábban is szó esett már arról, milyen következményei lehetnek, ha a képernyőn csak *omnibus*- híreket láthat a néző. Ez is a piaci logika jelenlétét jelzi: minél nagyobb közönséghez kíván szólni egy sajtóorgánium, annál inkább olyan híreket fog közölni, amelyek nem osztják meg az embereket, amelyek nem vetnek fel kérdéseket, nem botránkoztatnak meg. Ezzel pedig a korábban már vázolt módon el lehet érni azt, hogy a közönség a valódi, értékes információkhoz korlátozottan vagy egyáltalán nem jut hozzá.

Az újságírók kezében óriási hatalom koncentrálódik: az információ előállítás és terjesztése az ő uralmuk alatt áll. Csak rajtuk keresztül juthat el az információ jelentős része a széles közönséghez, a nyilvánosság elé való kijutás is tőlük függ. Annak ellenére, hogy általában nem az újságírókat tartják a legértékesebb kultúratermelőknek, mégis ők azok, akik jelentős hatalommal bírnak a kulturális mezőn belül: a nyilvános megszólalás és jelenlét eszközeiként tőlük függ az, hogy ki kerül az újságok lapjaira és a televízió képernyőjére. E nélkül pedig elismerést vagy ismertséget szerezni sokszor lehetetlen. Mivel a nagyközönséghez szólhatnak, arra rá is erőltethetik saját nézeteiket és világképüket; ez lehet az oka annak is, hogy politikusok a saját vagy a pártjuk sikertelenségéért is sokszor az újságírókat okolják, azt állítván, hogy a média indított összehangolt támadást ellenük. Emellett minden eseménynek és cselekvésnek át kell mennie az újságírás szűrőjén, és csak az kerülhet a képernyőre vagy a lapokba, amely az újságírók szerint kellő érdeklődésre tarthat számot, tehát nézettség-, vagy példányszám-növekedéssel járhat. Bourdieu szerint “ez a szűrő elképesztő cenzúra, amelyet az újságírók anélkül gyakorolnak, hogy ennek tudatában volnának...”⁹

Az újságírók hatalmát más, finomabb formában is jelentkezni látja. Az autonóm társadalmi mezőkbe ugyanis olyan szereplőket is bejuttathatnak, akik az adott mezőbe nem illenek bele. Tudóssá, szakemberré tehet olyan személyeket, akik társaiktól nem kapnák meg ezt a titulust, mivel a belépés díját még nem fizették meg. Ezt a jelenséget még a “legtisztább” tudományterületeken is fennállónak látja, olyanokon is, mint a matematika vagy a többi természettudomány. Ahhoz azonban, hogy a média ilyen erős hatalma a tudományokban is érvényesüljön, szükség van belső “cinkosokra”, akik minden mezőben léteznek is. Az ő

⁹ Pierre Bourdieu: i. m. 52. p.

számukra a médiaszereplés rendkívül fontos, szinte bármit megtennének a jelenlétéért. Őket nevezi Bourdieu kollaboránsoknak, akiknek a segítségével a média nem tudná érvényesíteni a hatalmát a tudományok területén is.

A Bourdieu által Zsdanov- törvénynek nevezett összefüggés szerint minél elismertebb valaki saját mezőjében, minél inkább a saját társai a fogyasztói az általa megtermelt kulturális javaknak, tehát minél nagyobb a mezőspecifikus tőkéje, annál inkább hajlamos ellenállni a média csábításának. Viszont aki heteronóm alkotó a mezőben, aki a közönség számára termel az anyagi siker érdekében, az hajlamosabb lesz együttműködni a külső hatalommal. Ezek a kevés mezőspecifikus tőkével rendelkező, általában kevésbé elismert személyek az okai annak, hogy a média a tudományon belül ekkora hatalmat tudott szerezni. Ennek kivédésére javasolja a szerző a következőket: egyrészt emelni kell, vagy legalábbis meg kell védeni a kulturális mezőbe való belépési díjat, hogy a kevés speciális tőkével rendelkezők a televízió keresztül ne juthassanak be a mezőbe. Másrészt rögzíteni kell a "kilépés kötelezettségét", ezzel is védve a kulturális mező autonómiáját. Érdekes egy idézettel megvilágítani Bourdieu nézőpontját: "A nézettségi adatok irányította tévé a szabadnak és felvilágosultnak feltételezett fogyasztóra a piac kényszerével gyakorol nyomást, amelynek semmi köze a felvilágosult racionális közvélemény kollektív kifejeződéséhez, a közakarathoz, mint ahogy azt cinikus demagógok el akarják hitetni. A kritikus gondolkodó és az elnyomottak érdekeit képviselni hivatott szervezetek távolról sem gondolják át világosan ezt a problémát. Ami nem kis mértékben járul hozzá az általam leírt működési mechanizmusok továbberosódéséhez".¹⁰

"A televízió büvköre" című fejezetben írja le Bourdieu a láthatatlan struktúra mibenlétét. Alaptételét, miszerint a gazdasági mezőre jellemző piaci logika uralja el a média világot is, továbbgondolja, és más irányú hatásokat is felfedezni vél. A gazdasági mező tehát beférkőzik a televíziózásba a nézettségi statisztika fontosságának túlhangsúlyozásával. Ez a fajta versenyszellem, a mindenki mást megelőzés kötelezettsége, hat az újságírási mezőre is, a szenzáció hajszolása válik a legfontosabbá. Ez a hatás aztán továbbgyűrűzik a teljes kulturális mezőbe: lassan már a művészetben is az számít csak értékesnek, ami jól eladható. Ezt a láthatatlan struktúrát tartja a szerző rendkívül veszélyesnek, mert így az eredetiség, az újdonság, a meghökkentő dolgok varázsa vesz el. Homogenizál is ez a jelenség, egyfajta ízlés, egyfajta

¹⁰ Pierre Bourdieu: i. m. 72. p.

értékrend válik uralkodóvá, amely mellett az avantgárd alkotások életképtelenek. A mezőben tevékenykedők ráadásul mindebből semmit sem vesznek észre, mivel ők már egy ilyen logikájú mezőbe kerültek bele, az ő gondolkodásukat is ez a logika jellemzi, ezért tenni sem tudnak ellene semmit. Bourdieu mintegy figyelemfelhívásnak szánta könyvét, abban reménykedett, hogy az újságírók, miután ráébrednek saját munkájuk hatásaira, talán szövetséget kötnek, és így meg lehet akadályozni a folyamatot. Kissé utópisztikus gondolat, nehéz elképzelni, hogy néhány újságíró fellázad a fennálló viszonyok ellen, és egy újfajta gondolkodásmódot terjeszt el. A piaci logika és a versenyszellem ehhez túl erős, legfeljebb visszaszorítani lehet a nem kívánatos területeken. Ehhez nyújthat mégis támpontot Pierre Bourdieu munkája.

III.

Az elemzett két előadás mellett Pierre Bourdieu könyvében helyet kapott további három írás is, melyek közül az egyik szorosan kapcsolódik az előadások témájához. “Az újságírás hatalma” címet viselő műre azért érdemes itt kitérni, mert ebben a szerző mintegy összegzi az újságírási mezővel kapcsolatos kutatásainak eredményét és az e mezőről alkotott véleményét. Itt is találkozhatunk a már jól ismert tézissel, miszerint az újságírási mező, a rá immár jellemző gazdasági logikával együtt, a saját struktúráját erőlteti rá a többi kultúratermelő mezőre is, ezzel pedig az autonóm mezők függetlenségét veszélyezteti. Ami pedig az egyes újságírók autonómiáját illeti, elmondható, hogy az egyidejűleg több körülménytől is függ. Legtágabban nézve függ egyrészt az adott országra jellemző sajtókoncentráció fokától; függ az adott újságnak az ország összes lapja közt elfoglalt sajátos helyétől, illetve függ az újságírónak az újságján belül elfoglalt helyétől. Végül az egész “rendszer” függ az információ megszerzhetőségének (és minél hamarabbi megszerzhetőségének) szabadságától, azaz hogy a központi hatalom mennyire tud beleszólni a hírek nyilvánosságra hozatalába és azok fontosságának meghatározásába.

Ezt követően Bourdieu az újságírási mező és az azon belül látható struktúrák részletesebb elemzésére tér rá. A XIX. századra teszi annak idejét, amikor az újságíráson belül két eltérő felfogás kezdett munkálkodni: egyik a szenzációra vadászó, érzelmekre ható írásmód, másik az ún. objektivitásra törekvő, elemző jellegű, “komoly” újságírás. Ebben az ily módon megosztott mezőben aztán két eltérő logika jelent meg. A tisztán kulturális logika, mely az újságíró társak elismerésével, és a belső értékek elismerésével jár együtt, inkább az objektív újságokra

jellemző, míg a nagyközönség általi elismerés és az ehhez kapcsolódó anyagi haszon a szenzációra koncentrázó orgánusok sajátja. Ez pedig már a piaci logika területe, ez az a pont, ahol a gazdasági mező befurakodott a kulturális mezőbe. A mai viszonyok közt, amikor a piaci logika teljes egészében eluralta az újságírást, az figyelhető meg, hogy egy újságíró annál inkább hajlamos a nézettségi adatok mindenhatóságának alávetni magát, minél magasabb pozíciót foglal el egy piactól minél erősebben függő újságnál. És itt visszautalhatunk a korábban már elemzett tételre: a fiatalok, az újonnan bekerülők inkább hajlamosak ellenállni, nem behódolni az ilyen szabályszerűségeknek, még ha később nekik is alkalmazkodniuk kell a kialakult mechanizmusokhoz. Bourdieu még egy "paradox mezőhatást" emel ki. A piaci logika arra serkenti az újságírókat, hogy minél nagyobb szenzációt minél hamarabb találjanak. Emiatt folyamatosan figyelniük kell egymást, tehát minden újságírónak minden újságot el kell olvasnia (és csak ők teszik ezt). Annak következtében, hogy mindenről elsőként akarnak tudósítani, átveszik egymás bevált eszközeit, és igyekeznek elkerülni egymás hibáit. Így végül mindannyian ugyanazt teszik, ugyanazokkal az eszközökkel. A verseny, ami máshol újításokhoz vezet, az újságírási mezőben a kínálat homogenitásával jár- vonható le a következtetés.

Az újságírási mező mellett, hogy a gazdasági mező uralma alá került, más mezőkre is káros hatással lehet. Azokon a helyeken tud befolyást gyakorolni a többi mezőre, ahol azon belül a legerősebb a piaci logika hatása, azok lesznek hajlandóak elfogadni az újságírási mező logikáját, akiknek ez személyes érdekükben áll. Ez az, ami káros hatásokkal járhat, így ugyanis azok kerülhetnek előtérbe, azok válhatnak a szakma közismert képviselőivé, akik ezt az elismerést a saját szakmájuktól nem kapnák meg. Túl kicsi a mező-specifikus tőkéjük, nem fizették meg a szükséges belépti díjat, ezért a specifikus előnyökből sem tudnak részesülni. Ezt pótolhatja az újságok biztosított elismertség, ami viszont a mező autonómiáját sodorja veszélybe. Ennek kivédésére Bourdieu két utat lát: pontosan ki kell jelölni a mező határait, amit az újságírási befurakodása feloldott; valamint a tudomány által elért vívmányokat, eredményeket széles körben meg kell ismertetni a társadalommal. Itt ismét visszautalhatunk korábbi elemzésekre. Bourdieu valamiféle összefogást, egységes újságírói cselekvési programot tart szükségesnek, aminek létrejöttével az anomáliák orvosolhatóak lennének.

Végezetül a szerző a jogászai mezőt is kritika tárgyává teszi. Kétségbe vonja, hogy a jogászok ún. transzcendens normáknak alávetetten hozzák meg döntéseiket, szerinte ezekre a döntésekre is ugyanúgy hatnak a politikai és a gazdasági kényszerek. Az igazságszolgáltatás autonómiája

is pusztán elméleti feltevés nála, a gazdasági kényszerek és az újságírói népszerűség itt is ugyanúgy hatnak, mint más társadalmi mezőkben. A magyar viszonyokat tekintve ez a megállapítás nem biztos, hogy igaz, már csak abból kiindulva, hogy az újságok nem nagyon foglalkoznak tárgyalótermi tudósításokkal, pedig ennek a műfajnak nagy hagyományai vannak hazánkban is. Jelenleg azonban az ilyen közvetítések hiánya miatt sem álmodhatnak a jogi szakma képviselői a Bourdieu által jellemzőnek vélt újságírói népszerűségről.

IV.

Egy vele készült interjúban (Ezredvégi beszélgetés...) Bourdieu a média-elemzések kapcsán támadja a modern demokráciák azon formáját is, amely az Egyesült Államok hegemoniája mellett az európai államokra is kezd mind jellemzőbbé válni. Meglátása szerint veszélyes a fejlődés olyan felfogása, mely szerint a különböző társadalmak, eltérő erőforrásokkal és lehetőségekkel ugyan, de egy nagy fejlődési pályán mozognak, és versengenek a minél előbbre jutásért. Ennek a "versenyfutásnak" egyetlen valódi célja, hogy minden társadalom az USA példáját kövesse, azaz minden ország az élen álló Egyesült Államok szintjére igyekezzen eljutni. Bourdieu reményei szerint a születő új Európa nem fogja egyszerűen lemásolni az amerikai modellt, hanem saját utas, politikailag és gazdaságilag pluralista jellegű berendezkedést fog majd létrehozni.

A mai demokratikus viszonyok közt a mindent eluraló üzleties felfogást látja a legveszélyesebb tényezőnek. Ha minden emberi tevékenység egyedüli értékmérője a piaci eladhatóság, akkor ennek hatása alól egy társadalmi mező sem vonhatja ki magát. A mai társadalmak egyik legfontosabb jelenségének tartja a hatalmas mérvű elüzletiesedést, ahol a piac minden területét elárasztja a kommersz. Ez pedig a kultúra, a tudomány, a művészet önállóságát, pusztán létét fenyegeti. Igaz ugyan, hogy a neoliberális felfogás szerint a piac kiválasztja azokat a termékeket, amelyek sikeresek lehetnek, de ez sok esetben épp az egyéb értékek megítélését, létét veszélyezteti, az olyan értékekét, amelyek egyszerű piaci szemlélettel nem értékelhetők. Ilyenek pedig leginkább a művészet és a kultúra területén találhatók.

Bourdieu a kultúra kapcsán tévútnak látja az amerikai modell másolását. Ebben a modellben a művészeti alkotások értékmérője a piaci eladhatóság. Minden döntéshozó csak azt figyeli,

terméke mennyire lehet sikeres a piacon, és ha úgy látja, hogy az nem fog elegendő profitot termelni, akkor esetleg ki sem engedi a piacra. Ezzel pedig mintegy egyneműsítik a kulturális ízlést, az egész globalizálódott világban egyfajta közizlés lesz az uralkodó, a kulturális piac többi résztvevője pedig véglegesen marginalizálódik. Ezután két lehetősége marad: vagy alkalmazkodik a kommerszhez, vagy pedig csendben elhal. Így viszont pl. a rendkívül érdekes európai és ázsiai alkotások a többség számára egyszerűen elérhetetlenné válnak.

Párhuzamos, alternatív fejlődési lehetőségként Bourdieu európai összefogást sürget. Európa az a terület, ahol a 18.-19. században a kultúra egyes ágai függetlenedtek, kivívták saját autonómiájukat a gazdasággal szemben. Mára azonban ezek a független tevékenységszférák is kénytelenek alkalmazkodni a piac szabályaihoz. Példaként a francia avantgárd kiadókat hozza fel: "...ma már az avantgárdnak mondott francia kiadók is az eladási statisztikákat lesik, lépten-nyomon bestseller-listákba botlunk, egyszóval kialakult a szellemi produktumok értékének az eladott példányszám alapján történő megítélése, és akik nincsenek a piacon, azokról nem is vesznek tudomást".¹¹

Irodalomjegyzék

Pierre Bourdieu: Előadások a televízióról. Osiris Kiadó. Budapest, 2001.

Pokol Béla: Szociológiaelmélet. Felsőoktatási Koordinációs Iroda. Budapest, 1997

Monory M. András- Tillmann J.A.: Ezredvégi beszélgetések. Kijárat Kiadó. Budapest, 1998

¹¹ Ezredvégi beszélgetés Pierre Bourdieu szociológussal. Monory M. András- Tillmann J.A.: Ezredvégi beszélgetések. Kijárat Kiadó. Budapest, 1998.

Pokol Béla

A jog elkerülésének útjai. Mediáció, egyezségkötés

Az emberek között és az emberek közösségei között viták és feszültségek vannak, ezek sokszor konfliktusokat okoznak, és e konfliktusok egy része jogi vitává válik. A jogszociológiai kutatások egyik területe annak elemzése, hogy *milyen típusú konfliktusok esetén valószínű a jogi vitává válás*, illetve, hogy a jogon keresztüli, bíróságok általi konfliktusmegoldás mellett, *milyen más megoldási utak* jöhetnek még számításba, amelyek elkerülik a bírói út igénybe vételét? E kutatások egy további területét jelenti annak elemzése, hogy ha nem is kerülnek el a konfliktusok jogi vitává alakítását, de legalább a bíróság előtti pert végig vitelét félbehagyják, és egyezséget kötnek. Ez utóbbiba tartozik annak vizsgálata, hogy a perek hány százalékában kötnek egyezséget, és így a jog "kemény igénybevitelét", a bírói ítélettel végződő perbefejezést kerülnek el. Illetve ennek másik oldala, hogy még keményebben ragaszkodva a konfliktus jogi végigharcolásához, a perek hány százalékában nyújtanak be fellebbezést, vagy még tovább, felülvizsgálatot az elsőfokú ítéletek ellen? Országonként nagy eltérések vannak ezekben a kérdésekben, így a következőkben összehasonlító módszerrel igyekszünk az itteni összefüggéseket feltárni.

1. A konfliktustól a jogi vitáig

Nem minden konfliktus kerül bíróság elé, ezt külön vizsgálat nélkül is meg lehet állapítani, de ha e téren pontosabb adatokat akarunk feltárni, akkor csak rendszeres empirikus felmérés adhat pontos képet erről. Az 1970-es évek végén egy német jogszociológiai vizsgálat erről kívánt megalapozott ismereteket nyerni, és ezért a fogyasztóvédelmi, a munkaügyi és a lakásbérleti kérdések területén egy kutatást folytattak le (lásd Falke/Gessner 1982:290-297). Öt évre visszamenőleg megvizsgálták egy reprezentatív mintát alapul véve, hogy a felmerült, jog útra terelhető konfliktusok milyen úton oldódtak meg, és a következő képet kapták. A konfliktussal érintettek mintegy egyharmada semmit nem tett, eltúrta és nyitva hagyta a konfliktust; kb. a fele megkereste a konfliktust okozó szembenállót, és megbeszéléssel próbálta meg tisztázni a konfliktust; ezek közül mintegy 15-25% még felkeresett egy (fogyasztóvédelmi, munkavédelmi stb.) tanácsadási helyet, amely az adott konfliktus megoldására hivatott; ez utóbbi körből mintegy 5-12% rész még egy jogi tanácsadási helyet is felkeresett sérelmével, és végül az összes sérelmet szenvedett 3-7%-a ment el a bírósági út igénybeviteléig (Falke/Gessner 1982:291). Az eltérő jellegű konfliktusok és sérelmek persze más arányt is

adhatnak a mindenkori teljes konfliktustömeg és az ebből bírói út elé kerülő esetek száma között, de az itteni 3-7% mutatja, hogy csak egy kis töredéket jelent a konfliktusból jogi vitává váló esetek száma.

Ha közelebbről szemügyre kívánjuk venni, hogy a konfliktusok mely típusai esetén valószínűbb a jogi vitává válás, és e viták bíróság elé kerülése, akkor három dimenzióban érdemes kialakítani konfliktus-tipológiát. Az első dimenzió azon nyugszik, hogy a konfliktusba kerültek egyszeri vagy tartós kapcsolatban vannak-e; a második dimenzió már a tartós kapcsolaton belül arra vonatkozik, hogy a felek közötti kapcsolat inkább a mellérendeltségen, vagy inkább az alá-főle rendeltségen nyugszik-e; és végül a harmadik dimenzió a tartós kapcsolaton belüli konfliktusokat az által különíti el két részre, hogy az egész személyiség érintve van-e a kapcsolatban (pl. a családtagok között vagy a szomszédsági kapcsolatban levők között) vagy csak egy szereppel, pl. mint egy nagy hivatali szervezeten belüli munkatársak közötti kapcsolatban.

E három dimenziós tipológia alapján az egyes konfliktus-típusokhoz kapcsolódó konfliktusmegoldásokról a következő képet lehet adni. Az egyszeri kapcsolatban keletkezett kapcsolatban keletkezett konfliktusoknál valószínűbb a vita bírói útra terelése, és a vita pusztán csak az alapvető jogi normasértésekre vonatkozik ilyenkor. A tartós kapcsolatban levők konfliktusa esetén az alapul fekvő jogi normák mellett a további csoportnormák megsértése is felmerül, illetve a tartós kapcsolatban levők érdekeinek mérlegelése is, így itt a konfliktus jogi vitává "keményítése", és a bírói ítéletig végig vitele a pernyerés és a pervesztés mellett az egész kapcsolatot tönkre teheti, ami a per kimenetelétől függetlenül mindkét fél számára veszteségeket okozhat. Itt tehát a jogi vita elkerülése inkább valószínű. A második dimenzióban a tartós kapcsolaton belüli hatalmi hierarchia léte a konfliktusba kerültek között inkább a jogi vitává transzformálás elkerülését valószínűsíti, ezzel szemben a mellérendeltségben levők esetén nagyobb a valószínűség a jogi útra terelésre. Végül a harmadik dimenzióban az egész személyiséget érintő kapcsolatban levők konfliktusa kevésbé alkalmas a bírói útra terelésre, mint a pusztán egy-egy szereppel kapcsolatban levő konfliktusa esetén. Az első ugyanis olyan széles és diffúz életviszonyokban keletkezik (például két rokon között) amely egy sor jogi és nem jogi normát, szokást, érzelmi alapokat stb. érint, melyek a bírói útra terelve csak leszűkítve így eltorzítva kezelhetők. Ezzel szemben a speciális szerepben érintkezők között (pl. egy háziorvos és betege között) a normák pontosabban körül vannak írva, és vita esetén csak ezek vizsgálata szükséges. Így a jogi útra terelés esetén kezelhetőbb ez a konfliktus, és mindkét fél számára elfogadható és racionálisan belátható bírói ítélet születhet a vita megoldására (Rottleuthner 1982:146-148).

A különböző konfliktus típusokra a jogszociológiában négy fő konfliktusmegoldási utat szoktak elkülöníteni: 1. A konfliktusban álló felek közvetlen

tárgyalását; 2. Egy harmadik fél bevonását mint a tárgyalásos megegyezés közvetítőjét (mediátor); 3. A harmadik verzió, amikor a vitába bevont külsősemleges személy nemcsak közvetíti a felek megegyezését, hanem felhatalmazza a felek, hogy hozzon kötelező döntést a vitában, és vállalják, hogy ennek alávetik magukat (arbitrátor vagy magyarosabb kifejezéssel választott bíró); 4. végül a negyedik verzió a vita állami bíróság elé vitelét jelenti, ahol a bíró dönt. A négy fő út tehát *a tárgyalás, a mediálás, a választottbírói eljárás (arbitráció)* és végül a rendes bírói úton *az ítékezés*.

Mint látható volt, a különböző típusú kapcsolatokban keletkező konfliktusok természete jobban az egyik vagy a másik konfliktus-megoldási utat valószínűsíti, de érdemes rendszeresen is megnézni, hogy milyen jellemzőkkel írhatók le az egyes megoldási utak

1. Ha tárgyalás, mediálás, arbitráció, ítékezés vonalán haladunk a konfliktus-megoldási utak jellemzésénél, akkor az első jellemző az, hogy ezen a vonalon haladva egyre *növekszik a megoldási út formalizáltsága*. A teljesen formátlan tárgyaláshoz képest a mediáció már némileg formalizáltabb, mert egy harmadik felet már bevontak a vitába, de még formalizáltabb az arbitráció, ahol a választottbírói eljárás már rögzített eljárási szabályok betartása mellett dönt, és végül a bírói ítékezés a legformalizáltabb. Ezért ha például egy egész személyiséget involváló rokonsági vagy szomszédos vitáról van szó, ahol a vita legtöbbször a másik fél motívumainak félreértése, és ehhez érzelmi gyűlölködés felépülése is társul, akkor egy formalizált bírói eljárás nem alkalmas a konfliktus igazi megoldására. Ezzel szemben az alig formalizált mediációs eljárás jobban fel tudja tárni a konfliktus kialakulásában - mindkét fél jelenléte mellett tartó kommunikációban - a másik fél mozgató rugóit, és így érthetőbbé teszi mindkét fél számára a *teljes helyzetet*, ezzel pedig automatikusan sikerül a konfliktus enyhítésének elérése is. (Míg bírói eljárásban és bírói ítélet után sokszor pl. a tartós rokoni kapcsolat teljes elhidegülése jön létre.)
2. A tárgyalás, mediálás, arbitráció, ítékezés vonalán haladva másrészt a *vitamegoldás egyre inkább kicsúszik a felek kezéből*, és egyre inkább a külső harmadik résztvevő kezébe kerül át. Ezzel szemben visszafelé haladva a felek inkább megtartják a vita menetét saját rendelkezési területükön. Ezt különösen azért fontos látni, mert tartós kapcsolatban állók esetén érdemesnek tűnik először saját rendelkezési területen megkísérelni a megoldás létrehozását, és csak ha ez kudarcot vallott, célszerű átadni a vita megoldását külső döntőknek.
3. Egy következő jellemzőt mutat a tárgyalás, mediálás, arbitráció, ítékezés vonalán előrehaladva, hogy *egyre inkább normaorientált lesz a vita elintézése*, míg visszafelé haladva inkább számba jön a felek közvetlen érdekeinek sokasága, és ezek is befolyásolni tudják a vita megoldását. Vagyis míg az előbbi vonalon haladva inkább absztrakt normáknak megfelelő döntés

születik, addig visszafelé haladva inkább konkrét érdekmérlegeléseknek lesz megfelelő a vita megoldása.

4. Egy következő paraméter az előbbi vonalon előrehaladva abban áll, hogy *csökken a tárgyalási pozícióban a mérlegelés*, addig visszafelé haladva egy sor dolog bevonható mérlegelésbe, és ez növeli a tárgyalási pozíciók terjedelmét (Falke/Gessner 1982: 292).

2. A bírói út elkerülése: mediálás és arbitráció

Az eddigiekben már felmerült, hogy a tartós viszonyokban milyen hátrányokat hoz - még pernyerés esetén is - a konfliktus jogi útra terelése. Ennek felismerése készítetett - először a vállalkozói-üzleti szférában - már az 1900-as évek elejétől arra, hogy a rendes utat kikerülve választottbírói (arbitrációs) úton igyekezzenek rendezni a felmerült vitákat, és ez mind Európában, mind az Egyesült Államokban egyre bővülőbben terjed a vállalkozói szférán túl is (Kotzorek 1987; Böckstiegel 1992; Wolfgang 1997). E mellett az 1920-as évektől a viták elintézését még inkább a felek kezében meghagyó formaként alakult ki a mediálás intézménye. Az arbitrációhoz képest a fő különbség itt abban áll, hogy míg az arbitrátor ("választott bíró") maga dönt a felek vitájában, addig a mediátor csak segítséget nyújt a felek közötti tárgyalási-megegyezési folyamathoz, de a döntés, a megoldás kialakítása a felek és ügyvédjeik kezében marad. A semleges mediátor tárgyalásvezetési rutinja, a felek közötti pszichikai ellenállások szakszerű leépítése, a két fél pozícióiban a rejtett oldalak feltárására irányuló kérdések feltevése sokszor a legelkeseredettebb ellenfelekből is tárgyalóképes partnereket tud formálni, ami külső közvetítő nélkül lehetetlen lenne (lásd ennek elemzését: Marsch 1999).

Miután szűkebb körökben mindkét, bírói utat elkerülő konfliktus-megoldási út kipróbálásra került, és ismertté váltak alkalmazási előnyei, egy sor további területen kezdtek elterjedni ezek. A választott bírói út ugyan megmaradt az üzleti-vállalkozói szféra és a szervezetek vitáinak a területén, de a mediációs eljárás a teljes magánjog vonatkozásában - illetve kisebb bűncselekmények esetén néhány országban még a büntetőjog területén is - alkalmazásra került. A mediálás intézménye az 1970-es évekig csak az Egyesült Államokban volt ismert, de az elmúlt évtizedekben ez sor európai országban is terjedni kezdett. A jelzett előnyök mellett ebben az is közrejátszott, hogy a jogi viták számának radikális kibővülésével a bíróságok egyre leterheltebbé váltak, és a tehermentesítés egyik útjaként karolták fel a viták mediációs eljárás felé terelését. Nem véletlen, hogy a

mediációs eljárás épp az Egyesült Államokban alakult ki. Itt ugyanis a kétszakaszos perszerkezet intézményesen elkülöníti az első szakaszban ("pre-trial") a bíró előtti tárgyalástól a felek tárgyalás-előkészítő összejövetelét. Formailag ugyan ebben a szakaszban csak a bizonyítékok és a bizonyítási eszközök prezentálása folyik mindkét fél részéről, és ezzel a szemben álló felek jogi pozícióinak tisztázása, de ez spontán módon lehetővé teszi az "egymás közt" folyó informális egyeztetéseket is a felek és ügyvédjeik között (Wagner 1998:836-846). Amellett, hogy ez a perszerkezet megnöveli az egyezségkötés gyakoriságát és a bírói eljárás ítélet nélküli befejezését, kialakította annak lehetőségét, hogy eleve ne is kezdjék el a bírói eljárást, hanem a pert magát elkerülve igyekezzenek egy közvetítő bevonásával megállapodni. A bírói eljárások tömegessé válásával és a pertartamok alapos meghosszabbodásával pedig csak további ösztönzést kapott ez az új konfliktus-megoldási forma.

A mediáció intézménye két fő úton terjedt az elmúlt évtizedekben. Az egyik utat az alulról induló, "civil-szervezeti" szerveződések jelentik, és erre lehet példa a San Francisco-ban 1977-ben létrejött Community Board intézménye, amely a bírói eljárások hosszúsága és a perek elidegenedett jellegének kritikájából nőtt ki (Nacsády 1998:298-304). Családjogi, szomszédjogi és munkajogi vitákban lehet ide fordulni, de a büntetőjogi ügyeket jelzi, hogy pl. az egyik vitájuknál a hosszú idő óta haragos viszonyban levők egyike eltörte egy doronggal a másik kezét, és ez bírói útra kerülve már komoly büntetési tétellel járt volna, de itt egyszerű szomszédjogi vitaként oldódott meg. Nagy propagandával terjesztették a bírói eljárást elkerülő mediációs intézményt, és az 1990-es évek végére már 20 irodájuk volt az egész San Francisco területén, és ezekben évente 20-22 ezer ügyet vitattak meg, melyek e nélkül a bírósági ügyek számát növelték volna (Nacsády 1998:303). Az ilyen kezdeményezések sokasága mellett egy idő után az állami törvényhozási úton is terjedt a mediáció, és az 1970-es évekre az Egyesült Államok több tagállamában kötelezővé tették a magánjogi perek előtt a mediációs eljárás igénybevételét, és csak ennek sikertelensége esetén fogadnak el azóta keresetindítást a bíróságok (Röhl 1982:16-17). Pennsylvániában már 1952-től kötelezővé tették ezt, és az itt felhalmozódott tapasztalatok nyomán léptek ebbe az irányba a többi tagállamban.

De az amerikai példa nyomán az európai kontinensen is terjedni kezdett a mediáció intézménye, és először a krónikusan hosszan tartó perek hazájában, Nagy-Britanniában vezették ezt be 1979-ben. Itt száz font (kb. 50 ezer forint) értékplafon alatti vitákban tették kötelezővé a mediáció igénybevételét a bírói eljárás megindítása előtt, de egy sor nagyvárosban spontán módon itt is létrejöttek olyan civil szervezetek, melyek már korábban mediációs eljárásokat szerveztek, és magasabb összegű vitáknál is igénybe lehet ezeket venni (Shetreet 1982:115). A németeknél az 1990-es évek végére következett be áttörés ezen a téren, és egy szövetségi szintű törvény lehetővé tette a tartományok számára, hogy 1.500 márka

(kb. 200 ezer forint) érték alatt, illetve szomszédsági vitákban és becsületsértési ügyekben kötelezővé tegyék a felek számára az előzetes mediációs eljárásról a megegyezés megkísérlését. A tartományok törvényhozásai azóta egymás után fogadják el azt ezt megvalósító törvényeket és lassanként az egész Németország területén megvalósul ez (lásd a bajor és a baden-württembergi megoldásokhoz: <http://www.bayern.de/SchlichtungsG.html> és a <http://www.troeger-wuest.de/texte/schlichtung.html>), de az általános és kötelező jellegű mediációval szemben kritikák is megfogalmazódtak (lásd Rottleuthner 1996). Az osztrákoknál szintén terjed a mediációs eljárások gyakorlata, és a széleskörű elterjedtség nyomán a '90-es évekre bevetté vált a szerződések egy részében, hogy - a választott-bíróságra utaló klauzula mintájára - *mediációs klauzulát* foglalnak a szerződésbe, melyben vállalják a szerződő felek, hogy vita esetén csak az előzetes mediációs eljárás sikertelensége után fordulnak bírósághoz (Dévényi 1999:21-23).

Ilyen előzmények után Magyarországon az 1990-es évek közepétől figyelhető meg törekvések a mediáció intézményének meghonosítására (lásd ennek bemutatására: Anka/Bóka 2000; Bándi 2000) A törekvések nálunk is két vonalon figyelhető meg, a civil szervezeti illetve az ügyvédi irodák általi mediációs szervezkedések útján és az állami törvényhozás általi intézményesítés útján. De e két út történetileg egymás után jött létre, és jól megfigyelhető a mediáció hazai intézményesítésénél egy kívülről ösztökélt kezdő szakasz. A kezdetet ugyanis rögtön a 89-es rendszerváltás utáni első években az amerikai Federal Mediation and Conciliation Service európai missziós tevékenysége jelentette, amely mind nálunk, mind Romániában nagy összegeket fordított a mediációs eljárások reklámozására, illetve ösztöndíjakat és kezdeti finanszírozást is adott a magyar mediációs bázis első egységeinek kiépítéséhez (lásd Lovász 2001:32-33). Ez a szervezet hozta létre a Partners Hungary néven az első magyar mediációs szervezetet, és azóta is pénzügyileg támogatja ennek reklámját és terjesztését. Ennek révén alakult meg a munkajogi viták területén a Munkaügyi Közvetítő és Döntőbírói Szolgálat, igaz az elmúlt hat évben - miközben évente 10-12 ezer munkaügyi peres és nem-peres eljárás fut le - csak 178 ügyük volt, tehát nem igazán tudott elterjedni. A kezdeti sikertelenség ellenére néhány ügyvédi iroda üzletet látott a mediációs tevékenységben, mert az interneten az ezredforduló óta egyre-másra jelennek meg az ügyvédi irodák mediációs ajánlkozásai (lásd pl. az Eörsi és Társa Közvetítő Kft. Reklámját az interneten, illetve a Jogi Fórumban interjút Eörsi Mátyással: Vikman 2001). E kezdetek után 1999-ben egy országgyűlési határozat írta elő az igazságügyi tárca számára, hogy dolgozza ki a szabályozást a mediációs eljárások bevezetésére (lásd 102/1999. (XII. 18) OGY hat.). Egy szűkebb területen, az egészségügyi szférában a műhiba perek elkerülése érdekében már 2000 végén megjelent az egészségügyi mediációs eljárás törvényi szabályozása, és a tervek szerint 2003-ra az itteni megoldások kerülnek kiterjesztésre az átfogó magánjogi szférára. Nézzük meg közelebbről a magyar

mediációs eljárások jellemzőit, és ennél az egészségügyben már törvényi szinten szabályozott eljárást vegyük alapul, feltételezve, hogy az itteni megoldások logikáját viszik tovább az átfogó jövőbeli szabályozásban is.

Az első kérdés a mediációs eljárásnak a bírói eljáráshoz való viszonya jelenti. Erre három eltérő rendszert lehet találni. Az egyiket a francia megoldás jelenti, ahol az 1990-es évek elejétől vezették be átfogó jelleggel az összes magánjogi pert érintően, hogy a bíró felfüggeszse a pert három hónapra, és egy mediátor bevonásával a felek számára lehetővé tegye, hogy "kivigyék" a vitájukat egy magánintézményhez mediációs eljárásra (Wagner 1998:836-846). Ez tulajdonképpen annak belátásából alakult ki, hogy hiába írják elő a legtöbb országban a polgári perrendtartások, hogy az ítélet megszületésig a felek bármikor egyezséget köthetnek, ha a felek lemerevedett álláspontjai ezt spontán módon nem meggátolják. Egy külső mediátor bevonása, aki kifejezetten a vitás felek pszichikai gátjainak leépítésére specializálódott, és a "kemény jogi vita" helyett laza, élet közeli kommunikációvá tudja átalakítani a felek közötti érintkezést, gyakoribbá tudja tenni az egyezés létrejöttét, és erre a mediatori szerepre a jogdogmatikai kategóriákon és levezetéseken szocializálódott bírói nem alkalmas. A francia megoldás tehát a peres eljárásba illesztve jött létre. Egy másik rendszer jelent a már említett német megoldás, melyet az Egyesült Államokból vettek át, és amely a magánjogi perek megkezdése elé illeszti be a mediációs eljárást, kötelezővé téve ezt. Végül a harmadik megoldás az, amikor teljesen függetlenül a bírói úttól a vitás felek eleve itt igyekeznek elérni konfliktusaik feloldását. Ez utóbbi a civil szervezetek és azt ügyvédi irodák mediációs kínálatából fejlődött ki, és ez, az előbbi két út választásától függetlenül bármely jogrendszerben előfordulhat. Az Egyesült Államokban, ahol a legnagyobb a mediációs eljárások igénybevétele, már külön szakmává vált a mediatori tevékenység ellátása, részben az ügyvédek mellett egy új jogász szakmaként.

A magyar törvényi szabályozás - egyelőre az egészségügyi szférára szűkítve - a francia szabályozás egy verziójaként fogható fel. Egyrészt ugyanis függetlenül a bírói út elkezdésétől szabályozza a mediációs eljárást, de ha már folyik egy bírói eljárás az adott ügyben, akkor kötelezővé teszi, hogy a felek közösen kérjék a bírói eljárás szüneteltetését, mert ennek elmulasztása esetén a megindított mediációs eljárást meg kell szüntetni (lásd a 2000- évi CXVI. törvény 7.§-ának (4) bekezdését). Vagyis így a perbeli egyezés helyére lép a külső mediációs eljárás, ahogy a franciáknál. Amennyiben ez a megoldás válik általánossá a 2003-ban esedékes kiterjesztett mediációs törvényben, akkor ez a polgári perek egyezségkötési gyakorlatát helyezi majd új alapokra. Fontos látni tehát, hogy nem a német kötelező, előzetes mediáció jött létre még az eddigiekben nálunk, és az erre vonatkozó irodalomban felmerült, hogy a magánjogi autonómiának jobban megfelel az általunk átvett francia megoldás (lásd Wagner 1998:838).

Egy következő kérdést jelent a mediátorként számba jövő személyek köre. Erről nagy viták folynak minden országban, ahol a mediáció intézményét bevezették, és az itteni döntés nagymértékben meghatározza azt, hogy a mediáció - a formalizált perhez képest a nagyfokú formalizátlanság mellett - milyen mértékben veszíti el magát a jogi jelleget is. Ahol ugyanis a mediátor személye a jogász végzettséggel rendelkezők és általában az ügyvédek illetve a közjegyzők közül kerülhet ki, ott a mediáció is megmarad a jogi normák és a jogi gondolkodási technikák befolyása alatt. A változás itt csak annyi, hogy a mediátor-ügyvédek speciális képzést igyekeznek megszerezni a pszichikai és a kommunikációs gyakorlatok terén, de a jogi keret megmarad. Ám, ha a mediátor a jogászokon túl például szociológusi vagy pszichológusi körökből is kikerülhet, az eljárás erőbben eltolódik a jogi keretektől. A németeknél megmaradtak mediátorok jogász körökre szűkítésénél, és elsősorban a közjegyzők és az ügyvédek kérhetik bejegyzésüket az ügyvédi kamaráknál vezetett mediátori listára (lásd <http://www.afs-rechtsanaelte.de/schlichtung1.htm>). A magyar szabályozás az egészségügyben a mediátori kört kiterjesztette a jogászokon - és az egészségügyi vitáknál érthetően bevont - orvosi körökön túl a szociológusi és pszichológusi diplomával rendelkezőkre is (lásd a 2000. évi CXVI. törvény 5.§ (1) bekezdését). Az átfogó magánjogi szférára létrehozandó mediátori pozíciónál meggondolandó, hogy túlmenjünk-e a jogászok körén, mert ez a felek közötti anyagi, információs, tudásbeli stb. egyenlőtlenségeket jobban beengedi a mediációba, és a sok száz éves jogász garanciák erősebben kiesnének a mediációs eljárásból. Külön problémát jelent az egészségügyi mediáció szabályzásánál, hogy a betegek képviselőiténél az átfogó emberjogi szervezeteket is beengedte, mivel ezek a szervek hajlamosak az egyéni vita kollektív csoportvitaként való megharcolására, és ezzel politikai küzdelemmé átalakítani, ahogy az amerikai példák alaposan megmutatták (lásd Scheingold 1998). Eredetileg nem is volt benne ez a törvényben, de egy emberjogi szervezet, a TASZ sikeres lobbizással elérte az igazságügyi tárcánál ennek bevételeit (lásd a TASZ álláspontját a törvény országgyűlési vitája alatt: internet: <http://www.c3.hu>).

3. A per végig vitelének elkerülése: az egyezségkötés

A konfliktus jogi útra terelése és a megoldás bírói döntésre bízása a felek közötti szembenállás magas fokát feltételezi, tartós kapcsolatban levőknél pedig ezen túl a kommunikáció nagyfokú vagy teljes leállását. A megindított bírói eljárás után azonban ismét további fokozatokat lehet elkülöníteni a jogi vitává tett konfliktus "kemény" végig vitelében, és itt három fokozat elkülönítése fontos. Az első fokozatot az *egyezségkötéssel végződő* peres eljárás jelenti, a másodikat az *ítélettel végződő* peres eljárás, és végül a harmadikat a *fellebbezéssel tovább*

folytatott és másodfokú ítéletig vitt peres eljárás adja. E háromfokozatos bontással pontosabban fel lehet mérni a konfliktus-megoldások eljogiasításának állapotát az egyes országokban, és mint látni fogjuk nagy eltérések vannak az egyes jogterületek között is. Az eltérések magyarázatára több ok kínálkozik.

1. Az egyik ilyen okot a kontinentális jogrendszerek és az angol-amerikai jogrendszerek eltérő perszerkezete jelenti, amely a korábbiakban már felmerült a mediáció vizsgálatánál is. Az angol-amerikai peres eljárások kétszakaszossága és az első szakaszban ("pre-trial") a peres felek ügyvédjeinek egyezkedései körüli szerveződés spontán módon is ösztönzi az ítélet előtti egyezségkötést. Szemben a kontinentális európai perekkel, amelyekben a bíró kezdettől fogva a felek közé áll, és rajta keresztül történik meg a felek érintkezése.
2. Egy második eltérést a bírák és az ügyvédek eltérő szerep-megosztása jelenti az angol-amerikai és a kontinentális jogrendszerek között. Míg az előbbiben a bíró végig passzív szerepre van szorítva, és csak felügyel a felek és ügyvédek tárgyalótermi összecsapására, addig a kontinentális európai jogrendszerekben a bíró aktív pervezetési és bizonyítási kötelezettségekkel van ellátva, és mindezt feszebben jogdogmatikai kérdések által irányított mederben teszi, kiszelektálva az eset e szempontból nem releváns körülményeit. Ez utóbbi perszerkezet kevésbé alkalmas a jogi vita félbeszakítására és a felek közötti egyezségkötésre, még ha erre formáljogilag a legtöbb európai országban - ahogy nálunk is - mindig van lehetőség a magánjogi jellegű peres eljárásokban.
3. Egy következő okot jelent az egyes országok közötti eltérésekre a perbeli megegyezés gyakoriságát illetően, az ügyvédi rétegeken belüli eltérő hajlandóság az egyezségkötésre. Például míg a németeknél - az empirikus felmérések tanúsága szerint - csak az ügyvédek bő fele, a hollandoknál pedig háromnegyede részesíti előnyben az egyezségkötést a per végig vitelével szemben, addig az Egyesült Államokban 96-98%-os ez az arány. Ez nyilvánvalóan az eltérő jogi kultúrák szocializációs hatását is mutatja a különböző országok ügyvédi csoportjaiban, de jelzik a felmérések, hogy életkor szerinti differenciálódás is belejátszik ebbe, és míg a fiatalabb német ügyvédek számára evidensebb dolog a perek végig vitele, és az ítéletig kitartás, addig az idősebb ügyvédi csoportokban jóval nagyobb a egyezségkötés preferálása (lásd Rogowski 1982:174-175).
4. Végül egy következő okot az egyezség preferálására az ítélettel szemben, a pertartamok elnyúlása adja. Ez adódik egyrészt az angol-amerikai jogrendszerekben a bírák alacsony létszámából, miközben a pergyakoriság radikálisan megnőtt az elmúlt évtizedekben. De másrészt az Egyesült Államokban tovább növeli a perek hosszúságát az esküdtszékek kötelező igénybe vétele a legtöbb magánjogi perben is, melyet az alkotmány rögzít, de egy sor jogpolitikus csoport még tovább igyekszik növelni az elmúlt

évtizedek tanúsága szerint az esküdtek szerepét a perekben. (Míg ezzel szemben az angol jogban az 1920-as évektől az esküdtek szerepe visszaszorult, és a magánjogi eljárásokban csak kivételessé vált). Az esküdtszékek megszervezése ugyanis tetemesen megnöveli a minden tárgyalási nap előtti várakozási időt (Berghuis-van der Wijk 1982:73). Így az Egyesült Államokban akár öt év is eltelhet a kereset beadásától az első tárgyalási napig, de Angliában is például Londonban az elsőfokú bírói eljárásban három év megy el rendszerint az első tárgyalási napig (Shetreet 1982:113). Ehhez képest Németországban a magánjogi jellegű perek 75%-a hat hónapon belül befejeződik, vagyis töredéke időben az itteni perhosszúság az angol és különösen az amerikai pertartamnak.

Ezek az okok érthetővé teszik a nagy eltérést az egyezségkötés gyakoriságát illetően. Az Egyesült Államokban alig két-három százalékot tesz ki az elsőfokú magánjogi jellegű perekben az ítéletekkel végződő esetek száma, és a legnagyobb részükben, 97-98%-ban egyezségkötésre kerül sor. A németeknél ezzel szemben nagyságrendekkel kisebb az egyezségkötés gyakorisága, és az ítélettel végződő eljárások jelentik a főszabályt a magánjogi jellegű ügyekben, noha a munkajogi perekben itt is nagyobb az egyezségkötéssel végződő ügyek száma, még ha ez nem is éri el az amerikai szintet. Egy 1970-1980 közötti időszakra vonatkozó német igazságügyi statisztikai adatsor alapján látható, hogy a kisebb súlyú ügyeket eldöntő Amtsgericht-eknél a perek 2/3-ban ítélettel, 1/3-ban egyezséggel zárulnak le a perek, a magasabb értékhatárokon döntő Landsgericht-eknél pedig 40% körüli az egyezségkötés és 60% körüli az ítélettel végződő perek aránya (Rogowski 1982:174). A munkaügyi perekben - megfelelően annak, hogy itt tartós kapcsolatokról van szó, ahol a perek "kemény" jogi végig vitele teljesen tönkretelheti a kapcsolatot és annak jövőbeli fenntartását - nagyobb az egyezségkötések aránya, és itt ez 75%-ot tesz ki, szemben az ítéletek 25%-os arányával.

A magyar igazságügyi statisztikák sajnálatos módon nem tartalmazzák az egyezségkötéssel záruló magánjogi perek elkülönítését az ítélettel záruló ügyektől. Egy támpont lehet ennek felbecslésére, ha a perek szüneteltetési adatait vesszük alapul, mivel ennek fő motívuma az egyezségkötés megkísérlése lehet. A szünetelések aránya a polgári pereknél a helyi bíróságoknál 1990-98 között 12-13%-os volt, és ez alig mutatott emelkedést, a megyei bíróságoknál pedig 6-8% között volt ez, és inkább enyhén csökkent ezek aránya az időszakon belül. A gazdasági peres ügyekben a helyi bíróságoknál 1990-98 között 6%-ról 17,55%-ra ment fel a szünetelések aránya, de a megyei bíróságokon is a gazdasági pereknél 6%-ról 15,68%-ra növekedett (lásd Vavró 2000). Tehát, ha a szünetelések mögött az egyezségkötésre tudunk következtetni, akkor a szűkebb polgári jogi területen nagyon csekély előfordulást tudunk feltételezni, míg a gazdasági pereknél erősen növekvő tendenciát mutatnak a számok. Persze a német

arányokkal összevetve ez is nagyon alacsony, nem is beszélve az amerikai arányokról.

Magyarországon tehát a magánjogi perek fő szabály szerint ítélettel zárulnak, és a per végig vitele a jellemző, ezért fontos lehet az a jelzett változás, amely 2003-tól indulóan általános jelleggel beiktatja a mediációs eljárást. Ez nagyságrendekkel növelheti meg az egyezségkötések számát az ítélettel végződő perek rovására.

5. A jogi vita továbbvitele: a fellebbezések aránya

A konfliktusmegoldás jogi vitává “keményítésének” legmagasabb fokát jelenti, ha még az ítélet után is tovább folyik a jogi út kimerítése, és fellebbezéssel kísérik meg az ítélet megváltoztatását. A jogi vitának erre a fokozatára csak kevés nemzetközi összehasonlító adatot tudunk találni, de szerencsére e téren a magyar igazságügyi statisztikák pontos számokat adnak.

Érdekes lenne tudni az amerikai fellebbezési adatokat, ahol már az ítéletig is csak a magánjogi perek két-három százalékában mennek el, és a túlnyomó többség egyezségkötéssel zárul, de sajnos erre nem találtunk adatokat. A németeknél azonban sikerült friss adatokhoz jutni, és ezek azt mutatják, hogy miután az egyezségkötések aránya ebben az országban 33-40%-os, az ítéletig eljutó perek 60-67%-os aránya mellett, az ítéletek elleni fellebbezések aránya már csak 6%-os illetve 14%-os szintig megy el. Az Amtsgericht-eknél - a kisebb súlyú ügyek bíróságainál - 6%-os volt a fellebbezési arány az 1990-es évek végén, a Landsgericht-eknél 14% volt ez (lásd Geis 1999, illetve a Sachsen-Anhalt tartományi parlament 2000. okt. 13.-i jegyzőkönyvét). Norvégiában a polgári perekben szintén ehhez hasonló, 15%-os fellebbezési arány volt 1995-ben (lásd Winsvold 1999).

A magyar fellebbezési arányok a következő képet mutatják. A *polgári jogi* ügyekben 1993-98 közötti adatok állnak rendelkezésre, és ezekből kiderül, hogy enyhén növekvő arányú fellebbezési arány van ezen a területen, és 1993-ban az 182.703 elsőfokú polgári peres ügyre 23.566 fellebbezés esett (ez 13%-ot jelentett), és évről-évre egy százalékkal emelkedett a fellebbezések aránya, majd 1998-ra 17%-ot ért ez el (lásd Vavró: Polgári perek 1993-1998). A *gazdasági pereknél* némileg magasabb a fellebbezések aránya, és ez itt 1996-1998 között évenként 18-20% között volt. Pl. 1998-ban 17 ezer első fokú gazdasági per volt a helyi bíróságokon, és ebből 3.515 volt a megyei bíróságokon a fellebbezések száma (lásd Vavró: Gazdasági perek 1993-1998).

A közigazgatási pereknél a fellebbezések aránya 13-21% között volt 1993-98 között, és itt nem lehetett tartósabb tendenciát felfedezni, mert az 1993-as 18%-os arány két év múlva már 21%-os volt, majd süllyedni kezdett, és 1998-ban már csak 13% volt. Igaz maguk a közigazgatási perek tömegben állandó emelkedést mutattak, és az 1993-ban lefolyt 16.484 elsőfokú közigazgatási per (amelyre 2.943 fellebbezés esett) évről-évre növekedve 1998-ra már 40.252-re nőtt, és ez utóbbira 5.664 fellebbezés esett, ami ugyan ennek csak 13%-a volt, de ez is majd duplája az 1993-as 2.943 fellebbezésnek.

A munkajogi pereknél meglepően magas a fellebbezési arány Magyarországon. Míg a munkaügyi bíróságokra 1990-98 között 10-12 ezer perindítás érkezett, innen a fellebbezések száma a megyei bíróságok felé négyezer körül volt, ami egyharmad körüli fellebbezési arányt jelent. (Míg a polgári, a gazdasági és a közigazgatási pereknél ez csak láthatóan egyharmad körüli arány volt). Látni kell, hogy a fellebbezések aránya nagymértékben attól is függ, hogy mennyire egységes az első és a másodfok ítélezése. Ha nagymértékben eltérően ítéleznek a másodfokon mint az elsőben - tehát sikeres a fellebbezések aránya, akkor gyorsan megindul a fellebbezések számának növekedése. Ezzel szemben, ha ritka a másodfokon az elsőfokú ítélet megváltoztatása, ez visszahatásként csökkenti a későbbiekben a fellebbezések számát (lásd Posner 1990). Reménytelen ügybe senki nem vág bele szívesen, legfeljebb az időhúzás elérése ekkor az egyetlen cél.

A büntető pereknél 1997-es adatunk van csak a fellebbezések arányára. Ebben az évben 94.818 közvadás büntetőper kezdődött a helyi bíróságokon, melyhez 8.354 magánvadás per társult. A megyei bíróságokon ugyanakkor a fellebbezett közvadás ügyek száma 17.278 volt (lásd Solt 1999, 11. sz. melléklet és 26. sz. melléklet). Ez 18% körüli fellebbezési arányt jelent, vagyis nagyjából megegyezik a tágran vett magánjogi és közigazgatási pereknél látott számokkal.

Összefoglalóan ezekből az adatokból azt lehet kiolvasni, hogy a szűkebb polgári perek területén a fellebbezések aránya Magyarországon egyezőnek tűnik a nyugat-európai szinttel, noha nálunk eleve magasabb az ítéletig eljutó perek száma, így abszolút számokban ugyanaz a fellebbezési arány magasabb ügytömeget takar. A munkajogi perekben azonban meglehetősen magas nálunk a fellebbezési arány, és e mögött speciális okok húzódnak meg. Mint jeleztük, a bírósági ítéletek egységessége csökkenti, az itteni szétartás pedig növeli a fellebbezések számát egy-egy jogterületen, így egy magyarázatot adhat a munkaügyi bíróságok és a megyei bíróságok esetleges eltérő ítélezése. E mellett a munkaügyi bíróságok legitimitása és elfogulatlan döntésében való bizalom csekélyebb foka - a megyei bíróságokéval szemben - állhat még a magas fellebbezési arány mögött. Ezek azonban külön vizsgálat után állíthatók csak bizonyossággal.

Irodalom

- Anka Tibor/Bóka Judit (2000): Mediáció, egyeztetés, választottbíráskodás. In: Közjegyzői Közlöny 2000/7-8. 12-15.p.
- Bándi Gyula (2000): A közvetítés (mediáció) jogi szabályozásának továbbfejlesztése. In: Jogtud. Közlöny 2000/1. 11-19.p.
- Berghuis-van der Wijk, Irma (1982): Vermitteln oder Prozessieren? Faktoren, die die Häufigkeit gütlicher Streitbeilegung bei Rechtsanwälten beeinflussen. In: Blankenburg/Gottawld/Stempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 65-93.p.
- Böckstiegel, H. (Hg.)(1992): Schiedsgerichtsbarkeit im Umfeld von Politik. Wirtschaft und Gerichtsbarkeit. Baden-Baden. Nomos.
- Dévényi Norbert (1999): "Jog vita nélkül": közjegyzőség és mediáció Ausztriában. In: Közjegyzői Közlöny. 1999/9. 21.23.p.
- Falke, Josef/V. Gessner (1982): Konfliktnahe als Maßstab. In: Blankenburg/Gottawld/Stempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 289-315.p.
- Geis, Norbert (1999): Schaden für unsere Rechtskultur. In: internet
- Lovász Gabriella (2001): A mediáció Magyarországon. In: Napi Jogász 2001/4. 32-33.p.
- Kotzorek, Andreas (1987): Private Gerichte als Alternative zu staatlichen Gerichtsbarkeit. Mohr Verlag. 1987, Göttingen: Verlag Otto Sachwarz.
- Marsch, Stephen R. (1999): Mediation Pitfalls and Obstacles. In: Internet <http://adrr.co/adrl/essays.htm>
- Nacsády Péter (1998): Az amerikai mediáció. In: Magyar Jog 1998/5. 298-304.p.
- Rogowski, Ralf (1982): Die aktive Rolle des Richters im Prozessvergleich. In: Blankenburg/Gottawld/Stempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 171-187.p.
- Rottleuthner, Hubert (1982): Alternativen im gerichtlichen Verfahren. In: Blankenburg/Gottawld/Stempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 145-151.p.
- Rottleuthner, Hubert (1996): Umbau des Rechtsstaates? Zur Entformalisierung des Zivilprozesses im Bereich der Bagatelverfahren. In: Neue Juristische Wochenschrift. No. 38. 2473-2477.p.
- Röhl, Klaus F. (1982): Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz.. In: Blankenburg/Gottawld/Stempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 15-27.p.

- Scheingold, Stuart (1998): The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press. 1998 118-150 p.
- Shetreet. Simon (1982): Alternativen zum formalen Justizsystem: Ausländische Beispiele. In: Blankenburg/Gottawld/Stempel Hrsg. (1982): Alternativen in Ziviljustiz. Bundesanzeiger. Bonn. 111-123.p.
- Solt Pál (1999): Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács Elnökének tájékoztatója. (Országgyűlési beszámoló, J/819. sz)
- Vikman László (2001): Interjú Eörsi Mátyással. (Jogi Fórum 2001 ápr. 22.)
- Vavró István (1999): Közigazgatási perek 1993-1998. (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.
- Vavró István (1999): Gazdasági perek 1993-1998. (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.
- Vavró István (1999): Polgári perek 1993-1998. (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.
- Vavró István (1999): A munkaügyi perek adatai, a per tárgya 1993-1998. (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.
- Vavró István (2000): Újra megindult és szünetelő ügyek. (Elsőfokú polgári és gazdasági perek 1990-1998). (Kézirat. Igazságügyi Minisztérium.
- Wagner, Gerhard (1998): Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess: Kosten, Nutzen, Alternativen: In: Juristenzeitung 1998 No.17. 836-846.p.
- Winsvold, von Lars (1999): Gerichte und Rechtspflege in Norwegen. In: internet: <http://odin-dep.no/odin>
- Wolfgang, Voit (1997): Privatisierung der Gerichtsbarkeit. In: Juristen Zeitung 1997/3. 120-125.p.

Constitutionalization and the Political Fighting through Litigation

by Béla Pokol

Complicated relations in modern society cannot be regulated by law unless they are separated into several intrinsic layers. If we drop the textual approach to law, then we can have an unbiased view of the system of concept categories of each branch of law under the layer of the text appearing on the surface which constitutes the dogmatic layer of law; in addition to these, judicial case law - high court precedents, judicial practices making the open usage of acts and orders more accurate – represents the third layer of law. The relations of these three layers of law, their proportions to each other are different in each legal system, but to a certain extent all three have been present in modern legal systems of this last century. The appearance of constitutional jurisdiction, which subsequent to 19th century beginnings in America has spread in several European countries since the end of the 1940's and become a routine procedure after the changes in 1989 in Central and Eastern European countries, is a new product of development. Compared to dogmatically chiselled traditional administration of justice made more accurate by judicial case law, this new layer of law, which originally appeared in the form of human rights as the collection of ideological/political requirements outside legal systems in operation, is characterised by highly different features. One such difference is that the normative content of constitutional rights and freedoms and fundamental principles is more abstract than the rules of traditional fields of law. The other difference is due to the fact that relations between particular rights are mostly irreconcilably strained, and a certain right can be enforced only at the expense of another right or principle. These features did not cause any problems while people had to fight with them as ideal requirements, setting human rights against actual conditions, for the transformation of prevalent conditions. Judicial decisions based on them as constitutional rights and freedoms used for being applied in cases, however, often lead to legal uncertainty.

1. Three dimensions of constitutionalization

This particular problem of the layer of constitutional rights and freedoms has not been serious for predictable administration of justice even while its effect has been exerted on the legislator and other lawmakers. This has represented the prime rule during the recent half century in the countries where the institution of constitutional court has appeared. Constitutional rights and freedoms and fundamental principles have guided the alternative choice of the legislator and pushed the content of provisions of law in drafting acts and orders in the direction where the abstract instructions of fundamental rights and principles appear in them more properly. At this point, it is at most the question of democracy that is raised by the too wide power of judicial review exercised by the constitutional court. For the expression of the empirical will of the people in parliament formulated by the voting of millions is forced to the background on the grounds of the decision of a few constitutional court justices. In spite of the problem of democracy fundamental rights, which include overall aspects of justness, can reduce the amplitudes of the empirical will of the people based on short term and rather emotional moods of the masses. Making a somewhat aristocratic remark, it can be said that 'the radically subversive' element built into mass democracy can be

tamed by the constitutional court justices, who deliberate and make decisions in adherence to the standards of upper classes. Problems actually arise if this decision-making forum gets permanently and globally in conflict with legislature based on the empirical will of the people and the authoritative political elite.

It constitutes a new dimension when constitutional rights and freedoms go beyond determining the legislation and begin to exert directly determining pressure towards the micro-processes of law and judicial decisions in cases as well. In addition to these two dimensions, constitutionalization may touch jurisprudence and dogmatic activity: by connecting internal issues of various branches of law and dogmatic constructions of law to constitutional rights and fundamental principles; and by describing the dogmatic system of various branches of law more or less as being deduced from fundamental rights. Subsequently, a specific branch of law will appear as ‘a constitutional branch of law’ – ‘constitutional criminal law’, ‘constitutional taxation law’, ‘constitutional labour law’, etc. – and once this has been accepted by the lawyers in the given branch, then, in addition to law politics criticism alongside lawmaking, ‘the constitutional rights of the branch of law’ will be considered as the basis of interpretation of the rules of that branch by legislators as well. The constitutionalized jurisprudence of various branches of law may thus move in two, different directions: towards legislation they may appear as a new law politics assessment system, now condemning current legal conditions for lagging behind constitutionalized fundamental rights, and towards law enforcement as the supporters of judicial law enforcement with a new viewpoint driving law interpretation towards the constitutional rights under branches of law.

Out of the three dimensions of constitutionalization, only with respect to the constitutionalization of judicial proceedings is my intention in this study to examine the operation of the layer of fundamental rights, and to expound the problems that arise in this field. After that, in the final part of the study I shall describe the phenomenon of ‘political fighting through litigation’, which arise from these developments. By breaking elements up into three dimensions it is possible to assess the effect exerted by the layer of constitutional rights and freedoms on each layer of the legal system more accurately than by describing the constitutionalization of the entire legal system without any differentiation made. Thus, for example, at the comparative law conference arranged in 1998 in Bristol the papers prepared on this subject focused on ‘the constitutionalization of the legal order’ in summary, while they commented the current state of constitutional court’s judicial review of *the legislation* in various countries (see Koch 1998; Poplawska 1998). The subtle treatment of the subject allows that the effects of constitutionalization can be assessed in each dimension separately, and that the negative or positive assessment of one dimension should not influence the assessment made in the other dimension.

2. Two aspects of the constitutionalization of judicial proceedings

If the layer of fundamental rights go beyond the judicial review of legislation and begin to influence judicial decisions in cases, then the influence can be examined from two different aspects. Firstly, regarding that *the judge can decide the case by taking into consideration, in addition to the relevant legal rules, constitutional rights and freedoms*. That is, in this event, constitutional rights and freedoms exert their effect on the judicial decision not only through drafting laws to be enforced by the judge but in addition to/instead of that they directly appear in the formation of decisions. Secondly, regarding that it exerts an effect towards the constitutionalization of the legal order when participation in the litigation is disconnected from the state of being personally concerned and more

comprehensive groups, associations can enter the judicial proceedings for whom it is not the specific subject of the litigation that counts but the possibility to fight for a definite outcome of the litigation using it as means of shaping an overall issue. Let us look at these two aspects of constitutionalization, possibly called the substantive law and procedural law side of this process respectively, and the questions related them in more detail.

2.1 The substantive law aspect of constitutionalization

While in most of the countries where the institution of constitutional jurisdiction has been established, it has been confined to the judicial review of legislation, subsequently constitutional rights and freedoms and fundamental principles have not been granted a direct role in the micro-processes of law; in Germany and the United States since the mid 1950's attempts have been made in this direction. In Germany this problem area has been called 'the horizontal' effect of fundamental rights or, looking at it from another aspect, 'the tertiary direction effect' (Drittwirkung); in the United States since the 1960's when the theoretical treatment of the issues concerning new legal developments commenced, studies on the subject have been prepared under the headword: 'the constitutionalization' of solving problems in the administration of justice and society. The problems arising here are grasped in different width by the two thematic interpretations, and the wider, American thematic interpretation has corresponded to the actual situation that the constitutionalization of law enforcement has been performed on a wider scale and touching the operation of law more profoundly in the U.S. than in Germany.

In Germany the Constitution declares fundamental rights to be directly enforceable rights, and since the 1950's during the course of making judicial decisions the question has arisen what role constitutional rights and freedoms that seem relevant in the given case may have alongside applicable legal provisions (Alexy 1985). Logically, in this respect, three positions are possible. The first can be that the judge shall not take fundamental rights into consideration because the legislator has already been controlled and determined either by them or the constitutional court decisions interpreting them. In this direction the role of fundamental rights is somewhat stronger when the judge needs to take into consideration the guiding of the relevant fundamental rights and constitutional court decisions basically in formulating his decisions tied to the relevant provisions of law, but also in his interpretation work because of the openness of the provisions of law, and needs to implement his deliberation in view of these. Finally, fundamental rights will attain the strongest position in the forming of the judge's decision when the judge can (and shall) both refer to fundamental rights in the interpretation and *strike the applicable provisions of law down and base his decision entirely on constitutional provisions*.

These three positions emerged in German law literature from the beginning of the 1950's in the analysis of the possible effects exerted by constitutional rights and freedoms towards direct judicial decision; and the problem was called 'the horizontal effect' of fundamental rights in view of the fact that fundamental rights had originally protected the individual 'in vertical direction' against the state and the overall community. And now their effect in the interrelations, i.e. in the horizontal relations, between citizens was put into focus. The German Federal Constitutional Court thoroughly considered its decision made on the issue, and after the Federal Labour Court had ignored the provisions of labour law in a labour lawsuit and decided the case directly on the grounds of the Constitution, and a huge debate evolved in the literature on the consequences of this revolution in law enforcement, the Constitutional Court took the position that fundamental rights

might exert only indirect effect on judicial decision, and judicial decision might be based on them only to the extent of analysing the openness of the provisions of law, but laws should not be ignored. If a judge deems that a particular provision of law is in conflict with one of the constitutional rights and freedoms, then he can suspend his proceedings, and may appeal to the Constitutional Court requesting the examination of that particular provision of law. He himself, however, shall not ignore it.

Germans have been left alone with even this middle-of-the-road position of theirs because Austrians and Italians, who have had constitutional jurisdiction since as early as the 1950's, having examined the matter have decided that they do not approve of the horizontal role of fundamental rights even to such an extent. Also, in Germany, in spite of the declarative recognition, the inclusion of constitutional rights and freedoms into judicial decisions has remained moderate even in such an indirect function.

Constitutionalization has been performed on a much wider scale in the United States, and it has exerted a much broader effect on both the operations of the legal order and political life. Subsequently, since the 1970's a new tendency has begun to replace the old one, first by stopping further constitutionalization, then by a resolute reversal from the beginning of the 1990's (see Epp 1998).

In the United States the constitutionalization of judicial proceedings was greatly connected to the different dominance of political forces on member state and federal level and the opposition of the two levels for that very reason, which eventually resulted in the Civil War in the 1860's. The federal government, the federal legislature and the separate federal court system established on it traditionally constituted the depositories of the central formation of will in the United States just becoming uniform against member state laws and member state authorities; and the continuous extension of federal competencies during the recent one hundred years has been accomplished by the more and more broadening interpretation of the Constitution by the federal courts, and by the Federal Supreme Court, in the first place. One aspect of this has been (in addition to the widening legislative power of the federal Congress to the account of member state legislatures) *the inclusion of constitutional provisions pertaining to federal issues into judicial law enforcement, and through that the striking down of member state laws (and member state courts ordered to enforce them)*. To make this understandable it might be worth referring to the legal case from the beginning of the 1980's when a college in the U.S. entered a two-year contract with a PE teacher, but gave him notice after a year. The PE teacher intended to argue with the lawfulness of the notice not in compliance with labour rules, which would have fallen under the jurisdiction of the member state court, but by interpreting the loss of his salary as loss of property and basing his claim on the provision of the Constitution that sets forth that "no person shall be deprived of property without due process of law". This basis of litigation transferred the case into the competence of the federal court, and if the judges were inclined to interpret property in such terms, then a considerable part of labour cases would be executed as an action of infringement of a constitutional right and redress thereof. This case, however, happened to be allocated to Richard Posner, Chief Justice of the Chicago Federal Court of Appeal, who being an opponent of constitutionalization rejected the claim, and indicated to the PE teacher that in a member state court judgment would be made pursuant to labour rules probably in his favour (see Cohen 1985:1117-1118). *What counts here is that litigation is doubled by creating the option of constitutionalized litigation, and the plaintiff has the option of either prosecuting a constitutional lawsuit or trying to solve his or her problem*

pursuant to simple laws.

This tendency reached its peak by the mid 1970's and in federal courts a parallel 'constitutionalized' administration of justice evolved in addition to traditional techniques of litigation. The opposition evolving among lawyers and in courts made public opinion and politics aware of the emerging problems, and especially the law politicians of the Republican political side began to claim, more and more dramatically, the necessity of turning this process back. President Reagan put the issue in his election program at the beginning of the 1980's asserting that in the event that he was elected President, he would attempt to appoint federal justices who are against 'the constitutionalization' of judicial decisions. After he had been elected, his administration of justice managed to break through in the 1980's and once the federal judiciary had been replaced, constitutionalization ceased to be pursued in judicial proceedings to such a great extent. Eventually, through filling vacancies with the nine justices coming in turn in the federal supreme judicial forum by the beginning of the 1990's, it was possible to turn the majority of justices towards stopping constitutionalization. Against the line of 'constitutionalization' that began in 1953 with Chief Justice Earl Warren, and continued with Hugo Black, then with William J. Brennan, William O. Douglas, Abe Fortas, the camp for reversing the process was represented by Felix Frankfurter, John M. Harlan, William H. Rehnquist, Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, who fought a hopeless struggle with them in the beginning, and who have constituted the majority of the supreme judicial forum in America in recent years. Among law scholars Ronald Dworkin has to be considered the arch supporter of the constitutionalization trend, while it was Alexander M. Bickel who began to fight to cut it back in the 1960's, then since the 1970's Robert Bork and since the 1980's Antonin Scalia have written important works to carry on with the issue. (Eventually Scalia was appointed the associate justice of the Federal Supreme Court in the middle of the 1980's, but Robert Bork's nomination failed because of the political and media strength of the opponents who acted uniformly.)

Compared to the German 'horizontal effect', the constitutionalization of law enforcement in the United States was thus accomplished with a more penetrating force for a while. Constitutional rights and freedoms and supreme court decisions interpreting them in the U.S. are made part of law interpretation just like in Germany, but through the independent course of constitutional litigation it is also possible to strike down laws the way referred to above. A broad interpretation of constitutional rights and freedoms, and the deduction of numerous normative points of reference from constitutional fundamental principles, are instrumental in completely striking down simple laws and the constructions of the legal dogmatic behind them; and judicial decisions in cases can be made on the grounds of constitutional rights and the points of reference applied in the literature of rights that elaborate on them, instead of provisions of law made more accurate by legal dogmatics (with regard to family law in the U.S. see Schneider 1988:79-121). In terms of legal techniques it might not be out of the question that a new kind of predictability will evolve after a longer period, although because of the multitudes of necessary changes it is unforeseeable in what way this could happen, if it is possible at all; nevertheless, after a twenty years period of this trend the mainstream of American law has shifted towards reversing it.

2.2 The procedural law aspect of constitutionalization

In the United States, alongside the substantive law aspect of constitutionalization, from the 1960's developments on the procedural side began to shift traditional administration of justice to the

domain of constitutional law/public law for a while. The core of this was that individual litigation was replaced by mass action, which extremely enhanced the importance of judicial proceedings in view of conducting the struggles of wider groups of society. *And the execution of mass action pursuant to constitutional rights and freedoms actually created the alternative for groups of society of either organising themselves into parties and attempting to attain their goals in the legislation through modifying laws, or fighting for them through judicial proceedings thus changed.*

Traditional litigation was shifted into this direction along two, intertwined tracks of development from the beginning of the 1960's. One of them represented the evolution of 'public interest litigation' or 'public law litigation', and the other that of 'class action'.

(Public law litigation) Entering a traditional, civil action, or joining an ongoing action is possible only by a person whose interest protected by law is directly affected by the case in such action. The outcome of a massive court action often affects the status of other people in similar situation, especially when judicial precedent law plays a powerful role in the legal system of the given country. In this event, in any subsequent litigation this decision will be taken into consideration as precedent on behalf of the persons in similar situation; subsequently, for the persons who are in a situation similar to the individual litigant the outcome of the action is important. It apparently goes back to the fact that in the United States attempts have been made by outside parties to join judicial proceedings since the end of the last century. The first form of this effort was the 'amicus curiae brief' (see Kristlov 1963). This consisted of the description of a lawyer's position written by some respectable lawyer or law professor in order 'to help' to decide the given case. These letters expounded arguments, regulations applied in other countries which urged the judges who decided the case to proceed into a given direction. This activity is usually pursued by respectable lawyers, government officials, experts of large companies prior to superior court decisions of general importance, when the outcome of the case is meaningful for them. One version of the amicus curiae brief is the so-called *Brandeis-brief*, which expounds legal arguments and changes in social facts for the judges who decide cases, and attempts to attain secession from previous relevant precedents. Louis Brandeis, who later became the member of the supreme judicial forum, wrote his example setting letter in an important case in 1908, which, after a two page traditional legal argument, outlined in a 110 page study social changes calling for new decisions to be made by judges against old precedents. In the midst of the euphoria of transforming law into 'sociological jurisprudence' that drew upon social sciences this kind of letter set a pattern for 'social engineer' lawyers for long decades.

This antecedent makes the evolution of public law litigation from the 1960's understandable. At that time a modification was made in the rules of court, which allowed that anyone whose interest should be affected by the outcome of an ongoing action might join such action, provided that the party in the action in similar situation should not be able to defend the given interest. The judge was obliged to permit the joining of the action; and another clause allowed that the interested party might join the action, even if the claimed interest was properly defended, when an overall fact or legal issue was concerned in the action. The judge, however, had the right of deliberation whether to permit the joining of the action (Vreeland 1990:279-310). Since this modification in the rules of court intervention has taken place in multitudes of lawsuits, and now judicial decision may be influenced not only from outside with an amicus curiae brief, or in the form of a Brandeis-brief by overall interest groups, associations but also by the parties involved in the lawsuit.

In such event, however, the action will be essentially transformed, and *the emphasis is shifted from an individual's interest to win the action to the enforcement of an overall social group's long term interest*. Subsequently, the lawsuit is executed for the sake of winning a permanently better legal position with the participation of the unions of the relevant social group. This change in character will make the courtroom similar rather to the plenary session of a legislative body, with huge media publicity, and not the place where neutral lawyer's argumentation takes place. Litigation appears to be an alternative for political interest groups to attempting to fight for the modification of law as a lobby or a political party in parliament (see Chayes 1982). Choosing the option of political fighting through public law litigation is especially advantageous for ethnic groups or minorities because they can enforce their will with more difficulty in the majority legislature. A cutting back attempted in 1984 was justified by a preparatory subcommittee of Congress by stating that "The members of a particular race or sex can easily set up a group, given the inclination of the federal judges to acknowledge the litigation right of social groups defined in terms of sociology. Abstract rights and freedoms constitute a basis for such groups, which makes rights litigation similar rather to legislation than traditional lawsuit between class litigants" (quoted by Feinberg 1984:272). The golden age of public law litigation was in the 1960's but even in the period between 1986 and 1989 171 such cases can be found when examining actions executed in federal courts, in spite of the fact that by then the staff of federal judiciary had been mostly replaced, and justices considered the possibilities for joining lawsuits stricter when granting permission; and, consequently, the transformation of lawsuits into public law litigation was to a certain extent forced back.

When analysing the American impact in this respect on Western European countries, it can be seen that the appearance of public law litigation has taken place only partially. Because here it usually falls within the public prosecutor's competence to join a lawsuit if the interest of the litigant is not properly represented and bears an overall social significance (for a comparative analysis of this see: Feldman 1992). In spite of this, certain developments have already begun with a view to attaining that the law of the European Union shall be enforced through judicial proceedings against reluctant domestic laws by applying to the European Court of Justice regarding specific cases if the relevant social group has not been able to enforce it because of the resistance of domestic legislature (see Feldman 1992). In the form of a germ it is the same as what has resulted in 'the constitutionalization' of law enforcement in the fight between federal and member state political forces in the United States during the recent 40 years. In Europe quite often it is through the extension of the jurisdiction of the European Court of Justice based on the broadening interpretation of the Union's Treaty that member state legislatures are more strongly subject to the Union. Currently, however, on the level of the Union there is no fundamental rights charter (the European Court of Human Rights applies the European Human Rights Treaty regarding both the Union and each member state of the European Commission) and therefore 'the pushing forward' of the formation of will in Brussels has not been able to proceed by applying fundamental rights in a wider sense. Thus, although the status of the relation between the European Union and its members states is similar in every respect to the situation in the U.S. at the end of the 19th and the beginning of the 20th century, and there this situation led to the (federal) constitutionalization of law enforcement, this cannot generate similar phenomena among the member states of the European Union. But if a fundamental rights charter with proper legal force were after all established in the European Union, and attempts are being made to attain this goal by some political groups, then the creation of the United States of Europe would be supposedly accelerated through that channel as well.

With regard to public law litigation reference should be made also to the phenomenon of *strategic litigation*. This phenomenon evolves due to the existence of precedent law in the countries where precedent law plays a larger than usual role, and because of that in the United States public law litigation assumes the nature of strategic litigation. The point is that strong interest groups are interested not only in winning a particular case, they litigate not primarily to win a particular action but for the sake of enforcing a decision in a leading case in favour of them. One of the consequences of this is that if prospects in the particular lawsuit are unfavourable, then interest groups attempt in any way to come to an agreement with the opposing party, possibly by accepting worse conditions than the ones that they could after all obtain in the action, just to avoid that a sentence is made, so that no legal 'trace' of the given case should remain. On the contrary, if conditions for winning are good, then under no circumstances are they willing to come to an agreement because the prime aim is to attain precedent in the given case (see Tushnet/Schneider/Kovner 1988:975).

(Class action) This form has evolved primarily in mass claims for damages when due to a large company's responsibility for particular products or because of an environment polluting event crowds of several thousand or ten thousand people become affected. In this event those affected, forming a litigation group, enter the action as a quasi interest group so that the judge attain the payment of damages by fighting. But the spreading of 'class action' has transferred this form of litigation to numerous other fields, and measures of public administration agencies, school authorities, etc. are often attacked in this form. And through this spreading, class action often gets fused with public law litigation (see Elhauge 1991:72-77). In this event, a single judicial decision decides the case of ten thousands of people; what is more there are tendencies that on condition that anyone shall prove that he or she shall 'rank among the class', that is, shall be in a situation identical with the situation the parties involved in the action were in, a judicial certification may be issued to such person regarding the judgment of his or her claim without the need of such person formally taking part in the action because it is apparent that the judge – as any lawmaker – decides the case of huge social masses, and not the case of a particular individual.

3. Attempts made at constitutionalizing law enforcement in Hungary

Right from the outset it should be noted that in Hungarian judicial law enforcement no major shifts have taken place in the direction of constitutionalization; nevertheless, recently there have been attempts that indicate the appearance of concepts with an impact in this direction. In the description of the state of affairs in Hungary the analysis of these attempts is again worth splitting into two parts, and after exploring the substantive law dimension of constitutionalization the realm of procedural law needs to be looked at separately.

3.1 The substantive law aspect of constitutionalization.

The first point that should be made in the analysis of the state of affairs in Hungary is that the Constitutional Court created in 1989 by the change of regime was vested with an enormous power to review legislation, and the tribunal itself further augmented this power, but did not push forward to review judicial proceedings and decisions. (In adherence to the model evolved in Western Europe, in Hungary the Constitutional Court is operated as a separately organised body and it is not the Supreme Judicial Court that undertakes this task.) Nor did the provisions of the Constitution

allow this pushing forward, but – because in another respect it did not cause any problem for the judges of the Constitutional Court when extending their competence – it was much more important that feeling the tension generated by their expansive action against the legislature the judges of the Constitutional Court decided themselves in 1991, in the initial period of their operation, that they did not intend to compete with the law interpretation activity of the Supreme Court covering the entire judicial system (see the Constitutional Court Resolution of 57/1991).

A new attempt to create the path for the Constitutional Court's judicial review of the resolutions made by the Supreme Court on the unity of law seems to have changed this position. (The resolutions on the unity of law made by the supreme judicial forum are binding pursuant to the Constitution on lower courts when later they deal with cases similar to these.) The problem here is that this would make the direct effect of constitutional rights and freedoms and fundamental principles on judicial law interpretation formally recognised. So far the judges of the Constitutional Court have been able to intervene only in the drafting of laws pertaining to judges, and thus constitutional rights and freedoms and fundamental principles have exerted their formative effect only in this domain. By this step a fundamental breakthrough would take place, and abstract rights and freedoms would be directly asserted in the realm of judicial proceedings and decisions as well.

There is further cause for concern that should the path for constitutional court's direct judicial review of the resolutions on the unity of law be opened, then the halt prior to the decision made by the other, supreme judicial forum, also constituting judicial precedent law, will become simply unjustified. The path once opened for the constitutional law review of judicial law interpretation would be constrained to run through the entire high court case-law material. And if that happens, then for lawyers it will become a primary task to search for help in the field of constitutional rights and freedoms and fundamental principles in addition to the provisions of law unfavourable for their clients. These are abstract and flexible enough to make any case that seems to be losing defensible. And courts, either at lower or medium level, shall not reject to transfer the action to the domain of the Constitution as it is done today with reference made to the Constitutional Court Resolution 57/1991. (See the judicial decision 223. in 1998, for example.)

In summary, if the resolution on the unity of law were made subject to constitutional court's judicial review, then within a short time we would get through the necessary steps to the constitutionalization of law enforcement in the realm of substantive law, even if this would not be supported by the majority of constitutional court judges at all. And whether it would stay on "medium" level, as it was the case with the horizontal effect of fundamental rights in Germany described above, or would be transferred to the level of direct constitutional law litigation as happened in the federal jurisdiction in the U.S., cannot be predicted. This latter case has once occurred in Hungarian administration of justice when a local judicial court striking down the relevant provisions of legal rules decided an abortion case on the grounds of the Constitution. It was approvingly welcome by minor jurist circles but overall public opinion formed among lawyers and the judiciary reacted negatively to this case.

It should be noted that in Central-Eastern Europe it is Poland where attempts have been made to constitutionalize law enforcement, and until 1997 the constitutional court there had the power of obligatory law interpretation vis-à-vis judicial courts. Law interpretation pursuant to abstract rights and freedoms always draws ideological/political aspects more intensively, and finally this led to

open clash between the supreme judicial forum and the constitutional court judges. As a result of the clash the new Polish Constitution in 1997 voided the obligatory law interpretation power of constitutional court judges and their option to intervene in law enforcement. (See Poplawska 1998:132-133).

3.2 The procedural law aspect of constitutionalization.

As it has been described in the analysis of the constitutionalization of American judicial proceedings, in this domain legal actions are made subject to public law and constitutionalized by overall social groups who join the action alongside private persons directly interested in and affected by the action. *This shifts the emphasis from winning a particular action in the short run to indirect, long-term effects.* That brings along both permanent legal effects (e.g., obtaining a high court precedent which may create legal basis for later claims for a wide range of people affected by the given issue) and the involvement of a broader, political public opinion in the procedure of the action.

Looking at the activity of jurists, judges and lawmakers in Hungary, it can be immediately ascertained in summary that, contrary to the extensive presence of public law litigation and class actions intertwined with political implications in the U.S., these are not frequent in our country. The aforesaid abortion case, which has been the only example, even in terms of substantive law, of any attempt made at constitutionalization, appeared in the media and was considered by political public opinion as a place for clashing with advocates of contrary social views; and it involved the anti-abortion association and the data protection ombudsman, who referred to the protection of a constitutional right, as well as the law politicians of the small group of activist lawyers who were fighting for an overall constitutionalization of the judicial proceedings. Furthermore, in some of the criminal procedures with ethnic implications it can be observed that the representatives of human rights activist organisations with noticeable media support, the Roma Parliament, the National Ethnic Minorities Legal Aid Office, e.g., take firm action to defend perpetrators of Gypsy origin, and approach the problems of the criminal procedure in the light of constitutional law instead of the criminal law and the rules of criminal code. This phenomenon, however, has not yet evolved in wider areas in domestic jurisdiction.

Dissolving this summary statement and separating relevant legal frameworks, it can be said about the institutional and practical background concerned in the issue that *on the level of legal frameworks nothing would thwart the shifting of judicial proceedings towards public law.*

In civil actions in Hungary, pursuant to the European prime rule, public prosecutors also have an extensive right to enter an action and intervene in an action, although this right has been narrowed by the statutory modifications made after the changes in 1989; also, the Constitutional Court Resolution 1/1994 deemed that a part of public prosecutors' power to enter an action was anti-constitutional. But even today public prosecutors apply to take legal proceedings quite freely when the obligee is unable to defend its rights (see clause (1) §.9 of the Civil Procedure (CP)). Also, numerous special rules of law empower public prosecutors to bring a lawsuit or take firm action in civil lawsuits already initiated (see pp. 36-47 of the explanation of CP), In addition to public prosecutors, social organisations are also authorised by law in certain areas to bring an action or intervene in a lawsuit. Thus, Clause (2), §.109 of Act LIII of 1995 shall empower citizens' environment protection organisations to take an action in general provided that they shall notice

any activity that endanger the environment anywhere. Likewise, consumer protection social organisations shall be authorised under §.39 Act CLV of 1997 to do so in the event of any infringement of customers' rights (see pp. 40-41 of the explanation of the CP).

Also, wide legal frameworks for civil actions to attain the function of public law/political actions are created under §.54-57 of the CP, which regulate intervention in a lawsuit. It can be said that they allow intervention into an action on a much wider scale than the above outlined American solutions because there interested parties may intervene on condition that the interest in the action is not properly represented. The Hungarian regulation, on the contrary, does not make the rule subject to this restriction, and "anyone who is legally interested in what the outcome of the action in progress between other persons will be, may, prior to the trial preceding the passing of a judgment by a court of first instance has been adjourned, intervene in order to facilitate the winning of such action by the party with identical interest" (CP Clause (1) §. 54.). And, the points what the legal interest shall be and how directly one shall be concerned is left by the vague phrasing to be determined by the prevailing judicial practice. In the United States in the 1960-70's, e.g., when general political opinion greatly supported the implementation of social changes through law, judges were willing to approve any citizen's compliance with the condition of being legally concerned asserting that as a taxpayer any citizen should be concerned in some way in any legal case with broader impact (see Chayes 1982). In the judicial practice in Hungary the interest by which one is entitled to intervene is interpreted in a restrictive sense; and this regulation has remained problem free primarily because Hungarian civil organisations have not entered in their repertoire the attainment of their goals through lawsuits.

Furthermore, for assigning public law function to civil actions the institution of 'joinder' set forth under Hungarian regulation, provided for under §. 51 of the CP, is also at hand. It is in every respect basically identical with the American institution of class action, and a possible change in the strategy of domestic civil organisations can make it a suitable means of pushing actions into the direction of public law as it happened in the United States in the 1960-70's. Clause (c) of the aforesaid Section, e.g., allows the option of applying the institution of joinder, i.e., joint action, in a broad sense provided that "the claims in the action arise from similar content and legal base".

The joining of criminal actions by wider social groups, possibly associations, is allowed by the fact that §.57 of the Criminal Code secures participation in the action for "other interested parties". This innocent power under procedural law will, of course, exert a genuine overall effect when other interested parties who appear in criminal proceedings, or, possibly the association (or the representatives thereof) of a wider circle of the interested parties, base their claims on constitutional rights and freedoms instead of the procedural law and criminal substantive law, and thus change the function of the lawsuit. The same applies, as a matter of course, to joining civil actions. Such actions assume public law function also by their substantive law basis being shifted towards constitutional rights and fundamental principles and constitutional court decisions made on them alongside the procedural aspect of mass action. The joint effect exerted by the two domains will actually transform the traditional judicial proceedings.

Thus, in Hungary legal frameworks are available in the domain of procedural law for the constitutionalization of law enforcement; and, in addition to the confining effect exerted by the European law culture, it has been actually the lack of a strategy in this respect of domestic civil organisations that has fortunately safeguarded domestic law enforcement from being shifted

towards constitutionalization. It seems, however, that the intense responsiveness of dominant groups in the sphere of intellectuals and the media to the intellectual influence of American intelligent circles, makes this kind of shift more probable in our country than it has been possible in the Western European countries in the recent decades.

4. Political fighting through litigation

In European legal systems continuous political fighting and the competition between various decision alternatives, which have evolved after the attainment of political democratisation (thus, in the Western parts of the Continent since the second half of the 19th century, and in the Eastern parts, in their recreated form, since the political changes in 1989), are organised in parliament and around it. Political decisions becoming state decisions, thus laws, government decrees, etc., constitute the main path for attained results, agreed compromises of political fighting to become law. The different logic of law and politics will be at this point *transformed by an intermediary law politics sphere*, which nears them to one another through a series of transformations. This way the different logic of the two subsystems, the righteous/unrighteous approach in law, the assessment duality of either taking over the government or going into opposition as the logic of politics, will remain more or less intact, and politics will, after all, be able to transfer the majority priorities of the empirical will of the people into the law, the content of acts.

The intermediary law politics sphere between the distinct subsystems of law and politics rests partly on the side of the legal subsystem: in the form of lawyer associations and other professional organisations, which are no longer forums for elaborating models of legal dogmatic but forums for choosing between them – by paying attention primarily to social consequences and not simply to technical aspects of how to avoid contradictions in terms of legal dogmatics when choosing between various regulatory models *de lege ferenda*. On the other hand, law politics institutions evolve also on the side of the political system as the divisions of the law politicians of each political party: law work teams of parliamentary party factions, law departments and events of party colleges, e.g., can be referred to in this respect. This dual structure of law politics transforms the regulatory models that arise from within the law in two phases, and turns those supported by the majority in parliament into statutory orders. The organisation of law politics can be identified everywhere where a multiparty system and a parliamentary legislature is in the centre of the political system and the legal order. In Western European countries and after the political changes in 1989 in Central-Eastern European countries this law politics model represents the main path for the connection between law and politics.

It is possible to observe another model for connecting law and politics, which *attempts to transfer political aims to the realm of the law through court proceedings*; this model began to develop in the United States in the 1960's and became a dominant phenomenon for one and a half decade, but since the 1970's it has been forced back. Owing to American intellectual/political impacts, however, this model has appeared, since then, to a certain extent, in some Western European countries, in spite of the fact of having been forced back in its mother country; and, especially in the new Central European democracies certain jurists show responsiveness to it.

4.1 The evolution of political fighting through litigation

Wherever political democracy and alternative political efforts and interests may be openly asserted, on the sites of law determination opposing political forces will most probably appear as well. Thus, wherever within the legal system high court precedents play a major part in the determination of law, each political group will, understandably, push forward to influence them, because such precedents will determine the possibilities of taking action for thousands of concerned parties later on as law. How such pushing forward towards judicial decision takes place is determined by plenty of structural circumstances. To understand them it is worth comparing the two countries applying common law, the UK and the U.S. where judicial precedent law traditionally plays an important part, because in these two countries, in spite of having a common starting point, political fighting through judicial litigation has developed in strikingly different ways.

In the United Kingdom lawyers and especially barristers, authoritative in determining law, and the judiciary evolving from them have remained internally homogeneous in terms of politics, from first to last, essentially by being rested on the interests of the upper classes interested in the maintenance of the status quo. In most of the cases only political parties have been able to attain political changes in the existing institutions and prevailing solutions. It has contributed to this situation that -after the university training of lawyers the mechanisms of the professional career of barristers/judges select those promoted on the grounds of their commitment to the existing institutions. Barristers shall enter the circle of the Queen's Counsellors subject to the proposal of the Lord Chancellor, and the appointed shall enter high courts from there, but always from the row of judges one grade lower, thus the judges who accede to the position of Law Lords go through several screenings during a period of long years. This course of the professional career prevents lawyers with activist lawyer's attitude from playing a part of any importance in the determination of the English Law. On the contrary, from 1900 in the United States the focal point of tertiary level lawyer's training was more and more shifted to universities, and by the 1960-70's owing to the opening of the universities to the widest layers of society lawyers were recruited from the entire scale of society. Since then American jurists have consisted of black activists who studied Marxism and Leninism, just as well as bellicose feminists, activist lawyers of homosexual/lesbian groups, etc., and combative conservative activist lawyers organised as a reaction against them. And this internal distribution of political camps have taken roots in university departments with staffs of department professors working pursuant to different concepts of law; and, in like manner, renowned feminist activists, black civil rights activists and combative conservative judges opposing them have been appointed to the judiciary, subject to whether the conservative Republicans or the liberal Democrats have given the President of the United States and the legal administration.

These two opposing forms of professional organisation of lawyers have given different chances for political fighting through litigation to evolve; and, while in the UK this has blocked its way, and therefore political forces attempt to attain the changes important for them through parliamentary laws instead; in the United States the internal groups of lawyers having become politically heterogeneous and their spreading to most of jurist professor's and judicial positions have provided proper precondition for its evolution.

The lawyers split into political camps would, however, not have been able to establish the institution of political fighting through litigation themselves. And indeed another development,

“the rights revolution”, commenced after Earl Warren’s accession to the Chief Justiceship of the Supreme Court in the U.S. in 1953 contributed to its establishment as well. There are records from earlier of chief justices deciding cases pursuant to constitutional rights and freedoms instead of the provisions of laws, but after the appointment of Justice Warren, step by step, a majority evolved who deemed it possible to reshape the society of the United States through litigation for social changes based on fundamental rights. Numerous political efforts had been unsuccessful in getting through the legislation of either Congress or member states because they were supported only by minor groups of society, and the majority of society opposed them. It was in this situation when Warren became Chief Justice, and once Felix Frankfurter who opposed activist jurisdiction had left the forum of justices in 1962, “the rights revolution”, the trend of social changes through litigation based on constitutional rights and freedoms, could begin to develop unimpeded.

It was of course also of prime importance that in the 1960’s the Democrats gave the Presidents of the United States, first J.F. Kennedy, later assassinated, then Lyndon Johnson, who in their practice of appointing federal court judges promoted with the greatest enthusiasm law professors, activist jurists considered to be the advocates of the rights revolution. Federal court judges so appointed were more and more ready to approve litigation based on fundamental rights pursuant to the supporting precedents of the Supreme Court, and thus struck down laws passed by Congress and member state courts. Lawyers, citizens, following suit, became more and more “rights conscious”, and under the stimulus of support by federal courts based their lawsuits more and more on fundamental rights, avoiding legal actions based on simple provisions of laws.

This development was overwhelmingly supported by the majority of competent dailies and the media, and all this gradually built up a favourable atmosphere for rights service throughout the universities and in intelligent circles. (A typically recurring favourite scene of the films made in the 1960’s and 70’s showed a simple black workingwoman (a cleaning lady or a secretary, etc.) engaged in a lawsuit, who looking up at the figure over the entrance of the court and reading the words of the Constitution suddenly realised that she had rights and expressing it with simple words in the courtroom put verbose lawyers to shame.) Based on favourable media support and climate of opinion, in the beginning black civil rights movements, then, in the 1970’s, feminist movements, and finally, in the 1980’s, homosexual/lesbian movements built up their institutions. These three rights movements, which, mostly in association, have been able to dominate numerous American universities and cultural institutions since the 1980’s, have set an example for various efforts how to engage in political fighting through litigation. The movements of immigrants, environmentalists, the homeless, protectors of animals, etc. have all attempted to attain their political aims by applying the litigation strategy thus worked out.

Alongside the formulating of political will based on legislature, parties and parliamentary lobbies, all this generated a “secondary political system” in the United States from the 1960’s, which based on constitutional rights and freedoms led through judicial litigation. This tendency of development, however, began to break more and more since the middle of the 1970’s, and during the term of the Republican presidents (Reagan, Bush) in the 1980’s was very much forced back, but political fighting through litigation continues to maintain considerable positions.

4.2 The legal frameworks of political fighting through litigation

Lawyers split up into camps within the profession can use judicial action for political fighting only in the event that some rules of substantive law and the code of procedure are redrafted, or reinterpreted, so that instead of/alongside an individual party engaged in a legal action overall social groups may appear in the action and litigate in line with abstract and thus politically easily flexible fundamental rights, instead of simple provisions of laws. Now that the aspect of fundamental rights has been discussed, let us examine the rules of procedural law, which help this process.

One of them is the broadening of the legal term “standing”, the right to initiate an action or intervene in an action, which gives power both to the party who is directly and personally involved in the case and parties who are just loosely concerned. This broadening was made in the beginning of the 1960’s in the United States, and, as it has been referred to above, there were judges who were willing to approve any litigant party’s compliance with the condition of being legally concerned by asserting that as a taxpayer any citizen should be concerned in some way in any legal case with broader impact. A further process to widen proceedings was the broadening of the term ‘class action’, as a result of which several thousands of people and the lawyers of their associations could participate in the action: in a damage suit initiated because of the damaging effect of a product of a manufacturing company; for example, or, in a class action against an authority’s order. Another form of this was ‘public interest litigation’, or in other words “public law litigation”, which evolved also in the 1960’s, the main point of which was that when an overall legal issue or fact was in focus in an action, then anyone who were somehow concerned in the issue could join the action. Social movement lawyers specialised in political fighting through litigation made sure that the lawsuit focused not on simple provisions of law and the restricted legal deliberation thereof, but overall rights issues.

Finally, it was an important legal support in the development of political fighting through litigation that from the 1960’s, under pressure of presidential administrations supporting it federal laws were passed which allowed the assumption of legal costs by the state if in a rights action the plaintiff had won the action; and in such proceedings the postponement of the payment of legal costs until the end of the proceedings was permitted.

All these formed the basis, even on the level of procedural law, of the unhindered growth of political fighting through litigation in the United States.

4.3 The organisation of political fighting through litigation

The organisation basis of political fighting through litigation is constituted by non-profit, “public interest” lawyer’s offices, jurist departments of human rights institutions and various movements, associations. The existence of such organisations en masse in a country is a precondition required for this kind of litigation to develop to a noticeable level simultaneously with traditional litigation. For lack of these, it is vain that the high court judiciary becomes responsive to political fighting through litigation, it is vain that through their decisions they attempt to urge certain segments of society to attain remarkable changes; mass actions will fail, and without sustained effect the entire political fighting through litigation will come to a sudden stop. The supreme judicial forum in India, e.g., following the American pattern, commenced a practice of activist judgement to shape society at the end of the 1970’s, but due to aforesaid causes it died out without any effect after a while (see Epp 1998:110).

It was not like that in the United States. There the organisation of political fighting through litigation began as early as the beginning of 1900, although at that time the judiciary firmly resisted the appeal of fundamental rights and their adherence to the law was characterised by a rigid, conservative attachment to the words and phrases of legal rules. When quite rarely they acted firmly against certain laws in line with fundamental rights, even then they did that in the interest of the forces that protected the existing conditions and relations between forces; as in the *Lochner* case, e.g., which became the symbol of conservative activism for decades. In spite of all these, ACLU (American Civil Liberties Union) the first great fundamental rights organisation was founded in the United States as early as the beginning of the 1920's followed by NAACP (National Association for the Advancement of Colored People) that fought for equality of rights for black people and numerous other fundamental rights organisations. Right from the outset the most important one of these had always been ACLU, which had been funded since its setting up by American financial circles interested in changes, and in the beginning this organisation was the leaven in setting up several similar organisations, both by contributing to their organisation and funding them (see Epp 1998:27-49).

Without these organisations it would have been impossible to launch the rights revolution since legal costs that cover long, multiphase litigation were far more than the financial means of individual litigants. Only the financial support given by ACLU and the other fundamental rights organisation established with its help could guarantee that simple litigation was to be extended to litigation based on constitutional rights and freedoms. Indispensable was the presence of fundamental rights organisations in actions also because with traditional jurist's expertise and methods there would have been no chance for fundamental rights argumentation marshalling facts of moral philosophy, sociology and other branches of science. Only lawyers of organisations specialised in these fields were able to elaborate that.

After these beginnings, by the end of the 1930's, when by breaking the position of the conservative justices who opposed the New Deal the majority of the supreme judicial forum was turned gradually towards supporting the 'progressive' change, the spirit of 'Let's turn society from fundamental rights to progressive direction!' slowly began to spread at the peak of federal judiciary vis-à-vis the conservative majority in the legislature. This had been almost completed by 1947 but finally it was Earl Warren's appointment in 1953 that accomplished the revolution. The readiness of the majority of the justices of the Supreme Court, who turned against the legislature, to apply fundamental rights on an activist basis gave a further push to the development of cause lawyering organisations, and by the 1980's masses of them had been set up (Menkel-Meadow 1998:31-68). Alongside rights legal aid associations either incorporated into movements or built up as ancillary organisations of these, from that time began to take shape *the system of non-profit public interest lawyer's offices*, which were formally independent lawyer's offices just as any normal lawyer's office but the staff committed to specific causes were – and continue to be – actually regarded as activist lawyers, rather than neutral lawyers who worked purely for retaining fee. (The latter were called derogatorily 'hired gun' by activist lawyers contrasted with their unselfish, committed legal work.) But because on the grounds of legal regulations made from the 1960's the funding of constitutional rights litigation from public sources commenced and huge masses of such actions were initiated, alongside the initial committed lawyers entered neutral lawyers working primarily for money; thus, 'lawyer technicians', who worked essentially for retaining fee but continued to maintain a neutral relationship with the case and the client, were now distinguished from genuine

activist lawyers (see MacCann/Silverstein 1998:261-292). Since the 1970's in the several hundreds of lawyer's offices of this kind five-six thousand social movement lawyers have worked, including neutral lawyer technicians, and this number has not decreased ever since; although since the 1980's because of the federal judiciary having been shifted towards textual approach to rules of law the chances of this activity winning lawsuits have considerably diminished (Scheingold 1998:118-150).

Litigation based on social movement lawyers (or, as they call themselves 'cause lawyers') show some fundamental differences beside traditional, normal leading of actions by lawyers, and these features well indicate that political viewpoints directly enter the realm of procedure through the various legal aspects kept separately in traditional lawsuits. Five major differentiating features can be discerned in the legal actions of social movement lawyers compared to traditional lawsuits (see a summary on this in Trubek/Kransberger 1998:202-205).

1. *'Humanising the action'*, which means the attempt to confront argumentation confined to traditional legal aspects and the constraint to mould the case into legal categories; and the statement of the facts of the case with as exhaustive sociological data as possible. This kind of action has a great advantage in the American type litigation which is based on an extensive involvement of lay jurors with jurors present, in addition to criminal cases, both in civil actions and lawsuits that fall under other branches of law; and where the advocates of rights activism permanently require that the function of the jurors be augmented. Instead of reduction to legal aspects a wide-ranging statement of facts with emotional, moral, political overtones, addressed as much to the jury as the professional judge – this is what makes an action 'humane'.
2. *'Politicising actions'*, which means that instead of legal arguments and concepts that are traditional and politically mostly neutral (or, as phrased by social movement lawyers: that apply more concealed political considerations) overtly feminist, antiracist movement, etc. legal arguments are used subject to which particular sector of social movements the political fighting through litigation concerned falls under. It should be noted here that the university sections of American social movement lawyers, who have been able to establish themselves since the 1970's and 80's at law schools of universities, have consciously attempted to work out modifications of concepts and out of them systems of concepts under various branches of law which represent overtly feminist, racial (protective towards black or coloured people) or homosexual/lesbian legal constructions. And social movement lawyers use these in actions, preferably avoiding traditional law dogmatics concepts. Because these are, they believe, antifeminist, racist and heterosexually biased.
3. *'Making actions collective'*, which means that alongside the individual litigant as many number of other parties in similar situation are to be involved as possible. As it has been indicated, since the 1960's this has been made possible by joining public interest actions, class actions and by filling the federal judiciary in these years with judges who are responsive in this respect.
4. *'Making actions media events'*, which means that in the procedure of the action alongside the aim of winning the suit appears the aim of presenting the case (and the 'cause of movement') in the mass media. What is more, the broadest possible presence in the media through litigation constitutes an impact which outdoes the benefit of winning of the action, because the 'cause' becomes known to the general public, multitudes of sympathizers might be won, and the initiation of similar lawsuits in other parts of the country pursuant to the pattern presented in the media might be urged. Therefore, social movement lawyers often acquiesce in losing the action when the circumstances of the lawsuit make huge presence in the media probable. This

may, however, be in conflict with the aim of attaining an important precedent, which is one of the essential goals of social movement lawyers in rights actions (strategic litigation), and this urges them to refrain from litigation doomed to be lost. And, indeed, materials on ‘cause lawyering’ notice that quite often raging battles are fought between non-lawyer activists who prefer presence in the media at any cost and activist lawyers of movements who keep strategic legal aims much more in view (MacCann/Silverstein 1998:263-274).

5. *‘Emotionalising the action’*, which means that the litigant, often multitudes of parties, and the lawyer share emotional grounds. Social movement lawyers, cause lawyers are not simply ‘hired guns’ in the hand of the litigant who are ready to put into action their brilliant legal technique on behalf of any client for a proper fee, but ‘associates sharing ideas and principles’ who live for the ‘cause’ very much like their clients represented by them. This, however, often gives rise to the conflict that the client, with a view to concentrating on *his or her own particular interests*, might be inclined to come to an agreement and in general attempts to focus on his or her own specific case, while committed ‘cause lawyers’ fight for the *overall cause*. This tension can be eased by involving in the action as many clients as possible, because that way the all-embracing nature becomes manifest and the social movement lawyer concentrating on such all-embracing cause can act rather free from the requirements of the individual litigant.

All these features can develop in a powerful form if the costs of constitutional rights lawsuit are undertaken by the state, and in this event social movement lawyers will search for the client indispensable for the action purely as a justification; they may even pay, under some pretext, the person formally involved as plaintiff so that they could initiate the lawsuit based on the client. In this event, because the client is not to bear any costs, social movement lawyers can freely shape the action in line with the above-described features. That is why it means the greatest danger for political fighting through litigation when public funding of constitutional rights litigation is curtailed either by federal or member state legislature; and this has occurred several times in the United States in recent decades; to say nothing of the endless number of bills lying submitted to federal and member state legislatures.

After the descriptive presentation let us now briefly look at the track along which law and politics are connected in terms of assessment. While the law politics sphere organised around the parliament is based on keeping the logic of the two subsystems sound, and brings over regulatory propositions from the legal dogmatic sphere through double transformation without damaging the closed construction of law, political fighting through litigation takes political fighting and its viewpoints directly into the courtroom. Furthermore, as a precondition of that it politicises law departments of universities, and creates there overtly political law theories, legal constructions that overtly assume political viewpoints. *Political fighting through litigation thus evades legislature and using abstract constitutional rights and freedoms as weapons turns straight towards the courtroom, and with social movement lawyers, university activist law professors or courtroom cause lawyers, realises its goal directly inside law, preferably with huge presence in the media, broadcast live to public opinion.*

4.4 The appearance of signs of political fighting through litigation in Hungary

The legal culture and the organisation of lawyers in Europe do not favour the evolution of political fighting through litigation in Hungary as it has not been the case in other European countries either.

In Hungary the organisation of politics takes place rather steadily around the parliamentary field, and the departments of university law faculties are mostly attached to the politically neutral set of traditional law dogmatics constructions. Here the deep-seated attitude of lawyer's ethic represents adherence to dry/elegant argumentation in courtrooms, and the obligation to exclude direct political overtones. Therefore, political fighting through litigation has not been able to get a foothold even in the countries where constitutional jurisdiction has evolved. (In the beginning, from the end of the 1940's, this referred to Germany, Italy and Austria; then from the end of the 1970's Greece, Portugal and Spain followed suit; and after the political changes in 1989 most of the Central-Eastern European countries have also introduced this institution.) Germany has gone the farthest towards it by acknowledging the effect of fundamental rights in the interpretation of laws, but this legal possibility has not developed into political fighting through litigation, to the contrary, the inclusion of fundamental rights into the interpretation of the provisions of law made them 'embedded in legalese'. That is, it has been more typical that fundamental rights have been supplied with dogmatics and thus 'tamed' than fundamental rights have politicised judicial courtrooms.

After these antecedents it seems surprising that in spite of the fact that the existence of constitutional rights and constitutional jurisdiction in Hungary, as an institution created after the political changes in 1989, goes back only for ten years, but minor lawyer's circles have already set out to exploit the possibilities of political fighting through litigation. Looking at the sources of financing and intellectual motivations, these developments arise directly from the social groups interested in American political fighting through litigation, and they are actually the transplantation of institutions and solutions tested for decades into Hungary. Their basis is represented by the Central European University, the Fundamentum Human Rights and Documentation Centre and some social movement lawyers of various legal aid organisations and movements of various ethnical groups basically built up on the financial basis of the American Soros Foundation. Let us look at what chances they have for introducing the practice of American political fighting through litigation in our country.

What increase their chances are factors primarily outside law. Very strong support from the media creates the advantage which this little group enjoys, and the extremely centralised operation of the media in the capital city shaping public opinion of the entire country as well as personal ties between executives of the press, the radio and television makes this advantage very serious. Political fighting through litigation rests on the media, as it has been the case in the United States described above where 'the rights revolution' has been slowly attained also through the media since the 1920's.

Factors inside the law, however, do not favour this law politics strategy. The internal courses of judicial career separated from politics in 1997, and the appointment of judges and their promotion in the hierarchy of the profession is not possible unless in adherence to the patterns accepted by the entirety of the judiciary. This course of the career gives not much chance for activist lawyers breaking away from the European legal culture with a tradition of several hundred years – we can state our hypothesis; and, at this point, reference can be made to the effects arising from the patterns of the English judicial career which also hinder the spreading of activist lawyers for the same reasons.

A further obstacle in the way of the spreading of social movement lawyers is the fact that current Hungarian activist lawyers are almost exclusively university jurists, or legal experts at some

organisation, but they may not act as lawyers. The few lawyers who quite frequently use human rights motives in their argumentation, either for defence against the abuses in the phase of police investigation in criminal cases, or when threatening to apply to Strasbourg after having lost a case at home, are broadening the range of traditional tricks of lawyering rather than actually acting as social movement lawyers.

Among university jurists, however, a climate of sympathizing with social movement lawyering is more intensely present but it is probably based on the fact that they are not fully aware of the effect exerted by social movement lawyering and political fighting through litigation on the material of specific branches of law – and specific law departments! The positive attitude means much rather that “After all, constitutional rights represent a highly noble aim!” And, this, looking at it in itself, is true.

As a conclusion, it should be noted that in the United States the euphoria of the 1960’s and 70’s, once the effect of political fighting through litigation endangering the legal system had been experienced, was followed by a vehement reversal, and by now political fighting through litigation has become just a shadow of what it used to be. Information regarding this was totally lacking when after 1989 in Hungary we began to introduce constitutional jurisdiction as a counterpole of dictatorship, and public opinion often regarded the taking of constitutional rights further to the courtroom of normal forums of justice as the augmentation of democracy. This article can be nothing else but a brief introduction to throwing off one-sidedness.

5. Why has there been no ‘Rights Revolution’ in Germany?

Similarly to the United States, from the mid 1950’s Germany saw changes in the direction where in everyday judicial proceedings judges based their judgements, in addition to simple statutory law, directly on the constitution. A stronger version of this was supported at that time also by the highest labour court president Hans Nipperdey, who proclaimed the direct effect of fundamental constitutional rights (see Bumke/Schuppert 2000:25). In view of this, striking down the relevant statutory provisions judges could decide the cases presented to them. After heated debate, eventually the influence of fundamental constitutional rights was not able to gain ground in adjudication to such an extent, but indirectly, when the open aspects of statutory provisions had to be interpreted by judges in the light of fundamental rights, the building of adjudication on fundamental rights was attained. In the other countries of the world, where constitutional review had been institutionalised, the inclusion of fundamental rights into the adjudication was not followed in any way for a long time, and only in recent years have there been signs of it being followed in certain countries. (E.g., in Canada since the 1980’s, following the example of the US, in Italy following the pattern applied in Germany, shifts have taken place in this direction.) Thus it is interesting to compare the different features of the German and American fundamental rights jurisdiction that go back almost to the middle of the last century. In Germany this development has scarcely affected the total structure of law and the process of political decisions, and the layer of fundamental rights have mostly just supplemented the internal structure of law and politics. Contrary to that, in the United States it has exerted a cathartic effect both on internal elements of

the legal system and the operation of the law, as well as on the institutions involved in the political decision making. In the latter, fundamental rights adjudication has led to a social revolution, and the changes that have taken place in society, politics and law are summed up under the denomination 'rights revolution' in the relevant literature (see Epp 1998; Sarat/Scheingold 1998). In Germany, however, it has produced no more than shifts in emphases, but no 'rights revolution' can be referred to here.

What can be said in explanation of the absolutely different course of the process in the two countries?

The first point that should be considered is how 'rights revolution' evolved in the United States, the next thing to be examined is what obstructed the progress of similar processes evolving in each structural element of law and politics.

5.1. The development of the rights revolution in the United States

As regards the key elements in the development, the following phases and progresses can be discerned in the course of the rights revolution in the US.

1. The commencement of the process was represented by the appointment of Earl Warren, a former member state, Republican governor, Justice of the Federal Supreme Court in 1953, which appointment was later called by President Eisenhower the greatest error ever made in his lifetime. Contrary to the will of the majority in the legislature and the public opinion, Warren launched Supreme Court adjudication striving to refashion social conditions relying on constitutional fundamental rights. In the first years, due to the resistance of Felix Frankfurter and some justices forming a group around him, it was not able to evolve, but after Frankfurter retired in 1962, there was no more obstacles in its way. The strategy striving to restructure social conditions through adjudication based on fundamental rights was supported by a firm majority in the US Supreme Court throughout the 1960's. The changes in the internal relations of the highest judicial forum themselves, however, would not have been able to create the rights revolution; numerous additional circumstances and simultaneous changes were also required.
2. The key element in this was that the community of jurists in the United States was radically extended and subsequently fell apart politically. With the vast extension of university education in the 1950's and 60's, the number of college and university students multiplied in general (similarly to the radical extension that took place in this field in most of the countries in Western Europe), and the same extension took place at law faculties too. The governments succeeding each other acted uniformly as regards the fact that large numbers of students from poorer layers of society, specifically from black and Spanish minorities, were to be admitted to universities with the government's assistance. The communities of the American legal profession, formerly homogenous socially and politically, were, in the course of this radical extension, more and more disintegrated into political camps relentlessly opposing each other. The activists of 'The Black Panthers' acquired law degrees just as the children of conservative white farmers, or other children of poor minorities from the ghettos of American cities, and by the end of the 1960's multitudes of movement lawyers had been trained among the walls of law faculties. Given the presence of such jurist communities, the earlier neutral administration of justice became, in several respects, the terrain of political movement lawyers.

3. The falling apart of the legal profession in itself could, however, not have produced the rights revolution, if the socialisation of lawyers at the universities had been able to resist politicisation, and university law education had remained within the framework of the earlier neutral law dogmatics/case law. That was what began to disintegrate at the end of the 1960's, and the formerly reigning procedural law concept was more and more forced into the background by the 'moral philosophy' law concept shaping fundamental rights activism into a theory. The focal point of law was shifted to the level of constitutional rights, and the regulation of each branch of law was gradually transferred around the fundamental rights. These were, however, due to the abstract nature of fundamental rights, and the directions of fundamental rights contradicting each other, allowed freer judicial arguments and more discretionary jurisprudence corroboration. Family law, labour law, financial law, criminal law, procedural laws began to appear more and more as "derived" constitutional law branches, and in them overall ideological-political argumentation gained ground vis-à-vis the former neutral/law dogmatics viewpoint.

However, not only in terms of the overall law concept did this radical shift take place in the United States, faculty members were basically transformed too. Having become enormously huge, American university education required the multiple of earlier academics from the 1960's, and they were recruited mostly from lawyers' communities politically opposing each other. The black movement activists, the radical feminists, the homosexual/lesbian movement lawyers, etc. became the members of law faculties the same way as others coming from the legal profession socially/politically more heterogeneous. What is more, it can be said that it was just the members of law faculties that fulfilled the role of catalysts in organising the human rights/political movements of specific social groups. To a different degree at various universities, education at law faculties became to a certain extent the key channel for legal movements and political education at that time in the United States.

This was supplemented by the transformation of the conceptual material of each field of law from the aspect of movement lawyers. For example, the conceptual reinterpretation of family law, the creation of new concepts by the university jurists of radical feminists, or from another aspect the same was attained by the lawyers of homosexual/lesbian movements. Numerous fields of law, the concepts of labour law were transformed by the leftist/Marxist 'Crits', and in almost each branch of law an ideologically/politically competing conceptual material evolved. And most of the students studying at law faculties had the option to elect the set of movement law concepts in line with their origin, family background from the offer of political groups competing with each other at the faculties.

In summary, it can be said in this respect that legal education slipped from the neutral law dogmatics case law education to teaching the set of concepts of cause lawyering while training a steadily widening range of young lawyers.

4. These processes were supplemented, and made possible, by the changed method of social/political fight from the beginning of the 1960's in the United States. At that time the political organisations were aimed at the legislation of the Congress and the member states gradually changed direction, and following suit, induced by the adjudication of the Warren tribunal striving to refashion society, political movements started to build their organisations towards the court room through setting up their legal departments. In addition to the Supreme

Court, the Democratic governments of the 60's attempted to appoint judges to all federal courts who showed responsiveness to the rights revolution, and instead of simple legal material they built their judgments directly on fundamental constitutional rights, and were willing to concede the increasingly wider fundamental rights definitions of activist lawyers. E.g., in the event of employment contracts wages payable in the future were included in the concept of property, and thus it was possible to turn the majority of labour law proceedings into constitutional proceedings based on the protection of property under the constitution where an employee was dismissed from his/her job. Also, there were arguments which claimed that a worker's sole property was his/her working power, subsequently, in the event that a worker became unemployed, he/she was deprived of his/her property, therefore it represented that his/her fundamental constitutional rights were infringed in the first place. And the spreading of cause lawyering induced the Democratic presidential administrations of the 60's to elect federal justices more and more on the grounds of their earlier movement lawyer's career, and as a counter effect of which the Republican presidential administrations in the 70's tried to fill vacancies with emphatically conservatively biased university lawyers. Subsequently, after the university movement lawyer training, then the militant cause lawyering the federal judiciary was completed with jurists having such experience, or their political opponents. (At member state courts there were also shifts in this direction but this change took place mostly at the federal level in line with the fact that the 'rights revolution' was based on the fundamental rights provisions of the federal constitution.

In the beginning only a few large organisations were active in the forefront of cause lawyering. Thus, the establishment of ACLU, the American Civil Liberties Union constituted the commencement but as fundamental rights jurisdiction spread in everyday adjudication from the 1960's, gradually more and more new social groups and political organisations moved towards the direction where they established legal departments. Thus, after the cause lawyering organisations of the feminists, the gays, the black, the homeless, the widest range of minorities, including the blind, national minorities, etc., followed suit. Having anyway no other option owing to the oversized legal education, graduates found jobs at the thousands of movement lawyer's offices, and tried to live on public funds granted to minorities and the state budget amounts allocated to constitutional litigation. A not negligible proportion of the American legal community, which consists of almost one million members, is constituted today by these lawyers specialised in cause lawyering.

6. The above changes could not have occurred if the processes of 'rights revolution' had not been granted continuous support on the intellectual/cultural scene and in the world of the media arising from it in the United States. The leading newspapers, television channels, especially on the East Coast, gave the strongest support to the fundamental rights movements, and definitely helped from first to last to discredit and force into the background the 'conservative' lawyers' groups opposing them. Actually, this wide and intense media support allowed for the internal morale of universities to change, and for cause lawyering to settle at law faculties throughout the US.

7. With regard to the most ardent economic/political fights and the motives, it should be pointed out that it was the banking/financial capital that was all the time in the background of the fundamental rights movement. Even the first human rights organisation was supported by banking/financial capital from the 1910's, but also later it was the leftist and liberal groups of the banking/financial capital opposing the industrial/agricultural capital and their conservative social

groups that constituted the economic and political roots of the rights revolution. Contrary to the industrial/agricultural capitalist groups and the majority of society sharing views with them, the banking/financial capitalist groups interested in changes, and the leftist, liberal layers represented by them, attempted to gain ground through espousing the widest range of minorities. It was this that the rights revolution provided 'human rights' clothing for.

5.2. The effect of fundamental rights in Germany

The starting-point was given for the rights revolution in the middle of the 1950's just as much in Germany as in the United States. Hans Nipperdey as the President of the Federal Labour Court attained a judgment in this court, which in a labour case struck down the relevant labour law statutory provisions and used directly one of the articles of the German constitution as its basis (see Alexy 1985; Bumke/Schuppert 2000). The theory of the direct effect of fundamental constitutional rights elaborated by him was given certain support in the legal profession in Germany, but once they had thoroughly discussed the issue of relativizing legal provisions resulting from that and the devaluation of the role of codices controlled by the law dogmatics of each branch of law, the overall majority refused this alternative. After that the Federal Constitutional Court declared the *indirect* effect of fundamental rights in one of its judgments made in 1958. Accordingly, albeit justices had to take into account the relevant fundamental constitutional rights in the interpretation of specific statutory provisions, they were bound by the pure sense of the statutory provisions, and they were not allowed to set them aside with reference to the fundamental rights.

This indirect effect has become generally accepted in German adjudication, but actually, it plays only a secondary role beside the interpretation based on superior court precedents, or the law dogmatics literature for each branch of law. *In comparison with the American rights revolution, here the intertwining of constitutional fundamental rights into the judges' adjudication has substantially caused only minor shifts of emphasis.*

Let us look into what circumstances have protected the traditional structure of the legal system here from the rights revolution.

1. The key factor that stopped development towards the rights revolution was constituted by the German judiciary being embedded in the university jurists handling law dogmatics of the branches of law. It is especially true at the superior and Supreme Court level where personal ties with the groups of university law professors can be shown, but the socialisation of the entire German judiciary based on law dogmatics also played a part. And this is because a judge's career in Germany begins right after graduating from university, and it is subject to preliminary practice of law, and what happens at universities is handing over to and hammering the set of concepts of law dogmatics into the students. Isolation from lawyers and everyday life during a judge's career makes the judiciary more closed against social/political fights. Comparing them with the American judiciary, it can be seen that here judges are recruited from the layer of lawyers, also university jurists, who are expectants of positions especially in superior courts and supreme courts, and simultaneously pursue lawyer's activity too. This intertwined lawyer/judicial layer is integrated into social/political organisations in numerous ways.

Therefore structurally it is the isolation of the judiciary from social/political fights that is typical

in Germany, and their involvement in it that is typical in the US. This is what provides the key factor for the emergence of the rights revolution in the US, and this is what explains the rights revolution coming to a sudden stop in Germany.

2. In comparison to the US there is another difference in Germany and it is the internal homogeneity of the legal profession. Although the dimensions of the legal communities have dramatically grown also in Germany in the recent decades, and, contrasted with the formerly typical upper-middle class origin of the members of the legal profession, this has extended recruitment much more towards the lower layers of society, but the existing legal cultural patterns have been able to integrate the more heterogeneous young lawyers flooding in. That is, the internal cohesion, political homogeneity of the legal profession has been more or less preserved in spite of its radical extension, and the various differences in socialisation and origin of the young lawyers have not disintegrated the German legal profession, have not established markedly different political camps. All these make the neutrality of communication and contacts within the legal profession determinant.

3. The same political neutrality can be observed in the internal operation of university law faculties too. In spite of the differences in origin and socialisation having increased in the recent decades, university jurists have remained within the framework of politically neutral law dogmatics analyses, and *the differences in ideology and approach of various political movements have not been able to penetrate into the legal education as an alternative legal conceptual framework.* The recruits here are socialised to become lawyers not by selecting from the feminist family law, conservative family law, leftist-critical family law offer (in the same way the other branches of law could be referred to as well), but on the grounds of the basic concepts of the law dogmatics of the branches of law that remained uniform. Consequently, the neutral recruitment of lawyers have remained typical in the radically enlarged German legal profession in the recent decades from first to last, and 'movement lawyers' typical in the United States scarcely graduate from universities.

4. It is an important difference between the American and German legal scene that commitment to legal dogmatics in constitutionalization has remained unharmed in Germany. Although, among the jurists of the various branches of law indignation is often caused by the justices' innovations in dogmatics in connection with their specific judgments with regard to the internal regulation of each branch of law, but the important difference in this is that it is the justices themselves who at least attempt to tie their major intrusion into the branches of law to legal dogmatics revisions. On the one hand, this has lessened the extent of the evolved deviation from the regulation in various branches of law, on the other hand, through the simultaneous further development of legal dogmatics system an account can be demanded of later justices' decisions. Accordingly, there continues to be a limited possibility for making optional decisions on the grounds of political values, contrary to the American practice of constitutional jurisdiction. The commitment to the preservation of legal dogmatics free of all contradictions has hindered the German constitutional review from directly undertaking the solution of social/political tensions and trying to refashion the established institutions of society based on fundamental rights.

5. The relations inside the legal profession, the judiciary and the constitutional court practice have not favoured the strategy that in the US has driven a segment of political fights from legislative struggles to the courtrooms. While in the United States various nation-wide human rights organisations have been established based on this strategy, and all the political groupings have tried to build up cause lawyering departments, for example, in the form of public policy lawyer's offices,

human rights foundations, etc. and a layer of several thousands of movement lawyers have developed here, in Germany this strategy has evolved to a very low extent. As a substitution for this, reference could be rather made to the use of supranational European organisations for political purposes. Certain political groups, for example, try to attain recommendations based on human rights in the Parliamentary Assembly of the European Council which they can thereafter use as tools in fights regarding internal politics to drive legislation towards specific directions. Or, likewise, in Europe the claims filed with the European Court of Human Rights represent the realisation of political fight through human rights ideology against one's own state (that is, the governing party majority). They, however, play just an insignificant part in view of the entire scope of political fighting, which continue to be organised around debates in parliament. Political fighting through court proceedings and its cause lawyering institution system has remained vestigial in Germany.

6. No support has been given to the rights revolution in Germany by the intellectual/media sphere either. While in the United States the East Coast press, television channels have contributed the most intensively to developing the rights revolution and supporting the restructuring of existing social institutions, the sphere of the media in Germany politically more balanced and refraining from getting involved directly in politics has not seemed willing to do that. Subsequently, apart from the brochures of minor human rights movements possibly pointing at this direction, *these demands have not been able to become an overall force to shape public opinion.*

7. A more profound explanation for the difference between the German and American sphere of the media can be given by pointing at the difference in the strategies followed by the influential capitalist groups. In Germany there is no such severe opposition between the banking/financial and the industrial/agricultural groups that in the United States has induced to undertake even civil war conditions in recent years. Subsequently, this opposition can find its solution within the boundaries of multiparty system and parliamentary fights. Here, there was simply no need to "arm minorities with human rights" in the fights between capitalist groups. As Charles Epp, an excellent analyser of the 'rights revolution', asserts, ACLU, established and for a long time exclusively financed by the banking/financial circles, commenced its operation in 1910, and from then on its activists have had a central role in attaining each Supreme Court decision, setting up new human rights organisations (see Epp 1998:4). In Germany no such development has taken place.

In summary, while in the United States, after commencement in the 1950's, several factors strengthening each other developed the constitutionalization of adjudication, in Germany after a similar starting-point the circumstances with contrary sign and their cumulative effect brought this process to a sudden stop. Owing to that, fundamental constitutional rights as a new aspect were incorporated into the German legal order only as ancillary provisions. On the contrary, in the United States exerting cathartic effects and partly smashing the internal components of the legal system it developed into a rights revolution. Its after-effects can be identified even today in the American legal system, although since the middle of the 1970's great efforts have been taken and consequently counter-tendencies have begun to make good what has been damaged by the 'rights revolution'.

Fundamental constitutional rights cannot harmonically adjust to the layers of the law unless their effect, and the constitutional jurisdiction based on them, are directed towards the legislation and not directly towards adjudication. The comparison of the German and American legal development

is instructive in this respect.

Literature

- Alexy, Robert (1985): *Theorie der Grundrechte*. Nomos Verlag Baden-Baden.
- Bumke, Ch./G.-F. Schuppert (2000): *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*. Nomos verlag. Baden-Baden.
- Chayes, Abraham (1982): *Foreword: Public Law Litigation and The Burger Court*. In: *Harvard Law Review*. 1982 (Vol.96) pp. 4-60.
- Cohen, George M. (1985): *Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law; The View from the Bench*. In: *University of Pennsylvania Law Review*. 1985 (Vol.133) NO.5. pp. 1117-1166.
- Elhauge, Einer (1991): *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?* In: *The Yale Law Journal* (Vol. 101) NO.1. pp. 31-110.
- Epp, Charles R. (1998): *The Rights Revolution*. Chicago and London. Chicago University Press.
- Feinberg, Wilfred (1984): *Constraining "The Last Dangerous Branch": The Tradition of Attacks on Judicial Power*. In: *New York University of Law Review*. (Vol.59) NO. 2. pp. 252-276.
- Feldman, David (1992): *Public Interest Litigation and Constitutional Theory in Comparative Perspective*. In: *The Modern Law Review*. 1992. NO. Jan.
- Koch, Henning (1998): *Constitutionalization of Legal Order*. (Manuscript). Copenhagen (Bristol '98: XVth World Congress of Comparative Law)
- Krislov, Samuel (1963): *The Amicus Curiae Brief*. In: *The Yale Law Journal*. 1963. NO.2.
- Langer, Vera (1988): *Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: the Role of the Public Prosecutor*. In: *The American Journal of Comparative Law*. (Vol.36) Number 2. pp. 279-95.
- MacCann, M./Silverstein H. (1998): *Rethinking Law's "Allurements": A Relational Analysis of Social Movement. Lawyers in the United Sates*. In: Sarat, Aust In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford University Press. 1998. pp. 261-292.
- Menkel-Meadow, C. (1998): *The Causes of Cause Lawyering: Toward and Understanding of the Motivation and Commitments of Social Justices Lawyers*. In: Sarat. Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering, Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford University Press. 1998. pp. 31-68.
- Német, János (ed.) (1999): *A Polgári perrendtartás magyarázata (Commentary on the Civil Procedure)* KGJ. Budapest
- Pokol, Béla (2001): *Multi-layered Legal System*. (Manuscript) (Amsterdam XXth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy.)
- Poplawska, Eva (1998): *Constitutionalization of the Legal Order*. In: *Polish Contemporary Law. Quarterly Review*. 1988. NO.1.4. pp. 115-133.
- Scheingold, Stuart (1998): *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering, Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford University Press. 1998. pp.

118-150.

Schneider, Carl E. (1988): State-Interest Analysis in Fourteenth Amendment “Privacy Law”: An Essay on the Constitutionalization of Social Issues. In: Law and Contemporary Problems. 1988 NO.1. pp.79-121.

Tushnet, M./Schneider, N./Kovner, M. (1988): Judicial Review and Congressional Tenure. An Observation. In: Texas Law Review.

Vreeland, Cindy (1990): Public Interest Group, Public Law, and Federal Rule (24)a). In: The University of Chicago Law Review. (Vol. 57) Number 1. pp. 279-310.

Béla Pokol

Professor of the Eötvös Lóránd University

Law Faculty

H – 1053. Budapest, Egyetem tér 1-3.

E-mail: pokolbela@matavnet.hu

Ujvári Ákos
Adalékok a jogos védelem és a védelmi berendezések viszonyának
értelmezéséhez

A Btk. 29.§-ában szabályozott jogos védelemnek az ítélkezési gyakorlatban való megítélése számtalan elméleti és gyakorlati kérdést vet fel napjainkban. Természetes, hogy a címben foglalt kérdéskör csupán “egy szeletét” jelenti a felmerülő problémáknak, de úgy gondolom-figyelemmel a közbiztonságban észlelhető negatív irányú tendenciákra-, hogy az e problémakörben megjelenő okfejtések különös jelentőséggel bírhatnak a szóban forgó jogintézmény tekintetében.

Ha a támadás nem kezdődött meg, és megkezdésének nagyon rövid időn belüli veszélye nem áll fenn, nem lehet szó jogos védelemről. Nem értékelhető tehát jogos védelemben elkövetett cselekményként, ha valaki például a tolvajok elleni védekezésnek azt a módját választja, hogy az ajtó kilincsén áramot vezet keresztül.⁽¹⁾

A fenti-az ítélkezési gyakorlattal összhangban lévő okfejtés a maga általánosságában dogmatikai szempontból nehezen vitatható és vitatandó. Azonban a helyzet megítélésem szerint nem ilyen egyszerű. Az e vonatkozásban kialakult bírói gyakorlat rövid ismertetését követően megpróbálom felvázolni azt a konfliktust, amely e téren az egymással szembefeszülő társadalmi érdekek megjelenéséből fakad.

A támadásnak, illetőleg a támadás közvetlen veszélyének objektív fennállása hiányában a jogos védelmi helyzet nem áll fenn. A magánlakás zavartalan használatához fűződő érdek védelmében a bűnelkövetés megelőzését, illetőleg annak megnehezítését szolgáló megoldások és műszaki berendezések alkalmazása-az arányosság követelményére tekintettel-csak abban az esetben biztosítja a jogos védelem körébe eső büntetlenséget, ha azok mások életét, testi épségét vagy egészségét nem veszélyeztetik (BH 1995/685), ily módon rendelkezik a Legfelsőbb Bíróság a joggyakorlatot orientáló eseti döntésén keresztül. A szóban forgó kérdés hathatósabb vizsgálatához szükségesnek érzem a fenti határozat történeti tényállásának, valamint jogi indokolásának rövid ismertetését.

Az eset történései tömören a következők: a vádlott a lakása ajtajának kilincsébe áramot vezet, hogy az őt rendszeresen zaklató sértett a lakásba bejutni ne tudjon. A sértett egyik nem kívánatos látogatása során a kilincset megérinti, sérülés őt nem éri, de a halálos eredmény bekövetkezésének a reális lehetősége fennállott, így a vádlott terhére a Legfelsőbb Bíróság megállapíthatónak vélte az emberölés büntettének kísérletét.

A formai ismérvei alapján bűncselekményt megvalósító védekező tevékenység jogszerűsége kizárólag akkor vizsgálható, ha az már megindult, folyamatban lévő jogtalan támadás vagy a jogellenes támadás közvetlenül fenyegető veszélyének leküzdésére irányul.

Az általános fenyegetettségi érzés, a jogtalan támadás bekövetkezhetőségének *távoli veszélye* éppen ezért a Btk. 29.§. (1) bekezdésében foglalt jogos védelmi helyzetet *nem alapozza meg*.

A támadásnak, a támadás közvetlen veszélyének mindemellett objektíve kell fennállnia, ebből következően aki csupán úgy véli, hogy pillanatokon belül támadás fog ellene irányulni, nincs jogos védelmi helyzetben, ha ez a feltételezése valóban téves. E vélt jogos védelmi helyzetre a Btk. 27. §. (2), (3) bekezdése szerinti, a cselekmény társadalomra veszélyességében való tévedésre vonatkozó szabályok alkalmazandók. (Ehelyütt csupán utalok rá, hogy véleményem szerint a vélt jogos védelem esetén a *ténybeli tévedésre* vonatkozó szabályok alkalmazandók-Btk. 27. §. (1) bek.-szemben a Legfelsőbb Bíróság irányadó álláspontjával és egyben osztva Földvári gondolatmenetét^(2.))

A védelmi cselekmény azzal a feltétellel jogos és megengedett, hogy az adott körülmények között a támadáshoz viszonyítva szükséges és arányos. A 29. §. (2), (3) bekezdésében meghatározott ijedtséget, menthető felindulást a jogtalan támadásnak illetve e támadás közvetlen veszélyének kell kiváltania.

Jelen esetben a vádlott már akkor áram alá helyezte lakása ajtajának kilincsét, mikor még őt vagy a leányát, jogtalan támadás nem érte, és ilyen támadás közvetlenül fenyegető veszélye sem állt fenn, ebből kifolyólag a 29. §. alkalmazása kizárt-hangzik a legfelsőbb bírósági érvelés.. De még arra sem volt alapos oka, hogy a jogtalan támadás fenyegető veszélyét feltételezze, így a vélt jogos védelem alkalmazási feltételei sem állnak fenn.

A sértettnek a magánlakás zavartalan használatához fűződő érdekét és ebből adódóan személyi jogokat sértő magatartása személy elleni jogtalan támadásként értékelhető, ezért az ezzel szembeni szükséges mérvű védekezés joga a vádlottat megillette. *A vádlott azonban az elhárító mechanizmust már jóval a sértett látogatását megelőzően működésbe hozta, másfelől élete nem forgott veszélyben, de a “védelmi rendszert” mégis olyképpen működtette, hogy aránytalanul súlyosabb eredmény (halál) bekövetkezésének lehetőségét teremtette meg, mint amilyennel a később valóban realizálódó támadás járt vagy járhatott volna.* Ez az aránytalanság

önmagában is kizárná a 29. §. (2), (3) bekezdésének alkalmazhatóságát, mivel, a támadás elhárítására való huzamos készülődés miatt, ez esetben szóba sem kerülhet a rögtönös ijedtség, menthető felindulás.

A fenti érvelés a következő zárótételnek volt lényegében az előkészítése: *a jogos védelem körén kívül eső, biztonsági, megelőző tevékenységként fogható fel a vádlott cselekménye.*

Az indokolás további része, napjaink egyre csak romló közbiztonsági helyzetére reagálva, a jövőbeni hasonló ügyekkel kapcsolatos ítélkezési gyakorlat számára nyújt direkt módon útmutatást.

A közbiztonság romlása szükségessé teszi a jelző, védő mechanizmusok kialakítását, azonban a bűnelkövetés megelőzését, illetőleg megnehezítését szolgáló megoldások és műszaki berendezések alkalmazása-az arányosság követelményére figyelemmel- csak abban az esetben biztosítja a jogos védelem körébe eső büntetlenséget, ha azok mások életét, testi épségét vagy egészségét *nem veszélyeztetik.*

Ennek a követelménynek az őrzött épület kerítésének, nyílászáróinak halálos áramütésre alkalmas módon történő-feszültség alá helyezése nyilvánvalóan nem felel meg, még akkor sem, ha az ilyen akadály létesítésére az építmény, lakásbelső-*bárki által engedély nélkül meg nem közelíthető-részében kerül sor.* Hiszen a védett területre való *behatolás* nem csak jogellenes, hanem végszükség, egyéb körülmények esetén *jogos is lehet,* márpedig a jószándékúan közbeavatkozó személyek ilyen-előre fel sem ismerhető és mérhető-veszélynek értelemszerűen nem tehetők ki.

Másfelől a védekezés csak az arányosság követelményein belül jogos, így e kereteken preventív eszközök hatása sem léphet túl.

Eddig tart a Legfelsőbb Bíróság terjedelmes indokolása. Azonban a közbiztonság említett rendkívüli ütemű romlása, szakmai körökben a Legfelsőbb Bíróság jelenleg irányadó álláspontjától gyökeresen eltérő véleményeket is felszínre hozott.

Az emberiséggel egyidős az a védelmi ösztön, amivel az óvatos ember a jogellenes támadásokra már in abstracto, a támadással való közvetlen fenyegetést megelőzően felkészül.

A bezárkozás, a bemenetel jogszerű módjának lehetetlenné tétele emberemlékezet óta olyan közismert figyelmeztetést jelent, melyet mindenki megért: a bemenet tilos és a tilalom-ellenes behatolás veszélyes. Ezekből kifolyólag tartja Székely János megfogalmazhatónak, hogy miután a kerítésen keresztül jogtiszta ember általában nem közlekedik, aki ilyen jogellenes behatolás során felnyársalja magát, akit a kutya

összeharapdál az a saját bűncselekménye elkövetéséből háramló kockázatot köteles maga viselni. A bemászó tolvaj, mint jogtalan támadó nem igényelheti, hogy a jogosult tekintettel legyen rá, és “munkája” veszélytelenségét biztosítsa.⁽³⁾

Az itt megfogalmazottak felfoghatóak az ítélkezési gyakorlatban már fellelhető “a jogtalan támadó viseli a kockázatot”-tétel (BH 1996/292)⁽⁴⁾ elvi tovább fejlesztéseként is.

Székely által ily módon megfogalmazott gondolatok nyilvánvalóan az absztrakció egy magasabb szintjén is érvényesek. A kerítésen történő bemászás csupán szimbolizálja a jogtalan támadásoknak azt az esetét, mikor *a jogos védelem gyakorlására jogosult személy nincs a jogtalan támadás helyszínén* így a védelmi jogát már, vagy még személyesen gyakorolni képtelen.

Az ún. önlövő készülék (Selbstschuss, a lövési mechanizmust a jogtalan támadás váltja ki, anélkül, hogy a megtámadott tevékenységére szükség lenne) elismertnek volt tekinthető a német és az osztrák jogban a XIX. században, még hozzá abban az esetben, ha a tolvaj újabb behatolásának fenyegető veszélye fennáll és a nem-tolvaj szándékkal a területre lépő haramadik személy sérülése kizárható.

Székely által megfogalmazott kritikai álláspont szerint az, hogy az elhárítást jóval a várt támadás előtt előkészítették, nem változtat a védelmi cselekmény jogi megítélésén, hiszen *a védelem hatékonnyá csak a támadás pillanatában válik.*

Ez a gondolatmenet teljes mértékben összecseng Angyal Pál védelmi készülékekkel kapcsolatos állásfoglalásával: *“Az önműködő védelmi készülék-az ún. Selbstgeschoss, pl.:önműködő fegyver, csapda, farkasverem-ha éppen a támadás váltja ki a működését: közvetlen támadással szemben véd.”* ⁽⁵⁾

A Székely János szerint a védelmi berendezés alkalmazása elvileg már csak azért sem kifogásolható, mert a jog nem írja elő, hogy a jogos védelmet csak személyesen lehetne kifejezni.

Az idézett szerző szavai *erős eszmei rokonságban* állnak *Jhering*⁽⁶⁾, múlt században megfogalmazott de nyugodt szívvel örökérvényűnek tekinthető gondolataival.

Nem volna szabad, hogy az ítélkezési gyakorlat a Btk. 29.§-ának a védelmi helyzetben lévőre nézve túlzottan szűk értelmezése folytán segítő kezet nyújtson ahhoz, hogy a “jogküzdelem jogellenes küzdelemmé váljék”, azáltal, hogy “a bűnös nyert oltalmat a megtámadott lett védtelen”.

Anélkül, hogy egzakt módon meg nem határozható fogalmak bevezetését tartanám szükségesnek a büntetőjog szigorúan merev dogmatikájába, meg kell állapítanom, hogy a jogos védelem azon jogintézmények körébe vonható, amelynek értelmezése során nem hagyható figyelmen kívül a jogtalan támadásokkal szembeni jogos védekezés lehetőségéről a *társadalom tagjainak tudatában élő kép*.

Ugyanis-Jhering szavaival élve-a polgárok természetes jogérzetét, hosszútávon figyelmen kívül hagyni nem lehet, ha mégis ezt kísérli meg az államhatalom, cserbenhagyja a sérelmeket jogtalanul elszenvedetteket és megköveteli polgáraitól saját joguk feláldozását a jogtalansággal szemben, akkor ezzel *jogellenes küzdelemre sarkallja a társadalom tisztességes, jogért harcoló részét*.

A fentiekkel ellentétben *Borai Ákos*⁽⁷⁾ álláspontja a Legfelsőbb Bíróság által kifejtettekkel áll összhangban.

Borai szerint az életet, testi épséget veszélyeztető védelmi berendezések alkalmazása során, az esetleges *veszély távoli volta* miatt, az elkövető védekezési szándékának nincs büntetőjogi relevanciája, a jogos védelmi helyzet kizárható ebből a körből.

Az említett szerző, a védelmi berendezést működtető személy büntetőjogi felelősségét úgy vizsgálja, hogy figyelmen kívül hagyja azokat a körülményeket, melyek cselekményének társadalomra veszélyességét esetlegesen kizárhatná. Álláspontja szerint, a védelmi berendezést alkalmazó elkövető alapvetően szándékos elkövetés miatt felel (természetesen kivéve ez alól a szándékon túli eredményért való felelősség eseteit). A *támadás távoli veszélyére* hivatkozással, a jogos védelem lehetőségének kizárásával a védelmi készüléket alkalmazó személy büntetőjogi felelősségét ugyanolyan mértékben találja megállapíthatónak, mintha telkét, házát, vagyonát személyét *folyamatos és ismétlődő*-különös részi törvényi tényállást megvalósító-támadások nem is érték volna.

Hasonló elvi alapokoról építkezve ugyanerre az álláspontra helyezkedik a Legfelsőbb Bíróság BH 2000/97. számú eseti döntésében. Eszerint: *a több emberen elkövetett emberölés büntettének a kísérletét eshetőlegesen szándékkal valósítja meg, aki az áram alá helyezett vezetékhalózatot a kertjébe telepíti azért, hogy gyümölcsösét a tolvajoktól megvédje, és ezáltal*

egy ember az áramütés folytán bekövetkező halálát okozza. Nem állapítható meg jogos védelmi helyzet, ha a jogtalan támadás vagy annak közvetlen veszélye hiányzik, és a szóba jöhető jelentéktelen, vagyon elleni támadás elhárítása nemcsak a jogtalan támadókat, de ártatlan személyeket is érint.

Az irányadó tényállás alapján jelen ügyben megfogalmazott, kizárólag a konkrét esethez tapadó jogi következtetések témánk szempontjából kevésbé juthatnak jelentőséghez, hiszen ebben az esetben a vádlottat a “védelmi készülék” elhelyezése, üzemeltetése során nem a jogtalan támadások elhárításának a szándéka, hanem az általa korábban a tolvajok tevékenysége miatt elszenvedett sérelmekből fakadó *bosszú* motiválta.

Ellenben, a fenti eseti döntésben az absztrakció magasabb szintjén kifejtett legfelsőbb bírósági érvelés a dolgozatomban felvetett probléma feltárásához segítséget nyújthat.

A Legfelsőbb Bíróság szerint, az adott esetben a jogos védelem a vádlott javára azért nem állapítható meg, mert olyan “önműködő rendszert” létesített, amely *nemcsak a közvetlen fenyegető jogtalan támadás* esetén lépett működésbe, hanem a támadás, illetve annak közvetlen veszélye létrejöttének a hiányában is folyamatosan, és ez alkalmas volt arra, hogy nemcsak jogtalan támadókat, hanem másokat, ártatlanokat is sértsen.

Álláspontom szerint ebből a gondolatmenetből egyszerű logikai művelet folytán *a contrario* következik, hogy az olyan önműködő rendszer, amelyet *kizárólag* a jogtalan támadás, vagy annak a közvetlenül fenyegető veszélye *hoz működésbe* a legfelsőbb bírósági érvelés szerint is megengedett.

Ilyen esetben a Btk. 29.§-ának vizsgálata nem tolható félre azzal, hogy a védelmi berendezést működtető személy már a közvetlen fenyegetettséget megelőzően megteremtette a későbbi működés feltételeit, hiszen hatékonyra a berendezés csak a közvetlen fenyegetés, vagy támadás pillanatában válik.

Ilyenkor a következő “lépcsőfok”-a jelenleg érvényesülő joggyakorlat szerint-a jogtalan támadás és a védelmi cselekmény arányosságának a vizsgálata következhet.

A fenti érvelésemet a BH 1995/685. szám alatt megjelent-a dolgozat elején részletes elemzés alá vett-eseti döntés nem osztja.

A társadalomra veszélyesség kizártsága a jogos védelem megállapíthatósága folytán nyilvánvalóan függ attól a körülménytől, hogy az állandó birtoksértésben megjelenő valamely vagyon-,vagy személy elleni bűncselekmény kísérletét avagy nem büntethető előkészületét megalapozó magatartások mögött, milyen-a külvilágban is kifejezésre jutó és ezáltal a védelmi helyzetben lévő által észlelhető-tudattartalom, *szándék*

húzódik meg a birtoksértô részérôl (vagyon avagy személy elleni támadásra készül-e).

Mindezekbôl kifolyólag számomra természetes, hogy önmagában ez a bizonytalansági tényezô *eleve* nem zárja ki a jogos védelmi helyzet létrejöttének megállapíthatóságát.

A korábban ismertetésre került, a gyakorlatban már részben érvényesülô elvek tükrében leszögezhetőnek vélem a következőket: *nem terhelheti a jogtalan behatolás jogi minősítésének bizonytalanságából eredô kockázat a jogtalan támadással fenyegetett személyt, amennyiben a területére (lakásába) való behatolás jogellenességérôl (jogtalanságáról), az adott körülményekhez mérten alaposan meggyôződött.*

Ilyen esetekben, ha a jogos védelmi helyzet létrejöttét elfogadottnak tekintjük, az arányosság vizsgálata tekintetében a joggyakorlatban már gyökeret eresztett “támadó viseli a kockázatot”-tétel (BH 1996/292) nyomdokain haladva, megfogalmazhatjuk: a védelmi cselekményének az intézett, vagy a közvetlenül fenyegetô jogtalan támadással szembeni arányossága szempontjából annak van jelentősége, hogy *mi az a maximális sérelem amelyet a potenciálisan fenyegetô támadás az adott körülmények között (ilyen értelemben relatíve) objektíve okozhat, vagy okozhatott volna. A Btk. 29. §-ának meghatározásánál alapulvett rendkívül kiélezett élethelyzetek esetén-ahol a jog áll szemben a jogtalansággal-ennél szigorúbb arányossági követelményszint nem támasztható a támadással fenyegetett személlyel szemben.*

(Természetesen nem elhanyagolható előkérdés, hogy egyáltalán jelentőséget kell-e tulajdonítanunk a joggyakorlat által kikényszerített, de a Btk. 29.§-ában nem szabályozott arányossági követelménynek, mely követelmény érvényesítését egyes szerzők a törvény szövegébe ütközô jogértelmezésként fognak fel⁽⁸⁾. A dolgozat keretei e kérdés részletes feldolgozását nem teszi lehetővé.)

Összegzésként a védelmi berendezésekkel kapcsolatos álláspontom a következő:

A jogos védelem gyakorolhatóságának a mai joggyakorlathoz viszonyított kiterjesztése-pontosabban dogmatikai szempontból megfelelő értelmezése-kockázatosná teheti a bűnelkövetést.

Ekkor valóban érvényre juthat Löffler által a *jogos védelem edukatív, generál preventív funkciójaként* említett társadalmi értelemben vett haszon, miszerint ha e jogintézményt rendeltetésének megfelelően alkalmazza a

judikatúra, és ez tudatosan a társadalom tagjaiban, akkor a jogos védelem intézményének a bűnelkövetések megelőzésében kiemelkedő jelentősége lehet, hiszen a jogtalan támadó minden esetben alappal tarthat egy erélyes, az állam által támogatott, tehát jogszerű védekezéstől.⁹⁾

A védelmi berendezések útján gyakorolt jogos védelemnek *nincsenek törvényben meghatározott többletfeltételei* az általában gyakorolt jogos védelemhez képest.

A jogos védelem kizárása a támadás távoli veszélyére történő hivatkozással adott esetben dogmatikailag helyes lehet. De mindenképpen elvetendő a jogos védelmi helyzet elutasítása a támadás távoli veszélye címén, abban az esetben, ha az adott személy magatartása csupán arra irányul, hogy az *őt későbbiekben közvetlenül fenyegető támadások elhárítására felkészüljön.*

Ha a később jogos védelmi helyzetbe szorult megtámadott, korábban nem készülhetett fel a védekezésre, akkor megtámadása során már hiába kerül minden kétséget kizáróan jogos védelmi helyzetbe, a jog adta *lehetőségével élni nem tud*, a támadást elhárítani nem lesz képes.

Semmi problémát nem látok abban, hogy egy épeszű, személyét vagyoniát féltő ember, már akkor előkészületet tesz egy jövőbeni nagy valószínűséggel bekövetkező támadás elhárítására, mikor az még nem fenyeget közvetlenül. Ezzel a magatartásával a későbbi jogszerű (mert már közvetlen fenyegetés alatti!) védekezése reális lehetőségét teremti meg. *Erőt erőszakkal szemben csak akkor fog alkalmazni, ha az illetéktelen személy magatartása, -legalább-jogtalan támadással való közvetlen fenyegetés stádiumába lép.*

A kérdés komplexitásához hozzátartozik, hogy, a védelmi berendezések (áram a kilincsből, -kerítésből; csapdák stb.) vétlen személyek életét testi épségét is sérthetik, veszélyeztethetik. Ez való igaz. Azonban Székely szavaival élve: "ne a kivételesre alapítsuk a fôszabályt!" Hiba volna a kivételes esetekre ráillő szabályozást a tipikus esetekre kiterjedően értelmezni. *Hiba volna, vétlen személyek védelmére való hivatkozással eleve elvetni a jogos védelem lehetőségét, a jogtalan támadókkal szemben.*

Álláspontom szerint külön bíralandó el az a helyzet, amikor a védelmi berendezés a *jogtalan támadással közvetlenül fenyegető bűnelkövető* életét, testi épségét sérti vagy veszélyezteti (ekkor felmerülhet a jogos védelem kérdése), és külön az, ha a sérelem vétlen személyt ér (ekkor természetesen

nem merülhet fel a jogos védelem kérdése). A jelenlegi *ítélkezési gyakorlat* ennek az evidenciának nem tulajdonít jelentőséget, a két fenti esetkört összemossa, mindkét *esetben eleve kizárja a jogos védelem kérdésének vizsgálatát*.

A Legfelsőbb Bíróság által érvényrejuttatott joggyakorlat-e körben-megszorítóan értelmezi a Btk. 29.§-ában rejlő lehetőségeket.

Célom a tanulmány megírásával e megszorító értelmezéssel szembeni érvek felmutatása volt, abban a reményben, hogy az *ítélkezési gyakorlat* legalább részben kimozdítható a vázolt probléma egyoldalú megközelítéséből.

Zárszóként talán csak annyit tudnék az itt leírtakhoz hozzáfűzni, hogy a jog mint az életviszonyokat szabályozó normatív zart rendszer sajátosságából fakadóan azzal a problémával kell szembesülnünk mindenkor, így nemcsak a fent vázolt esetben, hogy amint egy jogilag védendő érdeket ilyenek elismerünk, védünk, óvunk, ezzel egyidejűleg óhatatlanul kizárjuk, más az előbbi jogos érdekekkel együttesen nem érvényesíthető, de szintén jogi védelemre szoruló érdekek érvényesülését. Ilyen esetekben az “érdekek harcából” az az érdek kerül ki győztesen, amelyet az arra hatáskörrel rendelkező államhatalmi szerv az adott korban érvényesülő jogpolitikai elvárásoknak megfelelően-erre érdemesebbnek tart.

Jegyzetek

1. Földvári József: Magyar Büntetőjog Általános rész (Budapest,1997.) 139.o.
2. Földvári i.m. 164.o.
3. Székely János: Egy betöltésre váró joghézag (Magyar Jog, 1994/3) 163-165.o.
4. Az eseti döntés tömör lényege: *a szükségesség, arányosság megítélésénél, nem a jogtalanság talaján álló támadó, hanem a megtámadott szempontjait kell elsődlegesen értékelni, és a támadónak kell*

a kockázatot viselnie, vagyis azokat a következményeket, amelyeket a védelmi cselekmény okoz.

5. Angyal Pál: A Magyar Büntetőjog Tankönyve, Budapest, 1943. 36.o.

6. Rudolf von Jhering: Küzdelem a jogért (Jog és Filozófia 1998. Budapest, szerkesztette: Varga Csaba) 12-20.o.

7. Borai Ákos: A privátszféra védelme-elektromos árammal! (Ügyvédek Lapja, 1994/3) 31-40.o.

8. Osztom Székely álláspontját, amely szerint ha az arányosság követelményét érvényre kívánjuk juttatni a jogos védelem körében, akkor a jogos védekezés kizártá válik a *személy elleni erőszakos vonásokat nem hordozó vagyon elleni bűncselekmények* esetén, hiszen ilyenkor *a szemben álló jogi tárgyak heterogenitása* folytán nem lehet megállapítani milyen mérvű testi sértésben megnyilvánuló védekező cselekmény minősülhet arányosnak. (Székely János: Jogos védelem (IM tanulmánykötet, 1983.) 128-143.o.

9. Degré Lajos: Jogos védelem az anyagi büntetőjogban (Budapest 1910) 519.o.