

Jogelméleti Szemle 2017/2. szám

TARTALOM

Tanulmányok

Arató Balázs: A közbeszerzési jog hazai története a 20. század közepéig.....	2
Csatlós, Erzsébet: Europeanisation of Consular Protection for EU Citizens in Third States...13	
Egri-Kovács Krisztián: A hatalommegosztás terminológiája és a hatalommegosztás tana – eszmetörténeti áttekintés	24
Farkas Henrietta Regina: Az erkölcsök kikényszerítése Hart és mások szemével.....	44
Gondos-Szojka Annamária: Az egységes és egyesített per Kbt.-beli szabályozása és gyakorlati érvényesülése.....	53
Harkai, István: Copyright Questions in Computer Games and the New Models of Distribution	65
Kis Tamás: Az önállósult nyugati jog ismérvei	73
Kovács István: Jogharmonizáció vagy sem? Első rész: a New Yorki Egyezmény és a 2012. évi C. törvény – a Büntető Törvénykönyv –	88
Molnár Erzsébet: Vezetői felelősség, mint önálló bűnkapcsolat	107
Monostori, Markus: Terrorist Union (A Democratic Approach to the EU’s New Proposal of Firearms Regulation).....	119
Pokol Béla: Újabb adalékok a jurisztokratikus állam elemzéséhez.....	134
Rónay, Zoltán: Ethische Führung – das Ethik der Führung: Zusammenhänge im Spiegel der Verantwortung des Universitätsleiters.....	165
Szalma József: A történelmi/ történeti és a kartális alkotmány teljességéről és jogalkalmazási kérdéseiről	179

Szemle

Kiss Adrienn: Az orosz-grúz háború információs dimenziói.....	189
---	-----

Szerkesztőség

Főszerkesztő: Prof. Dr. Karácsony András

Szerkesztők: Dr. Bódi Stefánia, Prof. Dr. Szabó Béla, Dr. Téglási András, Dr. Tóth J. Zoltán

A 2017/2. szám technikai szerkesztésében közreműködtek: dr. Kiss Adrienn, Kovács Gréta Tünde, dr. T. Kovács Júlia

HU ISSN 1588-080X

A közbeszerzési jog hazai története a 20. század közepéig

I. Bevezető gondolatok

A magyar jog viszonylag új fejleménye a közbeszerzési jog. Az első hazai, kizárólag és kifejezetten közbeszerzési tárgyú jogforrás a közbeszerzésekről szóló 1995. évi XL. törvény volt, ennél azonban régebbi időkre kell visszanyúlnunk ahhoz, hogy megismerjük a közbeszerzési jogtörténeti előzményeit, kialakulásának folyamatát.

„A közbeszerzések joga a már Ulpianus által is megkülönböztetett, a jogrendszert alkotó két nagy jogterület, a közjog és a magánjog határán helyezkedik el.”^{2 3 4} Szászy István megközelítésében⁵ azok a jogviszonyok tartoznak a közjog fogalma alá, ahol a jogosított vagy jogilag megkötött személy maga az állam, vagy a közhatalmi szervezetként megjelenő állam valamely szerve. A magánjog fogalma alá ezzel szemben azon jogviszonyok sorolandók, melyek jogosultja vagy kötelezettje magánszemély, akinek magatartását nem az államnak, mint közhatalmi szervezetnek kell beszámítani.”^{6 7} Ezt a nézetet a modern kori nemzetközi szakirodalom is osztja, amikor a közbeszerzési jogot a magánjog és a közjog, illetőleg a nemzeti jog és a közösségi jog metszéspontjában helyezi el.^{8 9} Német nyelvterületen a közbeszerzési jogi normák bonyolódásának lehetünk tanúi, még el se kezdtük már bonyolódunk, mert a jogalkotó minden felvetődhető kérdésre igyekszik választ adni, ugyanakkor ezzel összefüggésben nő a hibázási lehetőség, hiszen az ajánlatkérő szervezetek egyre nehezebben tudnak minden előírásnak, részletszabálynak megfelelni.¹⁰

¹ Ph.D, egyetemi oktató, BGE, ügyvéd

² JUHÁSZ Ágnes: A közbeszerzésről másképpen; közjog és magánjog határán; Lectum Kiadó; Szeged, 2014. 18. o.

³ Ulpianus megfogalmazásában: „publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”. Lásd: D.1.1.1.2.

⁴ Megjegyzendő, hogy bizonyos álláspontok szerint a rómaiak közjog-magánjog elhatárolása nem a jogrendszer dichotómiáját, hanem csupán didaktikus felosztást jelentett. Lásd: JAKAB András: A magyar jogrendszer szerkezete; Budapest-Pécs Dialóg Campus Kiadó 2007. 208. o.

⁵ Szászyéhoz hasonló megközelítés a magánjog-közjog elhatárolását illetően lásd: Otto MAYER: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts; Leipzig: Duncker & Humblot 1914.

⁶ SZÁSZY István: A magyar magánjog alapintézményei, a MEFESZ Jogász Kör kiadása; Budapest, 1949. 6. o.

⁷ SZÁSZY István megközelítése a közjog-magánjog elhatárolását illetően az ún. alanyelméletnek felel meg. A többi elméletről lásd: JAKAB 2007. 209-213. o.

⁸ Itt megjegyzendő, hogy főleg egy ilyen, több jogterület metszéspontjában elhelyezkedő jogág esetében lényeges, hogy az állam következetesen elhatárolja magántulajdonosi és közhatalmi minőségét. A tartósan állami tulajdonban lévő vagyon hatékony működtetése, mint legitim cél megalapozhatja a meghatározott gazdasági célhoz kötöttséggel létrehozott állami szerv (mint például az Állami Vagyonkezelő Rt.) előnybe részesítését, pozitív diszkriminációját. Az állam a tulajdonossá válás szempontjából alkotmányosan igazolható közérdek mellett hozható előnyösebb helyzetbe. Ilyen kellő alkotmányos indok lehet a tulajdon tárgyának közösségi rendeltetése, közcélú hasznossága, amely akár a szigorúbb büntetőjogi védelmet is alkotmányosan igazolhatja. Az állami (többségi) tulajdonban lévő szervet az állammal szemben alkotmányos tulajdonvédelem nem illeti meg.) Lásd: TÉGLÁSI András: *Az állami vagyon védelmének alkotmányjogi alapjai*. in: HORVÁTH Attila (szerk.): *Az állami ingatlanvagyon sorsa a rendszerváltás után*. Örökség Kulturpolitikai Intézet, Budapest, 2013. 100. o.

⁹ (Megjegyzendő továbbá, hogy a fentebb említett elhatárolás szempontjából fontos a tulajdoni formák egyenjogúságának biztosítása) A tulajdoni formák egyenlőségéről lásd: TÉGLÁSI András: *A tulajdon alkotmányos védelme Magyarországon az Alaptörvény hatálybalépését követően*. in: DRINÓCZI Tímea – JAKAB András (szerk.): *Alkotmányozás Magyarországon 2010 – 2011. I. kötet*, Pázmány Press, Budapest – Pécs, 2013, 307–314. p.

¹⁰ ELSNER: BVerG Das österreichische Vergaberecht iDF der BVerG-Novelle 2009 BGBl I 2010/15. 1. oldal

Egy másik megközelítés szerint a közbeszerzések joga „nem közigazgatási jog, mivel az állami szervek gazdasági magatartását (beszerzéseinek lebonyolítását) szabályozza, de nem is hagyományos polgári jog, mivel nem autonóm polgári jogi alanyok egymás közötti kapcsolatát rendez, hanem egyes jogalanyok belső ügyét, a beszerzési aktushoz vezető döntéshozatali folyamatot.”¹¹ Először tehát globálisan, országhatároktól függetlenül vesszük górcső alá a közbeszerzési jog első megjelenési formáit. „A közbeszerzés nem európai integrációnk velejárója, hanem már régóta jelenlévő jogterület. Másrésztől számos olyan jogintézmény van, ami mind a mai napig hat (hatott) a közbeszerzések területén, és a jogszabály-megértéshez hozzásegítheti az alkalmazót.”¹²

II. A közbeszerzés rendeltetése, előzményei

Alapvető kérdésként merül fel, hogy milyen szükségletek teremtettek létjogot egy olyan normarendszer kifejlődésének, amelyet ma közbeszerzési jognak nevezünk. „Minden kor szabályozta a gazdaságot a saját fejlettségi fokán, próbálta az állami beszerzéseket valamilyen módon koordinálni. Ennek legfőbb és legjövődélmezőbb szegmense a hadiszállítások területe volt.”¹³

Ha először csupán nyelvtanilag¹⁴ vesszük górcső alá magát a kifejezést, arra jutunk, hogy a közbeszerzés valójában a köz érdekében álló beszerzés, vagyis olyan tevékenység, amely közpénzek felhasználásával, és ezért ellenőrizendő módon elégíti ki a köz bizonyos szükségleteit. A vonatkozó szakirodalom és a közbeszerzési joggal foglalkozó jogtörténészek álláspontja szerint a közbeszerzési jog gyökerei a hadiszállítások által meghatározott történelmi korokban rejlenek. Természetesen ekkor még nem beszélhetünk klasszikus értelemben vett közbeszerzési jogról, bizonyos állandóan jelentkező szükségletek miatt azonban elkerülhetlenné vált a beszerzések valamilyen szintű szabályozása. Kulcspozíció volt az udvari szállítóé, aki – kissé erőltetett módon – a mai nyertes ajánlattevővel rokonítható. Ha tehát a közbeszerzési jogot elsődlegesen és kiindulásképpen magyar szemmel nézzük, akkor vizsgálódásunk során egészen a középkori magyar államig vissza kell nyúlnunk. Természetesen, mint a jogban megszilárdult legtöbb fejleménynek, úgy a közbeszerzésnek is megvannak az ókori Rómára visszavezethető előzményei.¹⁵ Ebben a körben csupán röviden utalunk arra, hogy például a nagyobb volumenű beszerzések tárgyában az ókori Római Birodalomban már kezdetleges versenytárgyalásokat tartottak, amelyek nyertese a legkedvezőbb ajánlatot tevő személy volt. A középkorban az államok pénzügyi és gazdasági vérkeringésének középpontját a kincstár jelentette. Ez biztosította a köz javát szolgáló beszerzések pénzügyi forrását, és az ezzel való sáfárkodás kulcsfontosságú tevékenységnek számított. A szakirodalom egyértelműen úgy foglalkozik állást, hogy a regálék, amelyek felségjogon szedett bevételek voltak, a mai koncesszió történeti előzményének tekinthetők. Kulcsfontosságú mozzanat volt a koncesszió és a közbeszerzés különválása, hiszen innentől beszélhetünk önállóan fejlődő, folyamatosan tökéletesedő közbeszerzési jogról. Mindez természetesen csupán egymást követő történelmi korok távlatából visszatekintve nevezhető mozzanatoknak, hiszen a különválás nem egyik pillanatról a másikra következett be. Míg a közbeszerzés a regálék mentén, addig a koncesszió főként az árenda nyomán fejlődött önálló területté az évszázadok során. A javak beszerzésének központosítása

¹¹ BOZZAY Erika: A közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos jogorvoslat szervezeti és eljárási követelményrendszere az Európai Unió Bíróságának joggyakorlata alapján; in: Themis 2013. június; 59. o.

¹² BALOGH László Csaba et al.: Közbeszerzés CD melléklettel; Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., Budapest, 2007.; 21. o.

¹³ BERÉNYI Lajos et al.: Közbeszerzés KJK_KERSZÖV Jogi és Üzleti Kiadó Kft., Budapest, 2004 15. o.

¹⁴ A jog és nyelv kapcsolatáról ld. CSERVÁK Csaba: Jog és nyelv kapcsolata, különös tekintettel a bírói jogértelmezésre. Glossa Iuridica. 2014/2. szám, 31-33. o.

¹⁵ GREGÓCZKI Etelka: Közbeszerzések tervezése az önkormányzatok gyakorlatában Phd. értekezés 2007. 8. o.

szükségképpen maga után vonta egy olyan normarendszer megjelenését, amelynek legfőbb szerepe a hadi és udvari szállítások keretek közé szorításában állt.

Klasszikus értelemben vett közbeszerzésről ennek ellenére csupán akkortól beszélhetünk, amikor a polgári kor viszonyai közepette igény jelentkezett a közszállítások és a nagyobb, állami forrásból megvalósuló beruházások (építkezések) központi lebonyolítására és ellenőrzésére. Történeti források igazolják, hogy például már a XVI. század légkörétől sem volt idegen a vállalkozók versenyeztetése olyan esetekben, amikor a beruházás állami forrásból valósult meg.¹⁶

Központi szinten jelentkezett tehát annak igénye, hogy a munkát az arra rátermett végezze el, jó minőségben és kedvező áron. Ha tehát történeti vizsgálódás nélkül akarnánk megadni a közbeszerzési jog legfőbb gyökerét, akkor azt ebben az általános emberi hozzáállásban és törekvésben kellene keresni.

A fentebb érintett nyilvános versenyeztetést korabeli szóhasználattal árlejtésnek nevezték, ami hűen érzékelteti, hogy minél alacsonyabb ár elérése volt a cél. Ugyanakkor követelmény volt az is, hogy az olcsó munka minőségileg kifogástalan legyen, így aligha szükséges tovább részletezni, hogy miként jutott el a közbeszerzési jog az összességében legelőnyösebb ajánlat bírálati szempontjához. Az írásbeli formák valamivel későbbi megjelenése a nagyobb biztonságot szolgálta, és jelentős lépés volt a közbeszerzési jog kikristályosodása felé vezető úton. A szakirodalom egységes annak megítélésében, hogy bár XVII-XVIII. századot megelőző kor „hadiszállításaiban, hadiellátásaiban és az udvar igény-kielégítéseiben fellelhetjük a közbeszerzés bizonyos előképeit, a közbeszerzés azonban kifejezetten a polgári kor terméke, gyökereinek az állandó hadsereg kialakulásának időszaka tekinthető.”¹⁷

Hazánkban a második világháború előtt a köz érdekében álló és a közpénzből megvalósuló beszerzéseket már törvényi és rendeleti szinten szabályozták. Követelmény volt a verseny biztosítása, egyszersmind és jól érzékelhetően ugyanakkor az is, hogy a hazai szállítók érvényesülni tudjanak. Meg kell jegyezni ugyanakkor, hogy „a tisztességtelen verseny tilalma valójában csak XX. században vált széleskörűen elfogadottá, s bár a két világháború a nemzetközi kereskedelem fejlődésének folyamatát megállította, a „békés egymás mellett élés” korában az újból megindult.”¹⁸

Egészen a tizenkilencedik század utolsó néhány évéig semmilyen említést érdemlő jogforrás nem foglalkozott kifejezetten olyan kérdésekkel, amelyek mai értelemben is a közbeszerzési joghoz tartoznak. Ezekről az évektől azonban sorra jelentek meg törvénycikkek, amelyek már szenteltek némi figyelmet az úgynevezett közszállításoknak, és amelyek jól érzékeltetik, hogy mely területen és milyen okból jelentkezett igény speciális szabályozásra¹⁹. Megfigyelhető ugyanakkor, hogy a jogalkotó egyelőre megelégszik ezeknek a szabályoknak az elszórt rögzítésével, vagyis egészen a közelmúltig nem érett meg a helyzet egy önálló közbeszerzési törvény megalkotására.

¹⁶ GREGÓCZKI i. m. 8. o.

¹⁷ BERÉNYI et al. i. m. 17-18. o.

¹⁸ VIDA Sándor: F. HENNIN-BODEWIG: A tisztességtelen verseny világviszonylatban; in: Magyar Jog; főszerkesztő: NÉMETH János; hatvanadik évfolyam; 2013. június; 381. o. Meg kell jegyeznünk, hogy egyes megközelítések szerint napjainkban mind a Gazdasági Versenyhivatal, mind a Közbeszerzési Hatóság szinte (ha talán nem is hatalmi ágak, de) külön hatalommegosztási tényezőnek számít. Ld. CSERVÁK Csaba: A hatalmi ágak megosztásának XXI. századi kérdései az Alaptörvényt követően, Pro Futuro, 2015/2. szám, 24-37. o.

¹⁹ GREGÓCZKI i. m. 11. o.

III. Az állami számvitelről szóló 1897. évi XX. törvénycikk

Ez az első olyan írott jogforrás, amely számos tekintetben a mai közbeszerzési jogtörténeti előzményének tekinthető, az Osztrák-Magyar Monarchia idején született²⁰. Ez a törvénycikk „a szerződések állam nevében és javára történő megkötésének, azaz a mai értelemben vett közbeszerzésnek az első konkrét megjelenése a hazai jogfejlődésben.”²¹

A jogalkotó rögzíti, hogy az állam nevében történő szerződés, egyezménykötés, valamint az ezeket pótló ajánlatok elfogadása főszabály szerint nyilvános verseny útján történik²². Hasonló megítélés alá esik az egyezmények jogerejével bíró jegyzőkönyvek megállapítása is. A törvény e főszabály alól nevesít bizonyos kivételeket, amelyek háttérben speciális érdekek állnak. Így például nem volt nyilvános versenyeztetés olyan esetekben, amikor valamely szükségletre, kölcsönre, szállításra vagy munkára nézve az állam érdeke titoktartást követelt.²³ Kivételt képeztek a főszabály alól azok a tárgyak is, amelyek a köztudomás szerint verseny útján nem biztosíthatók,²⁴ továbbá azok az üzletek, gyártmányok és szállítások, amelyek csupán kísérletül szolgáltak.²⁵ A jogalkotó meglehetősen általánosnak tűnő megfogalmazása szerint a verseny mellőzendő olyan esetekben is, amikor az ezzel járó késedelem hátrányokat okozna.²⁶

Végső soron nyilvános verseny nélkül kerülhetett odaítélésre az a tárgy vagy munka, amelynek esetében a verseny nem vezetett eredményre, vagyis amikor a második árlejtésnél sem tettek ajánlatot, vagy pedig a megtett ajánlat valamilyen alapos oknál fogva nem volt elfogadható²⁷. Az értékhatár korabeli megjelenésének lehetünk tanúi, amikor a jogalkotó úgy fogalmaz, hogy versenytárgyalás nélkül lehet odaítélni a háromszáz forintnál többre nem kerülő munkát vagy tárgyat, illetőleg utasításszerű megbízás útján elégíthető ki az apróbb hivatali és egyéb szükséglet.²⁸ A fogalmak meglehetősen általánosak, a szabályozás kevésbé árnyalt, annyi azonban jól érzékelhető, hogy a jogalkotó felismerte az általánostól eltérő szabályozás szükségességét, és a szerződéses szabadság elvének a köz érdekében álló okból történő korlátozása mellett döntött.

A referenciák közbeszerzési jogban való érvényesülését szemlélteti a következő, ugyancsak a kivételek körében elhelyezett passzus. Ennek lényege, hogy olyan esetekben, amikor a beszerzés tárgya nagyobb horderejű (országos érdekű, nagyszabású) építési beruházás, amelynek magvalósításához mai szóval élve speciális szakértelem szükséges, akkor a korlátlan és főként árszemponturny versenyeztetés a siker és a minőség rovására mehet. Ilyen

²⁰ A monarchia, mint államforma megjelölése mellett fontos kiemelni, hogy Ausztria-Magyarország specialitása a reáluniót jelentő államszerkezetben mutatkozott meg. Ld. CSERVÁK Csaba: Az összehasonlító alkotmányjog alapkérdései, In. (szerk.): CSERVÁK Csaba: Összehasonlító alkotmányjogi tanulmányok. Budapest: Patrocinium Kiadó, 2015. 7-11. o.

²¹ BALOGH et al. i. m.

²² *Az állami számvitelről szóló 1897. évi XX. törvény 38. §* : „Szerződésnek, egyezménynek az állam nevében való megkötése, vagy azokat pótló ajánlatok elfogadása, illetve szerződések vagy egyezmények jogerejével bíró jegyzőkönyvek megállapítása nyilvános verseny útján történik”

²³ *1897. évi XX. törvény 38. §*: „Kivételnek 1. oly szükséglet, kölcsön, szállítás vagy munka, melyre nézve az állam érdeke titoktartást követel;”

²⁴ *1897. évi XX. törvény 38. §*: „Kivételnek 2. oly tárgyak, melyek köztudomás szerint verseny útján nem biztosíthatók;”

²⁵ *1897. évi XX. törvény 38. §*: „Kivételnek 3. oly üzletek, gyártmányok, szállítások, melyek csak kísérletül szolgálnak;”

²⁶ *1897. évi XX. törvény 38. §*: „Kivételnek 4. oly szállítás vagy munka, mely halaszthatatlansága miatt az árlejtéssel egybekötött késedelmet nem tűri;”

²⁷ *1897. évi XX. törvény 38. §*: „Kivételnek 5. oly szállítás vagy munka, melyre a második árlejtésnél sem tételtek ajánlat, vagy ha tételtek is, az alapos oknál fogva nem tartaték elfogadhatónak;”

²⁸ *1897. évi XX. törvény 38. §*: „Kivételnek 6. oly tárgyak vagy munka, melyek egyenként 300 frtnál többre nem kerülnek és oly apróbb hivatali és egyéb szükségletek, a melyeknek beszerzése utasításszerű megbízás alapján történik;”

esetekre nézve a törvény a kormányt jogosította fel annak eldöntésére, hogy melyik vállalkozó nyerje el a munkát.²⁹ Ezzel természetesen nem az ellenőrizhetetlen és megfoghatatlan szempontrendszeren alapuló kormányzati döntéshozatalnak kívánt teret engedni a jogalkotó, hanem a kormány általi pályáztatás előírásával azt igyekezett biztosítani, hogy valóban a legrátermettebb vállalkozó végezze el a munkát. A törvénycikk vonatkozó megfogalmazásai továbbra is általánosak, annyi azonban kitűnik belőlük, hogy lehetőség volt olyan pályázat kiírására, amelyen eleve csak az érintett szakterületen már bizonyított (tehát referenciával rendelkező) vállalkozások indulhattak. Külön rendeletek szabályozták a belföldi és határokon túli dohányvásárlást, valamint a jövedéki tárgyak hasznosítását, így versenyre ezekben az esetekben sem volt szükség.

A törvénycikk a lejárt szerződésekkel kapcsolatban úgy rendelkezik, hogy ezek megújítására és meghosszabbítására versenyeztetés nélkül a miniszter a minisztertanács hozzájárulásával kizárólag abban az esetben jogosult, ha az állam érdeke a sürgős intézkedést megköveteli, továbbá, ha ennek révén legalább a korábbi feltételek elérhetők.³⁰ Ha tehát a jövőre nézve volt kedvezőbb ajánlat, akkor nem lehetett a múltban fennálló szerződésből előnyt kovácsolni.

A jogalkotó sajátos eljárási rendet honosított meg az olyan állam nevében zajló építési, eladási, bérleti, felszerelési vagy beszerzési ügyletekre nézve, amelyek tárgyértéke az ötezer forintot meghaladta. A miniszteri jóváhagyás előtt ilyen esetekben be kellett szerezni a kincstári jogügyek igazgatóságának jogi véleményét a szerződésben szereplő feltételekre vonatkozóan.³¹ A jogi szempontból egy tekintet alá eső szerződések esetében kizárólag a változtatásra nézve állt fenn ilyen közlési kötelezettség.

E törvényi rendelkezések áttekintő és összefoglaló jellegű ismertetése azért volt szükséges, mert belőlük alapvető következtetések vonhatók le arra nézve, hogy a mai megközelítés szerint is már közbeszerzésinek számító jogviszonyok hol helyezkedtek el a korabeli jogban. A jogalkotó az állam érintettségével zajló szerződések és ügyletkötések szabályait tehát a számvitelről szóló törvénybe illesztette, amely jogforrás - főbb jegyeit tekintve - a mai államháztartási törvény elődjének tekinthető. Megfigyelhettük továbbá az értékhatárok és a referenciák megjelenését, valamint azt is, hogy bizonyos magatartások (például visszaélés a fennálló szerződés meghosszabbítása útján) kiküszöbölése érdekében a jogalkotó konkrét szabályokat és eljárási rendet írt elő.

IV. A hazai ipar fejlesztéséről szóló 1907. évi III. törvénycikk

Ez a törvénycikk a következő alapvető jogforrás témánk szempontjából³². A jogalkotó önálló fejezetet szentel benne az úgynevezett közszállításoknak.³³ A fejezet bevezető paragrafusának első mondata egyben definíció is, hiszen megtudhatjuk belőle, hogy akkoriban pontosan mi is

²⁹ 1897. évi XX. törvény 38. §: „Kivételnek 7. oly esetek, midőn valamely országos érdekű, nagyobb szerű építmény létesítése vagy valamely műszaki tárgy s általában tudományos, technikai vagy művészi ismereteket föltételező vállalat megvalósítása van czélul kitűzve, melynek kivételét a siker kockázatát nélkül korlátlan versenyzésre bocsátani nem tanácsos; ily esetekben a kormány jogosítva van a feladat legjobb megoldására pályázatot nyitni s a pályázat bírálati eredményéhez képest a munka tervszerű kivitelét vagy a pályázók egyikére bízni, vagy arra oly értelemben korlátolt versenyt nyitni, hogy csakis oly vállalkozók ajánlatai vétessenek tekintetbe, kik más hasonló alkalommal személyes képességüket már bebizonyították;”

³⁰ 1897. évi XX. törvény 39. §: „Lejárt szerződéseket a minister a nyilvános verseny mellőzésével csak kivételes esetekben, és ha azt az állam érdeke sürgősen követeli, a ministertanács hozzájárulásával csak akkor újíthat vagy hosszabbíthat meg, ha az előbbi vagy ezeknél is kedvezőbb föltételek voltak elérhetők.”

³¹ 1897. évi XX. törvény 40. §: „Az állam nevében kötendő építkezési, eladási, bérleti, felszerelési vagy beszerzési ügyletekre vonatkozó szerződés, mely 5000 forintnyi értéket képvisel vagy meghalad; mielőtt azt a minister jóváhagyja, a kincstári jogügyek igazgatóságával közlendő a végből, hogy a szerződésben kitűzött föltételekre nézve, különös tekintettel a lekötött biztosítékokra is, jogi szempontból véleményt adjon.”

³² GREGÓCZKI i. m. 12. o.

³³ *A hazai ipar fejlesztéséről szóló 1907. évi III. törvény II. fejezet: A közszállításokról*

minősült közszállításnak. Eszerint közszállítás az olyan beszerzés, amely az állam, a törvényhatóságok, az ezek által fenntartott vagy segélyezett intézetek és intézmények, valamint a közforgalomra berendezett hazai közlekedési vállalatok ipari szükségleteit elégíti ki, és amelynek anyagi forrását a magyar korona ipara jelenti.³⁴ A jogalkotó tehát kifejezetten rögzíti, hogy az ilyen szükségletek és az ezekhez kapcsolódó munkaigények a magyar ipar révén fedezendők. A törvénycikk kijelöl - egy mai szóval élve - ajánlatkérői kört, amelynek megrendelői gyakorlatára nézve további szigorú szabályokat állapít meg. Ha tehát úgynevezett közszállítás valósult meg, akkor a megrendelői oldalon álló fentebbi szervek kötelesek voltak a szállítás befejeztétől számított harminc, illetőleg hatvan nap alatt kiegyenlíteni a vállalkozó számláját attól függően, hogy annak értéke százezer koronát meg nem haladó, avagy afölötti. (Mai közbeszerzési jogunk a körbetartozás megfélézése érdekében tartalmaz hasonló szabályokat.)³⁵

A törvénynek a gyakorlatban is érvényesülnie kellett, ezért a jogalkotó a hazai iparvédelmi megfontolás jegyében feljogosította a kereskedelemügyi minisztert annak ellenőrzésére, hogy a szállítandó tárgyak hazai anyagokból, hazai ipartelegeken készülnek-e, továbbá, hogy hazai iparosok végzik-e a munkálatokat.³⁶

A törvénycikk, felülírva az állami számvitelről szóló jogszabály ismertett rendelkezéseit, felhatalmazta a minisztert arra, hogy az illetékes más miniszterekkel együtt rendeleti úton szabályozza a közszállítást megrendelő szervek beszerzéseinek folyamatát a kiírástól az odaítélésen át egészen a teljesítés ellenőrzéséig.³⁷ A közérdek primátusát jelzi, hogy a jogalkotó igen szigorúan lépett fel a visszaélésekkel szemben. Ha ugyanis bizonyíthatóan törvénybe ütköző magatartást tanúsított valamely szállító vagy vállalkozó, akkor számolnia kellett azzal, hogy ideiglenesen vagy végleg kizárják a közszállításokból. A döntést az illetékes miniszter a kereskedelemügyi miniszter jóváhagyásával hozta meg.³⁸ E szabályok egyébként hosszú ideig csaknem változatlan formában maradtak érvényben.

A fentiekben vizsgált „két törvénycikk és az ezek alapján kiadott miniszteri rendeletek viszonylagos stabilitással szabályozták a közszállítások hazai rendszerét. A „boldog békeidőket” követő években vagy nem került alkalmazásra a joganyag a háborús helyzet miatt, vagy amikor ismét alkalmazásra került, akkor a háborús helyzet okaival

³⁴ 1907. évi III. törvény 13. §: „Az állam, törvényhatóságok, községek, az ezek által fenntartott vagy segélyezett intézetek és intézmények, valamint a közforgalomra berendezett hazai közlekedési vállalatok ipari szükségletei és munkálatai rendszerint a magyar korona országainak ipara révén fedezendők”

³⁵ 1907. évi III. törvény 13. §: „Az állami és közhatósági megrendelések számlái, a tényleg megtörtént átvétel után, százezer koronát meg nem haladó összegnél a szállítás befejezésétől számított harmincz nap alatt, százezer koronát meghaladó összegnél pedig hatvan nap alatt kifizetendők”

³⁶ 1907. évi III. törvény 14. §: „A közszállításokat és közmunkákat teljesítő ipartelegeket és vállalatokat abból a szempontból, hogy a szállítandó tárgyak hazai anyagokból, hazai ipartelegeken készülnek-e, illetőleg a munkálatok hazai iparosokkal végeztetnek-e, a kereskedelemügyi minister ellenőrzi.”

³⁷ 1907. évi III. törvény 14. §: „Felhatalmaztatik a kereskedelemügyi minister, hogy tekintet nélkül az 1897. évi XX. tc. 38. és 39. §-ainak rendelkezéseire, az illető ministerekkel egyetértőleg rendeleti úton szabályozza a 13. §-ban felsorolt hatóságok, hivatalok, intézetek, intézmények ipari szükségleteinek és munkáinak beszerzését, illetve végeztetését, kiírását, odaítélését, a szerződések kötését és teljesítésük ellenőrzését. A törvényhatóságokra és községekre vonatkozólag ez irányban a belügyminister intézkedik.”

³⁸ 1907. évi III. törvény 15. §: „A szállításoknál vagy munkáknál tapasztalt beigazolt visszaélés esetén a szállító vagy vállalkozó az illető minister által, a kereskedelemügyi minister hozzájárulásával végleg vagy meghatározott időre kizárható és ismétlés esetén kizárandó. Minden kizárásról a kereskedelemügyi minister a kizárás kimondásával egyidejűleg a kizárás okának megjelölésével értesítendő, a ki a kizárt szállítókról és vállalkozókról nyilvántartást vezet, s ezt az összes ministerekkel átiratilag közli.” Az „illető minister” már egy fokkal pontosabb meghatározás, mint az első független felelős kormány esetében a „miniszterek egyikének” {ellenjegyzés} szófordulata. Ld. CSERVÁK Csaba: A kormány parlament előtti felelősségének egyes kérdéseiről. ANTALÓCZY Péter (szerk.) Hagyomány és érték: állam- és jogtudományi tanulmányok a Károli Gáspár Református Egyetem fennállásának 20. évfordulójára. Budapest: Károli Gáspár Református Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, 2013. 13. o.

összefüggésben, vagy egyéb gazdasági okok miatt preferenciális szabályok kerültek be a közszállítási joganyagba”.³⁹

V. A földmunkások vállalkozó szövetkezeteinek állami támogatásáról szóló 1923. évi XI. törvénycikk

Ennek a jogszabálynak témánk szempontjából azért van jelentősége, mert megvilágítja, hogy a jogalkotó milyen szemlélet jegyében szabályozta a „köz munkák nyilvános versenytárgyalásait”. A földmunkások vállalkozó szövetkezetei az ilyen versenytárgyaláson anélkül vehettek részt, hogy bánatpénzt, óvadékot vagy biztosítékot kellett volna letenniük, vagyis irányukban egyértelműen pozitív megkülönböztetés érvényesült. A részvétel módja sem volt korlátozott; arra szóval vagy írásban egyaránt sor kerülhetett.⁴⁰ A támogatás elsődlegessége jegyében fogant szigorú szabály volt, hogy a szövetkezetek ajánlatait nem lehetett formai hibákra való hivatkozással mellőzni. Bizonyos munkák esetében természetesen elkerülhetetlen volt az óvadék, így a jogalkotónak erre nézve is rendelkeznie kellett. Ilyenkor az a szabály érvényesült, hogy a földmunkások vállalkozó szövetkezetei az óvadék letétele helyezése iránti kötelezettségüket a munkabérek egy részének visszatartása útján is teljesíthették.⁴¹ A jogalkotó általános érvennyel rögzítette a szóban forgó szövetkezetek elsőbbségét olyan esetekben, amikor azok egy másik résztvevővel megegyező ajánlatot tettek, ha pedig a legjobb ajánlat és a szövetkezet által tett ajánlat egymástól az előbbi javára tíz százalékot meg nem haladó mértékben tért el, a pozitív megkülönböztetés jegyében akkor is a szövetkezet által tett ajánlatot kellett nyertessé nyilvánítani.⁴²

E törvénycikk vonatkozó rendelkezéseinek ismertetése azért volt szükséges, mert a jogforrás hűen tolmácsolja, hogy az adott kor viszonyai a közszállításokra vonatkozó szabályrendszer milyen mértékű differenciálódását tették szükségessé. Ekkoriban tehát már megvolt az anyagi forrásuk a központi beszerzéseknek, így kezdetét vehette a részletszabályok kijegyezése.

A harmincas évek elején nagymértékű fejlődés tapasztalható főként a versenyjog területén. Ennek kihatásai a közbeszerzési jogra aligha elhanyagolhatóak. A közgazdaság és a közjó olyan védett értékke lépett elő, amelyet a közszállítások során sem lehetett figyelmen kívül hagyni.⁴³ Éppen ezért kiszélesedett a versenyjogi hatóság jogköre, és ügyelni kezdtek arra,

³⁹ BALOGH et al. i.m. 30. o.

⁴⁰ *A földmunkások vállalkozó szövetkezeteinek állami támogatásáról szóló 1923. évi XI. törvény 5. §:* „Az 1. §-ban említett szövetkezetek bármely köz munkák nyilvános versenytárgyalásán szóval vagy írásban minden bánatpénz vagy biztosíték letétele nélkül részt vehetnek és ajánlatot tehetnek, tekintet nélkül arra, hogy a versenytárgyalási feltételek szerint a bánatpénz, óvadék vagy biztosíték letétele kötelező volt-e vagy sem. Formahibák miatt az 1. §-ban említett szövetkezetek ajánlatai nem mellőzhetők (közszállítási szabályzat 28. §)”

⁴¹ *1923. évi XI. törvény 5. §:* „Oly köz munkáknál, ahol az óvadék letétele elkerülhetetlen, a szükséges vállalkozói óvadék a munkabérek egy részének visszatartása útján is képezhető. Az óvadékképzés feltételei a vállalati szerződésben mindenkor minden kétséget kizárólag állapítandók meg.”

⁴² *1923. évi XI. törvény 6. §:* „Egyenlő ajánlat esetén a köz munkák versenytárgyalásain az első §-ban említett szövetkezetek mindenkor előnyben részesítendőek. Méltányos esetben pedig, ha az ajánlatok közötti különbözet 10 (tíz)%-nál nem nagyobb, a köz munkák elvégzésére a kedvezőbb ajánlatok dacára ugyancsak az 1. §-ban említett szövetkezetek bízhatók meg.”

⁴³ *A gazdasági versenyt szabályozó megállapodásokról szóló 1931. évi XX. törvény 6. §:* „2. ha úgy találja, hogy a köz gazdaság vagy a közjó érdekében a megállapodást, vagy a határozatot vagy alkalmazásuknak módját, vagy valamely intézkedést, tevékenységet, magatartást megszüntetni, módosítani vagy kiegészíteni szükséges, megkísérelheti a kötelezettekkel közvetlenül vagy közvetve - esetleg egyeztető bizottság közreműködésével - folytatott tárgyalás útján az ügynek békés kiegyenlítését és ennek eredményéhez képest intézkedik; 3. ha az előbbi pontban jelzett eljárás kellő eredménnyel nem járna, javaslatot tehet a m. kir. minisztériumnak, hogy a kötelezetteket az adó és vám tekintetében engedélyezett és egyéb közkedvezmények megvonásával, a közszállításokból való kizárással, az iparrendészet és a fuvardíj szabás körébe tartozó intézkedésekkel szorítsa a köz gazdaságra vagy a közjó érdekére káros működésük abbahagyására; a m. kir. minisztérium ennek a pontnak alapján csak törvényes hatáskörébe utalt intézkedéseket tehet, az intézkedéseket azonban a jelen §-ban

hogy a gazdasági helyzet által „meg nem okolt” piacváltozások mesterségesen ne legyenek előidézhetőek. Alapvető követelménnyé vált tehát, hogy minden szempontból szabályosan lebonyolított eljárások eredményeképpen az a vállalkozás végezhesse el a munkát, amely arra leginkább alkalmas. Az itt áttekintő jelleggel ismertetett főbb változásokat a gazdasági versenyt szabályozó megállapodásokról szóló 1931. évi XX. törvénycikk foglalja össze.

Témánk szempontjából ennek a jogforrásnak azért van jelentősége, mert a közszállítások joga és a versenyjog egymáshoz való viszonyát szemlélteti.

VI. Az iparfejlesztésről szóló 1931. évi XXI. törvénycikk

Ez a törvénycikk a közszállítások joga alapidokumentumának tekinthető. Legfőbb erénye, hogy az addig különböző jogforrásokban elhelyezett és eltérő szempontok szerint tematizált közszállítási joganyagot kögíti szerves egységgé⁴⁴. Összefoglalóan kijelenthető, hogy a törvénycikket „bizonyos fokig a közszállítási szabályok újrakodifikálásának is tekinthetjük, hiszen számos addigi jogforrásokban megjelenő elemet egységesen iktatott be jogrendünkbe.”⁴⁵

A témánk szempontjából kiemelkedő fontosságú rendelkezéseket a törvénycikk negyedik fejezete tartalmazza. A jogalkotó tételesen felsorolja azokat a szervezeteket, amelyek úgynevezett hazai beszerzésre kötelezettek⁴⁶. Csupán példálózó jelleggel említünk meg közülük néhányat. Az állam mellett hazai beszerzésre kötelezettek például a törvényhatóságok, a községek és az általuk intézmények, vállalatok, üzemek.⁴⁷ A szállítási szerződés teljesítésével kapcsolatos szükségleteik tekintetében hasonló megítélés alá estek azok az ipartelepek és vállalatok is, amelyek a fenti szervezetektől szállításokat vagy munkálatokat nyertek el.⁴⁸ Hazai beszerzésre kötelezte a törvény mindazon természetes vagy jogi személyeket, akik, illetőleg, amelyek közigazgatási hatósági engedélyeztetéstől függő jogosultságot szereztek.⁴⁹ A hazai beszerzés kötelezettsége ilyen esetekben a jogosultság gyakorlásával kapcsolatos szükségletekre nézve állt fenn. A hazai beszerzésre kötelezettek utolsó, törvény által nevesített csoportjába azok a természetes vagy jogi személyek tartoztak, akik, illetőleg, amelyek az adó-, illeték-, vám-, vagy szállítási költségek tekintetében egész termelésükre kiható lényeges kedvezményben részesültek.⁵⁰ A kötelezettség egyébként azt jelentette, hogy a kereskedelemügyi miniszter

előrebocsátott feltétel fennállása esetében akkor is megteheti, ha az intézkedések alkalmazásának egyéb jogszabályokban megszabott különös feltételei nem is állanak fenn; ha azonban a m. kir. minisztérium a jelen § alapján iparigazolvány vagy olyan hatósági engedély elvonását látja szükségesnek, amely nélkül a kötelezettek üzemüket nem folytathatják, intézkedés végett a bírósághoz kell indítványt (7. §, 10. §, 14. §) előterjeszteni.”

⁴⁴ GREGÓCZKI i. m. 12. o.

⁴⁵ BALOGH et al. i. m. 32. o.

⁴⁶ GREGÓCZKI i. m. 12-13 o.

⁴⁷ *Az iparfejlesztésről szóló 1931. évi XXI. törvény 18. §:* „Hazai beszerzésre kötelezettek:

a) az állam, törvényhatóságok, községek, az általuk fenntartott vagy támogatott intézetek és intézmények, vállalatok és üzemek, valamint az előbb említettek részvételével létesült intézmények és vállalatok, továbbá a közforgalomra berendezett hazai közlekedési vállalatok és ezeken kívül mindazok a jogi személyek, melyek külön törvény alapján létesültek vagy létesülnek az általuk kifejtett gazdasági tevékenység körében minden szükségletük tekintetében,”

⁴⁸ *1931. évi XXI. törvény 18. §:* „Hazai beszerzésre kötelezettek:

b) mindazok az ipartelepek és vállalatok, melyek az államtól vagy az a) pontban felsorolt hatóságoktól, intézetektől, intézményektől, vállalatoktól vagy üzemektől, illetőleg az előző pontban meghatározott jogi személyektől szállításokat vagy munkálatokat nyertek el, a szállítási szerződés teljesítésével kapcsolatos szükségleteik tekintetében.”

⁴⁹ *1931. évi XXI. törvény 18. §:* „Hazai beszerzésre kötelezettek:

c) mindazok a természetes vagy jogi személyek, melyek közigazgatási hatósági engedélyeztetéstől függő jogosultságot szereznek vagy szereztek, a jogosultság gyakorlásával kapcsolatos szükségleteiket illetőleg,”

⁵⁰ *1931. évi XXI. törvény 18. §:* „Hazai beszerzésre kötelezettek:

által a törvény szellemében készített listán szereplő szervezetek a hazai termelés révén voltak kötelesek fedezni szükségleteiket. Ez alól csupán abban az esetben lehetett felmentést adni, ha a külföldi beszerzés a hazainál az ár és a minőség tekintetében egyaránt kedvezőbb volt.⁵¹ A közszállításokat és a közmunkákat a kereskedelemügyi miniszter ellenőrizte abból a szempontból, hogy a szállítandó tárgyak előállítására hazai ipartelepeken, hazai anyagokból és félgyártmányokból, hazai üzemanyagok és hazai gépek felhasználásával, hazai munkaerő foglalkoztatása mellett történt-e.

A jogalkotó általános érvennyel mondta ki, hogy a közszállítások keretébe tartozó beszerzéseknek vagy munkálatoknak főszabály szerint csak nyilvános versenytárgyalás útján van helyük.⁵² Ez alól egyedül a kisiparnak fenntartott közszállítások és munkálatok, valamint eseti jelleggel azok a közszállítások és munkálatok képeztek kivételt, amelyekre nézve a kereskedelemügyi és az illetékes miniszter egymással egyetértésben így rendelkezett.⁵³

A jogalkotó ebben a törvénycikkben már használja az ajánlattevő fogalmát, amikor is rögzíti, hogy közgazdasági okokból „a legkedvezőbb ajánlattevő ajánlata alapján” lehetőség van a beszerzés, illetőleg a munka megosztására a versenytárgyalás résztvevői között.⁵⁴ Ilyenkor olyan tényezők játszottak szerepet a mérlegelésben, mint például az érintett vállalatok nagysága és szállítóképessége. A jogszabályban utalás történik a fentebb már ismertetett 1897. évi XX. törvénycikkre, ami jelzi, hogy ez utóbbi még mindig alapjogforrásnak számított, bár rendelkezéseitől az 1931. évi XXI. törvénycikk felhatalmazása alapján el lehetett térni.⁵⁵

Szigorú szankciókkal kellett számolnia annak, aki nem tartotta be a közszállításokra és az azokkal egy tekintet alá eső munkálatokra vonatkozó törvényi szabályokat. Ha a visszaélést jogerősen megállapították, akár végleg is el lehetett tiltani a közszállításoktól azt a szállítót vagy vállalkozót, aki törvénybe ütköző magatartást tanúsított.⁵⁶

d) mindazok a természetes vagy jogi személyek, amelyek adó-, illeték-, vám-, vagy szállítási költségek tekintetében egész termelésükre lényegesen kiható kedvezményekben részesülnek.”

⁵¹ 1931. évi XXI. törvény 18. §: „A kereskedelemügyi miniszter a jelen § a) pontja alá tartozó saját felügyelete alatt álló hatóságoknak, hivataloknak, intézeteknek, intézményeknek, vállalatoknak és üzemeknek, az ezek részére szállítást vagy munkálatot teljesítő ipartelepeknek vagy vállalatoknak, valamint a b), c) és d) pont alá sorolt természetes és jogi személyeknek, más miniszter pedig a kereskedelemügyi miniszter hozzájárulásával ugyancsak a saját felügyelete alatt álló hatóságoknak, hivataloknak, intézeteknek, intézményeknek, vállalatoknak és üzemeknek, valamint az ezek részére szállítást vagy munkálatot teljesítő ipartelepeknek vagy vállalatoknak a hazai beszerzésnek vagy a hazai munkások alkalmazásának kötelezettsége alól egyes indokolt esetekben, ha a külföldi beszerzés hazainál ár és minőség tekintetében előnyösebb, felmentést adhat...”

⁵² 1931. évi XXI. törvény 20. §: „A közszállítások keretébe tartozó beszerzéseknek vagy munkálatoknak rendszerint csak nyilvános versenytárgyalás útján van helyük...”

⁵³ 1931. évi XXI. törvény 20. §: „A kisiparnak fenntartott közszállítások és munkálatok nyilvános versenytárgyalás mellőzésével is kiadhatók. Azt, hogy egyéb esetekben nyilvános versenytárgyalás mellőzésével közszállításokat és munkálatokat mikor lehet kiadni, a kereskedelemügyi miniszter az illetékes miniszterrel egyetértőleg állapítja meg.”

⁵⁴ 1931. évi XXI. törvény 20. §: „Ha közgazdasági okok kívánják, a beszerzés, illetőleg munka a versenytárgyalásban résztvevő vállalatok közt, a vállalatok nagyságának és szállítóképességének figyelembevételével, a legkedvezőbb ajánlattevő ajánlata alapján megosztható. Ilyen esetekben az illetékes miniszter a kereskedelemügyi miniszter véleményét meghallgatni köteles...”

⁵⁵ 1931. évi XXI. törvény 21. §: „A kereskedelemügyi miniszter az illetékes miniszterekkel egyetértőleg rendeleti úton az 1897:XX. tc. 38. és 39. §-ainak rendelkezéseitől eltérően is szabályozhatja a 18. §a) pontja alatt felsorolt hatóságok, hivatalok, intézetek, intézmények, vállalatok és üzemek szükségleteinek és munkáinak beszerzését, illetőleg végeztetését, kiírását, odaítélését, a szerződések kötését és teljesítésük ellenőrzését.”

⁵⁶ 1931. évi XXI. törvény 22. §: „A szállításoknál és munkáknál megállapított visszaélés esetében a szállító vagy vállalkozó végleg vagy meghatározott időre kizárható, a visszaélés ismétlése esetében kizárandó a közszállításokból, a jelen törvény hatálya alá eső munkálatokból vagy vállalkozásokból. A kizárás tekintetében saját tárcáját illetőleg a kereskedelemügyi miniszter, a többi tárcát illetőleg az illetékes miniszter a kereskedelemügyi miniszter hozzájárulásával határoz.”

Végül külön szabályok vonatkoztak az úgynevezett rendszeres beszerzésekre. E megítélés alapja az volt, hogy a beszerezni kívánt cikkekre milyen időközönként és milyen mennyiségben volt szükség. A speciális szabályok és szállítási feltételek megállapítása tekintetében hatáskörrel a kereskedelemügyi miniszter rendelkezett, szükség volt azonban az ügykör szerint érdekelt miniszter egyetértésére is.⁵⁷ Ezek a rendelkezések a mai központosított közbeszerzés előzményeinek tekinthetők. Azt a cikket, amelyre nézve a kereskedelemügyi miniszter szabványt állapított meg, főszabály szerint kizárólag a szabványnak megfelelően volt szabad beszerezni, és a szabványtól csak a két miniszter (a kereskedelemügyi és az ügykör szerint illetékes) egyetértése mellett lehetett eltérni.⁵⁸

Látható, hogy a jogalkotó a közszállításokkal kapcsolatos kérdéseket ekkoriban szervesen az iparhoz tartozónak tekintette, éppen ezért az e területre vonatkozó szabályok az ipar fejlesztéséről szóló törvény passzusai között kerültek elhelyezésre. Ha alaposabban szemügyre vesszük az ismertett rendelkezéseket, már felfigyelhetünk azokra a kérdéskörökre, amelyek fokozatos differenciálódása napjainkra külön jogág, de legalábbis önálló jogterület létrejöttét tette szükségessé.

A vizsgált korban még csak jelentkezett annak igénye, hogy az iparnak, illetőleg a szállításoknak ezt a speciális területét az általánostól eltérően, de legalábbis kiemelten szabályozzák és ellenőrizzék, az a dilemma azonban, hogy mindez melyik jogág keretében történjen, csupán jóval később jelentkezett.

Megfigyelhető, hogy a közszállítások jogát attól függően szabályozták más-más törvény keretei között, hogy az a jogviszony, amelyre nézve éppen speciális szabályokat kellett megállapítani, hová is tartozott. Egészen a közelmúltig szórványosan és szétszórtan fordultak elő a jogban a közpénzből megvalósuló beszerzések szabályai, vagyis nem volt egységes, a közbeszerzésekre nézve általában irányadó jogforrás. Hiányzott tehát az az alapvető feltétel, amelynek hiányában önálló jogágról nem is beszélhetünk.

A jogalkotás az ipar fejlesztéséről szóló törvény megjelenését követő években erősen átpolitizálódott, így szakmai alapon álló, maradandó elvek és szabályozási módok nem születtek. „Az 1940-es évek végétől kezdve – a szocialista gazdasági elképzeléseknek megfelelően – a közbeszerzés, a versenyeztetés, mint olyan, gyakorlatilag teljesen eltűnik a hazai gazdaságból. Ugyan már az 1960-as évektől kezdve egyre gyakrabban merül fel igény a versenyeztetési eljárások, a piacgazdasági elemek visszaállítására (különösen az építkezési beruházások területén), azonban a beszerzés korábban szabályozott intézményének visszaállítására csak a nyolcvanas évek elejétől került sor.”⁵⁹

A XX. század nyolcvanas éveiben az akkori politikai viszonyok által meghatározott irányban változott a közbeszerzésekre vonatkozó joganyag. A versenytárgyalásról szóló 1987. évi 19. tvr. lehetővé tette versenytárgyalás megtartását⁶⁰ oly módon, hogy azon csak a kiíró által meghatározott számú résztvevő indulhatott. A szabályozás egyébként azon az alapon állt, hogy a Pénzügyminisztérium állapíthatta meg a kötelezően versenytárgyalás alá vonandó szerződések körét. E szerződések közös vonása az volt, hogy az ellenszolgáltatás részben

A kereskedelemügyi minisztert a kizárás kimondásával egyidejűleg minden kizárásról a kizárás okának megjelölése mellett értesíteni kell. A kereskedelemügyi miniszter a kizárt szállítókról és vállalkozókról nyilvántartást vezet és a kizárást mindenik miniszterrel közli.”

⁵⁷ 1931. évi XXI. törvény 23. §: „A kereskedelemügyi miniszter a jelen törvény IV. fejezetének hatálya alá tartozó rendszeres beszerzésekre, ha a beszerezni kívánt cikkekre nagyobb mennyiségben van szükség, az ügykör szerint érdekelt miniszterekkel egyetértően szabályokat és szállítási feltételeket állapíthat meg”

⁵⁸ 1931. évi XXI. törvény 23. §: „Oly cikket, amelyre a kereskedelemügyi miniszter szabványt állapított meg, rendszerint csakis a szabványnak megfelelően szabad beszerezni. A szabványtól, illetve a szállítási feltételtől csakis a kereskedelemügyi miniszternek az ügykör szerint érdekelt miniszterrel egyetértőleg adott engedélye alapján szabad eltérni.”

⁵⁹ JUHÁSZ 2014. 59. o.

⁶⁰ GREGÓCZKI i. m. 14. o.

vagy egészben a központi költségvetésből származott. Az értékhatárok a nyolcvanas évek végén jelentek meg, és kezdetben a gazdálkodó szervezetek ezt meghaladó beszerzéseire is vonatkoztak.

Europeanisation of Consular Protection for EU Citizens in Third States*

The harmonization of Member States' public administration is not the aim of the EU, although, in recent years, there have been several examples which prove that EU legislation in whatever policy inevitably and unavoidably results so.

In 2015, the EU replaced its former decision with a directive to enhance a better coordination of consular assistance in third States as every EU citizen has the right to enjoy the protection of the diplomatic or consular authorities of any Member State on the same conditions as the nationals of that State if in the territory of that third State his/her State of origin is not represented. This provision declared by Article 23 of TFEU not solely requires the cooperation of administrative authorities of Foreign Service but implicitly means a kind of harmonization of substantive law on consular protection which leads to organizational changes and affects administrative procedural rules of Member States.

I. Consular protection

People travelling, living or trading beyond the borders of their homeland have always benefitted from a kind of care from their State of origin as the specific link called nationality between the person and the State remains and reciprocally obliges both parties even beyond State borders.² This legal relationship is older than the birth of the concept of modern State. Foreign Service is the prolongation of a few administrative functions of the State on the territory of another State. It has two main directions: diplomacy primarily serves the interest of the sending State while promoting friendly relations and consular service is to help and serve the citizens there with the consent of the latter, receiving State. Consular protection is the help, the advice and the possibility to handle official matters of an administrative nature by the consular or diplomatic agents of a State to its citizens who are living or just staying abroad. It has always been a discretionary right of the State to decide upon the subject and the scope and extent of this kind of service.

Consular law consists of principles and norms (of domestic legislation as well as of international law) which regulate the activities of consuls. Every State defines the scope of the functions of its consular representatives in the frames permitted by the legislation of the host State and the bilateral consular treaty between them. As for the service given for nationals, it has two main areas. A part of consular service is a prolongation of domestic administration to ensure citizens abroad to handle a few official matters, for example it allows citizens to get travel documents, or to open procedures while they submit their requests via the consular authority which transmits documents to the competent domestic authority. Although, the status of consular authorities is based on a bilateral treaty, the domestic laws of the sending State regulate these procedures. The other part of consular tasks rather aims to help and protect citizens' interest on the territory of a foreign State, often during procedures of the authorities of the receiving State. In such cases, the scope of procedural rights and

¹ Phd, senior lecturer. University of Szeged, Faculty of Law and Political Sciences, Department of Administrative Law. csatlos.e@juris.u-szeged.hu.

 * Supported by the ÚNKP16-4-III. New National Excellence Program of the Ministry of Human Capacities.

² Aust, Anthony: Handbook of International Law. Cambridge University Press, Cambridge, 2010. p. 42.; Sloane, Robert D.: Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality, pp. 29 - 33. In Harvard International Law Journal, Vol. 50, No. 1, 2009, pp. 1-60.

possibilities of the consul is basically up to the laws of the receiving State and the agreement of the States concerned. As both types of tasks depend on the bilateral agreements of the States involved, this legal area is strictly attached to foreign relations and foreign policy, which is still the core issue for EU Member State sovereignty.

Consular assistance and protection is an area of domestic competence,³ so is the public administration of Member States. Therefore, it shall be strictly examined what is exactly required by EU law when it ensures the right to get consular protection from any competent authorities of Member States for EU citizens without any form of discrimination.

II. Legal aspects of the directive on the coordination and cooperation measures to facilitate consular protection

2.1. Consular protection and EU legislative competences

The concept of EU citizenship exists since the entry into force of the Maastricht Treaty in 1993.⁴ It creates a specific relationship between the EU and the people living therein to strengthen European identity while guarantees, among others, the right to any EU citizen in a non-EU State where his/her own national State has no representation to ask for protection by the diplomatic or consular authorities of any other EU State. The concept is to strengthen the sense of togetherness and the feeling of being a part of one unified European nation on the base of solidarity and loyalty among EU 28 and in the light of non-discrimination and legal equality.⁵ As a matter of fact, Member States are all present in only three States: the USA, Russia and China⁶ but the need for consular help is increasing in our world of natural disasters and terrorist acts. So, the concept of providing for help for EU citizens where their State of nationality has no available representation has a growing relevance given the fact that there is a tendency of closing foreign services to cut expenses.

Following the Maastricht Treaty, the European Community's decision (95/553/EC) with its six meaningful articles of nine on details of diplomatic and consular protection entered into force in 2002 to ensure the assistance for EU citizens in case of death, serious accident or serious illness, arrest or detention; being victims of violent crime or need for repatriation of distressed citizens of the EU.⁷ Enlisting the main field of help reveals that the EU policy solely refers to potential consular protection from consular and diplomatic agents of the Member States and diplomatic protection fall outside the scope of the requirements.⁸

³ Consular and Diplomatic Protection. Legal Framework in the EU Member States. CARE (Citizens Consular Assistance Regulation in Europe) 2010. (CARE Final Report) <http://www.careproject.eu/images/stories/ConsularAndDiplomaticProtection.pdf> (20.03.2017.) p. 665.; Vermeer-Künzli, Annemarieke: Where the Law Becomes Irrelevant: Consular Assistance and the European Union, p. 971. In *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60. 2011, pp. 965–995.

⁴ Treaty on European Union (Treaty on Maastricht) 7.2.1992, OJ C 191, Art. 8c.; currently Article 23 ex Article 20 TEC, Treaty on the European Community) of Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) 26.10.2012 OJ C 326.

⁵ Geyer, Florian: The External Dimension of EU Citizenship. Arguing for Effective Protection of Citizens Abroad. p. 2. In CEPS, No. 136. July 2007, pp. 1-11.

⁶ Green Paper: Diplomatic and consular protection of Union citizens in third countries. Brussels, 28.11.2006, COM(2006)712 final. p. 4. point 1.5.; Balfour, Rosa – Raik, Kristi: Equipping the European Union for the 21st century. National diplomacies, the European External Action Service and the making of EU foreign policy. FIIA Report 36. 2013. p. 12.

⁷ Decision of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council of 19 December 1995 regarding protection for citizens of the European Union by diplomatic and consular representations. OJ L 314, 28/12/1995. p. 73. Article 5. 1.

⁸ Schiffner, Imola: A diplomáciai védelem gyakorlásának eszközei. pp. 535- 543. In *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József Nominatae Sectio Juridica Politica*, Tom. LXXII. Fasc. 18. 2009. pp. 523-544.; Becánics, Adrienn: Konzuli védelem és segítségnyújtás az Európai Unió perspektívájából. pp. 25-26. In

Concerning common tools to make it effective, a decision on the establishment of an emergency travel document (96/409/CFSP) was adopted along with non-binding guidelines on consular protection and the concept of lead State of cooperation.⁹ These documents were not recognized as part of the EU legal order, as they were adopted by Member States governments and not by the institutions. However, being *acquis communautaire*, they were to be respected.¹⁰ At that time the field of consular and diplomatic cooperation was purely an inter-governmental area of Community legislation, it could not overcome the diversity of national regulations and foreign policies. Since the Maastricht Treaty, citizens were entitled to receive consular protection but it rather ensured non-discrimination than an individual right for citizens and an obligation for States under all circumstances. Consular protection is, in fact, just the possibility for States recognized by general international law and based on bilateral consular treaties, and not an obligation to fulfil in every circumstance, therefore its regulation varies from State to State, that is why the secondary pillar decision referred only to equal treatment with own citizens in certain situations when help might be needed.

Everything has changed when the Charter of Fundamental Rights of the EU (EU Charter) became a primary source by the Treaty of Lisbon therefore EU citizens' rights to diplomatic and consular protection echoed in Article 46 was reappraised as a fundamental right. Consular protection has become an integral part of the Union's policy on citizens' rights,¹¹ by the abolition of pillars it was placed under the scope of the EU institutions and the Court of Justice of the EU, and the Council also got the right to regulate related questions in the form of directives adopted in a specific legislative procedure. The concept has also changed: the Council, acting in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament, got the power to adopt directives to establish the coordination and cooperation measures necessary to facilitate such protection.¹² Within the provisions of external actions of the EU, the Treaty of Lisbon also ordered the establishment of the *European External Action Service* (EEAS) and as diplomatic mission of the integration, the reinterpreted the *EU delegations* in third countries to act in close cooperation with Member States' diplomatic and consular services.¹³

The question is what is the obligation for Member States as a part of provisions concerning consular protection and cooperation belongs to citizenship policy and fundamental rights and whether there are institutional provisions that relate the topic to *common foreign and security policy* (CFSP) which is still under specific competency rules and decision-making system.¹⁴ The implementation deadline for the new directive (2015/637 EU, hereinafter: Consular Directive) created in this atmosphere is 1st May 2018, however, it leaves some open questions which may not be answered by domestic legislations in a uniform manner.

Consular service is an extra territorial branch of State administration heavily related to foreign policy of the State and inter-state relations which is still a sensible area even after Lisbon and it has several impacts on consular assistance. As a matter of fact, EU's legislative competence is only to support, coordinate or supplement the actions of the Member States to improve their

Karlovitz, János Tibor (ed.). *Fejlődő jogrendszer és gazdasági környezet a változó társadalomban*. International Research Institute s.r.o., Komárno, 2015. pp. 25-30.

⁹ Krūma, Kristine: *EU Citizenship, Nationality and Migrant Status: an Ongoing Challenge*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2013. p. 170.

¹⁰ CARE Final Report, pp. 24-25.

¹¹ Proposal for a Council Directive on consular protection for citizens of the Union abroad. COM/2011/0881 final - 2011/0432 (CNS) p. 2. 1.2.

¹² Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community (Treaty of Lisbon). OJ C 306, 17.12.2000. point 36.

¹³ Treaty of Lisbon, point 30) on the new Article 13a; Article 188 Q on delegations.

¹⁴ See Consolidated version of the Treaty on European Union (TEU). OJ C 326, 10.2012. Title V. especially Article 22 and Articles 29-31.

administrative capacity for a better implementation of EU law the legislative acts shall not result any harmonization of the national administrative laws, while for consular protection under the scope of Article 23 TFEU, its competences expand on the adoption of legal acts under special legislative procedure.¹⁵ Meantime, EU law in fact does not aim to harmonise administrative laws of the Member States,¹⁶ effective execution and implementation of EU policy is the responsibility of Member States, so the necessary harmonization in administration issues is a domestic competence. The question is to find the limit between the necessary modification to realize and achieve the common policy on consular protection as a fundamental right and the implicit expansion of EU competences, in that manner to impede the intervention to foreign policy of the State. Indeed, the preamble of the Consular Directive set the limitation of its scope: it does not aim to affect consular relations between Member States and third States and their rights and obligations arising from international customs and agreements.

2.2. Member State obligations arising from the directive on consular cooperation and coordination measures

The Consular Directive obliges Member States and does not limit the scope of authorities: leaves the question open for all types of extra-territorial representations as it depends on the habits and regulations of States to decide upon which organ to authorize to provide consular assistance. Although the text mentions diplomatic and consular protection, the relevant provisions and legal literature is equable that the obligation refers to measures of consular assistance even if it is performed by diplomatic agents in the absence of consuls.¹⁷ Citizens of the EU should be considered to be unrepresented in a third state if their Member State of nationality has no embassy, consulate¹⁸ or honorary consul established there who is able to proceed. The citizen is also unrepresented in such case when his/her State's representation is unable to help for any reason, or it is just unavailable for the citizen for distance or any other reasons or circumstances.¹⁹ The possibility to get consular protection from any available consular authority of Member States is now also equally open for the non-EU citizen family members²⁰; however, some restrictions might indicate different treatment as emergency travel

¹⁵ TFEU Article 2.5.; 6 (g); and 197.

¹⁶ Cf. TFEU Article 197.

¹⁷ Consular functions can be exercised by diplomatic missions in accordance with the provisions of the general international rules of consular and diplomatic relations. Vienna Convention on Diplomatic Relations (VCDR), Vienna, 18 April 1961, 500 UNTS 95, Article 3.2.; Vienna Convention on Consular Relations (VCCR), Vienna, 24 April 1963, 596 UNTS 261. Article 3.; 70. Battini, Stefano: The Impact of EU Law and Globalization on Consular Assistance and Diplomatic Protection. pp. 177-178. In Chiti, Edoardo – Mattarella, Bernardo Giorgio (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011. pp. 173-184.

¹⁸ The exercise of consular functions does not always mean that the consular service is established on the territory of the State in question. The sending State may, after notifying the States concerned, entrust a consular post established in a State with the exercise of consular functions in another State, unless there is express objection by one of the States concerned (exercise of consular functions in a third State, VCCR, Article 7.). Another solution to the representation is the agreement with a State who already has a consular service in the State concerned to provide for consular protection for to citizens of both States. Upon appropriate notification to the receiving State, a consular post of the sending State may, unless the receiving State objects, exercise consular functions in the receiving State on behalf of a third State (exercise of consular functions on behalf of a third State, VCCR, Article 8).

¹⁹ Council Directive 2015/637 of 20 April 2015 on the coordination and cooperation measures to facilitate consular protection for unrepresented citizens of the Union in third countries and repealing Decision 95/553/EC. OJ L 106, 24.4.2015. (Consular Directive) preamble (8); Article 6.

²⁰ The right to respect for private and family life is acknowledged by Article 7 of the EU Charter and the family reunification principle also serves the private life of citizens. However, the EU family reunification principle has

documents (ETD) can only be issued for EU citizens, but not for non-EU citizen's family members.²¹ As for the identification of the citizenship and family ties, the rules are relatively flexible if the persons are unable to produce valid passports or identity cards. Nationality may be proven by any other means, if necessary, including verification with the diplomatic or consular authorities of the Member State of which the applicant claims to be a national.²² In fact, in case of non-national EU citizens, apart from extreme cases, consular authorities do not proceed *ex officio*, consular protection need to be claimed. However, when the consular authority is aware of the need of consular protection, especially in case of lost travel documents, the family reunification principle²³ may require some positive actions like helping the creation of contact between the family members and its Foreign Ministry, although, on the other hand, it might reveal some difficulties with the foreign relations with the third state.²⁴ Instead of declaring the right to consular protection and the 'non-discrimination clause' which characterized the previous regime, the Consular Directive shift the emphasis to the coordination and cooperation of consular authorities and does not require to proceed with the case. The intent of the Consular Directive is to guarantee help and protection in Third States by creating an obligation to consular authorities to coordinate their acts and cooperate with each other while fulfilling the required obligation and taking the necessary measures if the consular authority of nationality is not able to do so.²⁵ So, the Member States are not legally obliged to satisfy all the requests for assistance from EU citizens²⁶ but it does mean firstly, to help citizens to get the assistance by his/her own national consular authorities and if it is not possible or the authority of nationality is unable to react, secondly, to provide for the necessary consular protection. Indeed, when a Member State receives a request for consular protection from a person who claims to be an unrepresented EU citizen, or is informed of an individual emergency of an unrepresented citizen, it shall consult without delay the Ministry of Foreign Affairs of the Member State of which the person claims to be a national or, where appropriate, the competent embassy or consulate of that Member State, and provide it with all the relevant information at its disposal. This notification includes the information on the identity of the person concerned, on the possible costs of consular protection, and on the existence of any family members to whom consular protection may also need to be provided and helps and facilitates the exchange of information between the citizen concerned and the authorities of the citizen's Member State of nationality. As to prepare for a more comprehensive work, local cooperation meetings shall be held for a regular exchange of information on matters relevant to unrepresented citizens. It is chaired by one of the Member State representatives and it is in close cooperation with the delegation of the EU if there is any.²⁷ Except in cases of extreme urgency, this consultation shall take place before assistance

a narrow scope of family members, see: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (Directive on family reunification) OJ L 251, 3.10.2003, p. 12. Article 4. However, the more favourable treatment clause also to be applied for the meaning of family member. Consular Directive, Article 16.

²¹ Consular Directive, (8); EDT Decision, Annex II. 2. (a).

²² Consular Directive, Article 8.

²³ Member States are required to adopt measures for family reunification concerning residency cases of third State nationals in conformity with the obligation to protect the family and respect family life enshrined in many instruments of international law and in respect of the fundamental rights recognized in Article 8 of the EU Charter. Directive on family reunification, preamble (2).

²⁴ Cf. VCCR Article 8.

²⁵ Vermeer-Künzli: i.m. p. 969.

²⁶ The practice of Member States is various regarding their relationship with consular protection: if it is a duty of the State or a discretionary right to decide upon providing for it. Schiffner, Imola: Az uniós polgárok konzuli védelmének lehetőségei a tagállamok gyakorlatában. p. 180. In Forum: Acta Juridica et Politica, Vol. 2. No. 1. 2012. pp. 169-186.

²⁷ Consular Directive, Article 12.

is provided.²⁸ The obligation therefore primarily refers to being available for EU citizens without representation and the notification to their own State to make it possible that they get the requested protection and assistance by their State. This does not require the consul to proceed but rather to exchange information and cooperate during normal times and, above all, during major crises.

The need for an active consular cooperation is not just theory as an estimated 8.7% of EU citizens, or 7 million people, travel outside the EU to states where their Member State is not represented and a further 2 million EU citizens live in such countries.²⁹ A survey of 2015 states that 7 EU citizens from 10 are aware of the right to turn to the representative of any Member States if his/her State is not represented in a third state.³⁰

As for the scope of help, the Consular Directive, in line with the former decision, does not create new functions for representatives of Member States; although it enlists some typical cases which might entail the necessity of consular protection in third states: death, serious accident or serious illness, arrest or detention, falling victim of violent crime, loss or theft of identity documents, and situations requiring repatriation or relief especially in armed conflicts, and in case of natural disasters.³¹ The measure taken in such cases is up to the consular law of Member States, which are also free to ensure a wider range of protection but it shall be equally available for national and for non – national EU citizens.³² With regard to the nature of the help, according to the latest Eurobarometer survey in the topic done in 2006, arrangement to immediately return to home was the most preferred form of assistance the Europeans would like to have in emergency. The Eurobarometer survey published in 2006 showed that one third (33%) of the overall – at that time EU25 – population mentioned this as their first preference.³³ In 2016, the statistics of the EEAS show that the number of non-represented EU citizens requesting consular assistance is limited and the cases are manageable; most requests dealt with the loss of travel documents.³⁴

As for travel documents, only the national authorities can replace the damaged, lost or stolen ones, for non-national EU citizens the ETD can be issued upon request which is valid slightly longer than the minimum time needed to complete the journey for which it is issued.³⁵ It also requires the collaboration of the national authorities as the ETD can only be issued if clearance from the authorities of the person's Member State of origin has been obtained.

²⁸ Consular Directive, Article 10.

²⁹ COM(2009) 263 final p. 5. III.1.2.

³⁰ Flash Eurobarometer #430. European Union Citizenship. Eurobarometer, 2015. http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf (20.13.2017.) pp. 29-30.; 33. By the way, 75 % of EU citizens were wrong believing that they are entitled to consular protection provided by any Member States' foreign service within the borders of the EU. Flash Eurobarometer #430. pp. 42-46. As for information on the available representations, citizens can use the following website which shall be kept up to date by the Member States. Consular protection for European Union citizens abroad. <http://ec.europa.eu/consularprotection/index.action> (20.13.2017.) or Your consulates and/or embassies. http://europa.eu/youreurope/citizens/national-contact-points/embassies/index_en.htm (20.13.2017.) which directs citizens to the consular website of the chosen State to get information on the State's foreign service.

³¹ Consular Directive, Article 9.

³² Consular Directive, Article 2.

³³ Flash EB Series #188 Consular Protection. DG Justice, Freedom and Security Survey, Eurobarometer, 2006. http://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S572_188 (20.13.2017.) p. 13. This is the latest survey on the topic.

³⁴ Consular Cooperation Initiatives - Final report. Presented by the CCI Core Team to the EU Working Party for Consular Affairs COCON – 8. CFSP/PESC 345, 29 April 2016 Brussels. p. 3.

³⁵ 96/409/CSFP: Decision of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council of 25 June 1996 on the establishment of an emergency travel document. OJ L 168, 06.07.1996 (ETD) Annex II. 4.

Problems might occur with non-represented non-EU citizen family members. They are not entitled to get an ETD and this makes the return to home impossible for the family as it is obvious that they will not split up. Consular Directive does not directly create obligation for the consular authority proceeding in the case of the citizen to contact the national authorities of the non-citizen's Member State for that purpose. However, the general rules obliging Member State consular authorities to provide consular protection to the same extent and on the same conditions as to the EU citizen³⁶ can be interpreted that way to reach this conclusion. As for practical guidance to travel home, its form is up to the situation but concerning financial help, rules are clear: it is a final solution and national and non-national consular authority is also obliged to give financial help with the same conditions as to their nationals. Except for crisis, citizen shall sign an undertaking to repay to his or her Member State of nationality the costs incurred. Namely, the costs are directly repaid by the Member State of nationality and then the reimbursement will be the matter of the State and its national under the scope of domestic rules.³⁷

2.3. Crisis preparedness and its implication on EU consular policy

The Consular Directive makes special references to crisis situations which involves EU organs in the cooperation of consular authorities: the *European External Action Service* and its local *delegations* established under the terms of agreements between the EU and the third State.³⁸

EEAS was created to serve the High Representative to ensure more coherent and effective EU external action without any prejudice to the Member States foreign policy.³⁹ Being part of the EEAS Crisis Response Department, the *Consular Crisis Management Division* currently has two roles: it helps the Presidency to coordinate consular policies across the EU (e.g. travel advice, issuance of consular guidelines), and assists the EU Presidency and/or Lead States to coordinate action in times of crises. *Delegations* are placed under the authority of the High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy⁴⁰ and support the Member States in facilitating cooperation and in helping them to help unrepresented citizens while consular protection remains a national competence. Delegations do not provide direct assistance to EU citizens, so, the EEAS has contradictory mandates. It is expected to 'coordinate' (policies, institutions, Member States, embassies, ministers, collective action, financial resources), provide leadership, and to develop new ideas and policy entrepreneurship while it does not challenge national foreign policy.⁴¹

Consular Directive does not define crisis but it is relatively obvious that the notion covers natural and man-made disasters which prevent or make it impossible to apply the normal rules of consular protection while consular protection is needed more than ever.⁴² In the event of a

³⁶ Consular Directive, Article 5.

³⁷ Consular Directive, Article 14-15.

³⁸ Vooren, Bart Van – A. Wessel, Ramses: External representation and the European External Action Service: selected legal challenges. CLEER Working Papers 2012/5. p. 79.

³⁹ The establishment of an External Action Service “do not affect the responsibilities of the Member States, as they currently exist, for the formulation and conduct of their foreign policy nor of their national representation in third countries and international organisations.” Treaty of Lisbon, 13. Declaration concerning the common foreign and security policy.

⁴⁰ These are situations like Bali bombing in 2002, Indian Ocean tsunami in 2004, and 2006 evacuations from Lebanon or just from the recent past, terrorist attacks in Brussels, when citizens' life and security was threatened. TEU Article 32 al 3., 35. See, Council Decision of 26 July 2010 establishing the organisation and functioning of the European External Action Service. OJ L 201, 3.8.2010 (EEAS Decision) Article 5.

⁴¹ Balfour– Raik 2010: 13.

⁴² Tindall, Karen: Governments' Ability to Assist Nationals in Disasters Abroad: What Do We Know about Consular Emergency Management? p. 102. In *Journal of Contingencies and Crisis Management*, Vol. 20 No. 2.

crisis, the EU (EEAS and delegations) and Member States (representation) shall closely cooperate to ensure efficient assistance for unrepresented citizens. Within the framework of local cooperation, they shall prepare contingency plans to follow in such situations. Upon their request, Member States may be supported by existing intervention teams at EU level, including consular experts, from unrepresented Member States. The protagonist of these situations is the (1) Lead State, that is the Member State(s) coordinating and leading the assistance of unrepresented citizens during crises in each third State with the support of (2) the other Member States concerned,⁴³ the (3) EU delegation and the (4) EEAS headquarters, and the (5) local authorities of the third State in which the crisis happened are also players. Member States shall provide the Lead State or the Member State(s) coordinating assistance with relevant information regarding their unrepresented citizens present in a crisis. Issues of citizenship, in fact, make it challenging to estimate the number of citizens that may need consular protection mainly in States with a strong history of immigration, like Canada, the USA or Australia for instance.⁴⁴

However, the consular authority of the Lead State only joins forces and coordinates measures and may request reimbursement of expenses generated by this mission but not responsible to provide the consular services.⁴⁵ The EEAS and its delegations, in fact, cannot replace Member States' consular tasks. The EU has no power to do so as the protection of citizens is too much related to the notion of nationality which is a core competence of Member States. Practical reasons might occur to EEAS to practice consular protection in third States but at this stage of EU integration it is not yet possible and by the way, for acting within that competence, under the general rules of international law, the consent of the Third State would also be needed.⁴⁶ EU legislation in fact does oblige the Member States but as being *pacta tertiis* for third States,⁴⁷ further negotiations and arrangements are needed for an effective evaluation of Article 23 of TFEU and Article 46 of the EU Charter.

3. Challenges for the effective consular protection in third States

Consular services on the territory of a State can be performed only with the previous consent of the State of territory.⁴⁸ So, the margin for help of the State of nationality is limited even if it is willing to help its national in case of lack of representation in a Third State or in case it wishes to entrust another State to act on its behalf as this latter also requires the consent of the State of territory. The other side of the problem is cooperation and sharing of information which is the key for the process. As the transfer of demand or case of consular protection to the citizen's national authorities should not result that the unrepresented citizen is deprived of consular protection, the mechanism operates with a wide range of personal data whose protection is also a fundamental right acknowledged by the Charter. There are two types of cooperation form in this context. The (1) classical legal assistance when the consular authority

2012. pp. 102–114. The executive directive to the Hungarian Act on consular protection (HCA) defines crisis as a situation created by extraordinary and unexceptional circumstances, which affects or may affect a significant number of citizens and requires immediate action of the consular service. Act XLVI of 2001 on consular protection. Hungarian Official Journal, 75/2001 (VII. 3.) (HCA), Article 1/A c.

⁴³ See, Consular Directive, (23). In details: Council European Union guidelines on the implementation of the consular Lead State concept (2008/C 317/06) OJ C 317, 12.12.2008 (Lead State Guideline) pp. 6-8.

⁴⁴ Tindall: i.m. p. 105.

⁴⁵ Lead State Guideline, point 5.4.

⁴⁶ VCCR 2. 1. The establishment of consular relations between States takes place by mutual consent. 4. 1. A consular post may be established in the territory of the receiving State only with that State's consent.

⁴⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331. Article 34.; cf. VCCR Article 8.; Knapp, László: Az uniós polgárok diplomáciai és konzuli védelméről II. p. 108. In Jog-Állam Politika, 2010/1. pp. 95-120.; Vermeer – Kunzli: i.m. p. 990.

⁴⁸ VCCR Article 8.

needs the assistance of another authority i.e. the transmission of information to act within its own competence in a concrete procedure. The (2) cooperation mechanism is, in contrast, a continuous data sharing process without exact prior request as information management process is based on exact EU rules. It should be based on legally binding sources to make the procedure predictable and transparent with clearly defined tasks and competences, aspects of responsibility, applicable law and finally: supervision and legal remedy.⁴⁹ The Consular Directive does not serve as a general legal background for cooperating mechanism just outline the frames and remains silent on details and calls for further negotiation on the procedural aspects.

Consular authorities act as public authorities on behalf of their sending State and with their acts and decisions they affect the legal position and situation of the individuals. In case of need, the consular authority decides whether consular protection is exercised and which measure shall be taken. Being the fact that the right to consular protection in third States has become a basic right by Article 46 EU Charter, the Member State are also obliged to ensure the review of the decisions of the consular authority.⁵⁰ To protect a right created by EU law, judicial remedy shall be available. The European citizen who asks for consular assistance from the authorities of another Member State, and receives a refusal that he/she considers unfair or discriminatory shall have the possibility to appeal to a national judge capable of exercising judicial review of the contested administrative decision.⁵¹ The Hungarian Consular Act (HCA) for example enlists those consular protection functions which requires authority act, and if a consular officer takes a decision of first instance, the Minister of Foreign Affairs is entitled to proceed on appeal, but as for denial of those kind of measure which not explicitly requires authority procedure, as not all the tasks and functions of consular protection are considered as authority procedure, no provision exists.⁵²

Besides that, the Consular Directive does not give any guidance on double citizenship, for instance. The citizenship policy of the EU is flexible in favour of the citizens and definitely not following the 'effective citizenship' or 'genuine link theory'.⁵³ In case of both citizenships of EU States one would think that the forum decides upon the competent consular authority, but according to the case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) the jurisdiction does not automatically rely on the forum.⁵⁴ In such cases which State shall be connected to provide for consular protection? Does the citizen have the right of forum shopping in favour of a more expanded consular assistance if he or she is aware of both States consular protection legislation? What is the obligation of the consular authority? Does the citizen with double nationality choose the competent national authority to alert, is the consular authority obliged to check if a citizen has double nationalities? Who decides upon the collision of competencies? General principles like acting in good faith does not select the road

⁴⁹ ReNEUAL – the Research Network on EU Administrative Law. <http://www.reneual.eu/> (20.03.2017.) (Model Rules) VI-3., Varga, Zs. András: Gyorsértékelés az európai közigazgatási eljárási modell-szabályokról. p. 547. In *Magyar Jog*, 2014/10, 2014, pp. 545–555.

⁵⁰ "Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article. Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law." EU Charter, Article 47.

⁵¹ Battini: i.m. p. 179.

⁵² HCA, Article 19 (7).

⁵³ "[t]he mere fact that a national of a Member State is also a national of a non-member country, in which he is resident, does not deprive him of the right, as a national of that Member State, to rely on the prohibition of discrimination on grounds of nationality." Case C-122/96, Saldanha and MTS/Hiross, [1997] ECR, I-5325, paragraph 15.

⁵⁴ Gyenei, Laura: Kettős állampolgárság az Európai Unió erőterében, p. 160. In *Kettős állampolgárság az Európai Unió erőterében*. Iustum Aequum Salutare, IX. 2013. 2. pp. 157–168.

to walk and does not give enough rules for delimitation of responsibility of the authorities taking part in different phases of the cooperative mechanism.

The lack of detailed procedural rules is outstanding in case of crisis when the EEAS and its delegation appear as players in the procedure along with the Lead State. State administration is hierarchical; the chief of a consular authority is under the direction of its own State, in particular the Minister of Foreign Affairs. In a crisis when the cooperative mechanism starts its real operation, there are no exact legislative act provisions for handling those situations when the Lead State or the EEAS gives order to Member States consular authorities. In fact, the EEAS decision suggests that EEAS and delegations help Member States and are not superior to their consular agents, but as Member States are required to act in conformity with EU interests, even if foreign policy is still mainly a domestic field, general obligations mean a kind of determination to the margins of activity. What happens if EU organs representing EU interests confront with the Member State's foreign policy? Which is stronger: loyalty and solidarity towards the EU and other Member States or the domestic hierarchical order in the administrative structure and thus the foreign policy of the sending? The Consular Directive declares that it does not concern consular relations between Member States and third countries.⁵⁵ But it tacitly does when it obliges Member States to widen the scope of consular authorities' activity to protect any EU citizens and non-EU citizen family members. In fact, EU consular policy obliges only the Member States and not third States. Therefore, an effective protection requires at least a reflection and expansion on personal scope on existing bilateral consular agreements with third States but this is still awaited. It also calls the Member States' embassies or consulates to, wherever deemed necessary, conclude practical arrangements among themselves on sharing responsibilities for providing consular protection to unrepresented citizens. Insofar, since the existence of EU citizenship, no such arrangements have been made. They may conclude arrangements and not obliged to do so. So, again, why is it better than the former inter-governmental regime? Now, involving the EEAS and delegations, the common consular policy might get an extra impetus by implicitly giving a primacy of common interests, but can it be required under the present competency rules? All these problems reveal the necessity of a European regulation of administrative procedural law, mainly in the field of administrative cooperation mechanisms which is even more important in case of a crisis and highlights the fact that the EU is expanding on foreign policy issues where it still lacks the necessary power and competence to reach direct results.

4. Closing remarks or opening for expansion of competences?

From the viewpoint of rationality and efficiency, there are compelling reasons for transferring at least some of the functions of national diplomacies to the EU, rather than having a numerous representation of Member States in third States. It would make sense to have just one large EU delegation representing the whole Union, centralize the at least some consular services and limit national missions to a minimum where the EU also has delegation. Therefore, spending of unnecessary resources on coordination among authorities could be saved.⁵⁶ For that purpose, EEAS should be empowered to be at the centre of an EU system of diplomacy, shaping it and not just being shaped to create a new sense of unity. CFSP rules introduced by the Treaty of Lisbon and the creation of the EEAS are supposed to stimulate an internal logic towards more EU integration and burden-sharing in foreign policy,⁵⁷ but the

⁵⁵ Consular Directive, Article 1.

⁵⁶ Balfour– Raik 2010: pp. 37-38.

⁵⁷ Balfour, Rosa – Raik, Kristi: Learning to dance to the same tune? The European External Action Service and National Diplomacies. European Policy Center, 17 January 2013. http://epc.eu/documents/uploads/pub_3231_learning_to_dance_to_the_same_tune.pdf (20.03.2017.) pp. 1-2.

Treaty of Lisbon also made it clear that the provisions covering the CFSP would not affect the existing legal basis, responsibilities, and powers of each Member State in relation to the formulation and conduct of its foreign policy, its national diplomatic service and relations with third States.⁵⁸ All in all, the expansion of EU competences and the temptation of Europeanisation of legal areas is a question of the future, now the actual challenges face detailed procedural rules of consular authorities' cooperation in order to make it conform to the requirements of good administration.

⁵⁸ Treaty of Lisbon, 14. Declaration concerning the common foreign and security policy.

A hatalommegosztás terminológiája és a hatalommegosztás tana – eszmetörténeti áttekintés

A korábbiakban megjelent tanulmányaimban az állam fogalmának áttekintésére, az állam fogalmának térben, időben történő elhelyezésére, az állam és a jog fogalma közötti kapcsolat, valamint az antik és a középkori államelméletek csoportosítására tettem kísérletet, valamint az állam és a szuverenitás kapcsolatával foglalkoztam.²

Jelen tanulmányban a hatalommegosztás fogalmának meghatározásával, illetve a szuverenitással való kapcsolatának bemutatásával foglalkozom. A fogalom meghatározást követően a hatalommegosztás elméleteinek áttekintésére és bemutatására teszek kísérletet. Az alkotmányelméleti, jogelméleti irodalomban eltérő álláspontok alakultak ki abban a tekintetben, hogy a hatalommegosztás visszavezethető-e az ókori és középkori államelméleti művekre. A fogalom meghatározást követően röviden vázolom azon műveket, amelyekben egyes szerzők a hatalommegosztás történeti előzményeit vélik felfedezni.

I. A hatalommegosztás fogalmának meghatározása

A hatalommegosztás fogalmának meghatározását megelőzően a kiinduló fogalmakat a következők szerint összegzem. A legutóbbi kutatások során az állam fogalma meghatározott területen, közös főhatalom alatt élő emberek tartós közösségeként határozott meg.³ Az állam a területén lévő népesség felett főhatalmat gyakorol, amely államhatalomnak nevezetett.⁴ A hatalom meghatározására Max Weber meghatározását veszik alapul, amelyet a szerkesztők általánosan elfogadott meghatározásnak tekintenek. A hatalom – a szerkesztők meghatározása szerint – nem más, mint képesség arra, hogy más egyéneket, csoportokat vagy szervezeteket az általa kívánt magatartásra késztesen.⁵ A szuverenitás fogalmát felsőbbként, főhatalomként, független hatalomként határozták meg, amely egy politikailag szervezett társadalomban egy személynek vagy testületnek azon képességét jelenti, hogy akaratát érvényesíteni tudja a területén élő lakosság fölött.⁶ E fogalom az állam hatalmával is azonosítható. A szuverenitásból eredő jogok birtokosa a hatalommegosztás eszméjének

¹ A szerző a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar Doktori Iskolájának abszolutóriumot szerzett PhD-hallgatója.

² Egri-Kovács Krisztián: Állam- és szuverenitáselmélet I. (Az állam fogalma, megjelenése, elhelyezése térben és időben, kapcsolata a joggal). Jogelméleti Szemle, 2010/4. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/egri44.html> (2010. december 15.); Egri-Kovács Krisztián: Állam és a szuverenitás kapcsolata. Acta Iuvenum Caroliensia III. Budapest, 2012, 51-69. o.

³ Jogi lexikon. Átdolgozott és bővített kiadás (főszerkesztő: Lamm Vanda). Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., Budapest 2009, 36. o. A hatalom fogalmát a Magyar Értelmező Kéziszótár (Budapesten, 1972) 525. oldalán úgy határozta meg, hogy az annak a lehetősége, hogy valaki valamely közösségben, tevékenységben érvényesítheti, valakire rákényszerítheti akaratát. Idézi: Samu Mihály: A hatalom és az állam. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1977, 31. o. Samu Mihály hozzáteszi, hogy ez a megfogalmazás nem minősül tudományos definíciónak. Egyes nézetek szerint a hatalom fogalma megfeleltethető a döntés fogalmának. Más szerzők a kényszerítés és az erőszak fogalmával azonosítják a hatalom fogalmát. A történelmi tapasztalatok alapján levonható az a következtetés, hogy hatalom nélkül a társadalom szétesik. (Vö.: i. m. 44-58. o.)

⁴ Államtan. Írások a XX. századi általános államtudományi köréből (szerk.: Takács Péter). Szent István Társulat, Budapest, 2003. Appendix II. A szuverenitás tüneménye című fejezet. „A szuverenitás egy állam állandó és abszolút hatalma.” I. m., 617. o.

⁵ Jogi lexikon. Átdolgozott és bővített kiadás (főszerkesztő: Lamm Vanda). Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., Budapest 2009. 285. o.

⁶ Uo. 636. o.

(amelyet a szerzők az államhatalmi ágak megosztásával azonosítanak) elterjedése után az államot illeti meg.⁷ Az államhatalom a társadalom irányítását, a kormányzást (azon tevékenységet, amelyben megjelenik az állam szuverenitása), az igazgatást, a szabályozást, a kényszerítést látja el, illetve a belső közügyek intézését és a nemzetközi kapcsolatok rendezését végzi. A népszuverenitás kérdése a hatalommegosztás kérdésével összefüggésben áll. Amennyiben létezik hatalommegosztás, a népakarat nem érvényesülhet korlátlanul. A népszuverenitás tiszta formában történő megvalósítása nem célravezető.⁸ Az államhatalmi ágak megosztása a zsarnokság és az önkényes hatalomgyakorlás elleni védekezés fő eszköze. A törvények alkotásának, végrehajtásának és alkalmazásának egy kézben tartása zsarnokságot szül.⁹ Az autoriter alkotmányok és a demokratikus alkotmányok közötti különbség az államhatalom gyakorlásának koncentrációjában vagy megosztásában jelölhető meg.¹⁰ Trócsányi László a hatalmi ágak elválasztásának fogalmát akként összegzi, hogy „*A hatalmi ágak elválasztása azt kívánja kifejezésre juttatni, hogy egy demokratikus jogállamban korlátlan és korlátozhatatlan hatalom nincs, ennek érdekében bizonyos hatalmi ágak szükségképpen korlátozzák más hatalmi ágak jogosítványait. A népszuverenitásból fakadó jogokat tehát nem egy állami szerv gyakorolja, hanem az államszervezet egésze. A hatalmi ágak egymáshoz való viszonyában nemcsak a hatalmi ágak függetlensége jelenik meg, hanem a hatalmi ágak kölcsönös ellenőrzése és a hatalmi ágak együttműködésének a kötelezettsége is*”.¹¹

A hatalommegosztást a jogállam fogalmi elemeként, az államszervezet működését, feladatát, hatásköreit, egymáshoz való viszonyát meghatározó alapvető fogalomként szokás meghatározni.¹² A hatalommegosztás az alkotmányozó által az állam alkotmányban rögzített hatásköri rendjével is azonosítható. A fogalom meghatározás során hozzá kell tenni, hogy nem minden alkotmány rögzíti a hatalommegosztás elvét.¹³

Csink Lóránt tanulmányában rámutat arra, hogy a hatalommegosztás fogalmánál az egyes szerzők vagy a fogalom alapelvi jellegét (a jogalkotó számára az értelmezést segítő mivoltát), vagy annak normatív jellegét emelik ki. A normatív és az alapelvi nézetek nem kizárói egymásnak, az egyes nézetek nem állnak egymással ellentétben. Normatív tartalomra utalnak azok a megközelítések, amelyek szerint a jog határozza meg az állami beavatkozás mértékét, minden egyes állami szerv a kizárólagos, saját hatáskörét gyakorolja, a törvényhozónak sincs korlátlan hatalma. A hatalommegosztás alapelve arra van befolyással, hogy a jogalkotó egyes közhatalmakat gyakorló szerveket milyen feladatokkal és hatáskörökkel ruház fel. A

⁷ Dominico Fisichella: A politikatudomány alapvonalai. Osiris Kiadó, Budapest, 2004, 208-209. o. A képviseleti szervek eredendően azzal a céllal jöttek létre, hogy a politikai hatalmat gyakorló személlyel (uralkodóval) tárgyaljanak. Az uralkodó képviseleti szervvel együtt meghozott döntései garanciát jelentettek a döntésben foglaltak közösség általi betartására. A képviseleti szerv fejlődése során a képviselők az egész közösség képviselőivé váltak, amely a szuverenitást gyakorolja, és amelyet sem az uralkodó, sem végrehajtó hatalom nem korlátozhat. Egyes szerzők elkülönítik egymástól a nemzeti szuverenitás fogalmát, amely a képviselő-testülethez kötődik, és a népszuverenitás fogalmát, amelyet a démosz gyakorol. Jelen tanulmányban utalás szintjén említettnek meg azon megközelítések, amelyek a képviseleti demokráciát a közvetlen demokráciával kívánják felváltani. Vö.: Hamza Gábor: A közvetlen demokrácia történelmi előzményei Európában. Magyar Tudomány 2013/11. szám, 1380-1385. o.

⁸ Vö.: Tóth J. Zoltán: A népszuverenitás és az alkotmánybíráskodás viszonya a hatalommegosztás szempontjából. In: Tóth J. Zoltán – Ouk Varinic: Az alkotmánybíráskodás viszonya a népszuverenitás eszméjéhez. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2017 (megj.a.), vö. különösen az I. fejezetben írottakkal.

⁹ Jogi lexikon, i. m., 42. o.

¹⁰ Karl Korinek: A hatalommegosztási tan aktualitásáról. In: Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből. Szent István Társulat, Budapest, 2003, 675. o.

¹¹ Bevezetés az alkotmányjogba (szerk.: Trócsányi László és Schanda Balázs). HVG ORCA Lap- és Könyvkiadó Kft, Budapest, 2012, 75. o.

¹² Csink Lóránt: Mozaikok a hatalommegosztáshoz. Pázmány Press, Budapest, 2014, 23. o.

¹³ Takács Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. In: Hatalommegosztás és jogállamiság (szerk.: Mezey Barna). Osiris Kiadó, Budapest, 1998, 101-102. o.

hatalommegosztás önálló normaként a jogállamiság részét képezve megtestesíti a demokratikus hatalommegosztás valamennyi garanciáját. A hatalommegosztás abban az esetben érvényesül, amennyiben a közhatalom gyakorlóit egymást alkotmányos keretek között fékezik és ellensúlyozzák, amelyet – Csink Lóránt szerint – önmagában az alkotmány (amelynek feladata a hatalommegosztás működési kereteinek biztosítása) nem tud garantálni, a megvalósítás az alkotmányos és politikai kultúrán is múlik.¹⁴

A hatalommegosztás eszmerendszerében – Sári János ismertetése alapján – a hatalom intézményi ellenőrzésének és társadalmi ellenőrzésének igénye jelenik meg. Az intézményi ellenőrzés fogalma alatt a *nullum crimen sine lege* elve értendő, társadalmi ellenőrzés alatt pedig a hatalomgyakorlással kapcsolatos konfliktusok jogszabályok általi rendezése, amelyet röviden a *Lex = Rex* terminológiával írnak le. A hatalommegosztás eszmerendezere a rendi és a polgári erők egyensúlyba kerülésének idejére vezethető vissza. A hatalommegosztás egyik újkori elmélete a *rule of law* eszmerendszeréhez kötődik. Időben az 1688. évi „dicsőséges forradalmat” követő időszakban helyezhető el. Elméleti megalapozója John Locke. A hatalommegosztás másik típusát az Egyesült Államok valósította meg. Montesquieu az angol alkotmányfejlődés tanulmányozása során alkotta meg elméletét, amely kiemelkedő hatást gyakorolt az amerikai alkotmányfejlődésre.¹⁵ Más szerzők szerint Montesquieu munkásságával a hatalommegosztás eszméje minden alkotmányos állam számára mértékadóvá vált, az alkotmányok elsődleges szerkezeti alapelveként jelent meg.¹⁶ Az angol modell (a hatalom teljes egysége, kiüresített államfői jogkörök, nincs ellensúly a parlamenti többség kormányhatalmával szemben) és a kontinentális európai országok hatalomgyakorlási modellje egymással szemben álló állami szerveződést valósított meg. Az amerikai szerveződés a hatalmi ágak elválasztását valósítja meg; a törvényhozó és a végrehajtó hatalom egymástól is (a végrehajtó hatalom fejről, az elnökről önálló választással döntenek), valamint a bírói hatalom az előbbi kettő mindegyikétől elkülönül. Az európai kontinentális államokban az alkotmányfejlődés az angol modellre épült, a hatalom megosztásának egyes elemeit beépítették.¹⁷

A hatalommegosztás fogalmának vizsgálata során egyes szerzők rámutatnak arra, hogy nem tekinthető a hatalommegosztás teljes körű meghatározásának, ha az egyes szervek hatáskörét a törvényhozás, a végrehajtás és az igazságszolgáltatás funkcióihoz rendeljük. A hatalommegosztás lényege azonban változatlan: egyrészt megakadályozza az államhatalom koncentrációját, másfelől az egyén és a társadalom szabadságát biztosítja az államban. A hatalommegosztás kizárólag az államhatalom gyakorlására vonatkozik. A hatalom hordozója a nép, aki a hatalmat átruházza az alkotmányos képviselői szervekre. A hatalommegosztásra vonatkozó újabb elméletek a jogilag önálló szabályozási rendszerek körében megemlítik a területi vagy érdekképviselői elven szerveződő önkormányzatokat, az egyetemek belső önkormányzati rendjét és a gazdasági kamarákat. A hatalommegosztásban hatalmakat összekapcsoló elemként jelenik meg az állami szerveket létesítő jogok összessége. Egyes alkotmányelméleti vélemények szerint a hatalommegosztás az alkotmányi előírásokból levezethető és igazolható; a hatalommegosztáshoz szükséges, hogy az összes állami szerv – beleértve a felügyeleti szerveket is – gyakorolja és betartsa (ne lépje túl) a hatáskörét. A hatáskörgyakorlás során a legfelsőbb állami szerv hatáskörére is figyelemmel kell lenni. Ha az egyik szerv nem gyakorolja hatáskörét, akkor a hatalmi egyensúly felbomlik. Ha mindkét szerv gyakorolja a hatáskörét, úgy a különböző állami szervek akadályozzák egymást.

¹⁴ Csink Lóránt: Mozaikok a hatalommegosztáshoz, Pázmány Press, Budapest, 2014, 24-25. o.

¹⁵ Sári János: A hatalommegosztás eszmerendszer értelmezésének lehetőségei és érvényesülésének történelmi irányai. In: Hatalommegosztás és jogállamiság (szerk.: Mezey Barna). Osiris Kiadó, Budapest, 1998, 69-71. o.

¹⁶ Takács Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. In: Hatalommegosztás és jogállamiság (szerk.: Mezey Barna). Osiris Kiadó, Budapest, 1998, 98-99. o.

¹⁷ Pokol Béla: A bírói hatalom. Századvég Kiadó, Budapest, 2003, 103-108. o.

Schmidt Péter szerint a hatalommegosztást csak a közhatalom tekintetében lehet értelmezni, a hatalommegosztás az állam hatalmának különböző típusú állami szervek közötti elosztását testesíti meg.¹⁸ Az államhatalmak elválasztása államszervezeti-alkotmányjogi alapelvvé vált. Rousseau Társadalmi szerződése, valamint Montesquieu A törvények szelleméről című műve egyaránt meghatározó volt a XVIII-XIX. századi alkotmányos állam kialakításánál. A legutóbbi, XX. századi hatalommegosztási elméletek a törvényhozó hatalomnak az alkotmány és az alapjogok rendszerével történő, elsősorban alkotmánybíróság általi összehasonlítására irányulnak, amelynek áttekintése külön tanulmány tárgyát képezi.¹⁹

A fogalom meghatározást követően a hatalommegosztás antikvitás kori és középkori előzményeinek vázlatos áttekintésére vállalkozom. A hatalommegosztás elméleteinek formálódása során fejlődési tendenciaként megfigyelhető, hogy a hatalom egységére vonatkozó elméletek és a hatalom megosztására irányuló elméleti törekvések egymást váltva fordulnak elő. Szemléltetésként megemlíthető, hogy Platón a hatalom egységét, ezzel szemben Arisztotelész a hatalom megosztását vallotta. A középkori és újkori jogfejlődésben e tendencia ugyancsak megfigyelhető. A középkori elméleti munkákból Paduai Marsilius a hatalommegosztás képviselőjének tekinthető. Ezzel szemben Niccolò Machiavelli a hatalom egységét vallotta. Közismerten Jean Bodin nevéhez fűződik a szuverenitás fogalmának elméleti megalapozása. A kora újkori elméletek közül Thomas Hobbes munkásságához fűződik a szuverén (uralkodó) egységes hatalmának összegzése. John Locke művét szokás a szerződéselmélet, joguralmi felfogás első megjelenésének tekinteni. John Locke műve Hobbes ellen irányul. Locke művét tekintik úgy, mint amely az angol alkotmányjog elméletéhez a legnagyobb mértékben járult hozzá.²⁰ A francia felvilágosodás kiemelkedő alakja, Montesquieu nem a hatalom eredetével, hanem a hatalom működésével foglalkozott, az európai fejlődés törvényszerűségeinek tanulmányozásával alkotta meg nagy hatású elméletét.²¹ Rousseau a hatalommegosztás tagadásaként alkotta meg művét, Constant pedig Rousseau-t bírálja. Tanulmányomban az antikvitás kori és középkori elméletek vázlatos áttekintését követően John Locke, Montesquieu, Rousseau és Benjamin Constant műveit ismertetem. Jean Bodin és Thomas Hobbes műveit korábbi tanulmányomban részleteztem, ezért jelen írásomban ezen szerzőkre nem térek ki.

II. A hatalommegosztás antikvitás kori és középkori előzményei

A hatalommegosztás eszmerendszerének egyes kérdései című tanulmányomban röviden vázoltam, hogy a hatalommegosztás eredetét illetően eltérő vélemények alakultak ki.²² Cservák Csaba szerint a három hatalmi ág megalkotásának koncepciója nem Montesquieu: A törvények szelleme című munkájából eredeztethető.²³ Ezzel szemben Takács Albert nem fogadja el a hatalommegosztás tanának az antikvitás korába való „visszavetítését”.²⁴ A

¹⁸ „Vagyis az első tézisem az, hogy az államhatalom megosztásáról csak az állami közhatalom tekintetében lehet beszélni abban az értelemben, hogy az állam hatalmát kell megosztani a különböző típusú állami szervek között.” Schmidt Péter: A hatalmi ágak megosztásának aktuális problémáiról. Politikatudományi Szemle, 1995/2. szám, 10. o.

¹⁹ Korinek: i. m., 675-695. o.

²⁰ Horváth Barna: Angol jogelmélet. Pallas Stúdió – Attraktor Kft, Budapest, 2011, 167-187. o.

²¹ Montesquieu: A törvények szelleméről. Osiris – Attraktor Kiadó, Budapest, 2000, 1035-1046. o.

²² Egri-Kovács Krisztián: A hatalommegosztás eszmerendszerének egyes kérdései. Jog és állam. Budapest, KRE-ÁJK, 2013.

²³ Cservák Csaba: A hatalommegosztás elmélete és gyakorlati megvalósulása. Jogelméleti Szemle, 2002/1. szám, 5. o. http://jesz.ajk.elte.hu/2002_1.html

²⁴ „A hatalommegosztás eredőit, a legnagyobb időbeli ívet kifeszítő teoretikusok már az ókor vegyes kormányforma [...] felfogásában megpillantják. [...] A történeti analógiák ilyenfajta keresése azonban éppen a gyakorlati jelentőségét és a használhatóságot lúgozza ki a hatalommegosztás alkotmányos követelményéből.”

hatalommegosztás értelme abban jelölhető meg, hogy az állami tevékenység valamennyi ága megmaradjon a tartalmi és formai keretek között.²⁵ A szerző Kágyi azon következtetését veszi alapul, hogy a hatalommegosztás elve a XX. századra már csak általános szervezési elvként, alkotmányos alapelvként határozható meg.²⁶ A hatalommegosztás eszmerendszere a XVII-XVIII. század politikai küzdelmeiben jelent meg.²⁷ A francia nemzetgyűlés már ismerte és alkalmazta Montesquieu nézeteit. Angliában a hatalommegosztás gondolata a XIII. században jelent meg, a hatalommegosztás elve a társadalmi csoportok politikai törekvéseit fejezte ki.²⁸ Az angol jogelméletben a hatalommegosztás dualista felfogása érvényesül (a törvényhozó és a végrehajtó hatalmat különböztetik meg, az igazságszolgáltatást nem tekintik önálló hatalmi ágnak). John Locke elméletében is két hatalmi ág jelenik meg, az Értekezés a polgári kormányzat hatásköreiről című művében megfogalmazottak alapozzák meg a parlamenti szuverenitás és a jog uralmának eszméjét.²⁹ Takács Albert utal arra, hogy az angol hatalmi ágak dualista felfogásának gyökerei Cicero és Szent Ágoston művein alapulnak. Az amerikai alkotmány fejlődésében a klasszikus szuverenitás elmélete két eleme jelenik meg, a köztársaság, valamint a pluralizmus eszméje.³⁰ A hatalommegosztás eszméjének XIX. századi fejlődésének eredményeképpen háromnál több hatalmi ágot különböztetnek meg. Sári János a Hugo Grotius által kidolgozott elveket, valamint a természetjog eszméjét jelöli meg az államok közötti hatalmi visszaélések korlátozásának előzményeként.³¹ A következőkben a hatalommegosztás fogalmának áttekintésére vállalkozom.

Nincs egyetértés a tekintetben, hogy a hatalommegosztás előzményének tekinthető-e az antik görög és római államelméletben ismert kevert kormányforma (*status mixtus*), vagy az Aquinói Szent Tamás Summa Theologica című művében részletezett vegyes kormányzat, (*regimen commixtum*), amely a mérsékelt hatalmat fejezi ki. Szaniszló Krisztián szerint a hatalommegosztás felvilágosodás korában kiforrott elméletei organikus történelmi fejlődés eredményei, amelyek az antik görög és római filozófusok államelméleteiből (elsősorban Platón, Arisztotelész, Polübiosz és Cicero) és a középkori egyháztanítók (elsősorban Hippói Szent Ágoston, Damiani Szent Péter, Aquinói Szent Tamás) nézeteiből táplálkoznak.³² Machiavelli gondolkodásának középpontjában az államhatalom megőrzése és megtartása állt.³³

Platón nem különítette el a hatalmi funkciókat, kevert alkotmányában a demokratikus és arisztokratikus államforma elemei ellensúlyozzák egymást. Arisztotelész művében az állam a közjó szolgálatában áll. Az állam a természetszerű politikai közösség fogalmával azonosítható, amelyekben három közhatalmat gyakorló intézményt különböztetett meg, nevezetesen: a közügyekről tanácskozó szervet, a magisztrátusokat és az igazságszolgáltató testületet.

Takács Albert: A hatalommegosztás elveinek alkotmányos értelmezése. In: Hatalommegosztás és jogállamiság (szerk. Mezey Barna). Osiris Kiadó, Budapest, 1998, 94. o.

²⁵ Takács Albert: A hatalommegosztás elve az alkotmányos értékek rendszerében. Pro Publico Bono Online Támop speciál 2011. száma, 20. o. http://uni-nke.hu/uploads/media_items/a-hatalommegosztas-elve-az-alkotmanyos-ertekek-rendszerben.original.pdf

²⁶ I. m., 22. o.

²⁷ „A hatalommegosztás klasszikus elve a 17-18. századi állam hatalmi viszonyai és hozzájuk kapcsolódó politikai törekvéseket fejezte ki a korszakra jellemző univerzális államfilozófia nyelvén.” Uo. 2. o.

²⁸ I. m., 6. o.

²⁹ I. m., 12. o.

³⁰ I. m., 14. o.

³¹ Sári János: A hatalommegosztás. Osiris Kiadó, Budapest, 1995. (XV.: Hatalommegosztás államok között)

³² Szaniszló Krisztián: A hatalommegosztás államelméleti előképei – Hatalomkorlátozás az európai állambölcséletben az antikvitás korától a felvilágosodásig. Acta Humana: Emberi jogi közlemények. 4. évfolyam 2016/1. szám, <https://ojs.uni-nke.hu/index.php/achu/article/download/75/46>, 65. o.

³³ I. m., 66. o.

Polübiosz részletezése szerint a római alkotmányos rendszerben (vegyes államforma: *status mixtus*) három államforma keveredik: köztársasági államformát testesít meg a plebejusokból álló népgyűlés és az általuk választott *néptribunusok*, az arisztokrácia államformáját tartalmazza a patríciusokból álló szenátus, a királyságot pedig a *consulok* intézményesítik. E három államforma kölcsönösen ellenőrzi és kiegyensúlyozza egymást.

Cicero a klasszikus liberalizmus korát megelőlegezve hangsúlyozza minden ember egyenlőségét és képességét arra, hogy a jót felismerje és e szellemnek megfelelően cselekedjen. Elméletében a nép korlátozott mértékű szabadságát ötvözi az arisztokrácia tekintélyével.³⁴

A kereszténység államvallássá válásától kezdve a középkori gondolkodás meghatározó kérdésévé vált az állami és az egyházi hatalom egysége vagy szétválasztása. Patrimoniális monarchiában a felszentelt uralkodó egyházi ügyekben is eljárhatott.³⁵ Pádúai Marsilius elválasztotta az egyházi és a világi hatalmat, ezen túlmenően elutasította azon kinyilatkoztatást, hogy az isteni törvények a világi hatalom fölé helyezhetőek, kimondja, hogy a világi törvények a pápaság hatalmát is korlátozhatják. Felismerte, hogy a hatalmi funkciók elkülönítését a hatalomgyakorlás természete indokolja, megfogalmazza a népfelség elvét. Művében a legjobb államforma a törvények által korlátozott választói monarchia, ahol a törvények forrása a nép, a polgárság.

Az itáliai városállamokban a Német-Római Birodalomtól való függetlenedési törekvések során megfogalmazták a városállamok szuverenitását. Salisbury elhatárolja a törvények szerint uralkodó fejedelmet a zsarnoktól, aki a törvények eltörlésével jogtalanságot termet.³⁶

Machiavelli műveiben nem található a hatalom megosztására vagy korlátozására irányuló gondolat, ezzel szemben az egyeduralom formáinak áttekintése olvasható. A népfelség elve műveiben megtalálható, amely szerint a szuverenitás forrása a nép egésze, amely a törvényeknek alárendelt választott vezetőkön keresztül gyakorolja a hatalmat. A hatalmat egyeduralom útján lehet a legmegfelelőbb módon megszerezni, megtartani pedig köztársasági államformában lehet.

Szaniszló Krisztián a kora újkori utópiák közül a hatalommegosztás elméleteire vonatkozóan James Harrington „The Commonwealth of Oceana” és „A system of Politics” című műveit kiemelve részletezi, hogy a művekben megjelenik a végrehajtó és a törvényhozó hatalom elválasztásának elve, emellett megfogalmazódik a politikai hatalom és a *common law* elkülönülése iránti igény is.³⁷ Luther Márton és Kálvin János művében az egyházi és a világi hatalom egymással össze van kapcsolva oly módon, hogy az egyház nem gyakorolhat világi hatalmat. A német választófejedelmeknek ellenállási joga van a Német-Római Birodalom császárával szemben. A református elméletekben bontakozott ki a zsarnokölés tana.³⁸ Szaniszló Krisztián a hatalom egységét valló Jean Bodin és Thomas Hobbes elméleteinek bemutatásával zárja a hatalommegosztás előzményeit áttekintő tanulmányát. A szerző arra a következtetésre jut, hogy a hatalommegosztás és a népszuverenitás elvének megjelenése az antikvitás koráig visszanyúló történelmi fejlődés eredménye, amelyet azon eredmény igazol, hogy a népszuverenitáson és hatalommegosztás elvén alapuló jogállamiságnak a keresztény kultúrkörből eltérő fejlődésű államokba történő exportálása nem vezetett eredményre.³⁹

Takács Albert szerint a parlamenti és az uralkodói hatalom kettőssége, a törvényhozás és a végrehajtás egyszerű társadalmi és állami struktúrája, az állam és társadalom köz- és

³⁴ I. m., 67- 69. o.

³⁵ I. m., 71. o.

³⁶ I. m., 75. o. Salisbury megfogalmazza, hogy a joguralmi elmélet alap gondolata, hogy a szervi monarchia a törvények végrehajtójaként jelentkezik. A legfőbb szerv jogsértése megtorolható. Vö.: Horváth Barna: Angol jogelmélet. Pallas Stúdió – Attraktor Kft, Budapest, 2001. 22. o.

³⁷ Szaniszló: i. m., 76-78. o.

³⁸ I. m., 79-81. o.

³⁹ I. m., 86. o.

magánszférára való elkülönülése, illetve az angol filozófia individualista hagyományai segítették elő a törvényhozó és a végrehajtó hatalom egymástól való elválasztását. Az angol jogelméleti fejlődésben az igazságszolgáltatást azonosnak tekintették a törvényhozással vagy a végrehajtással. Nem merült fel az igazságszolgáltatás önálló hatalmi ágként történő meghatározásának gondolata. Ennek oka Takács Albert szerint a *common law* jogszemlélete. John Locke elméletére sokan úgy tekintenek, mint az abszolút, de nem önkényes hatalom megalapozójára.⁴⁰ Az alábbiakban a klasszikusnak nevezhető elméletet mutatom be.

III. John Locke

John Locke megkérdőjelezhetetlenül a polgári liberalizmus első összegzőjeként jellemezhető. Művében Jean Bodin és Thomas Hobbes államfelfogásával ellentétben megállapítja, hogy a végrehajtás felelősséggel tartozik a törvényhozásnak. A természeti állapotot, a hadiállapotot és a polgári állapotot bemutatva arra a következtésre jut, hogy a kormányzás megbízásaként értékelhető, természettől fogva egyetlen ember sem rendelkezhet mások felett. Az egyének kötelessége a többségnek való engedelmesség. Az egyén az állam létrehozásának érdekében lemond jogairól és aláveti magát a közösségnek. A kormányzat működése során a törvényeknek kell uralkodnia.⁴¹

*„Politikai hatalomnak tehát azt a jogot nevezem, hogy a tulajdon szabályozása és védelme céljából törvényeket hozzanak halálbüntetés és következképpen az összes többi, kisebb büntetés terhe mellett, és hogy alkalmazzák a közösség erejét e törvények végrehajtásánál, valamint a politikai közösségnek külső támadás elleni védelménél, s mindezt csakis a közjó érdekében.”*⁴²

A politikai hatalomnak tehát a tulajdon megvédésére és a természeti törvények betartására kell irányulnia. Az állam és a kormányzat csak a polgárok beleegyezésével jöhet létre. A politikai közösségben az egyének lemondanak a tulajdon és a szabadság önkéntes megvédéséről, valamint a természeti törvényt megsértők önkéntes megbüntetéséről. A polgári társadalomban mindenki lemond a természeti törvény végrehajtásának hatalmáról, amelyet átenged a közösségnek.⁴³ A többség rendelkezik azzal a joggal, hogy cselekedjen és kötelezze a többieket. A polgári társadalomban van közös törvényük, amely a törvényhozás hatalmában testesül meg, továbbá van igazságszolgáltatásuk. Igazságszolgáltatás alatt Locke a jogviták eldöntésére irányuló tevékenységet és a vétkesek megbüntetését érti.

A társadalmi szerződéselméletek⁴⁴ képviselői, különösen John Locke értékezéseiből eredeztethetőek az emberi jogok gyökerei.⁴⁵ Takács Albert szerint a klasszikus hatalommegosztás elméleteinek fő célja az egyéni szabadságnak a funkcióiban elhatárolt állami tevékenység során történő garantálása.⁴⁶ A szerződéselméletek közös ismervét képezi annak deklarációja, hogy az állam a természeti vagy természetes állapotból szerződéssel

⁴⁰ Takács Albert: A hatalommegosztás elve az alkotmányos értékek rendszerében Pro Publico Bono Online Támop Speciál 2011, 9-12. o. http://uni-nke.hu/uploads/media_items/a-hatalommegosztas-elve-az-alkotmanyos-ertekek-rendszereben.original.pdf

⁴¹ John Locke: Értekezés a polgári kormányzatról Gondolat Kiadó, Budapest, 1986. 7-38. o.

⁴² I. m., 40. o.

⁴³ I. m., 98-99. o.

⁴⁴ „A társadalmi szerződés az az akarati aktuson alapuló emberi megállapodás (konvenció), amely létrehozza a polgári társadalmat és annak politikai formáját.” [Vö.: Államelmélet I. (szerk.: Takács Péter). Szent István Társulat, Budapest, 2007, 165. o.]

⁴⁵ Ludassy Mária: A toleranciától a szabadságig. Kossuth Könyvkiadó, Budapest, 1992, 57. o. John Locke nevéhez fűződik annak megállapítása, hogy nem a politikai állam garantálja a szabadságjogokat, hanem a szabadságjogok jelentik a polgári társadalmak elsőbbségében kifejezett alkotmányos jogosultságot. A társadalmi szerződés korlátozott végrehajtó hatalmat hoz létre, amely a természetes szabadságjogok (szabadság, egyenlőség és tulajdon) biztosításán túlmenően nem avatkozhat be a polgárok belső ügyeibe.

⁴⁶ Takács Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése, 105. o.

keletkezik, az egyén helyzetét, jogait és kötelességeit is a szerződés határozza meg.⁴⁷ Természeti állapot alatt az az állapotot értendő, ahol „*az emberek úgy élnek együtt az észnek megfelelően, hogy nincs közös földi feljebbvalójuk, akinek a hatalmában állna itélni közöttük*”.⁴⁸ Természeti állapotban nem létezik közösen elfogadott törvény, nincs bíróság és nem lehet az ítéletet végrehajtani. John Locke a Hobbes *Leviatán* című művében részletezett okfejtéssel ellentétben feltételezi, hogy a polgári kormányzat létrehozását megelőző természeti állapotban az emberek békésen tudnak egymás mellett élni, az ember cselekedeteit a természeti törvény korlátozza.⁴⁹ Az ember nem terjeszkedhet túl a természeti törvényeken. Az emberölés a természeti állapotban is hallállal büntetendő.⁵⁰ A szabadság és a tulajdon John Locke értekezésében egymással szorosan összefonódik. Az emberek a tulajdonuk megvédése céljából egyesülnek állammá, vetik alá magukat a kormányzatnak.⁵¹ Az ember tulajdont szerez az általa megmunkált dologon. A szabadságot minden ember számára egyenlő mértékben kell korlátozni.⁵² A szabadság gyakorlásának biztosítéka tulajdon, amelynek megvalósítása a törvény elsődleges célját képezi.⁵³ John Locke művében Kontler László szerint a munka-értékelmélet is felmerül, amellyel Locke Adam Smith és David Ricardo elméleti megalapozásául is szolgál.⁵⁴

Az állam fogalma alatt Locke olyan független közösséget ért, amelynek feladata a polgárok életének, szabadságának, vagyonának, azaz összességében tulajdonának megvédése. Thomas Hobbes *Leviatán* című művével ellentétben a tulajdont és az életet az állam nem veheti el önkényesen. Hobbes művéhez hasonlóan John Locke-nál is megjelenik a törvény előtti egyenlőség. A kormányformát akként határozza meg, hogy a legfőbb hatalmat, azaz a törvényhozó hatalmat mely szervek gyakorolják. Az államforma fogalmát úgy határozza meg, hogy kinek a kezébe van letéve a törvényhozó hatalom. Legfőbb hatalomnak a törvényhozó hatalmat tekinti. Megállapítható tehát, hogy Locke nem tesz különbséget az államforma és a kormányforma között.⁵⁵

Az abszolút monarchiához képest a természeti állapotot is jobbnak, illetve megfelelőbbnek tartja. A természeti állapotban az emberek nem kötelesek alávetni magukat egyetlen ember igazságtalan akaratának.⁵⁶ Abszolút monarchiában az uralkodó cselekedetei ellen nem létezik jogorvoslati lehetőség. A szuverénre ruházott hatalommal szemben nincs biztosíték. Az

⁴⁷ Sári János – Somodi Bernadette: *Alapjogok. Alkotmánytan II.* Osiris Kiadó, Budapest, 2008, 15-18. o. Frivaldszky János: *Klasszikus természetjog és jogfilozófia.* Szent István Társulat, Budapest, 2007, 12. o. *A társadalmi szerződés elméletekkel összefüggésben a szerző rámutat arra, hogy a természeti állapotot az eredeti keresztény tartalmától (az édeni paradicsomi állapottól) eltérően mutatják be abból a célból, hogy a társadalmi vagy államalkotó szerződés azzal a tartalommal köttessék meg, amely a társadalmi szerződéselmélet alkotójának megfelel.*

⁴⁸ John Locke: *Értekezés a polgári kormányzatról.* Gondolat Kiadó, Budapest, 1986, 52. o.

⁴⁹ Pokol Béla: *Középkori és újkori jogtudomány.* Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2008, 142. o. John Locke Hobbeszal szemben az abszolút uralkodó, illetve az ennek kizárólagos állami jogát eredményező társadalmi szerződés gondolatát módosította. Elméletét úgy építette fel, hogy a társadalmi szerződéssel az emberi közösség csak megbízást adott a kormányzásra, és amennyiben az uralkodó megsérti az észből folyó természetjogi szabályokat, abban az esetben ellenállási jog illeti meg az egyesült embereket a zsarnoki uralkodóval szemben.

⁵⁰ Tóth J. Zoltán: *Halálbüntetés pró és kontra.* HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2012, 63-67. o. John Locke a jogos védelmi helyzetet is megengedhetőnek tartja, a megtámadott az erőszakkal szemben akár a megtámadó megölésével is megvédeheti magát. John Locke ezen állapotot hadiállapotnak nevezi.

⁵¹ John Locke: *Értekezés a polgári kormányzatról.* Gondolat Kiadó, Budapest, 1986, 126. o.

⁵² Tóth J. Zoltán: *A halálbüntetés a XVII. századi természetjogban és a felvilágosodás filozófiai gondolkodásában.* Magyar Filozófiai Szemle, 2008/1-2. szám, 133-139. o.

⁵³ I. m., 34. o.

⁵⁴ I. m., 27. o.

⁵⁵ I. m., 130. o.

⁵⁶ I. m., 47-48. o.

abszolút uralkodó kezében összpontosul a törvényhozó és a végrehajtó hatalom. Abszolút monarchiában nem létezik független jogvitát eldöntő bíróság.

A tökéletes demokrácia államformáját úgy határozza meg, hogy a társadalommá egyesülők feletti hatalom a többség kezében van, amely törvényeket hoz, a törvényeket pedig közhivatalnokokkal hajtja végre. Amennyiben a törvényhozás hatalmát néhány kiválasztott embernek és ezen személyek utódainak vagy örökösének adják át, abban az esetben oligarchiáról beszélünk. Ha a törvényhozás hatalmát egy ember gyakorolja, akkor pedig az államforma monarchia. Örökletes monarchiának minősül akkor, ha az átadott hatalmat az átvevő örököse örökli; ha az átvevő halála esetén a hatalom a közösségre háramlik vissza, akkor az államforma választott monarchia.⁵⁷

Az állam legelső törvénye a törvényhozó hatalom létrehozása, amely az állam legfőbb hatalma. A törvényhozó hatalom a társadalom tagjainak egyesített hatalma, amely kihirdetett állandó törvényeket hoz.⁵⁸ Mindaddig fennáll, amíg a kormányzat fennáll. Az elfogadott és kihirdetett törvényeknek megismerhetőeknek kell lenniük, azért, hogy az emberek ismerjék kötelességeiket. A törvényhozó hatalmat az a szerv gyakorolja, akire a polgárok közössége ráruházta. Törvénynek nevezhető az, amelybe a polgárok beleegyeztek. A pozitív törvénynek összhangban kell lennie a természeti törvényekkel. Az állam formájától függetlenül az uralkodó hatalomnak kihirdetett és elfogadott törvényekkel kell kormányoznia.⁵⁹

Locke tehát törvényhozó és végrehajtó hatalmat különböztet meg, amely hatalmi ágakat egymástól célszerű elválasztani. Amíg a törvényhozás nem alakul meg, addig a végrehajtó hatalom feje is dönthet bizonyos ügyekben. A felségjog fogalma alatt John Locke a közjó szolgálatát érti.

A törvényhozó hatalmat Locke szerint kollektív testületre kell bízni, amelyet a polgárok választanak meg. Nem szükséges a törvényhozó hatalom állandó működése. A törvényhozó hatalom visszahívható. Amennyiben a törvényhozás tagjai elveszítik a bizalmat, úgy a hatalom visszaszáll azokra, akik a hatalmat átadták a törvényhozó szervnek.

A végrehajtó hatalmat el kell választani a törvényhozó hatalomtól és alá kell rendelni a annak. A végrehajtó hatalmat nem gyakorolhatják ugyanazon személyek, mint a törvényhozást. E hatalom feladata a törvények állandó alkalmazása.

John Locke megemlíti azon államok típusát is, ahol a törvényhozás nem állandó jelleggel működik, a végrehajtó hatalmat pedig a törvényhozásban is résztvevő egyetlen személyre bízzák. E személy rendelkezik a legfőbb végrehajtó hatalommal. Ezen személy beleegyezése nélkül nem hozható törvény. A legfőbb végrehajtó hatalom engedelmességre köteles a törvényhozó hatalomnak. John Locke elméletét a parlament és a király közötti tényleges hatalommegosztásként összegzik, amely a monarcha és a parlament hatalommegosztásának koncepciójában (*King in Parliament*) jelenik meg.⁶⁰

Bár elvben John Locke e hatalomtól különbözőnek tekinti, a végrehajtó hatalom részét képezi – a végrehajtó hatalom gyakorlójától el nem választható – az alábbiakban részletezett föderatív hatalom is. Az organikus államfelfogásra jellemzően az egész közösséget egy testként határozza meg. Az állam nemzetközi kapcsolatokban történő részvételét a természeti állapothoz hasonlítja, természetes hatalomnak nevezi. Föderatív hatalom elnevezéssel illeti azt

⁵⁷ I. m., 130. o.

⁵⁸ I. m., 135. o.

⁵⁹ I. m., 137. o.

⁶⁰ Alkotmánytan I. (szerk.: Kukorelli István). Osiris Kiadó, Budapest, 2007, 134. o. Mezey Barna – Sente Zoltán: Európai alkotmány- és parlamentarizmustörténet. Osiris Kiadó, Budapest, 2003, 218. o. „A királyi prerogatívák (előjogok) szerinti kormányzást a Parlament túlsúlyán alapuló kormányforma váltotta fel.” A parlamenti hatalom ellensúlyává vált a királyi hatalom. A parlament feloszlásának joga a végrehajtó hatalom eszköze a parlament túlsúlyával szemben. A királynak vétőjoga van a Parlament törvényeivel szemben. A fejedelem alkotórésze a törvényhozó hatalomnak. (Mezey – Sente: i. m., 224. o.)

a hatalmat, amely hatalom magában foglalja a háború és béke hatalmát, illetőleg a más államokkal történő egyezménykötés lehetőségét is.⁶¹

A közösség, azaz a többség jogosult megítélni, hogy a kormányzat mikor él vissza a hatalmával.⁶² A zsarnoki hatalom egy embernek egy másik ember feletti korlátlan önkényes hatalma, amely az emberélet elvételére is kiterjedhet. Az abszolút uralom nem tekinthető a polgári társadalom egyik típusának.⁶³ A hódosításra is kitérve megállapítja a szerző, hogy a hódítók a leigázott személyek felett zsarnoki hatalommal rendelkeznek. Az erőszak jogtalan alkalmazása az egyik embert a másik emberrel szemben hadiállapotba helyezi. Aki erőszakot követ el, az a másik emberrel szemben eljuttatja az élethez való jogát, a másinak azonban arra nincs joga, hogy az illető vagyonát is birtokba vegye.⁶⁴ A legyőzött személyeknek joguk van ellenállni az őket legyőző, rájuk kényszerített kormányzattal szemben. A szabad beleegyezést pedig nem lehet elfogadni, amíg az embereket a tökéletes szabadság állapotába nem helyezik. John Locke következtetése szerint tulajdon nélkül az ember rabszolgának minősül.⁶⁵

Locke lehetővé teszi az erőszakkal létrehozott kormányzat elleni fellépést. A bitorlás olyan hatalomnak a gyakorlását jelenti, amelyhez valaki másnak van joga. A jog határain túli hatalomgyakorlás zsarnokság, amelyhez senkinek sincs joga. John Locke a zsarnokságot úgy határozza meg, hogy ahol a törvény véget ér, ott kezdődik a zsarnokság.⁶⁶ Az uralom gyakorlását a polgárok határozzák meg. A pozitív törvényt az uralkodónak is be kell tartani. A törvénytelen erőszakkal szemben kollektíven szembe lehet szállni.⁶⁷

Amennyiben a kormányzat felbomlik, abban az esetben természeti állapot következik be. Amennyiben a közösséget meghódítják, úgy a kormányzat felbomlik.

John Locke műve talán a legjobban oly módon összegezhető, hogy létrejön a modernizált egyensúly a király, a parlament (beleértve a felső- és alsóház viszonyát is), a monarcha és az egyes rendek között. John Locke műve a joguralmi gondolat modern megfogalmazásaként jellemezhető. Locke az uralkodó és a parlament közötti politikai hatalommegosztás fejlődését igazolta. Montesquieu majd a bírói hatalmat harmadik hatalmi ággként meghatározva fogalmazza meg azon tételt, amely szerint az államhatalmakat egymástól el kell választani.

Bibó István tanulmányában megállapítja, hogy az államhatalmak montesquieu-i elválasztásának alkalmazása Európában nehézségekbe ütközött. A nehézségek közül külön kiemelendő a hatalmi ágak – jelen tanulmányban is vázolt –, a Rousseau nevéhez fűződő népszuverenitás elvével való összeegyeztetése. Bibó István ezért arra a következtetésre jutott, hogy az államhatalmak elválasztásának elve az európai közgondolkodásban a XIX. század második felétől nem fejlődött tovább. Egyes szerzők Montesquieu művét éles kritikával illették. Az államhatalom elválasztásának elve visszajutott a John Locke művében bemutatott elmélethez. A hatalommegosztás elméletét később Benjamin Constant rendezte, aki az államfői hatalmat vezette be. A másik kritika az államhatalom elválasztásának elvét az osztályos szocializmus oldaláról érte, amely magában foglalta a népszuverenitás tételeit felhasználva a hatalommegosztás tagadásának kimondását is. Bibó István tanulmányában rögzíti, hogy egyetlen kritika sem hozott fel olyan döntő érvet, amely a hatalommegosztás követelményének teljes mellőzését eredményezte volna. Bibó leszögezi, hogy a modern

⁶¹ Locke: i. m., 143. o.

⁶² I. m., 7-9. o.

⁶³ I. m., 163-164. o.

⁶⁴ I. m., 170. o.

⁶⁵ I. m., 176. o.

⁶⁶ I. m., 181. o.

⁶⁷ „Ezért a nép sohasem támadhat rá hatalommal a királyra, hacsak az el nem követ valamit, aminek következtében megszűnik király lenni. Mert ekkor megfosztja magát koronájától és méltóságától, ismét magánember lesz belőle, a nép pedig szabaddá válik és fölébe emelkedik, mivel ismét visszaszáll rá az a hatalom, amellyel az interregnum idején rendelkezett, mielőtt királlyá koronázta volna.” (I. m., 208. o.)

államelméletekben egyaránt jelen van a hatalommegosztás és a hatalom egysége.⁶⁸ Megítélésem szerint a fentiekben vázolt, az antikvitás korától jelen lévő hatalommegosztást és egységes hatalomgyakorlást valló nézetek váltakozása a modern állam történetében is továbbvonuló fejlődési irányként jellemezhető. A továbbiakban a hatalommegosztás tanának klasszikusaként jellemzett szerző művének áttekintésére vállalkozom.

IV. Montesquieu hatalommegosztási elmélete

A hatalmi ágak elválasztása kifejezésről vélelmezhetően a legtöbben Montesquieu A törvények szelleméről című művére asszociálnak. A szerző a törvény fogalmát legáltalánosabban úgy határozza meg, hogy azok szükségszerű viszonylatok, amelyek a dolgok természetéből következnek. Isten törvények szerint teremtette a világot és törvények szerint tartja fenn. Az embert is változtathatatlan törvények kormányozzák úgy, mint bármely más testet.⁶⁹ Az emberek közötti törvényeket a nemzetek közötti harc (nemzetközi jog) határozza meg, valamint az emberek közötti harc hozza létre (amit a polgári jog szabályoz)⁷⁰. Montesquieu a szabadság fogalmát úgy határozza meg, hogy mindenki jogosult a törvény által nem tiltottak megtételére. A szabadság az egyéni akarat szabad gyakorlásaként határozható meg.⁷¹ A politikai szabadság azt jelenti, hogy a hatalommal nem élnek vissza, a hatalomnak a hatalom által kell határt szabni,⁷² másrészt abban a biztonságban áll, hogy a szabadságot semmi sem veszélyezteti. Montesquieu szerint a szabadságra legnagyobb veszedelemmel a köz- és a magánvadás vannak.

Három kormányzatot különböztet meg: a köztársasági, a monarchikus és az önkényuralmi kormányzatot. A köztársasági kormányzatban a teljes nép gyakorolja a főhatalmat. Köztársasági kormányzatban a bírók a törvény betűjéhez tartják magukat.⁷³ Amennyiben a szuverenitás a nép egy részének kezében összpontosul, abban az esetben arisztokráciáról lehet beszélni; demokráciában pedig a nép kezében van a főhatalom. Monarchiában a politikai és polgári hatalom forrása a fejedelem. Monarchiában nagyszámú törvényekkel és nagyszámú bírói döntésekkel kormányoznak. Önkényuralom esetében egy személy kormányoz a saját akaratára és szeszélye szerint. Az önkényuralmi kormányzat vezérelve a félelem. Szigorú büntetéseket határoznak meg az önkényuralmi kormányzatban. A félelemmel kormányzott népek számára nem szükséges nagyszámú törvényt alkotni.⁷⁴ A kormányzatot az emberi szenvedély tartja mozgásban. Montesquieu szerint a vallás állítható szembe a fejedelem akaratával.⁷⁵

Anglia alkotmányának tanulmányozása során arra a következtetésre jut, hogy „*Minden államban háromféle hatalom van: a törvényhozó hatalom, a nemzetközi jog alá tartozó dolgokra vonatkozó végrehajtó hatalom, végül az a végrehajtó hatalom, amely a polgári jog alá tartozó dolgokra vonatkozik.*”⁷⁶ A politikai szabadságot a három hatalmi ág megosztása hozza létre.⁷⁷

⁶⁸ Bibó István: Az államhatalmak elválasztása egykor és most (Akadémiai Székfoglaló 1947. január 13-án). In: Bibó István: Válogatott tanulmányok. Második kötet. 1945-1949. Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1986, 369-397. o.

⁶⁹ Montesquieu: A törvények szelleméről. Osiris – Attraktor Kiadó, Budapest, 2000, 47-49. o.

⁷⁰ I. m., 52. o.

⁷¹ I. m., 293. o.

⁷² I. m., 246-247. o.

⁷³ I. m., 145. o.

⁷⁴ I. m., 56-120. o.

⁷⁵ I. m., 81. o.

⁷⁶ I. m., 249. o.

⁷⁷ I. m., 292. o.

Az egyik hatalom a törvények megalkotására vonatkozó hatalom, vagyis a törvényhozó hatalom, a másik a háború és a békekötés jogára, az állambiztonság fenntartására vonatkozó hatalom, amely a végrehajtó hatalom. A harmadik hatalom a bírói hatalom, amely a magánosok közötti jogvitákban és a bűncselekményekben történő ítélkező tevékenységet végzi. A törvényhozó hatalom az állam általános akarata, a másik két hatalom az általános hatalom végrehajtása. Montesquieu a három hatalmi ág elválasztására vonatkozó klasszikussá vált tételét a következőképpen fogalmazta meg: „*Ha a törvényhozó hatalom a végrehajtó hatalommal ugyanabban a személyben vagy ugyanabban a hatósági testületben egyesül, nincsen szabadság, mivel attól lehet tartani, hogy ilyen uralkodó vagy az ilyen testület zsarnoki törvényeket fog hozni, s azokat zsarnoki módon fogja végrehajtani. Akkor sincsen szabadság, ha a bírói hatalom nincsen elválasztva a törvényhozó, valamint a végrehajtó hatalomtól. Ha a bírói hatalom a törvényhozó hatalomhoz kapcsolódnék, az állampolgárok élete és vagyona feletti hatalom önkényes lenne, mert a bíró törvényhozó is volna. Ha a bírói hatalom a végrehajtó hatalomhoz lenne kapcsolva, a bírónak elnyomó hatalma lenne. De minden elvesznék akkor, ha ugyanaz az ember vagy főembereknek, nemeseknek vagy a népnek ugyanaz a testülete gyakorolná ezt a hatalmat, vagyis a törvényhozó hatalmat, a közhatalmatok végrehajtásának a hatalmát és a magánosok bűncselekményei vagy jogvitái feletti ítélkezés hatalmát.*”⁷⁸

A törvényhozó hatalom a törvények alkotására és a törvények végrehajtásának ellenőrzésére megválasztott testület, amely a nemesek örökletes testületéből és a nép által megválasztott képviselők testületéből áll.⁷⁹ A törvényhozó hatalom az egész népet illeti, amelyet választott képviselői útján gyakorol. Minden állampolgárt meg kell, hogy illessen a képviselőválasztáson történő szavazás joga. Montesquieu szerint a képviselők minden ügyre kiterjedő, általános meghatározással rendelkeznek, képesek az ügyek megvitatására, erre a nép nem alkalmas. A demokrácia hátránya is ebből ered.⁸⁰ A végrehajtó hatalom számára tartja azonban fent az állam elleni bűncselekményekkel vádolt személyek ideiglenes jelleggel történő letartóztatását.

A bírói hatalmat Montesquieu nem ruházza állandó tanácsra, azt a nép közül választott személyek látják el időszakos jelleggel.⁸¹ Az ítéletek oly mértékű pontosságát követeli meg, mint a törvényszövegek esetében. Az eljáró bírónak a vádlottal azonos társadalmi helyzetből kell származniuk. A törvényhozó hatalom a végrehajtó hatalomnak nem engedheti át a büntetőügyekben való döntéshozatalt.⁸²

Montesquieu a hatalommegosztás elvét oly módon fogalmazta meg, mint amely elméletnek léteznie kellene, amelyet Takács Albert akként jellemez, hogy „*a hatalmi egyensúly kialakításának és a jogállam szabályrendszerének rugalmas ötvözete*”.⁸³ Montesquieu munkásságáról Varga Zs. András azt a következtetést vonja le, hogy nem nyújtott megoldást a hatalom harmonikus gyakorlására, sőt a demokrácia és a hatalommegosztás elveinek összhangjára sem. Ugyanakkor tanulmányában megállapítja, hogy a hatalommegosztás

⁷⁸ I. m., 249. o.

⁷⁹ I. m., 253. o.

⁸⁰ I. m., 251. o.

⁸¹ „*A három hatalom közül, melyekről szólottunk, a bírói hatalom bizonyos értelemben nem is hatalom.*” (I. m., 253. o.)

⁸² I. m., 250-252. o.

⁸³ Takács Albert: A hatalommegosztás elve az alkotmányos értékek rendszerében. Pro Publico Bono Online Támpó Speciál 2011, 5. o. http://uni-nke.hu/uploads/media_items/a-hatalommegosztas-elve-az-alkotmanyos-ertekek-rendszereben.original.pdf

elméletének tartós és gyakorlati megvalósulása az Amerikai Egyesült Államok alkotmányában található meg.⁸⁴

Szaniszló Krisztián a hatalommegosztás elméleteinek antikvitáskori és középkori előzményeinek áttekintése során kitért arra, hogy mind a hatalom egységének, mind annak megosztásának elve mellett jelentős államelméletek sorakoztathatóak fel. A hatalom egységének vagy megosztásának kérdése az újkori szerzőknél is meghatározó vitákat szült. A következőkben a hatalom egységére vonatkozó elméletet ismertetem.

V. Rousseau szerződéselmélete

Jean-Jacques Rousseau A társadalmi szerződés című művének alaptétele, hogy a természet az embert boldognak és jónak teremtette, a társadalom pedig megrontja és nyomorékká teszi.⁸⁵ A műben megállapított tételek az Emberi és Polgári Jogok Nyilatkozatában is rögzítettek. Annak ellenére, hogy a mű címe „A társadalmi szerződés” a szerződéselmélet gyökerei nem a szerzőtől származnak. Ahogy utaltam rá, egyes szerzők a szerződéselmélet gyökereit Platón munkásságára vezetik vissza. A szerződéselmélet a középkori állam felfogásával nem volt összeegyeztethető. A XVI. századi elméletekben jelenik meg az a gondolat, hogy a nép elidegenítheti szabadságát. Hobbes szerint az erőszak uralmát a zsarnoksággal lehet felszámolni. Az uralkodók a római jogot használták eszközként a hűbérurak függetlenedési törekvéseivel szemben. A római jogra úgy tekintettek, mint a fejedelem nevében kiadott törvényalkotási produktumra.⁸⁶ Mikó Imre ismerteti, hogy Rousseau-ra a legnagyobb hatással Montesquieu volt.⁸⁷ Thomas Hobbes és Rousseau művében is az egyének kötik meg a szerződést, a szuverén érdeke nem áll ellentétben az egyén érdekével, a nép a főhatalmat közvetlenül gyakorolja. Az emberek azáltal váltak polgárokká, hogy alávetették magukat a közakaratnak.⁸⁸ Ahogy a család is megállapodáson alapszik, úgy az állam is. Jean Bodin és Thomas Hobbes elméletéhez hasonlóan az állam Rousseau ismertetésében is a családból formálódott ki. Ahogy írja, Észak-Amerikában a családok kormányoznak, és vélelmezhetően igaz volt ez az ősi társadalmakra is. Nem szükséges népképviselői intézmény fenntartása és működtetése, a népszuverenitás elidegeníthetetlen. Rousseau szerint a főhatalom képviselő útján nem gyakorolható. A hatalommal való visszaélés esetén a zsarnokot meg lehet ölni.⁸⁹ Zsarnok alatt Rousseau azon magánszemélyt érti, aki királyi hatalmat igényel magának anélkül, hogy joga volna hozzá. A zsarnok a királyi hatalmat gyakorolja, a kényúr a főhatalmat bitorolja.⁹⁰ John Locke és Montesquieu tételeivel ellentétben Rousseau szerint főhatalom nem osztható meg.

Rousseau Hobbes elméletének bírálataként kifejti, hogy a társadalom nem erőszakolt megállapodással jön létre. Nem fogadja el Hobbes azon megállapítását, hogy egy egész nép aláveti magát egy személynek. Az egyének a közösség javára mondanak le jogaikról, a társult személyek a nép nevet viselik.⁹¹ A társadalomban mindenki egyenlő, erkölcsi és jogi

⁸⁴ Varga Zs. András: Hatalommegosztás, az állam- és a kormányforma. Pázmány Law Working Papers, 2013/5., 3. o. Az elméletéről ugyanezen következtetést vonja le Stumpf István is, vö.: Stumpf István: Hatalmi ágak megosztása egykor és most. <http://tollelege.elte.hu/sites/default/files/articles/stumpfveglzs.pdf>, 2. o.

⁸⁵ Jean-Jacques Rousseau: A társadalmi szerződés. Kriterion Könyvkiadó, Bukarest 1972, 6.o

⁸⁶ Peter Stein: A római jog Európa történetében Osiris Kiadó, Budapest, 2005. 121. o.

⁸⁷ I. m., 7. o.

⁸⁸ „Szabad állam polgárának születtem, részese vagyok a főhatalomnak, s bármilyen gyenge befolyással is lehet szavam a közügyekre, szavazati jogom egymagában is azt a kötelezettséget rója rám, hogy tájékozódjam felőlük, és boldognak érzem magam, amikor a kormányzásról elmélkedhetem, mert kutatásaim során mindig újabb okokat találok arra, hogy hazám kormányzatát szeressem”. I. m., 22. o.

⁸⁹ „Állapodjunk meg tehát abban, hogy az erőszak nem szülhet jogot, és hogy csak a törvényes hatalomnak vagyunk kötelesek engedelmessé válni.” I. m., 26. o.

⁹⁰ I. m., 126. o.

⁹¹ I. m., 126. o.

értelemben is. Az egyenlőség formális. A társadalmi szerződés erejénél fogva az állam rendelkezik tagjainak minden javával. A tulajdonjog az ösfoglalást (terület elfoglalását) követően keletkezik oly módon, hogy azt más polgárok tiszteletben tartják. A polgárok saját területre vonatkozó tulajdonjoga alá van rendelve a közösség valamennyi telekre vonatkozó tulajdonjogának.⁹² Az egyénnek kötelezettsége van a főhatalommal szemben. A főhatalomnak nem kell az egyén számára biztosítékot nyújtania. Az államot a közakarat irányítja. Rousseau arra az álláspontra helyezkedik, hogy az államban pártok, társadalmi csoportok vagy ne létezzenek, vagy amennyiben léteznek, abban az esetben a számukat növelni szükséges.⁹³ A társadalom a közakaraton alapul, a polgárok közös akarattal rendelkeznek. Az általános kényszerítő hatalom a szuverén, amely a közakarattal irányított legfőbb hatalmat jelenti. A közakarattal a szavazattal rendelkező polgárok közös érdekeként határozható meg.

Rousseau elméletében az igazságosság Istentől ered, amelynek betartását a polgárokkal szemben nem lehet kikényszeríteni. A pozitív törvény a honpolgárok többségének akarataként határozható meg. A törvény tehát a közakarattal megnyilvánulása.⁹⁴ A törvényeknek két típusa különböztethető meg. Az egyik az alaptörvény, amely a nép államhoz való viszonyát hivatott szabályozni. A másik törvény a kormányzást szabályozza. Az államot a törvényhozó hatalom tartja fenn. Az organikus államfelfogásra jellemzően a törvényhozó hatalmat az állam szíveként, míg a végrehajtó hatalmat az állam agyákként határozza meg. Rousseau az egyházi és a világi hatalom elválasztásának híve, az állam abban az esetben foglal állást vallási kérdésekben, amennyiben a vallási kérdés a közakarattal összefügg.⁹⁵ Az állam szíve, azaz a törvényhozó hatalom abban az esetben is tovább élhet, ha az agyközpont megbénul, a törvényhozó hatalom halála azonban természetesen maga után vonja a végrehajtó hatalom halálát is.⁹⁶ Rousseau elméletének lényege úgy összegezhető, hogy a főhatalom a szuverén, aki egyben a törvényhozó hatalom, amely a néppel egyenlő, az pedig a közakarattal testesíti meg. Az állam akkor és úgy működik, hogy a törvényhozó hatalom, vagyis a nép egybegyűlik (időszakonként meghatározott városokban).⁹⁷ A képviselők küldésével Rousseau nem ért egyet, nézete szerint a legfőbb hatalmat, a szuverént nem lehet képviselni. Törvény csak az lehet, amit a nép személyesen hagy jóvá.⁹⁸ A törvény elfogadásához a többség akarata szükséges. Rousseau elméletében a választást és a sorsolást különbözteti meg.

Az államnak egységesnek kell lennie. Rousseau szerint a decentralizáció elvetendő, az államot a közigazgatás korlátozza.⁹⁹ Ezzel szemben a közigazgatás Bibó Istvánnál a hatalommegosztás akadályát képezi.¹⁰⁰ A kormányzat az alattvalók és a főhatalom közé iktatott testület, amelynek feladata a törvények végrehajtása és a politikai szabadságjogok fenntartása. Rousseau a kormányzat és a nép közé tribunátust is beiktat, amely a hatalmi egyensúly kiegyenlítésére hivatott. Veszély esetén egy vagy két diktátorra kell ruházni a hatalmat.¹⁰¹ A közvélemény formálására censorokat kell kinevezni. A végrehajtó hatalom a főhatalomtól származik. A törvényhozást követően nevezik ki a végrehajtó hatalmat gyakorlókat.¹⁰² Amennyiben a végrehajtó hatalom nem engedi összehívni a törvényhozó hatalmat gyakorlókat, abban az esetben a kormányt el kell zavarni. A végrehajtó hatalom létszáma határozza meg a kormányformát. Az arisztokrácia az a kormányforma, ahol néhány

⁹² I. m., 43-46. o.

⁹³ I. m., 52. o.

⁹⁴ I. m., 63. o.

⁹⁵ I. m., 191. o.

⁹⁶ I. m., 127. o.

⁹⁷ I. m., 128. o.

⁹⁸ I. m., 133. o.

⁹⁹ I. m., 75. o.

¹⁰⁰ Bibó: i. m. 385. o.

¹⁰¹ Rousseau: i. m., 170. o.

¹⁰² I. m., 140. o.

ember kormányoz. Monarchiában egy személy, a király gyakorolja a végrehajtó hatalmat, a kormányzást. A monarchiáról Rousseau úgy vélekedik, hogy abban az egész közigazgatás egyéni érdekeket szolgál ki. Az arisztokráciának három típusát különbözteti meg: a természetes, a választott és az örökletes arisztokráciát, amelyek közül a választott arisztokráciát tudja csak elfogadni. Rousseau nem fogadja el, hogy demokrácia létezett vagy létezik.¹⁰³ Rousseau szerint a monarchia a gazdag országokra, az arisztokrácia a közepes országokra, a demokrácia a kis és szegény államokra jellemző.¹⁰⁴ A vegyes kormányformát tekinti jónak, és alkotmányosnak minősíti azt a kormányt, amelyben az uralkodón kívül más közigazgatási hatóságok is részt vesznek a végrehajtó hatalom gyakorlásában.

Amennyiben az egyén nem teljesíti kötelezettségét a főhatalommal szemben, abban az esetben a közösség azt kikényszeríti. Aki bűncselekmény elkövetésével lázadóvá, hazaárulóvá válik, az a személy megszűnik a társadalom tagja lenni. Azon személy sem minősül a társadalom tagjának, aki a társadalmi szerződést nem szavazza meg.¹⁰⁵ Rousseau meghatározásában a modern értelemben vett büntetőeljárás annak bizonyítására irányuló eljárás, hogy a bűncselekményt elkövető személy megsértette a társadalmi szerződést.¹⁰⁶

Szalai András a hatalommegosztásról szóló elméletekről úgy vélekedik, hogy a hatalmi ágak egymáshoz való viszonyát, a fékek és egyensúlyok rendszerét írja le a hatalommegosztás. A parlamentáris kormányforma megszilárdulása a hatalommegosztást új aspektusba helyezte.¹⁰⁷ Álláspontom szerint az új aspektus Benjamin Constant című művére is utalhat. Benjamin Constant elméletének vívmánya, hogy az államfői hatalmat kiemelte a végrehajtó hatalomból, és az államfői hatalmat önálló hatalmi ágként határozta meg. Cservák Csaba ehhez hozzáteszi, hogy az államfő szerepe ugyanakkor a parlamentarizmus kiteljesedésével jelképpé válik.¹⁰⁸ Úgy vélem, hogy jelen tanulmány hiányossá válna, ha a hatalommegosztás elméletének új megvilágításba helyezésére nem térnék ki, ezért a következőkben Benjamin Constant műveit ismertetem.

VI. Benjamin Constant munkásságának bemutatása

Benjamin Constant munkásságára úgy tekintenek, mint aki Rousseau hiányos meghatározásait kijavította.¹⁰⁹ „A régiek és a modernek szabadsága” című művében a politikai alapelvek körében a népszuverenitás elvét az egyéni akarattal szemben álló általános akarat elsőbbségként határozza meg. Az általános akaratot a törvényes hatalommal azonosítja, amely úgy testesül meg, hogy az emberek szellemét a teokráciának, a királyságnak, az arisztokráciának kell uralnia.¹¹⁰ Amennyiben nem így történik, abban az esetben a törvénytelen hatalom, azaz az erőszak áll fenn.¹¹¹ A népszuverenitásról megállapítja, hogy az nem növeli az egyéni szabadság összességét. Benjamin Constant megítélése szerint a zsarnokság összeegyeztethetetlen a kormány intézményével.¹¹² Népszuverenitáson alapuló

¹⁰³ „A szó szoros értelemben véve nem létezett és nem is lesz soha igazi demokrácia”. (I. m., 100. o.)

¹⁰⁴ I. m., 116. o.

¹⁰⁵ I. m., 150. o.

¹⁰⁶ I. m., 59. o.

¹⁰⁷ Szalai András: A hatalmi ágak relatív függetlenségéről, avagy a köztársasági elnök újra a végrehajtó hatalomban? Jogelméleti Szemle, 2013/1.szám (II.: A hatalmi ágak meghatározása) <http://jesz.ajk.elte.hu/szalai53.pdf>

¹⁰⁸ Cservák Csaba: A hatalmi ágak megosztásának XXI. századi kérdései az Alaptörvényt követően. Pro Futuro, 2015/2. szám, 28. o.

¹⁰⁹ Benjamin Constant: Az alkotmányos politika tana (fordította Perlaky Sándor). Pest, 1862.

¹¹⁰ Benjamin Constant: A régiek és a modernek szabadsága. Atlantisz Könyvkiadó, Budapest, 1997, 80. o. Demokrácia alatt a szerző a mindenki kezébe adott korlátlan hatalmat (szuverenitást), arisztokrácia alatt a néhányak kezébe adott teljhatalmat, monarchia alatt pedig az egyetlen kézbe adott teljhatalmat érti.

¹¹¹ I. m., 75. o.

¹¹² I. m., 182. o.

társadalomban nincs olyan egyén, aki a többieket a maga akaratának veti alá. Hobbes álláspontjával sem ért egyet, amely szerint a társadalmi állapotban az alattvalók a védelemért cserébe lemondanak a hatalomról.¹¹³ Constant véleménye szerint a törvénynek való engedelmesség nem abszolút.¹¹⁴

Az egyéni szabadság kinyilatkoztatása nem elegendő, az egyéni szabadságot biztosítani is kell. Az egyéni szabadság biztosítására be kell vezetni a bírák elmozdíthatatlanságát. Alkotmányos monarchiában az uralkodók dolga a bírók kinevezése. A bíróknak magasabb fizetést szükséges biztosítani.¹¹⁵ A sajtószabadság (amely magában foglalja a szó és az írás szabadságát is) egyik biztosítékeként tekinthető az esküdtszék. Constant a sajtó szabadságát olyan fontosnak tartja, hogy anélkül szerinte valamennyi szabadságjog illúzióvá válik.¹¹⁶

Az egész társadalom sem uralkodik korlátlan szuverenitással. A legfőbb hatalom a polgárok összességében testesül meg, a hatalmat azonban senki sem sajátíthatja ki. A legfőbb hatalomnak korlátozottan kell fennállnia. Ahol az egyéni élet és függetlenség kezdődik, a szuverén hatásköre véget ér. Rousseau A társadalmi szerződés című művében részletezetteket bírálva Constant arra a következtetésre jut, hogy a többség beleegyezése nem szentesít minden cselekedetet. Rousseau nem vonta le ezt a következtetést, így a társadalmi szerződés a zsarnokság eszközévé vált. A mindenki nevében végrehajtott cselekedet valójában csak egy vagy csak néhány egyén rendelkezése. A társadalomnak vannak olyan tagjai, akikre a szerződési vagy társulási feltételek nem érvényesek. Rousseau elméletében a népszuverenitás nem idegeníthető el, nem ruházható át és nem képviselhető. Constant szerint a népszuverenitás hatalma nem gyakorolható, ezért a Rousseau által megfogalmazott elvek semmisnek minősülnek. Hobbes művét pedig akként összegzi, hogy a korlátlan főhatalom elismerésével Hobbes az egy kézben összpontosuló főhatalmat is legitimálja.¹¹⁷ Hobbesnál a megállapodás nem garancia az abban foglaltak betartására; a legfőbb hatalom a törvényhozó.

Constant megítélése szerint: „Ha a legfőbb hatalomnak nem szabnak határt, nincs eszköz, amellyel megóvhatnánk az egyéneket a kormányoktól.”¹¹⁸ A hatalmat úgy kell megosztani, hogy a megosztott részek ne léphessenek egymással koalícióra. A törvényhozónak a törvényhozási tárgyak körében szabad cselekvési intézkedési jogkörrel kell rendelkeznie. A polgároknak jogaik birtokosainak kell lenniük (az egyén szabadsága, vallásszabadság, szólásszabadság, tulajdonjog és a védelem bármely önkénnyel szemben), amely jogok gyakorlása a társadalmi vagy a politikai hatalomtól független. A királyi hatalomtól nem független hatalom törvénytelen hatalomnak minősül. A népszuverenitás nem korlátlan, az igazságtalan törvényt Constant szerint nem kell végrehajtani. A népszuverenitás határát az igazságosság és az egyéni jogok jelölik ki.¹¹⁹

A legfőbb hatalom elméleti korlátozása nem elegendő, a legfőbb hatalmat el kell osztani és ki kell egyensúlyozni. Constant a törvényhozó hatalmat, a végrehajtói hatalmat, a bírói hatalmat és az államfőt mint semleges hatalmat különíti el egymástól. Alkotmányos monarchiában megkülönbözteti a királyi hatalmat, a végrehajtó hatalmat, a tartós képviseleti hatalmat, a közvélemény képviseletének hatalmát, a bírói hatalmat és a törvényhatósági hatalmat.¹²⁰

¹¹³ I. m., 187. o.

¹¹⁴ I. m., 205. o.

¹¹⁵ I. m., 188-189. o.

¹¹⁶ I. m., 231. o.

¹¹⁷ I. m., 77-79. o.

¹¹⁸ I. m., 80. o.

¹¹⁹ I. m., 81-83. o.

¹²⁰ „A három politikai hatalmak, mint eddig ismertettek, a végrehajtó, a törvényhozó és a bírói hatalmak, mindannyi mozdonyok, melyeknek össze kell hatni mindenkinek saját körében, az egyetemes mozgalomhoz, de ha e mozdonyok pályájából kimentek, összeütköznek és egymást megakasztják, kell oly erőnek lenni, mely azokat helyökre visszavezesse. Ezen erő nem lehet a mozdonyok egyikében, mert az arra szolgálna nékie, hogy a többi megsemmisítse; szükséges hogy az a körön kívül álljon, hogy az némileg neutrális semleges legyen, hogy

Tartós képviseleti hatalom alatt örökletes gyűlést (amelybe az uralkodó nevezi ki a határozatlan számú tagokat), közvéleményi képviseleti hatalom alatt választott képviseleti gyűlést ért. Törvényt a képviselők is kezdeményezhetnek.¹²¹ A törvényhozó hatalomnak a képviseleti gyűlésekben kell működnie, a király szentesítése mellett. A törvényeket nyilvánosan kell megvitatni. A miniszterek lehetnek tagjai a képviselő gyűléseknek. Constant arra az álláspontra helyezkedik, hogy a törvényhozásban írott beszédeket nem lehet felolvasni.¹²² A végrehajtó hatalmat a miniszterek, a bírói hatalmat a bíróságok kezébe adja. A bírói hatalom a törvény egyes esetekre történő alkalmazásaként határozza meg. A miniszterek a törvényeket általánosan hajtják végre, a bíróságok pedig egyedi esetekben alkalmazzák.¹²³

A királyi hatalmat az államfő fogalmával azonosítja abban az esetben, ha a király más címet visel. Az államfői hatalom (királyi hatalom) közepén az előzőekben felsorolt hatalmak felett helyezkedik el mint legfelső és közvetítő hatóság. Az államfő (király) nem cselekedhet a többi hatalom helyett. A minisztereknek is el kell különülniük az államfőtől (királytól). Ez az elhatárolás jelenti a különbséget az abszolút és az alkotmányos monarchia között. A korábbi alkotmányok hibája abban állt, hogy nem teremtettek semleges hatalmat (államfői hatalmat), hanem az államfőit más hatalomnak adták át. Az államfői (királyi) hatalomnak „lebegnie kell” a többi hatalom felett, a királyi hatalmat nem szabad a végrehajtó hatalom szintjére süllyeszteni. A szerző az államfő jogosítványairól is értekezik. A királyi hatalomnak van joga a végrehajtó hatalmat és a bíróságot kinevezni. A képviselő-testület döntései abban az esetben rendelkeznek törvényerővel, amennyiben a döntéseket a király szentesíti. Az uralkodó vétőjoggal rendelkezik. A király fel is oszthatja a törvényhozást. A második kamarát a feloszlatáson kívül ötvenként kell megújítani.¹²⁴ A király gyakorolja a kegyelmi jogkört, határoz a háború és a béke kérdésében.

A képviseleti gyűlések megválasztására vonatkozóan Constant egyetért a közvetlen választással.¹²⁵ Megítélése szerint a közvetlen választás biztosíthat népképviselést.¹²⁶ Megállapítja, hogy nagyobb államokban mindenféleképpen választás szükséges. A nemzetgyűlést időszakonként meg kell újítani, újra kell választani. A népet be kell engedni a hatalomba. Constant arra a következtetésre jut, hogy nem szabad vagyoni cenzust alkalmazni.¹²⁷

A végrehajtó hatalmat a minisztereknek kell saját nevükben gyakorolniuk.¹²⁸ A törvényeket a miniszterek terjesztik elő. Alkotmányos monarchiaként az angol monarchiát határozza meg, ahol a semleges hatalom a végrehajtó hatalomtól (miniszteri hatalomtól) elkülönül. A végrehajtó hatalmat anélkül is el lehet mozdítani, hogy a minisztereket üldöznék. Amennyiben a végrehajtó hatalom szabálytalanul működik, abban az esetben a király feloszlatja a minisztereket. Jogszabályellenes működés esetén a törvényhozó hatalom is felosztható.¹²⁹ Az örökletes monarchia uralkodója nem rendelkezik felelősséggel. A monarchiában a királyi hatalom arra való, hogy a kormány feletti hatalomként megakadályozza, hogy a legfőbb hatalom egy kézben összpontosuljon. Köztársaságokban

mindenütt lehessen alkalmazni, hol alkalmazása szükséges; és hogy a bajoktól óvjon, a sérelmeket orvosolja a nélkül, hogy ellenséges legyen.” (Constant: Az alkotmányos politika tana, 13. o.)

¹²¹ I. m., 40-44. o.

¹²² I. m., 73. o.

¹²³ I. m., 15. o.

¹²⁴ I. m., 24-36. és 84. o.

¹²⁵ I. m., 102. o. Eredendően közvetett választást ajánl: a választókerületben az összes, szavazattal rendelkező polgárok egy ötvenfős listát állíthatnak össze, amelyből a százak gyűlését szervezik meg, amelynek feladatát képezi az ötven fős listából öt fő kiválasztása. Az öt fő közül az összes választópolgár választ ki egy főt.

¹²⁶ I. m., 100. o.

¹²⁷ I. m., 98-112. o.

¹²⁸ Constant: A régiek és a modernek szabadsága, 84-90. o.

¹²⁹ Constant: Az alkotmányos politika tana, 16. o.

minden állampolgár a legfelső hatalomra törhet, ezért az államfőnek nincs a királyhoz hasonlítható jogköre.¹³⁰ Köztársaságokban bárki lehet államfő. Az államfő felelősséggel tartozik. Constant arra a következtetésre jut, hogy a minisztereket el kell választani a legfőbb hatalomtól. A minisztereket az uralkodónak kell kineveznie. Előterjesztéseknél a miniszter kerül előtérbe; a kegyelmezés joga, a kitüntésekből való részvétel és a törvényhatóságok nevezése megmarad az uralkodónak.¹³¹ A miniszterek elleni felelősség megállapítására irányuló pert király által kinevezett magistrátusokra kell bízni. A felelősséget megsértő miniszterek számára büntetesként halált, száműzést és fogságot határoz meg.¹³² A király megkegyelmezhet a minisztereknek.

A bírói hatalom a bíróságot és az esküdszéket foglalja magában. Az esküdszéket a szerző a törvény betűje és az igazság között helyezi el. A rendkívüli törvényszékek felállítását és a perrendtartás szabályai alkalmazásainak mellőzését alkotmányellenesnek tartja. Az esküdszék tagjai sorsolással szereznek mandátumot. Constant szerint a cselekmény felett az esküdszék tagjai hoznak ítéletet (halál, fogság és gyarmatokra szállítás büntetési nemeket alkalmazva), a bíróság feladata a törvényt alkalmazni. Az esküdszék az igazsággal, az emberiséggel és az erkölccsel ellenkező törvények végrehajtását megakadályozza.¹³³

Zárszó

Az előzőekben részletezettek szerint megállapítható, hogy a hatalommegosztás terminológiájára vonatkozóan a tudományos álláspont körében közmegegyezés alakult ki. A hatalommegosztás fogalmának bemutatásán túlmenően ismerttettem, hogy nem egyszerű feladat abban a kérdésben állást foglalni, hogy milyen időponthoz és mely szerzőhöz kapcsolódik a hatalommegosztás terminológiájának megjelenése. A többségi álláspont John Locke nevéhez kapcsolja a hatalommegosztás kialakulását; a három hatalmi ág pedig Montesquieu nevéhez fűzi. Benjamin Constant nevezhető meg a negyedik (semleges) hatalmi ág megalkotójaként. Jelen tanulmányom összegzésében kiemelendőnek – elsősorban Bibó István és Szaniszló Krisztián tanulmányai alapján – lényeges kérdésnek tartom azon fejlődési tendencia felfedezését, hogy az antikvitáskori államelméleti szerzőknél, valamint a felvilágosodás korának irodalmában egymást váltják a hatalom megosztására és a hatalom egységének megfogalmazására irányuló elméletek. A hatalmi ágak fogalmának, elméleteinek ismertetését követően egy újabb tanulmányban bemutatandó, ugyancsak nem egyszerű feladatként határozható meg egy adott állam intézményeinek a hatalmi ágaknak történő megfeleltetése.

Irodalomjegyzék

- 1.Egri-Kovács Krisztián: Állam- és szuverenitáselmélet I. (Az állam fogalma, megjelenése, elhelyezése térben és időben, kapcsolata a joggal). Jogelméleti Szemle, 2010/4. szám, <http://jesz.ajk.elte.hu/egri44.html>
- 2.Sári János: A hatalommegosztás. Osiris Kiadó, Budapest, 1995.
- 3.Alkotmánytan I. (szerk.: Kukorelli István). Osiris Kiadó, Budapest, 2007.
- 4.Államelmélet I. (szerk.: Takács Péter). Szent István Társulat, Budapest, 2007.
- 5.Államtan. Írások a XX. századi általános államtudományi köréből (szerk.: Takács Péter). Szent István Társulat, Budapest, 2003.

¹³⁰ Constant: A régiek és a modernek szabadsága, 92-93. o.

¹³¹ I. m., 94-97. o.

¹³² Constant: Az alkotmányos politika tana, 191-195. o.

¹³³ I. m., 89-95. o.

6. Benjamin Constant: A régiék és a modernek szabadsága. Atlantisz Könyvkiadó, Budapest, 1997.
7. Benjamin Constant: Az alkotmányos politika tana (fordította: Perlaky Sándor). Pest, 1862.
8. Bevezetés az alkotmányjogba (szerk.: Trócsányi László – Schanda Balázs). HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft, Budapest, 2012.
9. Bibó István: Válogatott tanulmányok. Második kötet. 1945-1949. Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1986.
10. Cservák Csaba: A hatalmi ágak megosztásának XXI. századi kérdései az Alaptörvényt követően. Pro Futuro, 2015/2. szám, 24-37. o.
11. Cservák Csaba: A hatalommegosztás elmélete és gyakorlati megvalósulása. Jogelméleti Szemle, 2002/1. szám. http://jesz.ajk.elte.hu/2002_1.html
12. Csink Lóránt: Mozaikok a hatalommegosztáshoz. Pázmány Press, Budapest, 2014
13. Dominico Fisichella: A politikatudomány alapvonalai. Osiris Kiadó, Budapest, 2004.
14. Frivaldszky János: Klasszikus természetjog és jogfilozófia. Szent István Társulat, Budapest, 2007.
15. Hamza Gábor: A közvetlen demokrácia történelmi előzményei Európában. Magyar Tudomány, 2013/11. szám
16. Hatalommegosztás és jogállamiság (szerk.: Mezey Barna). Osiris Kiadó, Budapest, 1998.
17. Horváth Barna: Angol jogelmélet. Pallas Stúdió – Attraktor Kft, Budapest, 2011.
18. Jean-Jacques Rousseau: A társadalmi szerződés. Kriterion Könyvkiadó, Bukarest 1972.
19. Jogi lexikon. Átdolgozott és bővített kiadás (főszerkesztő: Lamm Vanda). Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., Budapest, 2009.
20. John Locke: Értekezés a polgári kormányzatról. Gondolat Kiadó, Budapest, 1986.
21. Ludassy Mária: A toleranciától a szabadságig. Kossuth Könyvkiadó, Budapest, 1992.
22. Mezey Barna – Sente Zoltán: Európai alkotmány- és parlamentarizmustörténet. Osiris Kiadó, Budapest, 2003.
23. Montesquieu: A törvények szelleméről. Osiris – Attraktor Kiadó, Budapest, 2000.
24. Peter Stein: A római jog Európa történetében. Osiris Kiadó, Budapest, 2005.
25. Pokol Béla: A bírói hatalom. Századvég Kiadó, Budapest, 2003.
26. Pokol Béla: Középkori és újkori jogtudomány. Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2008.
27. Samu Mihály: A hatalom és az állam. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1977.
28. Sári János – Somodi Bernadette: Alapjogok. Alkotmánytan II. Osiris Kiadó, Budapest, 2008.
29. Schmidt Péter: A hatalmi ágak megosztásának aktuális problémáiról. Politikatudományi Szemle, 1995/2. szám
30. Szalai András: A hatalmi ágak relatív függetlenségéről, avagy a köztársasági elnök újra a végrehajtó hatalomban? Jogelméleti Szemle, 2013/1. szám
31. Szaniszló Krisztián: A hatalommegosztás államelméleti előképei – Hatalomkorlátozás az európai állambölcseletben az antikvitás korától a felvilágosodásig. Acta Humana: Emberi jogi közlemények, 4. évfolyam 2016/1. szám
32. Takács Albert: A hatalommegosztás elve az alkotmányos értékek rendszerében. Pro Publico Bono Online 2011. http://uni-nke.hu/uploads/media_items/a-hatalommegosztas-elve-az-alkotmanyos-ertekek-rendszerében.original.pdf
34. Takács Albert: A hatalommegosztás elveinek alkotmányos értelmezése In.: Hatalommegosztás és jogállamiság (szerk. Mezey Barna). Osiris Könyvkiadó, Budapest, 1998.
35. Tóth J. Zoltán: A népszuverenitás és az alkotmánybíráskodás viszonya a hatalommegosztás szempontjából. In: Tóth J. Zoltán – Ouk Varinic: Az alkotmánybíráskodás viszonya a népszuverenitás eszméjéhez. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2017 (megj.a.)

- 36.Tóth J. Zoltán: A halálbüntetés a XVII. századi természetjogban és a felvilágosodás filozófiai gondolkodásában. Magyar Filozófiai Szemle, 2008/1-2. szám
- 37.Tóth J. Zoltán: Halálbüntetés: pró és kontra. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2012.
- 38.Varga Zs. András: Hatalommegosztás, az állam- és a kormányforma. Pázmány Law Working Papers, 2013/5.

Farkas Henrietta Regina¹

Az erkölcsök kikényszerítése Hart és mások szemével

A jog és erkölcs közötti viszony az egyik legvitatottabb kérdés ma is a jogfilozófiában. Ennek egyik előzményeként pedig a méltán híres Hart-Devlin vitát nevezhetjük meg. 1957-ben egy brit bizottság jelentést adott ki, amelyben a homoszexuális vétségeket és a prostitúció büntetendőségét vizsgálták. A Wolfenden-jelentés néven elhíresült dokumentum azt a javaslatot tette a parlamentnek, hogy a beleegyezésen alapuló, felnőttek közötti, magánterületen folytatott homoszexuális magatartás ne legyen büntetendő. A jelentés magyarázata szerint meg kell különböztetni a közérdeket magukba foglaló erkölcstelenségeket a magánjellegűektől. A magánerkölcs és magánerkölcstelenség területén ugyanis a jognak „*nincs semmi keresnivalója.*”²

Lord Devlin - akkoriban a Legfelsőbb Bíróság bírója - 1959-ben a Brit Akadémián tartott előadásában kifejtette ellenérveit a Wolfenden-jelentés ama kijelentésével szemben, amely szerint a közerkölcs és a magánerkölcs elválasztható lenne egymástól. Devlin *Az erkölcsök kikényszerítése* című munkájában úgy érvelt, hogy „*a jognak éppúgy köze van a bűn, mint a felforgató tevékenység elfojtásához.*” Szerinte a társadalom fennmaradásához a kormányzathoz hasonlóan szükséges a közös erkölcs megteremtése és megőrzése, e nélkül a társadalmat a szétesés fenyegeti. Így az erkölcsi normák kikényszerítését egyszerűen az igazolja, hogy a társadalom létezése érdekében a jog felhasználásával bármit megtehet. Lord Devlin párhuzamot vont az erkölcstelenség és a hazaárulás között. Álláspontja szerint az erkölcs megsértésének tiltása és megbüntetése legalább annyira feladata a jognak, mint „*a felforgató tevékenységeké.*”

Devlin nézetei azonnal botrányt váltottak ki, és ezek egyik legnagyobb kritikusa Herbert Hart volt. Ezek voltak azok a gondolatok elsősorban, amelyekkel Hart a *Jog, szabadság, erkölcs* című művében³ szembeszállt, és mely mű, illetve témája jelen tanulmány tárgya.

Az erkölcs fogalma

Az erkölcs fogalmának számos meghatározása van attól függően, melyik elemét emeljük ki. Heller Ágnes szerint az erkölcs társadalmi normarendszer, amelyet az emberek megvalósítani törekszenek, mindig szándékos és tudatos magatartás. Nyíri Tamás meghatározásában az erkölcs azon szabályok és értékek összessége, amelyeket egy adott közösség magára kötelezőnek elismer. Zlinszky János véleménye szerint az erkölcsöt a jogi normarendhez hasonló kettősség jellemzi: ha statikusan vizsgáljuk, akkor egy normarendszer, de ha dinamikusan tekintünk rá, akkor célzott magatartások meghatározója. Ezt azzal magyarázza, hogy mindkét normarendszernek megvannak a maga szabályai, értékei, meghatározásai, de az ezeket megvalósító egyének nélkül ezek mit sem érnek.⁴ A filozófiai etika az erkölcsöt kétféleképpen közelítette meg. Az első felfogás szerint az erkölcs belső parancsok rendszere,

¹ A szerző a Debreceni Egyetem Marton Géza Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola III. évfolyamos PhD-hallgatója.

² A „*magán*” kifejezés alatt azonban a jelentés nem arra az esetre gondolt, amikor az emberek a négy fal között azt csinálnak, amit akarnak, hanem olyan magatartásokra utalt, amelyek erkölcstelenségük ellenére nem sértenek közérdeket. Így például továbbra is jogellenes kábítószertermeszteni a lakásunkban, de hogy két homoszexuális, mit csinál magánterületen, az nem veszélyeztet közérdeket, így büntetése sem indokolt. Ez volt az az összefüggés végül, amely kirobbantotta az angol jogtudomány egyik legérdekesebb vitáját, a Hart-Devlin vitát.

³ Hart, Herbert: *Jog, szabadság, erkölcs*. Osiris, Budapest, 1999.

⁴ Zlinszky János: *Keresztény erkölcs és jogászai etika*. Szent István Társulat, Budapest, 2013, 13-14. o.

a törvényhez hasonlatos, amely megmondja, mit tehetünk és mit nem. Ezt törvényi etikának is nevezik. A másik felfogás középpontjában az a kérdés áll, hogy az embernek mire kell törekednie. A filozófiai etika szerint az erkölcs megfogalmaz bizonyos célokat, amelyek megvalósítására törekednünk kell, és ezeket olyan értékek formájában nevezi meg, mint a szorgalom, az őszinteség. Ez az értéketika.⁵ Az erkölcs és az erkölcsiség kérdéseivel az etika, mint tudományág foglalkozik.⁶

Hart tanulmányában az erkölcs két szegmensét különbözteti meg: a pozitív erkölcsöt és a kritikai erkölcsöt. Szóhasználatában a pozitív erkölcs egy adott társadalmi csoport által elfogadott és követett erkölcs. A kritikai erkölcs azonban a pozitív erkölcs bírálatára szolgáló általános erkölcsi elvek összessége.⁷

A szexuális erkölcs normáinak kikényszerítése

Hart az erkölcsi normák jogi kikényszerítésével kapcsolatban folyó vitát nagyrészt a szexuális erkölcs területén vizsgálta. Tette ezt egyrészt azért, mert szerinte itt találhatóak elsősorban olyan magatartások, amelyeket a társadalom erkölcstelennek tart, azonban nem okoznak kárt senkinek, mégis büntetendők. Másrészt mivel Lord Devlin véleménye szerint a közös erkölcs megőrzése szükséges a társadalom fennmaradásához, így a szexuális erkölcsi normák megsértését is úgy vizsgálta, mint amely a társadalom létét fenyegeti. Harmadrészt azt kutatta, hogy a szexuális erkölcs terén jogilag büntetett cselekmények valóban a pozitív erkölcs kikényszerítése érdekében büntetendők-e vagy más okból. Ezen a területen olyan cselekményeket vett górcső alá, mint a homoszexualitás, a vérfertőzés, a prostitúcióból élés, a bigámia, a poligámia vagy a házasságtörés. Egyes jogtudósok e cselekmények büntetését hozták fel az erkölcsi normák jogi kikényszerítésének példájaként. Hart azonban ezeket próbálta cáfolni.⁸

Homoszexualitás és prostitúció

A Wolfenden-bizottság az '50-es években a homoszexualitás és a prostitúció büntetőjogi megítélését vizsgálta. A bizottság azt a javaslatot tette, hogy a kölcsönös bejegyzésre épülő, felnőttek közötti, nem nyilvános kapcsolat ne legyen többé büntetendő. A prostitúcióval kapcsolatban pedig úgy foglalt állást, hogy a nyilvános felajánlkozás közbotránkozató, így az utcáról el kell távolítani, egyébként büntetése nem szükséges. A jelentés érvelése szerint a büntetőjog feladata a közrend és a közszemérem védelme, és a magánjellegű erkölcstelenséghez a jognak nincs köze. A kormány a prostitúcióval kapcsolatos álláspontját a bizottságnak osztotta, így önmagában az üzletszerű kéjelgés végzése nem büntetendő, de nyilvános formája tilos. Ez is bizonyítja, hogy bár a prostitúció a többségi társadalom erkölcsi normája szerint erkölcstelen cselekedet, ettől még nem feltétlenül kell büntetni. A homoszexualitás terén nem volt ilyen engedékeny a brit kormány akkoriban. Ma már azonban egyértelmű, hogy a homoszexuálisok közötti kapcsolat nem büntetendő a modern államokban, sőt egyre több ország megadja számukra a házasságkötés jogi lehetőségét is.⁹

⁵ Coing, Helmut: A jogfilozófia alapjai. Osiris, Budapest, 1996, 105. o.

⁶ Neve a görög *ethos* szóból származik, amely átvitt értelemben hagyományt, szokást, illemet jelentett.

⁷ Hart: i.m. 31. o.

⁸ Hart: i.m. 30., 37. o.

⁹ Hart: i.m. 25-28. o.

Bigámia

A bigámia cselekményének besorolása az erkölcs jogi kikényszerítésének kísérletei közé nem olyan egyszerű, mint más büntetendő szexuális cselekményeké, hiszen a bigámia büntetése más indokokkal is alátámasztható, mint az erkölcs kikényszerítése. A legtöbb ország joga bünteti, ha egy házasságban a házastárs életében új házasságot köt más személlyel. Ha azonban egy ilyen személy élettársi kapcsolatot létesít, az az államok többségében nem büntetendő. Bármit megtehet, ami egy házassággal rendszerint együtt jár, egyet nem tehet, házasságot nem köthet. Ha ez mégis megtörténik, annak mind polgári jogi, mind büntető jogi következményei vannak. Polgári jogilag érvénytelen a házasság, és még büntetésre is számíthat az elkövető. De miért pont ekkor avatkozik be a jog, tette fel a kérdést Hart? Sokan sokféle magyarázatot adtak erre. Egyesek szerint az anyakönyvvezetés megóvása ezzel a célja a jognak, más nézet szerint ez a cselekmény a házastárs nyilvános megsértése. A vallásosabb érületű országokban vallási okokkal indokolták a bigámia büntetését. Ilyen esetben ugyanis a bigámista a vallásos szertartást nyilvánosan megszenteltetlenné teszi. Hart szerint azonban fontos azt látni, hogy ilyenkor a jog nem azért büntet, mert a cselekmény vallástalan, hanem mert ez a nyilvános cselekedet megbotrántoztató. Ezzel szemben a privát erkölcstelenség, amely például az együttélést jelenti egy házasságban, nem foglalkoztatja a jogot, és büntetlenül hagyja. Hart álláspontja az volt, hogy ez bizonyítja, a bigámia büntetése nem az erkölcs jogi kikényszerítésének kísérlete, vagy, ahogy Lord Devlin mondaná „*egy erkölcsi elv érvényre juttatása*”. A szexuális erkölcsi normák kikényszerítése bizonyos ösztönök elfojtását eredményezhetik, míg a bigámia esetében ilyen célról nincs szó. Ha ugyanis így lenne, nem maradna büntetlenül egy házasságban élettársi kapcsolata sem más személlyel.

Hart szerint a bigámia példája jól mutatja, hogy különbséget kell tennünk egy cselekmény erkölcstelensége és közbotrántoztató jellege között, és megfigyelni azt, hogy egy erkölcstelen cselekmény büntetése szempontjából ez döntő különbségtétel lehet. A házastársak közötti együttélés nem erkölcstelen, de nyilvános formája nyilvánvalóan megbotrántoztató. A homoszexuális együttélés a többség szerint erkölcstelen, de nem közszeméremérsértő, kivéve, ha nyilvános. A szexuális erkölcs területén ennek a megkülönböztetésnek már a rómaiak is jelentőséget tulajdonítottak.

Ha az erkölcstelen cselekményeket azon az alapon büntetjük, hogy azok közül melyek okoznak kárt másoknak, akkor azt mondhatjuk, hogy a szexuális erkölcs terén a privátszférában történtek nem idéznek elő kárt. Bár lehetséges, hogy valakinek érzelmi sérelmet jelent, ha tudomást szerez arról, hogy mások erkölcstelen cselekményeket művelnek a magánéletben, de ez egyes nézetek szerint azért mégsem akkora súlyú megrázkódtatás, mint a szexuális ösztönök elfojtása. Hart véleménye az volt, hogy az ilyen helyzetekben, amikor valakinek az erkölcstelen életmódja gyötrelmet okoz másoknak, valójában azért büntetjük meg az elkövetőket, mert nem értünk egyet a cselekedeteikkel. Azonban Hart szerint a jognak az egyéni szabadságot kell előtérbe helyeznie, és szorgalmazni azt, hogy az emberek tetszésük szerint cselekedhessenek, még akkor is, ha az másoknak gyötrelmet okoz. Eltérő megítélés alá esik azonban, ha valaki a megbotrántoztató erkölcstelen cselekményeket nyilvánosan végzi, és Hart álláspontja alapján itt van jelentősége a privát erkölcstelenség és a közszeméremérsértés megkülönböztetésének. Egy erkölcstelen cselekedet nem büntethetünk pusztán azért, mert azokkal mások nem értenek egyet, mert ezzel szembehelyezkedünk az egyéni szabadság elvével.¹⁰

¹⁰ Hart: i.m. 48-55. o.

A paternalizmus kérdése

Hart tanulmányában kifejezetten cáfolta Lord Devlin egyik konkrét példáját, amelyet az erkölcs jogi kikényszerítésére hozott fel. A büntetőjog a bűncselekmények elkövetése kapcsán soha nem fogadta el védekezésként az áldozat beleegyezését. Akár emberölésről vagy testi sértésről van szó, nem lehet a büntetőeljárás során azzal védekezni, hogy az áldozat maga kérte a bűncselekmény elkövetését. Többek között ez a magyarázata annak is, hogy az eutanázia aktív formája a legtöbb országban büntetendő. Devlin szerint az elkövető azért nem védekezhet ilyen esetben a sértett beleegyezésével, mert „*vannak bizonyos viselkedési mércék, illetve erkölcsi elvek, amelyek betartását a társadalom megkívánja*”. Ilyen például az emberi élet és a testi épség védelme. Ennek megfelelően a büntetőjog „*egy erkölcsi elv érvényre juttatása*” érdekében nem fogadja el ezt a védekezést, és ezért bünteti meg a bűncselekmény elkövetőjét. Devlin álláspontja szerint tehát ez egy példa az erkölcs jogi kikényszerítésére.

Hart véleménye azonban teljesen más volt. Szerinte azok a jogszabályok, amelyek kizárják az áldozat beleegyezésére való hivatkozást, egyértelműen a paternalizmusra példák. A paternalizmus az egyéneket önmaguktól hivatott megvédelmezni, az önmagának kárt okozó egyén megóvása a cél. Lord Devlin azonban úgy vélte, az egyén megvédése nem lehet célja az ilyen szabályozásoknak, hiszen nincs értelme annak, hogy az emberekre olyan cselekményt kényszerítsünk, amit nem akarnak, vagy olyantól tiltsuk el őket, amit akarnak. Hart szerint viszont ez téves következtetés, mind a büntetőjog, mind a polgári jog tele van a paternalizmus példáival. Gondoljunk csak a kábítószeres fogyasztásának tiltására, ahol egyértelműen a cél, hogy a fogyasztót megvédjük önmagát károsító tevékenységétől, és nem a kereskedő megbüntetése erkölcstelen cselekményéért. De hasonló a helyzet a bukósisak viselése vagy a biztonsági öv bekapcsolásának kötelezettségénél is. Ilyen esetekben nem mondhatjuk azt, hogy azért viseljen egy motoros bukósisakot, mert azt az erkölcsi normák előírják.¹¹

A mérsékelt és a szélsőséges tétel

A fenti példák megcáfolása után Hart megkülönböztetett egy mérsékelt és egy szélsőséges tételt az erkölcs jogi kikényszerítésével kapcsolatban. A mérsékelt tétel szerint a közös erkölcs tartja össze a társadalom tagjait. E nélkül csak egyének összességéről beszélhetünk, ez teszi közösséggé az emberek csoportját. Lord Devlin véleménye szerint „*az elismert erkölcs léte éppoly szükségszerű, mint az elismert kormányzaté.*” Lehetséges, hogy egy erkölcstelen cselekedet nem okoz kárt, és ha nem nyilvános, akkor nem megbotránkoztató. Ennek ellenére még büntetendő lehet, hiszen az ilyen cselekedeteket az erkölcs egész rendszerétől nem lehet elvonatkoztatni a mérsékelt nézeteket vallók szerint. Attól függetlenül, hogy valaki olyan erkölcstelen cselekedetet követ el, amely nem okoz kárt senkinek, még veszélyeztetheti „*a társadalom alapját képező nagy erkölcsi elvek egyikét.*” Így az erkölcsi elv megsértése a társadalmat, mint egészet veszélyezteti.

Ezzel szemben a szélsőséges tétel nem tekinti a társadalom fennmaradásához szükségesnek a közös erkölcsöt. Az erkölcs jogi kikényszerítését az igazolja, hogy az erkölcs megtartása érték, még akkor is, ha az erkölcstelen cselekedetek nem okoznak kárt senkinek.

Hart szerint az erkölcs jogi kikényszerítése mellett felsorakozott legtöbb nézetet e két kategóriába tudjuk besorolni. Véleménye szerint Lord Devlin a mérsékelt tétel híve volt. Devlin ugyanis azt mondta, hogy egy társadalomnak joga van kikényszerítenie erkölcsét azon az alapon, hogy annak léte nélkülözhetetlen a társadalom fennmaradásához. Az erkölcstelenség gyengíti a társadalmat, és az „*erkölcsi kötelek meglazulása a széthullás első fázisa.*” Hart szerint azonban Lord Devlin mindezt nem bizonyította kézen fogható példákkal.

¹¹ Hart: i.m. 41-44. o.

Csupán azt mondta, hogy minden erkölcsi norma egyetlen fonalból font hálót képez, így aki valahol megsérti azt, szükségszerűen az egészet sérti. Ezért Devlin álláspontja az, hogy nincs privát erkölcstelenség, és az erkölcstelen együttlét - még ha nem is nyilvános - a hazaáruláshoz hasonló.¹²

A kikényszerítés különböző fajtái

Ha az erkölcs kikényszerítéséről beszélünk, akkor fontos ennek meghatározásáról is szólnunk. Hart szerint a kikényszerítés első formája az, amikor a kényszerítés fenyegetések formájában valósul meg. Ebben az esetben különbséget kell tennünk a között, hogy az egyént a büntetéstől való félelme tartja vissza, hogy olyan cselekedeteket kövessen el, amelyek másokra károsak, és az olyanok között, amelyek erkölcstelenek ugyan, de nem okoznak kárt senkinek. Hart véleménye szerint az első eset természetesen érthető, az embereket megvédjük a gyilkosságtól, az erőszaktól vagy más károktól. De abban az esetben, amikor nincs áldozat, például a szexuális erkölcs terén, akkor nehezen érthető, hogy a társadalom tagjai pusztán a büntetéstől való félelem miatt alkalmazkodnak az erkölcsi normákhoz. Hart azt vallotta, hogy csupán a kényszer hatására tett alkalmazkodásnak nincs értelme. Ebben az esetben a szabályokhoz való alkalmazkodásnak van értéke, ezt azonban úgy érzük el, hogy a büntetésektől való félelem által kényszerítjük ki. Ezzel szemben az az értékes Hart szerint, ha az erkölcs normáit önként tartjuk be.

A kényszerítés második formája nem a fenyegetés, hanem a megbüntetés. Kérdésként vetette fel Hart, hogy ha egy adott cselekmény nem okoz kárt, akkor a megbüntetés értéke miben rejlik. Véleménye szerint erre a válasz a megtorlás. Ilyen esetben a büntetésnek nem az a célja, hogy a társadalmat megvédje, az elkövetőt megjavítsa, vagy elrettentsen a bűn elkövetésétől, hanem hogy az erkölcstelen cselekedetet megtorolja. A büntetést az teszi szükségessé, hogy a bűn rossz, és nem eredményeivel igazolja az elkövető büntetését. Hart szerint ez a magyarázat elfogadhatatlan. Bár attól függetlenül kell a megtorlás szerepét alátámasztani, hogy a cselekménynek van áldozata és elkövetője, hiszen a megtorlás minden esetben igazolásra szorul. Ilyen esetben viszont a büntetés úgy tekinthető, mint aminek feladata a sértett szenvedésének megakadályozása. Ahol azonban nincs sértett, és így szegnek meg erkölcsi szabályokat, nehezen elfogadható az a nézet, hogy azért büntetünk, mert az erkölcstelenséget viszonzni kell.¹³

Megtorlás és elítélés

Hart James Stephen megtorláson alapuló büntetési elméletét is cáfolni kívánta. Stephen szerint a büntetőjognak nemcsak az a feladata, hogy a társadalmat megvédje, hanem „*a bűn súlyosabb formáinak üldözése.*” Ez indokolja az erkölcs jogi kikényszerítését is. Ezen kívül kiemelten hangsúlyozza a bűncselekmény elkövetőivel szemben érzett gyűlölet és harag jogosságát. Véleménye szerint az emberi természet része a bosszúvágy, amelyet ki kell elégíteni. Az elkövető megbüntetését az indokolja, hogy a társadalom tagjai szabályozott és törvényes módon tudják bosszúvágyukat kielégíteni. Nem lehet azonban büntetni azt, amelyet a közvélemény nem ítél el egyértelműen. „*Ahhoz, hogy büntetni tudjunk, léteznie kell egy elsöprő erkölcsi többségnek.*” Stephen elmélete egy olyan társadalmat feltételez, amelyben komoly zavart okoz az erkölcsi törvény megsértése. Hart szerint olyan társadalom, amely „*elsöprő erkölcsi többséggel*” rendelkezik, és ennek megsértése táplálja bosszúvágyát, talán létezett a viktoriánus korban, de a mai korban már biztosan nem. Hart mindezek ellenére azt vallotta, hogy Stephen felfogása nem megtorláson alapuló, mert további egy elemet tartalmaz,

¹² Hart: i.m. 56-59. o.

¹³ Hart: i.m. 63-68. o.

amelyet Hart „*elítélésnek*” nevezett: „*A bírósági ítélet úgy viszonyul a nagyközönségnek a büntett által kiváltott erkölcsi érzéséhez, mint pecsét a forró viaszhoz. Azt, ami nélküle esetleg múló érzés lenne, tartós, végső ítéletté változtatja át...*” Hart szerint Stephen idézett soraiból úgy tűnik, mintha a büntetés feladata nem a megtorlás, mint inkább az elítélés lenne. Elítélés azért, amiért az elkövető erkölcstelen cselekményt követett el. Ezzel fejezi ki a társadalom erkölcsi megvetését. E nézet számára az erkölcsi megvetés kifejezése az érték. Ezzel a felfogással azonban Hart nem értett egyet. Álláspontja szerint ez az elmélet a fennálló erkölcs megőrzését célozza. Nem az erkölcs jogi kikényszerítése az érték. Az erkölcsnek nem elsősorban az erkölcstelen cselekedetek a bomlasztói, sőt még az sem, ha azokat nem büntetik teljes körűen. Hart véleménye az volt, hogy a „*szabad kritikai vita*” oldja fel az erkölcsi normákat. Ugyanis számtalan kérdés - például a szexualitás területe - szabad vita tárgya lett a XX. században, így „*az elsöprő erkölcsi többség*” számos természettudományi felfedezés után megosztottá vált bizonyos kérdésekben. De ezen túl, ha még létezik is erkölcsi többségi vélemény egy társadalomban, senki ne gondolja azt, hogy az a helyes megoldás, ha a kisebbségre rákényszeríti az erkölcsi normák betartását. A többségnek ugyanis nincs joga ahhoz, hogy megszabja a társadalom tagjai, miként éljenek, mert ez súlyosan veszélyezteti az egyén szabadságát.¹⁴

Az erkölcs jogi kikényszerítése mások szemével

Ronald Dworkin

Hart és Devlin vitáját akár a kortársak, akár későbbi jogtudósok vizsgálták, mindenki másképp látta az erkölcsök jogi kikényszerítésének problémáját. Dworkin szerint Devlin két fontos érvet fogalmazott meg: az első a társadalom önvédelemhez való joga, a második az a meggyőződés, hogy a társadalomnak joga van ahhoz, hogy erkölcsi normáit megvédje. Dworkin nézete szerint léteznek olyan erkölcsi elvek, amelyeket azokkal szemben is kikényszerítenek, akik azokkal nem értenek egyet. Ilyen esetben pedig a társadalom a büntetőjog eszközeit is igénybe veszi. Nem feltétlenül kell azonban minden erkölcstelenséget büntetnünk, hiszen vannak bizonyos korlátozó elvek, amelyekre tekintettel kell lennünk. Ilyen pl. az egyéni szabadság. Devlin viszont úgy vélte, ha a többségi társadalom véleménye szerint az adott cselekmény „*felháborító és undorító*”, akkor nem kell feltétlenül figyelembe vennünk ezt az elvet. Ezért jutott Dworkin szerint Devlin arra a következtetésre, hogy a homoszexualitás betiltható. Ha a homoszexualitás ugyanis büntetlen lenne, akkor annak komoly káros következményei lennének a társadalomra nézve. A jogalkotónak el kell döntenie ilyen esetekben, hogy az adott cselekmény van-e annyira veszélyes, hogy az egyéni szabadságot korlátozni kelljen a társadalom védelme érdekében. Ezen kívül arra is választ kell adnia, hogy az adott cselekmény erkölcstelen-e? De a legfontosabb kérdés, hogyan dönti ezt el? Devlin szerint, ha a társadalom többsége azonos módon foglal állást, akkor a törvényhozónak ennek megfelelően kell cselekednie. Dworkin azonban azt mondja, hogy az erkölcsi szokások összetettebbek annál, mint ahogy azt Devlin gondolja. Dworkinnak az az álláspontja, hogy attól, mert az egyének egy csoportja a homoszexualitást bűnnek tartja, az nem biztos, hogy erkölcsi alapokon nyugszik. A legtöbb embernek ugyanis előítéletei vannak a homoszexuálisokkal szemben. Az átlag, racionálisan gondolkodó személyek nem tudják észérvekkel alátámasztani nézeteiket. Ha pedig ez így van, akkor a büntetés igazolása csupán a gyűlölet, az előítélet és az ellenszenv. Ez azonban nem indokolhatja mások szabadságának korlátozását, hiszen mindezek mentességét megköveteli „*népi erkölcsiségünk*”. Így pedig

¹⁴ Hart: i.m. 69-75. o.

Dworkin meggyőződése szerint a morális konszenzusra hivatkozni nem lehet, ezért Devlin állítása nem megalapozott.¹⁵

Joel Freinberg

Freinberg meggyőződése az, hogy léteznek olyan sérelmek, amelyek nem okoznak semmilyen kárt, és nem sértenek más érdeket, vagyis „*ártalmatlanok*”. Míg a sértő magatartásokra az a jellemző, hogy kényelmetlen, kellemetlen helyzeteket teremtenek. Ezek a sérelmek olyan érzelmeket váltanak ki, mint az undor, düh, viszolygás, bosszúság, szégyenérzet. Freinberg ezeket a cselekményeket a következőképpen csoportosította.

Egyes magatartások undort idéznek elő. Ezt olyan cselekmények váltják ki, amelyek nem okoznak kárt és nem is erkölcstelenek, de durvák, illetlenek és faragatlanok. Más sértő cselekedetek felháborítóak és dühítőek. Ilyen pl. a gúnyolódás. Vannak ingerlő magatartások, amelyek célja csupán a másik megsértése. További csoport a megszejtetés cselekedetéké, mint pl. a zászlóégetés vagy a horogkereszt viselése. A következő fajta a közszeméremtsérsítő magatartásoké. Ezek betiltásának célja, hogy az állampolgárokat megkímélje attól, hogy olyat lássanak az utcán, amit nem akarnak. Mindebből látható, hogy a sértő magatartások kérdése milyen összetett.

A fentiek alapján Freinberg véleménye az, hogy nem elegendő a magánkár és a közkár megkülönböztetése, hanem további egy elv, a sérelem elvét is meg kell nevezni ahhoz, hogy egy cselekedet erkölcstelenségéről és büntetendőségéről döntsünk. Az erkölcs haszonelvű felfogása szerint az erkölcstelenség jellemzője a károkozás. Ennek ellenére számos olyan cselekmény büntetendő Freinberg szerint, amely nem okoz kárt senkinek. Ezen nézet hívei elismerik ugyan, hogy pl. egyes büntetendő szexuális cselekmények közvetlenül nem ártanak, de közvetett következményeik lehetnek. Freinberg véleménye szerint ezek a káros hatások azonban csak spekulatívak, és nincs rájuk bizonyíték. Herbert Packer azt vallotta, hogy társadalmi erőforrásainkat be kell osztani, és azok az erkölcsi vétségek, amelyek nem okoznak kárt, „*a legkevésbé fontos dolgok*”. Freinberg egyetért ezzel az érveléssel. Szerinte az olyan másrt nem sértő bűncselekmények esetében, ahol a kár közvetett vagy spekulatív, erőforrásainkat feleslegesen használjuk fel.

Ezen kívül Freinberg elismerően támogatja Dworkin azon nézetét, amelyben megkülönbözteti a valódi erkölcsi meggyőződéseket és az előítéleteken alapuló érzelmeket. Véleménye szerint az utóbbiak esetében nem beszélhetünk erkölcsi normák meglétéről. Így a pusztán érzelmekből álló erkölcs nem kényszeríthető ki igazolhatóan. Freinberg azonban ettől továbbmegy. Ő ugyanis azt gondolja, ha még van is erkölcsi konszenzus a társadalomban bizonyos kérdésben, az még nem indokolja, hogy ki is kellene kényszeríteni azokat. Már csak azért sem, mert az erkölcsi normák is lehetnek hibásak.¹⁶

Robert George

George szerint Devlin legfontosabb érve, hogy az emberek azért tömörülnek egy társadalomba, mert összetartja őket a közös erkölcsiség, az, hogy bizonyos cselekedetéről azonos módon gondolkodnak. Bármely olyan magatartás, amely ezt az erkölcsöt megsérti, a társadalmi kohéziót veszélyezteti, ezért a közhatalomnak szabályoznia kell, és nem mentesülhet ez alól abból az indokból, hogy az magánügy. Devlin álláspontja az volt, hogy ha a társadalom egy adott cselekményt ártalmasnak tart, akkor az a társadalom közös erkölcsét veszélyezteti, mert a társadalmat, mint egészet sérti. George szerint azonban fontos látnunk

¹⁵ Dworkin, Ronald: Lord Devlin és az erkölcsök kikényszerítése. In Cs. Kiss Lajos (szerk.): Herbert L. A. Hart jogtudománya kritikai kontextusban. Eötvös Kiadó, Budapest, 2014, 552-562. o.

¹⁶ Freinberg, Joel: Ártalmatlan erkölcstelenségek és sértő háborgatások. In Cs. Kiss: i.m. 581-584., 588-589. o.

azt is, hogy Devlin soha nem állította, hogy a társadalomnak csak az igaz erkölcsöt lenne joga kikényszeríteni. Erre példaként a poligámiát hozta. Ugyanis számos társadalom elítéli a többnejűséget, míg mások kifejezetten támogatják. Ahol ez erkölcstelen cselekmény, ott be kell tiltani, mert a közös erkölcsöt veszélyezteti. Büntetendősége azonban nem attól függ, hogy a poligámia helyes vagy helytelen cselekedet-e: „*nem a nézet minősége a fontos, hanem a belé vetett hit erőssége*” – mondja Devlin. George azon a véleményen van, hogy ennek ellenére Devlin nem gondolta azt, hogy nincsenek erkölcsi igazságok. Csupán azt állította, hogy ez nem az értelemről függ, hanem „*érzés*” dolga, és egy jóérzésű ember tudja, ha helytelenül cselekedett.¹⁷

Összegzés

1957-ben egy brit bizottság egy jelentést adott ki a homoszexualitás és a prostitúció büntetőségének kérdéséről. A jelentés különbséget tett a magánerkölcstelenségek és a közérdeket sértő erkölcstelenségek között, ezért azt a javaslatot tette, hogy sem a homoszexualitást, sem a prostitúciót nem szükséges büntetni. E dokumentum érveire reagált Patrick Devlin, aki ellenérveit fejezte ki az erkölcstelen cselekedetek megkülönböztetése miatt. Véleménye az volt, hogy a jognak minden erkölcstelen magatartást a hatókörébe kell vonnia, mert azok veszélyeztetik a társadalom közös erkölcsiségét, és ezáltal annak fennmaradását. Ekkor azonban még senki sem gondolta, hogy ezzel kirobban a jogfilozófia egyik legnagyobb vitája a Hart-Devlin vita. Devlin érvei számos tudóst megdöbbentettek, míg mások egyetértettek vele. Legkiemelkedőbb vitapartnere azonban Herbert Hart lett. Kettejük eszmefuttatása ma is bő táptalajt ad az erkölcs és jog kapcsolatát vizsgáló jogtudósoknak eszméik kibontakoztatására. Hart legfontosabb ellenérveit a *Jog, szabadság, erkölcs* című munkájában fogalmazta meg. Elsősorban azon erkölcstelen magatartásokat vizsgálta, amelyek nem okoznak kárt senkinek. Számos példát hozott fel, amikor a jog látszólag egy erkölcstelen cselekedetet büntetett. Később azonban rámutatott arra, hogy ezen magatartások nem erkölcstelenségük miatt váltak büntetendővé, hanem ahhoz más indokok is vezettek, valami többletelemre volt szükség. Ilyen pl. a prostitúció, amelynek közszeméremcsértő jellege van, vagy a bigámia, amely megbotránkoztató magatartás. Arra pedig, hogy az erkölcstelenség a társadalom kohézióját veszélyeztetné, szerinte nincs semmi bizonyíték. Azt vallotta, hogy az az értékes, ha erkölcsiségünket nem kikényszerítjük, hanem azokat önként tartjuk be. Aki ezeket nem tartja meg, amíg kárt nem okoz senkinek, büntetése értelmetlen és a megtorlást szolgálja. Hart osztja Stuart Mill véleményét abban, hogy az egyéni szabadság megőrzése olykor nagyobb súllyal esik latba, minthogy az erkölcstelenkedőket üldözzük.

Az én véleményem az a témával kapcsolatban, hogy a jog nem bünteti, és nem is kell büntetnie minden erkölcstelen cselekményt. Tény, hogy van egyfajta közös erkölcsiségünk. Léteznek olyan elveink, amelyekről a társadalom többsége azonos módon gondolkodik. Ilyen pl. az élet kioltásának tilalma, az erőszak alkalmazásának tilalma, a magánélet, a tulajdon, mások véleményének, nézeteinek tisztelete, a kegyetlenkedés tiltása. Úgy gondolom ezeket a normákat nemzetiségtől, vallástól függetlenül értékesnek tartjuk. Vannak azonban olyan területei az erkölcsnek, amelyekről ma már igencsak eltérően gondolkodunk. Ha ezek a cselekmények nem ártanak senkinek, akkor még abban az esetben sem tartom indokoltnak a büntetésüket, ha a társadalom többségének véleménye éppen ellentétes. Az egyéni szabadságunk része a véleménynyilvánítás, a lelkiismereti és szólásszabadság. Úgy gondolom, hogy az erkölcsi normák nem „köbe vésettek”, sőt azáltal formálódnak és javulhatnak, ha beszélünk róluk, és nyitottak vagyunk a változásra. A magyar Alkotmánybíróság egyik határozata szerint általános jelenség, hogy az erkölcs egyes területei

¹⁷ George, Robert: Társadalmi kohézió és az erkölcsök jogi kikényszerítése. A Hart-Devlin vita újratárgyalása. In Cs. Kiss: i.m. 599-602., 604. o.

kikerülnek a jog fennhatósága alól, és a büntetőjog húzza meg azt a határt, amely áthágását a társadalom már nem tűri el. Az is megfigyelhető, hogy a bírósági ítéletek nemzetközi összehasonlításban egyre kevésbé hivatkoznak a közérkölcsekre, a közvéleményre, amelynek oka elsősorban az önrendelkezés elismerése.¹⁸ Ezen kívül álláspontom szerint meg kell hagyni a társadalom számára az öntisztulás feladatát. Azok, akik megszegik a társadalom szabályait, de nem érik el a jogi határt, van a társadalom kezében eszköz, hogy „megbüntesse” őket. Abban a társadalomban pedig, ahol az egyéni szabadságot tisztelik, a jognak és főleg a büntetőjognak ultima ratióknak kell lennie.

¹⁸ 21/1996. (V.17.) AB határozat IV.1. és 2. pontja

Az egységes és egyesített per Kbt.-beli szabályozása és gyakorlati érvényesülése

I. Bevezetés

Az ún. egységes vagy kombinált per magyar jogrendszerbe történő bevezetésére 2010. január 1. napjával került sor, a 89/665/EGK és a 92/13/EGK tanácsi irányelvnek a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó jogorvoslati eljárások hatékonyságának javítása tekintetében történő módosításáról szóló, 2007. december 11-i 2007/66/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvben (a továbbiakban: jogorvoslati irányelv) rögzített hatékony és gyors jogorvoslat érvényesülésének biztosítása érdekében.²

Az egységes per a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránti közigazgatási pert valamint a közbeszerzési szerződés – a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 137. § (1) bekezdés a)-c) pontjai szerinti – ún. közbeszerzési érvénytelenségi okok miatti érvénytelenségének megállapítása iránti polgári pert egyesíti, egyaránt magában foglalva a közigazgatási és a polgári perek vonásait. Az eljáró közigazgatási bíróság elsődlegesen a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatának jogszerűségét vizsgálja felül, és amennyiben megállapítja a felperes kereseti kérelmében kifogásolt jogsértést, úgy ugyanazon perben kimondja a szerződés érvénytelenségét, levonva annak jogkövetkezményeit.³

Az egységes pertől elkülönítendő – a későbbiekben, gyakorlati tapasztalatok alapján bevezetett – egyesített per jogintézménye, amelyre a vonatkozó rendelkezéseket a Kbt. a szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása iránti polgári per szabályai között helyezte el. Ez utóbbit maga a Közbeszerzési Döntőbizottság indítja meg, ha az érdemi határozatában a Kbt. 137. § (1) bekezdése szerinti jogsértést állapít meg.⁴ Egyesített perre pedig akkor kerülhet sor, ha a Döntőbizottság megindítja az említett polgári pert a szerződés érvénytelenségének megállapítása érdekében, egyidejűleg azonban az érvénytelenséget megalapozó határozatának közigazgatási úton való bírósági felülvizsgálatát kezdeményezik. Amennyiben a közigazgatási per indul később, az ügyet a közigazgatási per bíróságához kell áttenni, a perek egyesítése végett. Ennek érdekében a Közbeszerzési Döntőbizottság köteles haladéktalanul tájékoztatni a polgári perben eljáró bíróságot arról, ha az érdemi határozatának bírósági felülvizsgálatát indítványozó keresetlevél benyújtásra került.⁵ Az egyesített perben alapvetően a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) XX. fejezete az irányadó, a Kbt.-nek az egységes perre vonatkozó speciális szabályozásában meghatározott eltérésekkel.⁶

Jelen cikk célja az egységes és az egyesített per Kbt.-ben rögzített szabályozásának áttekintése, valamint a gyakorlatban való érvényesülésének bemutatása. Vizsgálódásom tárgya az, hogy a nevesített jogintézmények létrehozásának irányelvben lefektetett céljai, a hatékony és gyors jogorvoslat miként valósul meg a bíróságok gyakorlatában, és melyek azok az esetleges problémák, kérdéskörök, amelyek kihívás elé állítják az ezen eljárások szerint indult ügyek elbírálóit.

¹ Bírósági titkár (Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság)

² Jogorvoslati irányelv (2) preambulumbekkezdés

³ Kbt. 173. § (1) bek.

⁴ Kbt. 176. § (1) bek.

⁵ Kbt. 176. § (6) bek.

⁶ Kbt. 176. § (7) bek.

II. Az egységes és egyesített per magyar jogrendszerben való megjelenése és elhelyezése a Kbt. jogorvoslati rendszerében

A magyar jogrendszerben előzmény nélküli, a közbeszerzésekhez kapcsolódó jogorvoslati intézményrendszert a *közbeszerzésekről szóló 1995. évi XL. törvény* vezette be a magyar közigazgatási jogba. E törvény hozta létre 1995. november 1-jei hatállyal a Közbeszerzési Döntőbizottságot, amely lényegét tekintve azóta is változatlan formában látja el feladatát, gyakorolja hatáskörét.⁷

Az Európai Unióhoz való csatlakozást követően a közbeszerzési jogorvoslati fórumrendszert, illetve annak kereteit alapvetően meghatározza a jogorvoslati irányelv. Az irányelv szerint a tagállamoknak biztosítaniuk kell, hogy hatékony, gyors jogorvoslati eljárásokkal lehessen élni.⁸ A fentieknek megfelelően maga az egységes és az egyesített per is a jogorvoslati irányelvnek való megfelelést szolgálja. Az egységes per Magyarországon 2010. január 1. napjától működő jogintézmény, amelyet a 2008. évi CVIII. módosító törvény⁹ iktatott be a közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvénybe (a továbbiakban: 2003. évi Kbt.).¹⁰ A 2003. évi Kbt. az érvénytelenségi okok közül – a Kbt. 137. § (1) bekezdés a)-c) pontjai szerinti három érvénytelenségi okhoz képest – még csupán a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése és a szerződéskötési moratórium megsértésére vonatkozó rendelkezéseket tartalmazta. Az érvénytelenségi okok 2011. április 1. napjával nyerték el jelenleg is hatályos formájukat. A módosító törvény¹¹ előterjesztői indokolásában foglaltak szerint a jogorvoslati irányelv 2d. cikk (1) bekezdése a) pontja, mint a szerződések érvénytelenségére vonatkozó egyik előírás, magában foglalja egyrészt azt az esetet, amikor az ajánlatkérő jogellenesen, egyáltalán nem folytat le közbeszerzési eljárást, vagy amikor a hirdetmény előzetes közzététele nélkül tárgyalásos eljárást alkalmaz anélkül, hogy erre az irányadó szabályok alapján lehetősége lenne. Ezen utóbbi érvénytelenségi okot azonban a 2003. évi Kbt. nem tartalmazta, ezért az irányelvvel való összhang megteremtése érdekében szükségessé vált, hogy az érvénytelenség ezen esetköre is megjelenjen a törvényben.

Az említett módosítás során lépett hatályba a 2003. évi Kbt. azon rendelkezése¹² is, amely a jogorvoslati irányelvnek megfelelően a megváltoztatás és a hatályon kívül helyezés mellett alternatív szankcióként írta elő bírság kiszabását olyan esetben, amikor a bíróság a szerződést – a jogsértés súlyát, valamint az eset összes körülményét figyelembe véve – a határozathozatalig terjedő időre hatályossá nyilvánítja.

Ezen módosítás¹³ teremtette meg továbbá 2011. április 1. napjától az egyesített per megindításának lehetőségét is, a 2003. évi Kbt.-nek a szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása iránti polgári perre vonatkozó rendelkezéseinek kiegészítésével. A fentiekben hivatkozott előterjesztői indokolás a kiegészítés magyarázatául kifejtette, hogy a gyakorlatban a Döntőbizottság által indított polgári per mellett párhuzamosan közigazgatási per is indul a Döntőbizottság határozatának felülvizsgálatára, amelyre tekintettel a polgári per – az előzetes kérdés elbírálásáig, vagyis a közigazgatási per befejezéséig – felfüggesztésre kerül. Ezáltal azonban a szerződés érvénytelenségéhez kapcsolódó szankció nem fejtette ki megfelelően hatását, hiszen a közigazgatási per lezárásig

⁷ Puskás Sándor: Közbeszerzési jogalkalmazás – A Közbeszerzési Döntőbizottság aktuális döntései, 1. o. In Közbeszerzési Szemle, 2014/5. szám, 29. o.

⁸ Szaller Ottó: Közbeszerzési tanulmányok, szakcikkek – A Döntőbizottság határozatainak bírósági felülvizsgálati és az előzetes döntéshozatali eljárás egyes kérdései, 1. o. In Közbeszerzési Szemle, 2013/10-11. szám, 76. o.

⁹ 2008. évi CVIII. törvény 91. §

¹⁰ A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény 350. § - 350/B. §

¹¹ Az energetikai tárgyú törvények módosításáról szóló 2011. évi XXIX. törvény 222. § (19) bek.

¹² 2003. évi Kbt. 350/B. § (2) bek.

¹³ Az energetikai tárgyú törvények módosításáról szóló 2011. évi XXIX. törvény 222. § (23) bek.

olyan hosszú idő is eltelhetett, amely alatt a szerződés teljesedésbe ment, vagyis az esetek nagy részében az érvénytelenség megállapításán túlmenően a bíróságnak már nem volt miről rendelkeznie. Ezen állapot megszüntetését szolgálta egyrészt a szerződés teljesítésének megtiltására vonatkozóan az ideiglenes intézkedés kérése, másrészt azon új rendelkezések, amelyek értelmében a közigazgatási pert és az érvénytelenséggel kapcsolatban indított polgári pert egymással egyesíteni kell, és az egységes perrel megegyező módon egy perben történhet a közigazgatási jogi és a polgári jogi kérdés eldöntése.

A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (a továbbiakban: 2011. évi Kbt.). a 2012. január 1. napjától hatályba lépett rendelkezéseiben lényegében átvette a 2003. évi törvényben a módosítások révén már kiforrott, egységes és egyesített perre vonatkozó rendelkezéseket.¹⁴ Ugyanez elmondható a hatályos Kbt. tekintetében is. A Kbt. 145. §-ához fűzött előterjesztői indokolásban foglaltak szerint a közbeszerzésekkel kapcsolatos jogorvoslat hatályos rendszere megfelel az európai uniós követelményeknek, hiszen az európai uniós jog alapvető követelménye, a jogsértésekkel szembeni gyors és hatékony jogorvoslat biztosítása, a hatályos szabályozás kialakításakor is figyelmet kapott. A Kbt. a jogorvoslat tekintetében tehát csupán kisebb változásokat vezetett be a gyorsabb és egységesebb jogorvoslati gyakorlat érdekében.

A közbeszerzésekkel kapcsolatos hatályos jogorvoslati szabályok a Kbt. Hatodik Részében kerültek elhelyezésre¹⁵, egyaránt magában foglalva a döntőbizottsági és a bírósági eljárásra vonatkozó rendelkezéseket.

Tekintettel arra, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárása egyfokú, a döntése közigazgatási úton nem kifogásolható, annak bíróság előtti megtámadására van lehetőség.¹⁶ A Közbeszerzési Döntőbizottság döntése elleni jogorvoslatok körében a Kbt. a kifogásolt döntés formáját, illetve a megtámadás jogcímét tekintve többféle bírósági eljárást szabályoz, ezek a közigazgatási nemperes és peres eljárások a következők:¹⁷

- a Közbeszerzési Döntőbizottság végzése elleni jogorvoslat [Kbt. 169. §],
- a Közbeszerzési Döntőbizottság határozata elleni jogorvoslat [Kbt. 170-172. §], valamint
- a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatának felülvizsgálata és a szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása iránti egységes per [Kbt. 173-174. §].

A közbeszerzési ügyekkel kapcsolatos polgári perek – amelyekben a közbeszerzési érvénytelenségi okoktól eltérő, egyéb érvénytelenségi ok vagy más polgári jogi igény is érvényesíthető – az alábbiak:

- a szerződés módosítása érvénytelenségének megállapítása iránti polgári per [Kbt. 175. §],
- a szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása iránti polgári per [Kbt. 176. §],
- a szerződésszegés tényének megállapítása iránti polgári per [Kbt. 159. §], valamint
- a közbeszerzésekkel kapcsolatos egyéb polgári perek [Kbt. 177. §].

¹⁴ 2011. évi Kbt. 161-164. §

¹⁵ Kbt. 144. § - 178. §

¹⁶ Kbt. 170. § (1) bek.

¹⁷ Márton Gizella: 144-177. §. In Patay Géza (szerk.): A közbeszerzés joga. A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény magyarázata. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2016. 794. o.

III. Az egységes és egyesített per a hatályos szabályok szerint

III.1. Hatáskör és illetékesség

A Kbt. alapján indult közigazgatási perekben, így a már hivatkozottak szerint az egységes és egyesített perben is a közigazgatási bíróság rendelkezik hatáskörrel. Az illetékességet illetően pedig a Pp. 2015. november 1. napjától hatályos – Kbt. által kiegészített – rendelkezése azt tartalmazza, hogy az ajánlatkérő székhelyéhez igazodóan a *Kecskeméti Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (Bács-Kiskun megye, Békés megye, Borsod-Abaúj-Zemplén megye, Csongrád megye, Hajdú-Bihar megye, Heves megye, Jász-Nagykun-Szolnok megye, Nógrád megye vagy Szabolcs-Szatmár-Bereg megye területére kiterjedően), valamint a *Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (Budapest, Baranya megye, Fejér megye, Győr-Moson-Sopron megye, Komárom-Esztergom megye, Pest megye, Somogy megye, Tolna megye, Vas megye, Veszprém megye vagy Zala megye területére kiterjedően) jár el kizárólagos illetékességgel.¹⁸

III.1.1. Az egyesített perrel kapcsolatban felmerülő hatásköri viták

Míg a Kúria 2013-ban, Kkk.III.37.456/2013/2. számú végzésében az eljáró bíróság kijelölése kapcsán állást nem foglalt¹⁹, az egyesített per számos hatásköri vitát okozott. A Kúria a hivatkozott ügyben azt vizsgálta, hogy a közbeszerzési szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelensége iránti perre a polgári vagy közigazgatási bíróságnak van-e hatásköre abban az esetben, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság jogsértést megállapító határozatát keresettel közigazgatási perben nem támadták meg.

A hivatkozott végzés nyomán kialakult gyakorlat összegzéseként közigazgatási elvi bírósági határozat is született.²⁰ Eszerint a Kúria a Kbt. alapján a Közbeszerzési Döntőbizottság által indított egységes pernek nevezett pertípus értelmezésénél abból indult ki, hogy a Kbt. ezen szabályait a törvényhozás a szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása iránti polgári per cím alatt gyűjtötte össze. A Kbt. tehát azt a magyar jogi felfogásban élő szabályozási koncepciót vette alapul, miszerint a közigazgatási jogviták körébe elsődlegesen a közigazgatási határozatok bírósági felülvizsgálata tartozik, ugyanakkor a közigazgatás által kötött szerződésekből, vagyis a kétoldalú közigazgatási aktusokból fakadó jogviták, függetlenül azok közigazgatási természetétől, illetve a rájuk vonatkozó, az általános polgári jogi szabályoktól eltérő közjogi rezsimtől, nem közigazgatási, hanem polgári bírósági útra tartoznak.

A Kúria rámutatott arra, hogy az egyesített per célja és funkciója abban keresendő, hogy a hatóságként eljáró felperes határozatának felülvizsgálata esetén a közbeszerzési jogsértés közigazgatási jogi kérdéseiben is állást kell foglalni, és az uniós jog által támasztott hatékony közbeszerzési jogorvoslat elve miatt célszerű, ha a szerződés érvénytelenségének előkérdését képező közigazgatási jogsértést és az ebből következő jogkövetkezményeket a közbeszerzési szerződésre nézve egy bírói fórum, vagyis – a közbeszerzési jog és a közbeszerzési szerződések közigazgatási természete miatt – a közigazgatási bíróság bírálja el. A közbeszerzési jogsértések közigazgatási jogi természete ugyanis mindenképp közigazgatási bírósági állásfoglalást igényel, és ehhez képest a közigazgatási bíróság is levonhatja a közigazgatási szerződés érvénytelenségének jogkövetkezményeit.

¹⁸ Pp. 326. § (14) bek.

¹⁹ Barabás Gergely: 3. §, 144-156. §, 158-177. §, 199-200. §. In Dezső Attila (szerk.): Kommentár a közbeszerzési törvényhez. Complex Kiadó, Budapest, 2016. 840. o.

²⁰ 3/2017. számú közigazgatási elvi határozat

Hangsúlyozta továbbá, hogy a Kbt. egyesített perre vonatkozó rendelkezése csak abban az esetben lehet irányadó, ha a polgári per megindítása mellett egyúttal kezdeményezték a közbeszerzési jogsértést megállapító döntőbizottsági határozat bírósági felülvizsgálatát is, ennek hiányában ugyanis a polgári bíróságnak kell eljárnia. A Kbt. szabályozásából az a következtetés vonható le, hogy a felperes által indított per elsődlegesen polgári per, mint egy szerződésfajta érvénytelensége iránt indított per, és így polgári bíróságnak kell határozatot hoznia, ha azonban a szerződés érvénytelenségének alapját képező közigazgatási jellegű közbeszerzési jogsértés is vita tárgyát képezi, a Kbt. az egységes per elbírálását közigazgatási jogvitaként közigazgatási bírósági hatáskörbe utalja.

Elvi határozatában a Kúria – a 2013. évi döntésen alapuló gyakorlata elvi éllel való rögzítése mellett – a tekintetben is állást foglalt, hogy mi a teendő abban az esetben, ha a közigazgatási per már jogerősen befejeződött. Kimondta, hogy a polgári per áttételét előíró hatásköri szabály alkalmazását nem érinti, ha a perek egyesítése nem lehetséges, miután a Kbt. fentiekben idézett rendelkezése mindössze a közigazgatási per megindításához köti az egységes perre vonatkozó hatásköri szabályok alkalmazását, így ebből a szempontból nem releváns, hogy a polgári per mellett megindult közigazgatási per milyen stádiumban van. Ha a perek egyesítése már nem lehetséges, a polgári pert külön kell elbírálni. Az előbbiekből következően amennyiben a polgári per mellett kezdeményezték a közigazgatási határozat felülvizsgálatát is, a közigazgatási és munkaügyi bíróság köteles eljárni, függetlenül a közigazgatási per esetleges befejeződésétől.

Ezzel összhangban határozott a Fővárosi Ítéltábla BDT2017. 3688. számú döntésében is akként, hogy ha a Közbeszerzési Döntőbizottság jogsértést megállapító, érdemi határozatának bírósági felülvizsgálata tárgyában nem indult közigazgatási per, akkor a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével megkötött szerződés közbeszerzési jogsértés miatti érvénytelenségének megállapítása és a jogkövetkezmények alkalmazása iránti polgári per a polgári bíróság hatáskörébe tartozik.

III.2. A felek és a keresetindítás különös szabályai

Ahogy arról már szó esett az egységes per a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálata iránt indított közigazgatási pert valamint a közbeszerzési szerződés közbeszerzési érvénytelenségi ok miatti jogsértésből eredő érvénytelenségének megállapítása iránti polgári pert egyesíti. Az alaphelyhez tehát, hogy a kérelmező vagy a hivatalbóli kezdeményező jogorvoslati kérelme elutasításra kerül, ugyanakkor az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő a szerződést már megkötötte.²¹ Az egységes per felperese jellemzően a vesztes ajánlattevő, akinek a Közbeszerzési Döntőbizottság elutasította a kérelmét. A felperesnek a Döntőbizottsággal mint I. rendű alperessel, valamint a szerződő felekkel, vagyis az ajánlatkérővel és a nyertes ajánlattevővel mint további, II. és III. rendű alperesekkel szemben kell megindítania az eljárást.²² A felperesi oldalon tehát ugyanazon személy áll, amely különbség az egyesített perhez képest.²³

Az egyesített perben sajátos perjogi helyzet, az ún. kettős perfelállítás valósul meg, amely alapján ugyanaz a fél több pozíciót tölt be a bírósági eljárás során. Eszerint a per I. rendű

²¹ Szecskó József: A közbeszerzési szerződések érvénytelenségére irányuló egységes perek tapasztalatai, az érvénytelenség új szabályai. 5. o.

<http://docplayer.hu/11591981-A-kozbeszerzesi-szerzodesek-ervenytelensegere-iranyulo-egyseges-perek-tapasztalatai-az-ervenytelenseg-uj-szabalyai.html> (2017. május 14.)

²² Kbt. 173. § (1) bek.

²³ A Kúria 2015.El.II.JGY.E.1.1. számú, „A közbeszerzésekkel kapcsolatos ítélezési gyakorlat” vizsgálati tárgykörre felállított Joggyakorlat-elemző Csoport által készített összefoglaló véleménye. 134. o.

http://www.kuria-birosag.hu/sites/default/files/joggyak/a_kozbeszerzesekkel_kapcsolatos_itelezesi_gyakorlat.pdf (2017. május 23.)

felperese, az a fél, aki a határozatot közbeszerzési jogszabálysértésre hivatkozással vitatja, ennél fogva keresettel él a határozatot hozó I. rendű alperes, a Közbeszerzési Döntőbizottság ellen. Az említett I. rendű felperes egyúttal II. rendű alperessé is válhat, amennyiben a polgári per szerződést kötő félként a Döntőbizottság vele szemben is megindítja. A Döntőbizottság II. rendű felperes lesz mint a szerződés érvénytelenségének megállapítása iránti polgári per felperese, a II. és III. rendű alperesek a szerződő felek, valamint akinek jogi érdeke fűződik a per kimeneteléhez, az azonos érdekű fél pernyertességének előmozdítása végett beavatkozhat.²⁴

A Kbt.-nek a keresetindítási határidőre vonatkozó speciális rendelkezése alapján a felperesnek – a Pp.-ben meghatározott harminc napos határidőhöz képest jóval rövidebb – a határozat kézbesítésétől számított tizenöt napon belül van lehetősége a keresetlevél előterjesztésére, amelyet a bíróságnak címzetten, a Közbeszerzési Döntőbizottságnál kell benyújtania vagy ajánlott küldeményként postára adnia, a Pp. általános szabálya szerint eggyel több példányban, mint ahány fél a perben érdekelt. Amennyiben a felperes ezen határidőt elmulasztotta, úgy szintén az általános szabályoknak megfelelően igazolásnak van helye.²⁵

Az egységes perben kizárólag a Kbt. 137. § (1) bekezdés a)-c) pontjaiban foglalt közbeszerzési érvénytelenségi ok miatti érvénytelenség megállapítása kérhető, ezen kívül további érvénytelenségi okra megalapozottan hivatkozni, valamint egyéb polgári jogi igényt érvényesíteni nem lehet.²⁶ A Kbt. fentiekben idézett rendelkezése három olyan esetet határoz meg, amely alapján a szerződés semmisnek minősül, vagyis ha:

- azt a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötötték meg,²⁷
- hirdetmény nélküli közbeszerzési eljárás eredményeként úgy kötötték meg, hogy nem álltak fenn a hirdetmény nélküli eljárás alkalmazhatóságának feltételei,²⁸ valamint
- a felek a szerződéskötési moratóriumra vonatkozó szabályok megsértésével kötöttek szerződést, megfosztva ezáltal az ajánlattevőt a szerződéskötést megelőző jogorvoslat lehetőségétől, egyidejűleg oly módon sértették meg a közbeszerzésekre vonatkozó szabályokat, hogy az befolyásolta az ajánlattevő esélyét a közbeszerzési eljárás megnyerésére.²⁹

A bíróság a Pp. közigazgatási perekre vonatkozó XX. fejezetében foglaltaknak megfelelően folytatja le a pert, figyelemmel az alábbi Kbt.-beli eltérésekre.³⁰

Ahogy a Közbeszerzési Döntőbizottság határozata elleni közigazgatási perben, az egységes per során is érvényesülnek az eljáró bíróval szemben a közbeszerzési biztosokra előírt kizáró okok, vagyis az ügy elintézéséből ki van zárva, és abban mint bíró nem vehet részt az a személy, aki a Kbt. 147. §-ában meghatározott okok alapján közbeszerzési biztosként sem járhatna el.³¹

A Közbeszerzési Döntőbizottság a keresetlevelet az ügy irataival, valamint a keresetlevélben foglaltakra vonatkozó nyilatkozatával együtt – a Pp. tizenöt napos határidejével szemben – a keresetlevél beérkezését követő öt napon belül továbbítja a bírósághoz. Tájékoztatja egyúttal a bíróságot a hatósági eljárásban részt vett ügyfelekről és azon érdekeltokről, akikre vonatkozóan a határozat rendelkezést tartalmaz.³² Ezen információ a bíróság számára az esetleges beavatkozók felmérése szempontjából jelentős, tekintettel arra, hogy a Pp. alapján,

²⁴ Barabás: i. m. 843. o.

²⁵ Kbt. 173. § (1) bek., Pp. 93. § (2) bek., Pp. 330. § (5) bek.

²⁶ Kbt. 173. § (2) bek.

²⁷ Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 12.K.33.776/2013/29. sz. ítélete

²⁸ Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.30.371/2015/7. sz. ítélete

²⁹ Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 26.K.33.713/2015/13. sz. ítélete

³⁰ Kbt. 173. § (3) bek.

³¹ Kbt. 173. § (5) bek.

³² Kbt. 173. § (4) bek.

ha a közigazgatási eljárásban ellenérdekű ügyfél szerepelt, a bíróságnak értesítenie kell őt a beavatkozás lehetőségéről.³³

III.3. A kereset megváltoztatása, kiterjesztése

A Pp. a közigazgatási perekre vonatkozóan speciális szabályozást ír elő, mind a keresetváltoztatás, mind a kiterjesztés tekintetében. Eszerint a felperes a keresetét legkésőbb az első tárgyaláson változtathatja meg. Míg a keresetnek a közigazgatási határozat keresetlevéllel nem támadott önálló rendelkezésére történő kiterjesztése kizárólag a perindításra nyitva álló határidőn belül biztosított.

A Kbt. a jogorvoslati irányelv által megkívánt hatékony és gyors eljárás biztosítása érdekében az előbbiekhöz képest is megszorítóbban rendelkezik az egységes per tekintetében azáltal, hogy a kereset megváltoztatására, valamint kiterjesztésére egyaránt csak a perindításra nyitva álló határidőn belül biztosít lehetőséget. Ugyanakkor ezen pertípusnál is érvényesül Pp. közigazgatási perek kapcsán rögzített szabálya, miszerint a fentiekben kifejtett korlátozás nem érinti a kereset felemelését, illetve leszállítását, illetve az eredetileg nem követelt járulékokra vagy a követeléseknek, illetve a járulékoknak a per folyamán esedékessé vált részleteire történő kiterjesztését.³⁴

III.4. Tárgyalás tartása

A közigazgatási perekben a Pp. főszabályként a tárgyaláson kívüli elbírálást írja elő, azonban a bíróság a felek bármelyikének kérelmére tárgyalást tart,³⁵ amely rendelkezés az egységes per során is érvényesül.

A Kbt. az eljárást gyorsítandó a fentiekhez kapcsolódóan azt is rögzíti, hogy amennyiben valamelyik fél tárgyalás tartását kéri, akkor a tárgyalást követően a bíróság felhívása nélkül előterjesztett további észrevételek vagy nyilatkozatok nem vehetők figyelembe a döntés meghozatalakor.³⁶ A tárgyalás tartása iránti kérelemre a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatának felülvizsgálatára irányadó, a Kbt. 172. § (1) bekezdésében előírt szabályok, valamint az eljárási határidők tekintetében a Kbt. 172. § (2) bekezdésében foglaltak az egységes perben is megfelelően alkalmazandók.³⁷

III. 5. A bíróság döntési lehetőségei

A bíróság – a kereset és az ellenkérelem keretei között – elsődlegesen arról dönt, hogy a Közbeszerzési Döntőbizottság határozata jogszabálysértő-e, amely döntés meghatározza a szerződés érvénytelensége körében előterjesztett kereseti kérelem elbírálását is. Nem kizárt tehát, hogy a bíró a határozat jogszabályoknak való megfelelése tárgyában részítélettel döntsön, és annak jogerőre emelkedését követően a szerződés érvénytelensége körében folytassa a pert.³⁸ A jogeseteket vizsgálva megállapítható azonban, hogy ezen megoldásnak a gyakorlati megvalósulása nem jellemző.

A közigazgatási perben főszabály szerint a bíróság kasszációs jogkörben jár el, vagyis a jogsértő közigazgatási határozatot hatályon kívül helyezi, és esetlegesen a határozatot hozó

³³ Pp. 332. § (5) bek.

³⁴ Kbt. 173. § (6) bek., Pp. 335/A. §

³⁵ Pp. 338. § (1) bek.

³⁶ Kbt. 173. § (7) bek.

³⁷ Márton: i. m. 811. o.

³⁸ Márton: i. m. 812. o.

szervet új eljárásra kötelezi.³⁹ Emellett a Pp.-ben és más jogszabályokban nevesített esetekben, ahogyan a jelen cikk tárgyát képező Kbt. egységes perre vonatkozó rendelkezései alapján is, a bíróság reformatórius jogkörét gyakorolva jogosult a közigazgatási határozat megváltoztatására.

Amennyiben a bíróság arra a megállapításra jut, hogy a közigazgatási határozat megfelel a vonatkozó jogszabályoknak, vagyis a kereseti kérelmek nem alaposak, elutasítja a keresetet.⁴⁰

Míg a határozat jogszabálysértő voltának megállapítása esetén a Kbt. 174. §-a alapján a következő döntések meghozatalára jogosult:⁴¹

- a bíróság a Közbeszerzési Döntőbizottság jogszabálysértő határozatát hatályon kívül helyezheti, melyre tekintettel a szerződés érvénytelenségének tárgyában végzéssel megszünteti a pert,⁴²
- a bíróság a Közbeszerzési Döntőbizottság jogsértőnek minősített határozatát megváltoztathatja, egyúttal alkalmazhatja a – Közbeszerzési Döntőbizottság számára jogsértés megállapítása esetén biztosított – Kbt. 165. § (3), (6), (8) és (9) bekezdése szerinti jogkövetkezményeket,⁴³
- a bíróság a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződést – a Kbt. a 137. § (3) bekezdése alapján – érvényessé nyilvánítja, bírság kiszabása mellett (a bírság összege legfeljebb a szerződés értékének 15%-a lehet), továbbá⁴⁴
- a bíróság elrendelheti az ellenszolgáltatás nélkül maradt szolgáltatás ellenértékének pénzbeni megtérítését, szintén bírságszankció alkalmazásával (a bírság összege legfeljebb a szerződés értékének 10%-a lehet).

III. 6. A bírság kiszabása, megbírságolandók köre

Az utóbbi két esetben tehát, azaz amikor a bíróság a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződést érvényessé nyilvánítja, valamint ha az érvénytelenség jogkövetkezményeinek alkalmazásakor az ellenszolgáltatás nélkül maradt szolgáltatás ellenértékének pénzbeni megtérítését rendeli el köteles bírságot kiszabni. Ennek összege az eset összes körülményét figyelembe véve legfeljebb a szerződés értékének 15%-a és 10%-a lehet.

Érvényessé nyilvánításról akkor beszélhetünk, ha valamely közbeszerzési érvénytelenségi ok megállapítást nyer, azonban a már megkötött szerződés mégsem lesz semmis, mert annak teljesítéséhez kiemelkedően fontos közérdek fűződik. Ez esetben a bíróság a szerződést megkötésének időpontjára visszamenő hatállyal érvényessé nyilváníthatja. A Kbt. azt is rögzíti, hogy a szerződéshez közvetlenül kapcsolódó gazdasági érdek – így különösen a késedelmes teljesítésből, az új közbeszerzési eljárás lefolytatásából, a szerződő fél esetleges változásából vagy az érvénytelenségből következő kötelezettségekből eredő költség – nem tekinthető kiemelkedően fontos közérdeknek, a szerződés érvényességéhez fűződő további gazdasági érdekek pedig kizárólag akkor, ha a szerződés érvénytelensége aránytalan következményekkel járna.⁴⁵ Ilyen kiemelkedően jelentős közérdeknek minősült például a kereskedelembe kerülő takarmány és élelmiszer ellenőrzésére, valamennyi élelmiszer- és takarmányipari vállalkozásra kiterjedő egységes informatikai háttér kialakítása, továbbá az

³⁹ Pp. 339. § (1) bek.

⁴⁰ Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 26.K.33.173/2015/13. számú ítélete

⁴¹ Kbt. 174. § (1)-(2) bek.

⁴² Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.30.879/2015/5. számú ítélete és Székesfehérvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.27.064/2016/33. számú ítélete

⁴³ Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 31.K.30.880/2015/9. és 12.K.30.876/2015/11. számú ítéletei

⁴⁴ Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.30.519/2012/14. és 12.K.33.776/2013/16. számú ítéletei

⁴⁵ Kbt. 137. § (3) bek.

országos vérellátás, mint ellátott alaptevékenység valamint a földgázszolgáltatás, mint alapvető közszolgáltatás.⁴⁶

A gyakorlat is megerősítette, hogy a szerződés érvényessé nyilvánítása mellett bírság kiszabása is szükséges, e tekintetben a bíróságnak nincs mérlegelési lehetősége. A Kbt. azonban nem ad további eligazítást, hogy a bírság megfizetésére ki kötelezhető. A Fővárosi Törvényszék rávilágított arra, hogy önmagában a szerződő felek közötti kötelmi jogviszony az egyetemleges marasztalás alapja nem lehet, hiszen a bírság nem a kötelmi jogviszony sajátja, az kizárólag a Kbt. speciális előírásaiból fakad. A bírságot a szerződésben nem szereplő harmadik személy, a hatóság kényszeríti ki azt, azáltal, hogy törvényi kötelezettséggel bír a szerződő felek között létrejött kötelmi jogviszonyba való beavatkozásra függetlenül attól, hogy a szerződésben szereplő felek között van-e jogvita, vagy sem. A jogsértés szankciója egyfelől a szerződés a Kbt. szerinti semmissége, amelynek az érvénytelenségi per a következménye, ez a szerződő feleket egyaránt sújtja. Másfelől bírságot kell kiszabni, amellyel a tényleges jogsértőt kell sújtani. A Törvényszék hangsúlyozta, hogy a közbeszerzési eljárás mellőzése, a kivételesen választható, hirdetmény közzététele nélküli tárgyalásos eljárás lefolytatása pedig az ajánlatkérő részéről megvalósuló jogsértés lehet. Amennyiben tehát a közbeszerzési határozat szerint a jogsértő az ajánlatkérő volt, és a perben nem merül fel olyan adat, amelyhez képest az ajánlatkérővel szerződő, az eljárásfajta választására ráhatással nem bíró gazdasági szereplővel szemben is indokolt volna a bírság kiszabása, úgy azzal kizárólag az ajánlatkérőt, mint a tényleges jogsértőt kell sújtani. E szankció sajátja a büntetési jelleg, az az egyetemlegességgel nem összeegyeztethető. Kifejtette továbbá, hogy ha mindkét szerződő féllel szemben indokolt lett volna bírság kiszabása, akkor arról külön-külön, a bírság összegszerűségét a jogsértő magatartásához igazodóan mérlegelve kell döntenie.⁴⁷

A bírság kiszabása körében további kérdésként merült fel, hogy a bíróság általi bírságkiszabás révén nem sérül-e a ne bis in idem elve, vagyis a kétszeres értékelés tilalma. A Kbt. rendszerében ugyanis végső soron ugyanazon jogorvoslati eljárásban kerül sor több szankció alkalmazására, amikor adott esetben bírságot szab ki a Kbt. felhatalmazása alapján a Közbeszerzési Döntőbizottság, valamint a bíróság is. Annak érdekében, hogy a tilalom ne sérüljön mérlegelési jogkörében dönthet úgy a bíróság, hogy az eset összes körülményét értékelve a bírságösszeg meghatározásánál a Közbeszerzési Döntőbizottság által már ugyanazon jogsértés miatt megállapított bírságösszeget nem veszi figyelembe, illetőleg az azzal csökkentett összeget ítéli meg. Megfigyelhető, hogy az elsőfokú bírói gyakorlat jelenleg nem tartja megállapíthatónak a kettős értékelés tilalmának megsértését a Kbt. szabályai alapján.⁴⁸

III. 7. A bírság megfizetésének módja, helye és ideje

A Kbt. arra vonatkozóan sem tartalmaz rendelkezést, hogy a bíróság által kiszabott bírságot kinek a részére, milyen módon és határidőre figyelemmel fizetendő meg. A gyakorlat alapvetően azt követte, hogy a bírság összegét az ítélet jogerőre emelkedését követő tizenöt napon belül a Közbeszerzési Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett előirányzat-felhasználási keretszámlájára szükséges megfizetni.⁴⁹ Felmerült azonban annak esete is, hogy

⁴⁶ Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 12.K.30.338/2014/17., 12.K.33.776/2013/29., 14.K.30.371/2015/7. számú ítéletei

⁴⁷ Fővárosi Törvényszék 3.Kf.650.105/2015/6. számú ítélete

Közbeszerzési Hatóság adatbázisa: http://kozbeszerzes.hu/ertesito/megtekint/portal_4589_2016/ (2017. május 14.)

⁴⁸ Barabás: i. m. 845-846. o.

⁴⁹ Lásd Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 14.K.30.371/2015/7., 12.K.33.776/2013/29., 26.K.33.455/2014/12. számú ítéletei

a bíróság a Fővárosi Törvényszék költségvetési előirányzat-felhasználási keretszámlájára fizetendő.⁵⁰

III.8. Az eljárási illeték számítása

Külön említést érdemel az egységes per tekintetében az eljárási illeték számítása is. Figyelemmel arra, hogy az egységes per közigazgatási pernek minősül, amelyben a közigazgatási bíróság jár el, a feleket – jövedelmi és vagyoni viszonyaikra tekintet nélkül, az ügy jellegéből adódóan – az *illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény* (a továbbiakban: Itv.) alapján tárgyi illetékfeljegyzési jog illeti meg.⁵¹ Erre figyelemmel a félnek az illetéket nem kell előzetesen, az eljárás megindításakor megfizetnie, hanem akkor, ha a bíróság utólag erre kötelezi az ítéletben vagy az eljárást lezáró egyéb döntésében. A közigazgatási perrész tekintetében alkalmazandó Itv. rendelkezés értelmében, ha az eljárás tárgyának értéke nem állapítható meg, az illeték alapja 350 000 forint.⁵² A polgári perrész tárgyában a szerződésben kikötött ellenszolgáltatás értéke képezi a pertárgy értékét, vagyis az illeték alapját. A közigazgatási és a polgári perrész pertárgyértékei pedig összeadódnak.⁵³

A fentieket támasztja alá a Fővárosi Törvényszék azon okfejtése,⁵⁴ miszerint a költségek viselésére vonatkozó rendelkezéseknél a két kereseti kérelemre külön-külön figyelemmel kell lenni, szem előtt tartva, hogy egyfelől egy közigazgatási pert, másfelől egy polgári pert kezdeményező keresetlevelet szükséges törvényi előírás folytán egy eljárásban, a közigazgatási perekre irányadó szabályok megfelelő alkalmazásával tárgyalni. Hangsúlyozta egyúttal, hogy a polgári perre tartozó rész pertárgy értéke – lévén a szerződés érvényességének a vizsgálata a per tárgya – a szerződéses érték.

III.9. Jogorvoslati lehetőségek

Az egységes perben egyszerre jelen levő közigazgatási és polgári jogi jellemzők folytán sajátos helyzetek alakultak ki a jogorvoslat terén is.

A Kbt. főszabályként nem biztosít fellebbezési jogot a bíróság határozata ellen.⁵⁵ Abban az esetben tehát, ha a bírósági eljárás a felperes kereseti kérelmének elutasításával vagy a döntőbizottsági határozat hatályon kívül helyezésével zárul, úgy rendes jogorvoslat útján a döntés nem támadható. Lehetőség van azonban rendkívüli perorvoslatként a Kúria előtt felülvizsgálati eljárás kezdeményezésére, azzal, hogy nincs helye felülvizsgálatnak a bíróságot kiszabó ügyekben, amennyiben a közigazgatási hatósági ügyben vagy a bíróságot kiszabó határozatban rögzített fizetési kötelezettség nem haladja meg az egymillió forintot.⁵⁶

Az előbbieken ismertetett főszabály alól kivételt képez a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatát megváltoztató, valamint a szerződés érvénytelensége körében hozott bírósági döntés, amelyekkel szemben van helye fellebbezésnek.⁵⁷ A fellebbezhető döntésekhez kapcsolódóan több értelmezési kérdés is felmerült.

Így a gyakorlat számára kérdéseket vetett fel az a helyzet, amikor a bíróság hatályon kívül

⁵⁰ Lásd Fővárosi Törvényszék 3.Kf.650.070/2015/5.számú ítélete

⁵¹ Itv. 37. § (1) bek. és 62. § (1) bek. h) pont

⁵² Itv. 39. § (3) bek. a) pont

⁵³ Márton: i. m. 813. o.

⁵⁴ Fővárosi Törvényszék 3.Kf.650.105/2015/6. számú ítélete

Közbeszerzési Hatóság adatbázisa: [http://kozbeszerzes.hu/ertesito/megtekint/portal_4589_2016/\(2017.majus.14.\)](http://kozbeszerzes.hu/ertesito/megtekint/portal_4589_2016/(2017.majus.14.))

⁵⁵ Kbt. 174. § (3) bek.

⁵⁶ Pp. 340/A. §

⁵⁷ Kbt. 174. § (3) bek.

helyezi a Döntőbizottság határozatát, egyúttal a szerződés érvénytelenségének tárgyában végzéssel megszünteti a pert, úgy e végzés ellen van-e fellebbezési lehetőség. A Kbt. alapján azonban kizárólag akkor lehet helye fellebbezésnek, ha a bíróság a szerződés érvénytelensége tárgyában érdemben dönt. A permegszüntetés azonban nem fellebbezhető, hiszen az a döntőbizottsági határozat hatályon kívül helyezéséből szükségszerűen következik.⁵⁸

A közbeszerzési határozatot megváltoztató bírósági döntés esetében problémaként merült fel továbbá, hogy ha a bíróság a keresetnek a jogalapot támadó részében elutasítja, azonban az összecszerúséget támadó részében helyt ad, a bíróság megváltoztatásával, úgy az ítélet ellen milyen jogorvoslatnak lehet helye. Előfordulhat-e tehát, hogy a keresetet elutasító rendelkezés ellen felülvizsgálati kérelem nyújtható be, míg a megváltoztató rendelkezés ellen pedig fellebbezés. Ehhez kapcsolódóan a Kúria⁵⁹ kifejtette, hogy a Kbt. nem tartalmaz rendelkezést a határozat részleges megváltoztatása esetén részleges fellebbezés lehetőségéről, ebből következően, ha a bíróság a határozatot megváltoztatja, úgy az ítélet egészével szemben van helye fellebbezésnek.⁶⁰

A jogorvoslatához kapcsolódóan kérdéses volt az a helyzet is, hogy amennyiben a bíróság a szerződés érvényessé nyilvánításáról dönt bíróság kiszabása mellett, úgy a bíróság vonatkozásában is van-e helye fellebbezésnek. Ehhez kapcsolódóan a Kúria hangsúlyozta, hogy a bíróság határozata ellen nincs helye fellebbezésnek, kivéve a szerződés érvénytelensége tárgyában hozott határozatot, valamint, ha a bíróság a Közbeszerzési Döntőbizottság határozatát megváltoztatja. Kimondta továbbá, hogy a bíróság a szerződés érvénytelensége tárgyában hozott határozat részét képezi, és mint ilyen fellebbezéssel támadható. Egyértelművé tette azt is, hogy a bíróság kiszabása nyilvánvalóan nem választható el a szerződés érvényességének-érvénytelenségének kérdésétől, ezért a bíróságot kiszabó ítéleti rendelkezés a jogorvoslati jog tekintetében is osztja az érvénytelenség tárgyában hozott döntést.⁶¹

IV. Záró gondolatok

Jelen cikkben arra törekedtem, hogy bemutassam a jogorvoslati irányelv által rögzített hatékony és gyors közbeszerzési jogorvoslat érvényesítésének megvalósítását célzó egységes és egyesített pert az általam vizsgált jogeseteken keresztül, a jogszabályi rendelkezések és az annak nyomán formálódó gyakorlat tükrében.

Összegezve elmondható, hogy kezdetben nem sok egységes és egyesített per indult, és már a jogintézmények bevezetésekor számos probléma merült fel. Egyrészt nehézséget okozott, hogy bizonyos ügyek egyik vagy másik (a polgári jogi vagy közigazgatási jogi) része időközben jogerősen lezárult, és előfordult, hogy a jogszabálynak megfelelő egyesítésre azért nem került sor, mert csak később derült ki, hogy másik per is folyamatban volt az ügyben. A problémát átmenetileg a hatályon kívül helyezés révén kezelte a bírói gyakorlat.⁶²

A polgári és a közigazgatási ügyek egyesítése másrészt számos, a közigazgatási és polgári bíróságok közötti hatásköri összeütközést is eredményezett. A kialakult helyzetet a Kúria oldotta fel, és a közbeszerzési határozatot támadó döntés elleni perindítás hiányában a polgári bíróság hatáskörébe utalta a szerződés érvénytelensége iránti per lefolytatását.

⁵⁸ Márton: i. m. 813. o.

⁵⁹ Kúria Kfv.III.37.795/2015/2. számú végzése

⁶⁰ Márton: i. m. 812. o.

⁶¹ Kúria Kfv.III.38.073/2014/5. számú ítélete

Közbeszerzési Hatóság adatbázisa:http://kozbeszerzes.hu/ertesito/megtekint/portal_9219_2015/ (2017. május 14.)

⁶² Bischof Bernadett – Tóth Gabriella: Közbeszerzési aktualitások – Beszámoló a Közbeszerzési Hatóság „Közbeszerzési aktualitások” címmel megrendezésre került szakmai konferenciájáról (Sára Katalin 2012. június 19. napján tartott előadása). 2. o. In Közbeszerzési Szemle, 2012/7. szám, 2. o.

Sok esetben tehát már a per megindítása nehézségekben ütközött a bírósági eljárás elhúzódását eredményezve, nem szolgálva az ügyek hatékony és gyors intézését. Továbbá a per során is számos kérdés vetődött fel, megnehezítve az ügyben eljáró bírók helyzetét. Ezeket áttekintve a jogorvoslat kérdésköréhez kapcsolódóan vizsgáltam, hogy van-e helye a bírság tekintetében is fellebbezésnek, amennyiben a bíróság a szerződés érvényessé nyilvánításáról dönt bírság kiszabása mellett. Erre a Kúria adta meg a választ, amikor kimondta, hogy a bírság a szerződés érvénytelensége tárgyában hozott határozat részét képezi, és mint ilyen fellebbezéssel támadható. Ahogyan azt is megállapította, hogy a határozatot megváltoztatása esetén az ítélet egészével szemben van helye fellebbezésnek, a per megszüntetés pedig külön nem támadható.

A bírság kiszabása tekintetében is jelentkeztek értelmezési problémák. A Fővárosi Törvényszék megállapította, hogy a bírsággal a tényleges jogsértőt kell sújtani, melynek fényében téves az ajánlatkérő és a nyertes ajánlattevő szerződő felek egyetemleges kötelezése. Foglalkoztatta a gyakorlatot e körben a kétszeres értékelés tilalmának kérdése is.

Felvetődött problémaként továbbá az is, hogy a bírságot milyen határidővel és módon, valamint a Közbeszerzési Hatóság részére kell e megfizetni. A Fővárosi Törvényszék arra az álláspontra helyezkedett, hogy a bírság az ítélet jogerőre emelkedését követő 15 napon belül a bíróság költségvetési előirányzat felhasználási keretszámlájára teljesítendő. A bonyolult szabályozás mellett a perköltség és az illeték kiszámítása szintén nagy figyelmet igényel.

Érzelhető tehát, hogy a gyakorlatban számos értelmezési kérdés merült fel az egységes és egyesített per lefolytatásakor. Az eljáró bíró feladata továbbá a pervezetés tekintetében sem volt könnyű, gondolva itt a kettős perbeli szerepben eljáró felek megnyilatkoztatására – mind az I. rendű felperest, mind a I. rendű alperest kereseti kérelmük és a viszontválaszok tekintetében –, és ennek jegyzőkönyvbe vételére.

A jogorvoslati irányelv által támasztott alapvető elvárás az egységes és egyesített perrel szemben a jogorvoslati eljárás hatékonyságának és gyorsaságának növelése azáltal, hogy a közigazgatási határozat felülvizsgálatára és a szerződés érvénytelenségének vizsgálatára egy eljárásban kerüljön sor.

A fentiekben felvetett gyakorlati kérdések és problémák a szabályozás bonyolultságát, nehézkességét mutatják, amelyek a jogorvoslati irányelvben lefektetett célok ellenében hatnak. Ugyanakkor a bonyolult szabályozást a jogintézmények bevezetése óta eltelt idő alatt folyamatosan formálta és formálja ma is a gyakorlat, pótolja az esetleges hiányosságokat, és ekként nehézkessége ellenére is egyre jobban képes betölteni szerepét a még mindig nem jelentős számban induló egységes és egyesített per.

Harkai, István*

Copyright Questions in Computer Games and the New Models of Distribution

“The future of media is here – it’s just not evenly distributed.”
William Gibson¹

Abstract

Gamers in Western Europe and in North America can afford to pay for original and brand new computer games, but in Eastern Europe the end-users try to choose cheaper options, such as buying used softwares or download the games from torrent sites. Until the games, which were being sold in video game stores, had not have affordable alternatives, the solution was the file-sharing. From now on, due to the new digital distribution systems, there are alternative ways which is a *zero-sum game* situation for both the end-users and the copyright holders. This essay tries to demonstrate the development of the market of computer games. It also introduces how the distribution chains have been changing since the first new application, the Valve’s Steam was invented.

Introduction

The flourishing of the computing technologies in the XXth century generated the development of softwares and further and ever generations of hardwares, because the smarter and faster graphic engines demanded bigger computing capacity.

If we are talking about platforms, those are only hardwares. The essence of softwares is that they entertain the owners. The most dynamically growing business branch² produce the entertaining softwares. These softwares reach the end-users on a long distribution chain.

Due to the internet, this value chain changes permanently. The world wide web is the most natural and, compared with the previous sales platforms, the most obvious space for distributing digital products.

This phenomenon was recognized and understood by the management of Valve,³ when they invented the well-known Steam, which is a digital distribution platform. The Steam, the

* Ph.D student at the University of Szeged, Faculty of Law, Institute of Comparative Law, Hungary. Research fields: International, European and Hungarian copyright law, International Law.

¹ C. DIXON, *Lessons from the PC video game industry* <https://medium.com/software-is-eating-the-world/lessons-from-the-pc-video-game-industry-3350bb7713de#50quhmk6> (last visit September 12, 2016).

² In 2013 the trade of the software industry became mass media products and the trade exceeded 13 Billion USD. One part of this amount came from subscriptions, the other from advertisements located in computer games and from the sells of digital or phisical copies of the work. In November 2015 the Call of Duty Black Ops generated 3 550 Million Dollars income on the first weak after its release. More than the block buster of that summer, tha Jurassic World, which generated “only” 512 Million Dollars. In England the Halo 5 brought 7,7 Million USD, while the movie James Bond Spectre reached only 6,3 Million Dollars income on the weekend of its first performance. See: S. JÖCKEL, A. WILL, F. SCHWARZER, *Participation Media Culture and Digital Online Distribution – Reconfiguring the Value Chain in the Computer Game Industry*, The International Journal on Media Management, 10. 2008. 102.; as well as J. PARSON, *Video games are bigger than Hollywood: Call of Duty becomes highest-earning entertainment release of the year* <http://www.mirror.co.uk/news/technology-science/technology/video-games-bigger-hollywood-call-6811936> (last visit September 11, 2016).

³ The Valve Corporation (<http://www.valvesoftware.com/>) is an American video game software developer which also provides digital sale services. It is famous for the Half Life, Counter-Strike, Day of Defeat and the Left 4 Dead. Beside operating the Steam, they developpe the so-called Source engine, which consist of character animations, artificial intelligence, realistic physical modelling. It is available for other computer software developers. Seeing the succes of the Steam, Valve is working on its own game console, the Steam Machine. See: <http://www.valvesoftware.com/company/> Downloaded: 10 September 2016. As well as: J. OSBORNE, Steam

Origin of Electronic Arts and the Ubisoft Club of Ubisoft are the new generation of distribution. They created a new, digital market, which will revolutionise the chain of sales and by the 2020's the consumer habits will be changed radically. This paper is going to discuss, whether digital distribution systems will reduce illegal file-sharing and solve other problems on the field of copyright law.

The legal status of computer games and the way to the digital distribution

It is a question, whether the computer games are works of fine arts or other protected creations. It is doubtless, there are some creative elements, which could make us think, computer games are protected by copyright law as artistic creations. These might be: audio (musical compositions, sound recordings, voice, imported sound effects) or video elements (photographic images, digitally captured moving images, animations, texts), and computer code (source code and object code) [primary game engine or engines, ancillary code, plug-ins comments].⁴

On the European level,⁵ the 2009/24/EC Software Directive⁶ defines computer programs in Article 1 as follows:

"(...) Member States shall protect computer programs, by copyright, as literary works within the meaning of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. For the purposes of this Directive, the term 'computer programs' shall include their preparatory design material."

"Protection in accordance with this Directive shall apply to the expression in any form of a computer program. Ideas and principles which underlie any element of a computer program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive."

"Computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection."

All this mean, even there are elements which could be protected as an individual and original work, they are parts of the software, which is completely protected by the Hungarian and European copyright regimes. Therefore it is not necessary to grant protection over the level which already exists. Furthermore this approach is clearly supported by the InfoSoc Directive.⁷ According to Article 1 (1) computer programs are protected under this regime, which means there is no reason to treat differently the indicated parts of the video game from the work as a whole.⁸ In the Nintendo Co Ltd v PC Boks Sz Srl case the European Court of Justice confirmed this point of view as follows: *"In so far as the parts of a videogame, in this*

Machine: Valve's PC-like game consoles explained <http://www.techradar.com/news/gaming/consoles/valve-steam-box-release-date-news-and-features-1127072> (last visit September 12, 2016).

⁴ A. R. G. de la Haza, Video Games: Computer Programs or Creative Works? WIPO Magazine http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2014/04/article_0006.html (last visit September 12, 2016).

⁵ According to the Hungarian Act of LXXVI of 1999 on Copyright Article 1 Section (2), "All literary, scientific and artistic creations are protected by copyright (...) in particular: c) computer program creations and the related documentation (...) whether fixed as source code, object code, or in any other form, including application programs and operation systems."

⁶ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:EN:PDF> (last visit February 28, 2017)

⁷ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF> (last visit February 28, 2017).

⁸ S. Corbett, *Videogames and their clones – How copyright law might address the problem*, Computer Law & Security Review 32 (2016) 618.

case, the graphic and sound elements, are part of its originality, they are protected, together with the entire work, by copyright in the context of the system established by Directive 2001/29."⁹

Having full scale of protection does not mean there are no possibility to infringe copyright. There are several forms of infringement. One of the illegal file-sharing activity, committed in the digital space. Downloading contents from for example the Pirate Bay could infringe the copyright of the rightholders by downloading, as it is considered to be reproduction, and if someone is seeding the content, it is considered to be making available to the public. Both rights belong to the group of economic rights of the rightholders. Doing it without permission infringing copyright.

Second hand sales of used softwares generated debates between rightholders and users. According to Article 4 Section (2) of the Infosoc Directive *"The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent."*¹⁰

This is the exhaustion of the right of distribution, which prevails in case of tangible copies. This formula can not be applied in case of digital contents, as they are considered to be services under the European copyright law. The Infosoc Directive expresses in (29) preamble: *"the question of exhaustion does not arise in the case of services and on-line services in particular (...) every on-line service is in fact an act which should be subject to authorisation where the copyright or related right so provides."*

At the same time, there is a famous decision of the European Court of Justice, the well-known *UsedSoft v. Oracle* case.¹¹ In its preliminary ruling the European Court of Justice said: *"the right of distribution of a copy of a computer program is exhausted if the copyright holder who has authorised, even free of charge, the downloading of that copy from the internet onto a data carrier has also conferred, in return for payment of a fee intended to enable him to obtain a remuneration corresponding to the economic value of the copy of the work of which he is the proprietor, a right to use that copy for an unlimited period."*¹²

All in all, there is a gap between the classical term of goods (works) and immaterial, digital contents considered to be services. This legal debate leads us to the second hand market of digital products and softwares, where we are looking for not only entertaining computer games, but for answers for the question, why are the users banned from buying second hand softwares? As digital contents are not considered to be a tangible goods or works, they are services, therefore it is impossible to gain traditional ownership over these products. Users can only license them, which also means, that the user is only titled to used it.¹³

For the problem of file-sharing and the second hand market, digital distribution could be one of the best solution. Underneath I am going to try to demonstrate how.

⁹ Nintendo Co Ltd v PC Boks Sz Srl CJEU, C-355/12 ECLI:EU:C:2014:25 para 23.

¹⁰ Article 23 Section (5) of the Hungarian Copyright Act says: "If the copy of the work has been put into circulation by the rightholder or by another person expressly authorised therefor by the rightholder through sale or the assignment of ownership in any other manner within the European Economic Area, the right of distribution – with the exception of the right of rental, lending and importation – shall further on be exhausted with regard to the copy of the work thus put into circulation."

¹¹ UsedSoft GmbH v Oracle International Corp. Case C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=EN> (last visit February 28, 2017).

¹² C-128/11 Point 89.

¹³ P. Mezei, *Jogkimerülés a szerzői jogban*, Médiatudományi Intézet, Budapest, 2016, 135-139.

„Off-the-shelf software solution”¹⁴

Before we would describe what are the off-the-shelf software solutions, we have to outline, what is on the shelf.

One of the first video game of the world was the *Spacewar* of Steve Russel.¹⁵ The game was running on the PDP1, which was a three-refrigerator-sized computer. It was the first computer that was equipped with keyboard and screen. The *Spacewar* was an open-source software, which was improved several times by its fans.¹⁶ Nolan Bushnell was one of them, so he put a lot of efforts to improve it. The result was the *Computer Space*, which cost only 1000 Dollars, but 1500 copies were sold.¹⁷ Nowadays several 3D video games exist. Among them there are online role playing games, simulators and adventure games, real time strategies, action games, first person shooters and third person shooters.¹⁸ As the personal computers consist of the newest generations of hardwares, the biggest consols are also being refreshed in every five year.¹⁹

In order to make sure, the software will reach the end-user and the price will be received by the copyright holders, there has to be a data carrier and a marketing chain. In the seventies, huge data carrying capacity was not necessary. In the age of magnetic storages, the most widespread data carrier was the floppy.²⁰

In 1985 CD-Rom alternated Floppy Disks. First generation of optical storage mediums were followed by DVD-Rom in 1996. DVDs are widespread nowadays on PCs, on Playstation and on Xbox. Besides DVDs Xboxes are also supporting Blu-ray discs, which have bigger storage capacity.²¹ Although the size of the computer games has become bigger, there is no need for new generation of storing capacities. DVDs provide enough space for the products of video game industry. On the other hand, Blu-ray was not able to gain a foothold on the PC Game's market.

Extending capacity and mass production of the discs will be rendered superfluous by the digital distribution and the upcoming game-streaming technologies. Endless data can be stored in the “cloud”, which makes possible to download only the given part of the game. The only limit would be the internet bandwidth, but it evolves fast. If the streaming of computer games becomes a reality, traditional distribution models will become meaningless. After this transform the market of physical data carriers will be reduced and only the collector's editions, editor's cuts will be sold on the traditional way.²²

¹⁴ JÖCKEL, WILL, SCHWARZER, 2008, 104.

¹⁵ W. ISAACSON: *The Innovators: How a Group of Hackers, Geniuses, and Geeks Created the Digital Revolution*, Hungarian Edition: HVG Könyvek, Budapest, 2015, 205.

¹⁶ Ibid. 209.

¹⁷ Ibid. 212-213.

¹⁸ J. HURST, *12 Types of Computer Games Every Gamer Should Know About* <http://thoughtcatalog.com/jane-hurst/2015/02/12-types-of-computer-games-every-gamer-should-know-about/> (last visit September 10, 2016).

¹⁹ Since 1980, the following gaming platforms were developed: Atari 2600, 5200; Nintendo Entertainment System, Gamecube, Wii; Sega Master System, Genesis, Saturn, Dreamcast; Sony Playstation 1-3, Microsoft Xbox and 360. See: A. MARCHAND, T. HENNING-THURAU, *Value Creation in the Video Game Industry: Industry Economics, Consumer Benefits, and Research Opportunities*, *Journal of Interactive Marketing*, 27. 2013, 143.

²⁰ S. ITTERHEIM, *The History and Future of Video Game Distribution* (<http://www.learn-cocos2d.com/2011/12/history-future-video-game-distribution/> Downloaded: 10 September 2016).

²¹ Most widespread versions of Floppy-disk were the 3.5" (720 Kbyte-2,88 Mbyte) and the 5,25"-inch disks (360 Kbyte-1,2 Mbyte). Maximum capacity of CD-Rom was 700 Mbyte. DVDs are able to store six times more data (4,7 Gbyte). Blu-rays exceed the capacity stores more than 5 times bigger data than DVDs (25 Gbyte). The multilayered Blu-ray disk even bigger, they can store 50 Gbytes. See: ITTERHEIM.

²² Ibid.

The producers, the developers and the publishers had recognized the importance and advantages of the Internet, so they developed new models of distribution. Currently digital contents might be distributed through the Internet to the end-users, excluding the retailers and other intermediaries from the chain of distribution.²³ Between 2009 and 2011 the number of video games, sold on physical data carrier, reduced from 80% to 69 percent due to the new types of digital distribution.²⁴

Digital distribution is not unprecedented. Music industry experts predicted in 2009, that the market of digital contents will exceed the traditional with physical data carriers. This prediction came true due to iTunes, Spotify and other downloading and streaming services.²⁵ In September 2016 the number of subscribers of Spotify reached 40 Million.²⁶ In 2013 25 Billion songs were sold worldwide by iTunes.²⁷

In the traditional chain of commerce end-users are being served by console and hardware manufacturers, software developers, publishers and retailers. Platform producers are less affected by these changes, as their devices will be always essential for the enjoyment of games. The traditional chain builds on the wish of possession of the end-users, so the products are wrapped in fancy and exciting packages, with extra contents.

In case of softwares, the distribution chain starts with the publisher, which pays *platform royalty* to the console and hardware producers. The software developers also receive a share after the revenue. The retailer purchases the softwares from the publishers or the intermediaries. The publisher receives a particular and predetermined percentage of the retail price from the retailer, which can be even more than 80 percent, but in most of the cases this amount is smaller. The end-users can buy the products from the retailers.²⁸

A further problem is related to the limited storing capacity of the end-users' PC's hardware. After a hard drive is full, previous files have to be deleted, if the user would like to install a new program. On the contrary endless data might be stored in the cloud. Not to mention the fact, that the digital content providers and distributors operate server parks, where the multifunction is also possible.²⁹ At the same time, it is fact, that if the user subscribed for an online game, or purchased a game online, the content can be downloaded after uninstall again and again.

Disadvantage of the traditional chain is, that the works published physically gains extra expenditure, and the retailer shops can be visited only in opening hours, and the owners spend a fortune on rental fee and wages of employees. Meanwhile the digital market is always open, there is no reason to pay for the rent or the employee's salary of the retailer. Production costs are also lower due to the lack of packaging and physical data carriers. This argument is

²³ M. BERMAN-GRUTZKY, A. CEDERHOLM, *The Obstacles and Opportunities for Digital Distribution in the Video Game Industry, Today and Tomorrow*, KTH Computer Science and Communication, Master of Science Thesis Stockholm, 2010. 2. Electronical version: https://www.nada.kth.se/utbildning/grukth/exjobb/rapportlistor/2010/rapporter10/berman-grutzky_michael_OCH_cederholm_alexej_10124.pdf (last visit September 11, 2016).

²⁴ MARCHAND, HENNING-THURAU. 2013, 151.

²⁵ BERMAN-GRUTZKY, CEDERHOLM, 2010, 12.

²⁶ J. KAHN, *Spotify hits 40 million paid subscriber milestone, outpacing Apple Music's growth* (<https://9to5mac.com/2016/09/14/spotify-40-million-subscribers/>) (last visit March 2, 2017).

²⁷ D. ETHERINGTON, *Charting The iTunes Store's Path To 25 Billion Songs Sold, 40 Billion Apps Downloaded And Beyond* <https://techcrunch.com/2013/02/06/charting-the-itunes-stores-path-to-25-billion-songs-sold-40-billion-apps-downloaded-and-beyond/> (last visit March 2, 2017).

²⁸ Ibid. 9.

²⁹ Ibid. 16.

highlighted especially in the Eastern European countries, where the biggest blockbusters³⁰ are rather expensive compared to the average income at the time of first release.³¹

Price of games can be fixed or player can pay periodically. Mixed ways when the gamers purchase the software on a fixed price and later they subscribe online and pay monthly fee. There are *freemium* contents, where restricted contents can be unlocked by paying a smaller amount of money.³² *Early access* is also well known, which means the game is released when it is still under development. This type of distribution helps the developers with the opinions of the gamers who are testing the beta version of the game.³³

Virtual goods can be purchased not only for money but for virtual currency, moreover, in the future paying with cryptocurrency will be common. At this point the economies of virtual world will be in colleration with the real economy. Virtual assets of *Second Life*, *World of Warcraft* and other MMOs will change possessor not only for the virtual money of the game, but for real money. Later this income probably will be spent again on virtual goods.³⁴

Bitcoin is the most well know cryptocurrency, which is a virtual money with a virtual wallet. Transactions are public, known before the whole Bitcoin community, on the other hand the person of the sender and receiver is hidden behind a code. This is a significant difference compared to the traditional way of money transfer, which guarantees anonymity by keeping the data regarding the transfer in secret.³⁵ Nowadays we can pay with Bitcoin on several specialized websites or we can change it to another cryptocurrencies or money of virtual worlds. In these virtual “*stock exchanges*” exchange rate is determined by the demand, which means there is no constant central bank behind Bitcoin, which could determine monetary flows.³⁶

Digital distribution probably will reshape the structure of the computer games. Complete games are going to be sold in smaller packages, episode by episode, levels by levels for smaller amount of money.³⁷ This could reduce the market-price of the software, and also attract end-users. At the same time there is a real risk that after the purchase of the first part of the game, the following would be not purchased, because the gamer would not willing to spend money on the next episode.

Further, and from copyright aspects one of the biggest advantages of digital distribution, is that it is a quite attractive alternative to P2P file-sharing. Those, who downloaded protected works from illegal sources so far, justified their acts by claiming, that using torrents is cheaper and faster than purchasing the game. If there are better alternatives of cheapness and fastness on affordable price, the original contents would be purchased by the end-users.³⁸

The new models reshape not only the traditional distribution, but levels up the social gaming experience. The end-users – who have already had the possibility to get into interaction with

³⁰ See the list of top 50 video games: D. SMITH, The top 50 video games of all time, ranked <http://www.businessinsider.com/top-50-video-games-all-time-ranked-2016-12/#50-mike-tysons-punch-out-1> (last visit March 2, 2017).

³¹ Reforming the traditional distribution chain and its importance was recognized by other industries, such as IKEA. In favour of the cost-effectiveness and reduced prices, they simply left the assembly of the furnitures to the consumers. See: BERMAN-GRUTZKY, CEDERHOLM, 7.

³² MARCHAND, HENNING-THURAU. 2013. 148.

³³ M. CECL, *Rules for Value Modelling in Online Digital Distribution: the Video Game Industry*. Working paper, Available at: http://www.csw.inf.fu-berlin.de/vmbo2014/submissions/vmbo2014_submission_10.pdf (last visit September 13, 2016).

³⁴ D. ESZTERI, *A World of Warcraft-tól a Bitcoin-ig: Az egyén, a gazdaság és a tulajdon helyzetének magán- és büntetőjogi elemzése a virtuális közösségekben*, Doctoral Dissertation, University of Pécs, Faculty of Law, Doctoral School, Pécs, 2015, 162-163.

³⁵ Ibid. 71.

³⁶ M. TÜZES, *Bitcoin – A pénz új formája*, Infokommunikáció és Jog, 2012/4, 157.

³⁷ Ibid. 18.

³⁸ P. MEZEI, *A fájlcsere dilemma, A perek lassúak, az internet gyors*, HVG-Orac, Budapest, 2012, 252.

other players due to the multiplayer mods of several games – will become part of the marketing chain. Due to the *participator media* gamers are becoming content providers (*modders*), who create new levels, missions, characters, units, musics for the given program (*user generated content*), which contents will be shared with other users in the social networks.³⁹

Steam, Origin, Ubisoft Club

The Valve's Steam is a content platform and downloading service, offering digital rights management and it is one of the most successful online distribution channel.⁴⁰ It was launched in 2002 in order to make available the patches and mods created for their games to the end-users.⁴¹ This feature is one of its significant service yet. Valve is interested in the business of entertaining softwares not only as developer, but as an actor on several parts of the distribution chain. They are offering their own products, and many other softwares of other developers and publishers.⁴² Beside digital goods, they are running an integrated billing and paying system. The server park, which are protected by different security mechanisms, makes Steam more attractive.⁴³

In October 2013, Steam had 65 Million active users.⁴⁴ In January 2014, 75 Million,⁴⁵ in November 2015 125 Million user joined to the community.⁴⁶ These numbers illustrate well the rapid development of Steam. Meanwhile around 4.500 games and more than 400 Million user-generated contents were available. From the sales of other publisher's games, the Valve receives roughly 30 percent share. The company reached 1,5 Billion Dollars profit in 2014.⁴⁷ Beside buying digital contents on Steam, we can also activate our packaged games bought in a retailer shop.

Seeing the success of Steam, the Electronic Arts, one of the leading developer and game-publisher of the world, launched the Origin, its own digital distribution system and client software in 2011. Origin is not unprecedented. In 2005 EA had already developed an online downloading service, which offered Battlefield 2: Special Forces for download.⁴⁸ It makes available the products of the company, such as FIFA, Battlefield, Star Wars Battlefront, the Sims, Sim City, Need for Speed. amelyen főként saját készítésű és kiadású játékokat (FIFA,

³⁹ JÖCKEL, WILL, SCHWARZER, 2008, 104.

⁴⁰ Ibid. 106.

⁴¹ A. W. EICHNER, *Game over, insert coin to continue: Entertaining a new era of video game intellectual property enforcement*, IDEA: The Intellectual Property Law Review, Vol. 53, No. 1, 2013. 129.

⁴² JÖCKEL, WILL, SCHWARZER, 2008, 108.

⁴³ Ibid. 109.

⁴⁴ D. COWAN, *Steam surpasses 65 million users* <https://www.engadget.com/2013/10/30/steam-surpasses-65-million-users/> (last visit September 12, 2016).

⁴⁵ J. CONDITT, *Steam has 75 million active users, Valve announces at Dev Days* <https://www.engadget.com/2014/01/15/steam-has-75-million-active-users-valve-announces-at-dev-days/> (last visit September 12, 2016).

⁴⁶ S. SAED, *Steam has over 125 million active users, 8.9M concurrent peak* <https://www.vg247.com/2015/02/24/steam-has-over-125-million-active-users-8-9m-concurrent-peak/> (last visit, March 3, 2017). See also: *Steam – már 125 millióan használják* <http://www.gamestar.hu/hir/steam-125-millio-regisztralt-fiok-rekord-159274.html> (last visit September 13, 2016).

⁴⁷ DIXON, 2015.

⁴⁸ N. MARAGOS, *EA Launces PC Digital Delivery Service* http://www.gamasutra.com/php-bin/news_index.php?story=7163 (last visit September 13, 2016).

Battlefield, Star Wars Battlefront, Sims, Sim City, Need for Speed) kínál.⁴⁹ Furthermore in the repertoire there are games from Ubisoft and other developers.⁵⁰

Ubisoft also launched its digital service with an electronic pay-system, the UPlay. In the online webstore mainly Ubisoft-developed softwares are being offered – Assassin's Creed, Watch Dog, Rainbow Six, Tom Clancy's Ghost Recon – but there are some other softwares from different developers.⁵¹

Concluding remarks

Spreading digital trade of computer games is one of the most significant phenomenon of the software industry. Softwares might become materialized goods if they copied on a data carrier, but mainly they are intangible, digital goods. The most natural way of distribution for such digital products is the internet. This phenomenon will reshape the purchase habits and the whole chain of distribution. Retailers will be excluded, which is advantageous for the copyright holders (developers and publishers). It also seems that end-users appreciate the cheaper prices and the faster, easier shopping. On the other hand retailers try to put pressure on publishers in order to determine the price of the digital products on the same level as the boxed versions.⁵²

On the other hand excluding the physical data carriers the distribution of used softwares would increase, but with good quality digitally distributed products could tempt end-users to abandon the illegal file-sharing sites for the sake of better quality and permanently provided contents, patches.

Only with the digital distribution the problems of copyright in the digital age can not be solved, but together with other solution the result are significant. For example in England, the Pirate Bay had been blocked by several internet service providers simultaneously for a longer period of time.⁵³ Until the end of the sanction denying acces to the Pirate Bay was successful. Users started to use legal sources, such as Netflix. Without that digital content provider, the users probably would have found another file-sharing site.

⁴⁹ A. KATKIN, *Electronic Arts launches Origin* <http://www.ea.com/news/electronic-arts-launches-origin> (last visit September 12, 2016).

⁵⁰ Offer available at: <https://www.origin.com/irl/en-us/store/browse?fq=platform:pc-download> (last visit September 13, 2016).

⁵¹ K. COX, *Ubisoft Launces Their Own PC Gaming Client, and Is Selling Some Games For 1\$ to Get You To Try It* <http://kotaku.com/5935427/ubisoft-launches-their-own-pc-gaming-client-and-is-selling-some-games-for-1-to-get-you-to-try-it> (last visit September 13, 2016).

⁵² E. KAIN, *Why Digital Distribution Is The Future And GameStop is Not: Taking The Long View On Used Games* <http://www.forbes.com/sites/erikkain/2013/05/30/why-digital-distribution-is-the-future-and-gamestop-is-not-taking-the-long-view-on-used-games> (last visit September 13, 2016).

⁵³ B. Danaher – M. D. Smith – R. Telang, *The Effect of Piracy Website Blocking on Consumer Behavior*, 2014, Workpaper on Information System and Economics (https://mis.eller.arizona.edu/sites/mis/files/documents/speakers-series/2015/mis_speakers_series_michael_smith.pdf) (Last visit March 3, 2017) 2.

Kis Tamás¹

Az önállósult nyugati jog ismérvei²

I. A nyugati jog, mint sui generis kulturális és társadalmi jelenség

A kultúrák szmodisi megkülönböztetése keretében a dualisztikus és monisztikus kultúrák közötti elhatárolás alapjaként meghatározott, a kulturális jelenségek differenciált vagy differenciálatlan voltáról hivatkozott elhatárolás³ a jogi jelenségekről szóló elemzésekben is visszaköszön. Leopold Pospíšil például a jog attribútumairól szólva írja: „A nyugati gondolkodók általában részekre osztják a kultúrát, vagyis azt az ütköző zónát, amelyet az emberek maguk és a környezetük közé helyeznek. A kultúra egyik hagyományos egységét jognak nevezik.”⁴ A jog más kulturális jelenségektől (vallás, erkölcs, a művészet egésze, egyes művészeti ágak stb.) történő elkülönülésének, illetve önálló társadalmi alrendszerkénti működésének kérdése nézetünk szerint a nyugati jog megértésének és vizsgálatának előfeltétele. (A „nyugati jog” fogalma megközelítésünkben – meglévő és markáns különbségeik ellenére – a kontinentális és angolszász jogi kultúrát egyaránt jelenti.)

¹ Bíró, Fővárosi Törvényszék.

² A jelen írás egy elkészülés alatt lévő doktori értekezés egyik alfejezetén alapul. Az értekezés címe A jog mint transzkulturális jelenség, tárgya a különböző kulturális-civilizációs keretek - közelebről a nyugati és két ázsiai magaskultúra, nevezetesen az iszlám és az indiai - jogi jelenségei összevetésének értelme és lehetősége. A disszertáció Első része a kultúra és civilizáció fogalmi kereteinek meghatározása, a szakirodalomban a kultúrák csoportosításában többé-kevésbé elfogadottnak tekintett nézetek vázlatos ismertetése, valamint az ehhez elválaszthatatlanul kapcsolódó történelemfilozófiai nézetek nem teljes körű, a téma szempontjából szükséges mértékig történő bemutatása. Az általános jellegű megállapításokat követően a tanulmány három pilléren alapul. Az első pillér (az értekezés Második része) – Niall Ferguson könyvének címe alapján - „A Nyugat és a többiek” címet viseli. Ennek a szerkezeti egységnek az a célja, hogy meghatározza azt a viszonyítási pontot, viszonyfogalmat, melyhez képest a két másik pillér vizsgálándó, egyben rögzítse az összevetés módszertani alapjait. Voltaképpen az Első részben kifejtett azon elméleti megállapítás igazolása, elemeire bontása, hogy a nyugati kultúra keleti kultúrákhoz képesti sajátossága – egyebek mellett – a kulturális jelenségek (köztük a jog) egymástól való viszonylagos vagy adott esetben éles elkülönültsége, amely egymástól részben, vagy akár teljesen független, de egyben szorosan összefüggő társadalmi-történelmi folyamatok eredményeként alakult ki. A jelen írás alapjául szolgáló alfejezet az értekezés ezen részében került elhelyezésre, címe A nyugati jog, mint sui generis kulturális és társadalmi jelenség. A második és harmadik pillér a vizsgálat tárgyát képező keleti kultúrák (társadalmak) jogi jelenségeit elemzi, illetve e jogi tradíciók és a nyugati jogrendszer - meglehetősen egyoldalú - kölcsönhatásait érinti, az ezen interakciók során relevánsnak tekinthető tényezőket és folyamatokat kísérel meg bemutatni és elemezni. Ezen belül a második pillér (a Harmadik rész) a „Közel-Kelet” megnevezésű földrajzi fogalomhoz kapcsolódik – tehát nem korlátozódik kizárólagosan az iszlámra. (Nem hagyható figyelmen kívül ugyanis az a körülmény, hogy a régió jelenlegi iszlám dominanciája csak mintegy 1300 éves múltat tekint vissza, és a legalább is térbeli előzményének tekinthető mezopotámiai kultúra nagyon sok olyan jellegzetességgel bírt, amelynek alapján keleti kultúrákénti minősítése nem automatikus, ezért ajánlatos ennek legalább is árnyalt megközelítése.) A harmadik pillér (Negyedik rész) az indiai (hindu) kultúra jogi jelenségeinek, a nyugati jog és ezen „klasszikus” keleti kultúra és társadalom találkozása, illetve annak következményeinek bemutatása. Az indiai kultúra kiválasztása a már jelzett okokon túlmenően is célzatos: besorolása szerint keleti, de néhány alapjellegzetességét tekintve ugyanolyan élesen különbözik az elnagyoltan szintén keletinek tekintett iszlám civilizációtól, mint a nyugatitól. Az Ötödik rész a „találkozások”, tehát a nyugati és a nem nyugati jogi kultúrák érintkezéséből adódóan a keleti kultúrákban, társadalmakban felmerült, a jogra irányuló modernizációs kényszer szükségességét, értelmét és esélyeit vizsgálja és kísérel meg általános jellegű következtetéseket levonni.

³ Szmodis Jenő: Kultúra és sors – A történelemfilozófia lehetőségei – Mezopotámia kultúrájáról. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2007. 120. o., 128-130. o.

⁴ Leopold Pospíšil: A jog attribútumai. Részletek a szerző Kapauku Papuans and Their Law című művéből (New Haven: Yale University Publ., 1958). 257-289. o. Fordította Vinnai Edina. In: H. Szilágyi István (szerkesztette): Jog és antropológia. Budapest, 2000. 90-111. o. (a továbbiakban: Pospíšil: A jog...) 90. o.

Alapállításunk, hogy ez az a körülmény, amely a nyugati és a nem nyugati jogi hagyományok közötti összehasonlítás során elsőként figyelembe veendő, egyben bárminemű összevetést megnehezít, bár nem lehetetlenít el. Amennyiben ugyanis hipotézisünk igazolt, akkor az egyszersmind azt is jelenti, hogy jóllehet a „jog” - funkcionális értelemben vett - fogalma egyetemes⁵, azonban a jogi jelenségek nyugati kultúrkörben történő érvényesülése sajátos, „jogias”, jogi szemlélettel vizsgálható, pontosabban vizsgálható is, akár a más kulturális jelenségek háttérbe szorításával, ha teljes figyelmen kívül hagyásukkal nem is. (Bár erre is lehetőség nyílik egy jogpozitivisták szemlélet keretében.) Gyakorlati példával szemléltetve előfeltevésünket: egy nyugati és iszlám jogban ugyancsak kimutatható jogintézmény kapcsán az előbbi esetében elméletileg elhagyható annak vallási háttere, míg az utóbbinál ez nyilvánvalóan nem lehetséges. Ezért az állított autonómiát igazolni hivatott megkülönböztető jegyek vizsgálata az eltérő kulturális közegekben kialakult jogi jelenségek vizsgálati módszere releváns kiindulópontjának és szempontjának tekinthető. Ahhoz ugyanis, hogy összehasonlítást tudjunk elvégezni, szükséges annak legalább vázlatos tisztázása, hogy melyek azok a tényezők, amelyek a nyugati jog önállóságát elősegítették és mind a mai napig fenntartották.

Alapállításunkból következően a nyugati és nem nyugati jogi kultúrák összevetése kapcsán elengedhetetlennek tűnik annak szabatos meghatározása, hogy melyek azok a kritériumok, amelyek legalább részbeni, vagy egészbeni fennállása esetén a jog az összkultúra differenciált része. (Amennyiben az ismérvek rendelkezésre állnak, akkor ezek közül valamelyik, vagy az összes bármelyik vizsgált nem nyugati jogi hagyománnyal történő összehasonlítása akár annak megállapítását is eredményezheti, hogy e kulturális közeg joga szintén önálló kontúrokkal rendelkező, sui generis jelenség.) E tekintetben nem annak van relevanciája, hogy „mi az a nyugati jog”, azaz mely, kizárólagosan jellemző egyedi specifikumokkal bír. Annak sem, hogy esetlegesen melyek azok a sajátosságok összességében, amelyek bármilyen más kultúra jogi jelenségeivel összevetve kimutathatók. A nyugati jog fogalma valamennyi releváns elemének feltárása és ezek igazolása nem a jelen írás tárgya. Témánk okán azt kell részleteiben meghatároznunk, körülírunk, ami a nyugati jog kvintesszenciájának első eleme, vagyis hogy önálló kulturális jelenség. Ennek a kibontása egy nyugati jog lényegéről szóló, pontokba szedett meghatározás első és legfontosabb eleme lenne, de nem a teljes körű meghatározása, csupán az az elem, amelyhez képest minden további másodlagos. Az alábbiakban tehát a nyugati jog meghatározása, lényegi jellemzői közül a primus inter pares, a más kulturális jelenségektől való világos és történeti folyamatokon átívelő

⁵ Pospíšil a jog attribútumairól írt tanulmányában jegyzi meg, hogy téves a jog fogalmának szűkítő értelmezése, ami azon alapul, hogy a jog látszólag sok „primitív társadalomban” nem is létezik. Ez a felfogás a jogfogalom lényegének félreértésén alapul, ami annak tudható be, hogy a kutatók általában túlhangsúlyozzák a jogi eljárás formális aspektusait, és túlságosan ragaszkodnak a jog bizonyos kultúrákban megjelenő deskriptív jellemzőihez, amelyekről úgy vélik, hogy egyedül alkalmasak a jogi jelenségek meghatározására. Pospíšil ezzel szemben a jog meghatározását inkább funkcionális, mintsem leíró fogalomnak tekinti. Analitikai fogalomként elfogadja a Webster-féle szótár népszerű meghatározását („Viselkedési szabályok és módok összessége, amelyeket az ellenőrző hatalom a megsértésük esetére kilátásba helyezett szankciók meghatározásával és kikényszerítésével tesz kötelezővé, továbbá minden egyes, ily módon megállapított és kikényszerített magatartási szabály”) és a kapauku pápuáknál elvégzett vizsgálata alapján meghatározza a jog négy attribútumát, amelyet harminckét jogi kultúra jogi eseteinek tanulmányozásából szűrt le. Ezek az attribútumok nem csak a jogi jelenségek analitikai összetevőit adják, hanem olyan kritériumokként is alkalmazhatók, amelyek segítségével a jog megkülönböztethető más társadalmi jelenségektől (mint amilyenek pl. a politikai döntések, vagy a tisztán vallási jellegű tabuk és előírások.) Pospíšil: A jog... im. 90-92. o.

Pospíšil attribútumai: az autoritás (az az egyén vagy csoport, amely képes döntő befolyást gyakorolni a csoport tagjainak többségére a döntés követése érdekében); az univerzális alkalmazás szándéka (annak megkövetelése, hogy amikor az autoritás döntést hoz, akkor azt minden hasonló vagy „azonos” jövőbeni helyzetre alkalmazni kívánja); a valódi obligatio (az autoritás döntésének azon része, amely meghatározza az egyik fél jogait és a másik fél kötelelességeit; míg a jog a privilégizált féltől halad a kötelezett felé, addig a köteletség a kötelezett féltől halad a jogosult felé); a szankció (nem feltétlenül fizikai természetű). Pospíšil: A jog... im. 98-108. o.

megkülönböztettség elemeire bontása a vizsgálat tárgya, pontosabban az autonómiát megteremtő és azt fenntartó faktorok – remélhetőleg teljes körű - számba vétele. A jog fogalma bizonyosan univerzális, azonban a „független”, önálló kulturális (és társadalmi) alrendszerként működő jog nézetünk szerint kizárólagosan a nyugati jog sajátja.

Alapállításunk továbbá, hogy az autonómia kialakulásában közreható, majd létét biztosító ismérvek egymással szoros kölcsönhatásban vannak, egymásra épülnek, melyből következően az egyik megértése nem lehetséges a többi, vagy legalább is valamelyik tényező nélkül. Némelyik kapcsán felvetődhet, hogy „tisztán jogi” tárgyú értelmezésük indokolatlan, mert csupán nagyobb, összkulturális és társadalmi összefüggésekben írhatók le. Miközben azt igyekszünk kibontani, hogy az ismérvek önmagukban és összességükben a nyugati jog önálló kulturális és társadalmi jelenségekénti létezésének bizonyítékai, hangsúlyozzuk, hogy ennek az állításnak az igazolása kizárólag más kulturális közeg jogi jelenségeivel történő összehasonlítással történhet meg. A megkülönböztető jellegzetességek leírása tehát amennyire szükséges a különböző jogi kultúrák összehasonlító vizsgálatához, annyira tekintendő módszertani alapvetésnek.

Végül egy, az ismérvek között nem szereplő szempontról. A jog önálló kulturális jelenségeként történő létezése olyan önértéknek is tekinthető, amely nagyban hozzájárulhat a nyugatiság, a nyugati kultúra alapjait jelentő értékek hosszabb távú fennmaradásához. Arról van szó, hogy a jog autonómiája egy sor megóvandó és védendő értéket is jelent egyben, a jogtudománytól kezdve a társadalmi érintkezés formáinak egyértelmű és mindenki számára világos meghatározásáig.

II. A nyugati jog önállósulásában közreható és az autonómiát fenntartó ismérvek

II.1. A deszakralizálódás és a racionalitás

A jog más kulturális jelenségektől történő elkülönüléséhez vezető tényezők közül az első és legfontosabb a racionalitástól elválaszthatatlan deszakralizálódás, amely egyben nyugati jogunk feltűnő sajátossága. Max Weber a szakrális jogok (így az indiai, a kínai, az iszlám, a perzsa, a zsidó és a kánoni) jelenségeinek elemzése során érzékelt egy alapvető, a nyugati kánoni és a többi szakrális jog közötti különbséget: „A keresztény kánonjog legalábbis bizonyos fokig különleges helyzetben volt minden más szent joghoz képest. Először is jelentős részben lényegesen racionálisabb és formális szempontból sokkal kidolgozottabb volt, mint a többi szent jog. Továbbá kezdettől fogva viszonylag világosan állt szemben a profán joggal: ebben a formában soha másutt nem létezett ilyen – a területeket mindkét oldalon meglehetősen és kölcsönösen elkülönítő – kettősség. A profán jog mindenekelőtt annak volt a következménye, hogy az egyház az ókorban évszázadokon át elutasított minden kapcsolatot az állammal és a joggal. Viszonylagosan racionális jellege viszont eltérő körülményekből adódott. Amikor az egyház kénytelen volt kapcsolatot keresni a profán hatalmakkal, ezt – mint láttuk – a sztoikus „természetjog” felfogásnak, tehát egy racionális gondolkodási formának a segítségével képzelte el. Emellett a saját igazgatási körén belül tovább éltek a római jog racionális hagyományai. Így hát, amikor a nyugati egyház a középkor kezdetén megteremtette az első valóban szisztematikus jogi alakulatot, a búcsú rendszerét, a germán jog leginkább formális elemeire próbált támaszkodni.”⁶ Weber megfogalmazta a markánsan elkülönült jog kialakulásának alapvető feltételét, a többi kulturális jelenséggel – mindenekelőtt a vallással – szembeni alárendeltségtől történő megszabadulást. Ez egy későókori, illetve kora középkori történelmi helyzet, nevezetesen a

⁶ Max Weber: Gazdaság és társadalom – A megértő szociológia alapvonalai 2/2. A gazdaság, a társadalmi rend és a társadalmi hatalom formái (Jogsociológia). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1995. 148. o.

keresztény egyházszerkezet államtól történő elkülönülésének következménye. Ami nem jelenti azt, hogy a római jog ne lett volna önálló, más kulturális jelenségektől elkülöníthető képződmény. Nyilvánvalóan az volt, ha nem is a kezdetektől, de egyre inkább azzá vált. Ebben alapvető szerepet játszott az archaikus római hagyományokhoz képesti fokozatos, weberi értelemben vett „Entzauberung der Welt”, azaz „a világ varázstalanításának”⁷ folyamata, amelynek során a vallási vagy morális tradícióktól egyre világosabban megkülönböztethetők a – többnyire vallási vagy erkölcsi alapú – jogi szabályok, jogintézmények, eljárások stb.

Lényeges, hogy Weber a kánoni jogot nem a római joggal hasonlítja össze, hanem előbbi és a nem nyugati kultúrák valamelyikébe tartozó szakrális jogok egybevetése alapján írja le a deszakralizálódás folyamatát. Az általa e tárgyban nem hivatkozott, az antikvitás kulturális közegében kialakult római jog valamennyi, a Mediterráneumban kialakult kultúrával egy időben fennállt, vagy azt megelőző keleti kultúrában beazonosítható jogi jelenséghez képest sokkal beazonosíthatóbb, társadalmi beágyazottsága mellett is önállóan vizsgálható és interpretálható jogrendszer. Mégpedig azért, mert nem „szent jog”; s ez a negatív jellemzője minden keleti jogtól világosan elválasztja. Egyik keleti kultúrközegben sem alakult ki a vallási eredettől intézményesített jog, mint arra Weber a kettőségre vonatkozó megállapításában utalt. A római jog és bármelyik mai nyugati állam joga között az eltérő történelmi, társadalmi, kulturális stb. körülmények miatt számos különbséget lehetne kimutatni akár a szabályozás rendszerét vagy tartalmát, akár a jogalkotás módját és folyamatát, akár a jogalkalmazás formáit tekintve (és ugyanakkor feltehetően meglepően sok hasonlóságot is). Mindez azonban alapvetően a történelmi idősík, a két évezredes távolság folyamánya, és nem következik belőle az önállósult római jog más kulturális jelenségeknek való alávetettsége. „Önállósult”, mert kezdetben egyáltalán nem, vagy csupán nagyon csekély mértékig kimutathatóan különbözött a vallástól és az erkölctől,⁸ tehát fejlődési ívet járt be. A különbség fő oka a két jogrendszer eltérő európai társadalomfejlődési szakaszbeli elhelyezkedése - már amennyiben a római állam társadalmát idesorolhatónak tartjuk. Bibó Istvánnak az európai társadalomfejlődésről írt nagy ívű esszéje⁹ erre vonatkozó

⁷ Weber e folyamatot természetesen nem szűkítette le a jogra, hanem egy általános tendencia szerves velejárójának tekintette: „A tudományos haladás az egyik eleme, és pedig a legfontosabb eleme annak az intellektualizációs folyamatnak, amelynek az ember évezredek óta alá van vetve...”

Először is tisztázzuk, voltaképpen mit jelent gyakorlatilag ez az intellektualisztikus racionalizálás, amely a tudomány és a tudományos irányú technika révén történik.... A fokozódó intellektualizálódás és racionalizálódás... nem jelenti az ember saját életfeltételeinek fokozódó általános ismeretét. Hanem valami mást jelent: annak a tudását vagy az abban való hitet, hogy ha akarjuk, bármikor megismerhetjük ezeket, hogy tehát itt elvileg nem működnek közre semmiféle titokzatos, kiszámíthatatlan hatalmak, ellenkezőleg, számítással uralmunk alá hajthatunk – elvben – minden dolgot. Ez azonban azt jelenti, hogy feloldjuk a világot a varázslat alól. Nem kell többé a vadember módjára, akinek a számára léteztek titokzatos hatalmak, mágikus eszközökhöz nyúlni, hogy uralmuk alá gyűrjük vagy kiengeszteljük a szellemeket. Technikai eszközökkel és számítással érjük ezt el. Az intellektualizálódás elsősorban ezt jelenti.”

Max Weber: A tudomány és a politika mint hitvallás. Kossuth Könyvkiadó, 1995. Összeállította: Fehér M. István. Józsa Péter fordításának figyelembevételével fordította: Glavina Zsuzsa. (Max Weber a Szabad Diákszövetség felkérésére, „A szellemi munka mint hivatás” című előadássorozat keretében két előadást tartott Münchenben, 1917. november 7-én „A tudomány mint hivatás”, 1919. január 28-án pedig „A politika mint hivatás” címmel. A szerző által véglegesített szövegek 1919 októberében jelentek meg nyomtatásban. Az idézett szövegrészletek „A tudomány mint hivatás” című előadás részeként hangzottak el. 22-23. o.

⁸ A latin nyelvben alakult ki először önálló szó, a *ius*, amely kezdetben még nem jelentette a jog általános, elvont fogalmát. Az istenek jogainak tiszteltben tartását (*fas*), illetve megsértését (*nefas*) egyre élesebben elhatárolták a jogszabályok betartásától, illetve megsértésétől, tehát a tágabb értelemben vett iniuriától. A köztársaság idején alakult ki az erkölcsi normák önálló rendszere, ezt általában a *mos* szóval jelölték. Földi András – Hamza Gábor: A római jog története és institúciói. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1996. (a továbbiakban: Földi – Hamza: A római jog...) 27. o.

⁹ Bibó István: Az európai társadalomfejlődés értelme. In: Bibó István: Válogatott tanulmányok – Harmadik kötet – 1971-1979. Magvető Könyvkiadó, Budapest. (a továbbiakban: Bibó: Az európai...) 5-123. o.

megállapításával egyetértve a válasz csakis igenlő lehet, egy – különben Bibó által sem megkérdőjelezett - kiegészítéssel: az antikvitás még nem „Európa”, de legalább is annak egyik alapja. Az autonóm lét mindazonáltal nem egy statikus, kezdetektől fennálló körülmény, hanem dinamikus folyamatok eredménye.

A jog függetlenedése önmagában nem jelenti azt, hogy a „profán” jognak tartalmát tekintve is mentesülnie kell a vallási, vagy erkölcsi alapú előírásoktól, az ilyen alapokon nyugvó szabályozás valamennyi létező vagy korábban fennállt jogrendszer sajátja. Következik ez abból, hogy a jog kulturális és társadalmi jelenség. Az önállóság és az intézményesülés azonban megteremtette annak az esélyét, hogy a jog autonóm tényezővé váljon és az is maradjon. Az európai társadalomfejlődés – antik előzményeket követően - kora középkortól napjainkig ívelő mintegy másfél évezredes történetéből kitűnik, hogy ez az önállóság – igaz, olykor meglehetősen esetleges történelmi körülményeknek is köszönhetően – mindvégig meg is maradt.

Az autonóm fennmaradást és továbbfejlődést biztosító tényező a Weber által is kiemelt, a deszakralizálódással szorosan összefüggő racionalitás folyamatos érvényesülése. A római jog és a nyugati modern kapitalizmus joga közötti kapcsolatról kifejtett tanulmányában azt is hangsúlyozza, hogy a modern nyugati állam racionális joga, amelyhez a szakképzett hivatalnoki kar döntéseiben igazodik, formális oldalát tekintve a római jogból származik. Ez a jog voltaképpen a római városállam terméke, ahol a görög város jellegzetes demokráciája és igazságszolgáltatása sohasem jutott uralomra. Görögországban helaista-bíróság működött és kádi-igazságot osztott, a felek pátozzsal, könnyekkel és az ellenfél szidalmazásával igyekeztek hatni a bíróságra. Ezt az eljárást – mint Cicero beszédei mutatják – Rómában is ismerték, de nem a polgári, hanem csupán a politikai perekben. A polgári perben a praetor kiküldött egy iudexet, és szigorú utasítás keretében megszabta, hogy milyen feltételek mellett ítélni lehet az alperest, illetve utasíthatja el a panaszt. Ebben a racionális jogban aztán a bizánci bürokrácia teremtett rendet, hiszen a hivatalnoknak természetes érdeke volt, hogy rendszerezett, végérvényesen rögzített és ezért könnyen megtanulható jog álljon a rendelkezésére.¹⁰ Nézete szerint amíg minden teokrácia és minden abszolutizmus igazságszolgáltatása materiális beállítottságú, ezzel szemben a bürokrácia formális jogi elveket követ. Ez a formális jog azonban kiszámítható, mivel a kapitalizmusnak olyan jogra van szüksége, amelynek működése egy géphez hasonló módon kiszámítható, rituális-vallásos és mágikus szempontok nem játszhatnak szerepet.¹¹ S ehelyütt Bibó azon észrevétele is említendő, hogy a hatalom humanizálásának irányába ható közösség-szervezési kísérletek, vagyis a görög-római és a kínai moralizált, racionalizált és humanizált államvezetése alapján érdekes komplementer összefüggést állapíthatunk meg anélkül, hogy előre meg tudnánk mondani, hol az ok és az okozat két dolog között: egyrészt a politikai szerveződés aránylagos racionalizáltsága, másrészt a vallási szemlélet misztikumának a foka között. Mind a görög-római, mind a kínai kísérlet olyan világban zajlik, ahol a misztikum és a szakralizmus nyomasztó ereje aránylag nem nagy. Ugyanakkor a tapasztalatok alapján minél inkább zsarnokságban él az ember, annál inkább termel átláthatatlanul misztikus, mindennemű értelmi meggondolás és felismerés számára áthatolhatatlan vallásrendszereket és fordítva: minél racionálisabb és szabadabb társadalomszerveződés adódik egy társadalomban, annál inkább inkább fellép az az igény, hogy

¹⁰ Max Weber: A racionális állam – Államszociológiai töredék. Max Weber: Die rationale Staatsanstellung und die modernen politischen Parteien und Parlamente. Staatssoziologie. Mejelent: Max Weber: Staatssoziologie. Berlin, Duncker & Humblot, 1956. Magyar fordításban Max Weber Állam – politika – tudomány. tanulmányok. Fordította Kemény István és Józsa Péter. (Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1970. 368-406. o. In: Takács Péter (szerk.): Államtan – Írások a XX. századi általános államtudomány köréből. Szent István Társulat, Budapest, 2003. 38-70. o. (a továbbiakban: Weber: A racionális...) 39-40. o.

¹¹ Weber: A racionális... im. 41. o.

a vallás is racionális, áttekinthető, az ésszerűség számára megközelíthető területe legyen az emberi életnek.¹²

A racionalitás tehát elsődlegesen társadalomszervezési alapelv, csak ezt követően lehet jogilag releváns. Jelentése pedig összetettebb annál – és Weber elméletének sem ez a lényege, csupán az alapja –, hogy kizárólag a vallási és világi jog elválásának viszonylatában értelmezzük. Kezdetben kétségtelenül a vallási meghatározottságtól történő alárendeltség megszűnését, a „mágikusságtól” való mentesülést jelenti, idővel azonban annak biztosítására is szolgál, hogy – az európai társadalomfejlődés folyamatainak leképeződéseként – a jog állam és társadalom viszonyában ne kizárólag az előbbi utóbbi feletti korlátlan uralmának eszközeként funkcionáljon, hanem valamiképpen függetlenedjen (és ezáltal személytelenedjen) a hatalom mindenkori gyakorlótól, s ezzel idővel megteremtse a hatalom korlátozásának, ellenőrzésének és leválthatóságának intézményi garanciáit. Az alapkérdés ebben a vonatkozásban állam és társadalom viszonya mibenlétének tisztázása. Szűcs Jenő a nyugati civilizáció egyedi vonásának tekinti a „társadalom” és „állam” szétválasztását: „A szétválasztás éppen nem valami endogén vonása az emberi történelemnek. Természetesen minden állam valamely társadalmon épül fel, de ötezer év magaskultúráiban rejlő nehézkedés, hogy a kialakuló állam önnön legitimitációját a társadalmon „kívül” találja meg, következésképpen olyan szerkezetet és működési mechanizmust fejlesszen ki, amelyben a társadalom jelenik meg az állam derivátumaként, s nem megfordítva. A társadalom bármely szektorának az államtól különálló (s ugyanakkor e különállásában funkcionálisan összekapcsolt) autonóm léte ritka kivétel. A kivételek a történelem luxustermékei. Ilyen kivételes luxus volt köztudomásúan a görög polisz, az autonóm társadalom ősmodelljének, a szabad polgárok koinoniájának mintegy „természeti” produktumként felfogott politikai létformája; ilyen volt a római res publica is, a populus Romanus hatalomgyakorlásának már inkább közjogi kategóriákban felfogott államformája.”¹³ Állam és társadalom, ha nem is teljes körű, de legalább is részleges szétválasztása, egyben a minél teljesebb szétválasztás irányába ható historikus folyamatok megléte nézetünk szerint feltételezi a deszakralizálódás és a racionalitás folyamatos meglétét, tekintve hogy a saját legitimitációját a társadalomból deriváló államnak nincsen szüksége a „szent jog” kizárólagosságára, vagyis a vallási alapú jogrendszer monopóliumának fenntartására. Az állam, és az állami működéshez nélkülözhetetlen jog társadalmi alapjainak elismerése egyszersmind együtt jár a racionalitás igényével.

II.2. Egymástól világosan elválasztott legitimáló és jogszolgáltató funkció

Állam és társadalom összetett és korszakonként változó viszonyrendszerének kérdése átvezet a következő ismervhez, a legitimáló funkcióhoz, melyben a Samuel P. Huntington által a Nyugat fogalma alapvető elemének tekintett „jogrend”, valamint az állam és az egyház különválasztása, illetve a képviselői testületek léte köszön vissza.¹⁴ Ennek a sajátosságnak az

¹² Bibó: Az európai... im. 15. o.

¹³ Szűcs Jenő: Vázlat Európa három történelmi régiójáról. Magvető Kiadó, Budapest, 1983. (a továbbiakban: Szűcs: Vázlat...) 17-18. o.

Szűcs szerint annak az alaptételnek a deklarációja, hogy a hatalom forrása a nép, nagyjából 1200 és 1300 között következett be. A nép ekkor a civitas societast jelentette, vagyis azt a fajta korporatív komunitást, mely a monarchikus keretek közt is reprodukálódik, amint ahogy létezik valamely városban vagy tartományban. Szűcs: Vázlat... im. 49-50. o. (A népszuverenitás tana kezdeti vonásaiban tehát már a középkor második felében megjelent az európai gondolkodásban, a bibói „szabadság kis körei” leképeződéseként.)

¹⁴ Huntington a nyugati civilizációnak a 17-18. századi modernizáció előtt már meglévő főbb vonásait a következőkben határozza meg: a klasszikus örökség (görög filozófia, római jog, latin nyelv, kereszténység), a nyugati kereszténység (katolicizmus és protestantizmus), az európai nyelvek (a nyugati civilizáció sajátja, hogy sok nyelven beszél), az állam és az egyház különválasztása, a jogrend (a jog uralmának hagyománya vetette meg az alkotmányosság és az emberi jogok védelmének az alapját), a társadalmi pluralizmus (a nem vérokonságon vagy házasságon alapuló autonóm közösségek, pl. szerzetesrendek, céhek, a civil társadalom egyesülései), a

első megnyilvánulása az ókori Hellász társadalomfejlődéséhez köthető, tehát Arisztotelész azon felismeréséhez, hogy egy rendezett alkotmányban az emberek nem emberek uralma alatt, hanem törvények uralma alatt élnek.¹⁵ Lényege, hogy a hatalom önnön legitimitását nem a társadalmon kívüli elemekből (pl. vallási alapokból), hanem a társadalomból magából vezeti le. Ehhez a kulturális jelenségként létező jog, mint társadalmi alrendszer megfelelő instrumentum lehet. Amennyiben a hatalom legitimitását kizárólag társadalmon kívüli elemekből származtatja – Bibó megállapításával: a hatalmat fölsőbb erőktől adottnak nyilvánító szemlélet érvényesülése¹⁶ –, tehát az adott társadalmi-kulturális közegben semmilyen mértékben nem zajlik le a deszakralizálódás folyamata, akkor nyilvánvalóan szükségtelen egy specifikus társadalmi alrendszer működtetése. Államilag szervezett társadalomban a hatalom és a társadalom közötti viszonyrendszer működtetése érdekében nem feltétlenül szükséges a kizárólag a hatalom megjelenítésére és gyakorlására, de egyúttal az állam és egyén, az egyén és közösség, illetve egyének egymás közötti, vagyis társadalmi érintkezésére szolgáló, hierarchikus struktúra és annak velejárójaként az alrendszert működtető, e tevékenységet gyakorló személyi kör közbeiktatása. A hangsúly a „kizárólag” szón van, mert ezeknek a funkcióknak valamilyen módon történő ellátása minden államilag szervezett közösség életében elengedhetetlenül szükséges. Ez azonban megtörténhet például a társadalom uralkodó rétege által a legitimitás alapjának tekintett tényező, így a preferált vallás gyakorlásához szükséges személyek vagy testületi szervek - akár közvetlenül az uralkodó réteghez tartozó személyek, illetve a hatalomgyakorlást megvalósító szervek - által is. Ha azonban a hatalom nem Istentől származik, hanem emberi (társadalmi) alapjai vannak, akkor felmerül az a kérdés, hogy ki alkotja meg ennek kereteit, illetve az ennek alapján megalkotott szabályokat kik alkalmazzák, hajtadják végre stb. Arról van tehát szó, hogy van-e minden más funkciótól (pl. a vallás gyakorlásától, a hatalmi feladatok ellátásától stb.) elkülönült, jogi intézményrendszer, jogász réteg, illetve az erkölcsi és vallási normákhoz képesti elkülöníthető jogi normarendszer.

A legitimitációs funkció ugyancsak hosszas társadalomfejlődési-történelmi folyamatok eredménye; az ókori görögség vagy a római állam legitimitációjának alapja nyilvánvalóan a társadalom szűkebb körére terjed ki, mint a modern kori tömegdemokráciáké, van köztük egy hosszas és nem feltétlenül egyenletes fejlődési ív. Mindazonáltal az eszmei mag akár a görög, akár a római közösség-szervezési kísérletben megtalálható. A különbség az antik és a nyugati civilizációs közeg között e tekintetben talán az, hogy a polgári forradalmakat követően a „letisztult” legitimitáló funkció nem csak az önállósuláshoz vezető és azt fenntartó ismérvek egyike, hanem a nyugati jog olyan lényegi tulajdonságai közé tartozik, amelyek vizsgálata nem az értekezés tárgya. Tehát a nyugati jog kvintesszenciájának második (vagy első elemét követő bármelyik) eleméhez vezet, ami a már autonóm jogi jelenségeket határozza meg. Visszavetített értelemben azonban mind az antik, mind a nyugati jog fejlődése során az önállóságot elősegítő eszköz volt, ezért ilyen megközelítésű elemzése megkerülhetetlennek tűnik.

A jog legitimitációs rendeltetése szorosan összefügg a jog formalizáltságával és racionalitásával, a „jogszerűség” követelményével, amely az európai társadalomfejlődés fő folyamataihoz kapcsolódva egyre több garanciális elemmel vértette fel az európai államok jogrendszereit, a mind részletesebben szabályozott eljárási szabályoktól az emberi jogok katalógusának polgári alkotmányokba történő beemeléséig. Önálló léte folytán a görög, római, majd az európai jog aktív szerepet vállalt az alakítóját és közvetlen környezetét egyaránt jelentő társadalmakban.

képviselői testületek (a rendek, a parlamentek és más intézmények társadalmi csoportok érdekeinek képviselőit), az individualizmus (az emberi és a szabadságjogok tiszteletben tartásának hagyománya). Samuel P. Huntington: A civilizációk összecsapása és a világrend átalakulása. Európa Könyvkiadó, Budapest, 2001. 101-104. o.

¹⁵ Bibó: Az európai... im. 13-14. o.

¹⁶ Bibó: Az európai... im. 13. o.

Ezt igazolja, hogy valamennyi jelentős ókori és későbbi társadalmi átalakulás „visszaköszön” a legitimálására hivatott jogalkotási produktumokban. A keleti kultúrákban a jog ilyen funkciót soha nem töltött be, mert nem is tölthetett, és nem csupán önállósága miatt: olyan társadalmi mozgások, amelyekre reagálnia kellett volna, gyakorlatilag nem voltak. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a jogi jelenségek és ezek kulturális meghatározottsághoz való viszonyrendszere nem lehet vizsgálat tárgya, csupán azt, hogy ezekben a kultúrákban nagyobb szerepe van az egyéb kulturális jelenségekkel való kapcsolat (összefonódás) elemzésének. És ami talán a legfontosabb, hogy a hatalom legitimitását biztosító tényezőket más kulturális jelenségeknél kell keresni, mivel e tekintetben azok kapcsolata a joggal utóbbi aspektusából alapvetően hierarchikus, nem pedig mellérendelt.

A jog legitimitást biztosító funkciója nem annak az állításnak az igazolásául szolgál, hogy a jog a nyugati kultúrában társadalomalakító szerepet tölt be, olyan értelemben legalább is bizonyosan nem, hogy a nagy társadalmi változások a jognak alárendeltek, hiszen nem a jog a társadalom formálója, hanem a társadalom a jogé, legyen elkülönülve vagy összefonódva az állammal, esetleg a kettő közötti változat érvényesüljön. Csupán azt feltételezzük, hogy mivel a nagy európai társadalmi átalakulások legitimálója egytől-egyig valamilyen jogi aktussal, jogalkotási folyamattal alátámasztott, a jog az állam és a társadalom, illetve a társadalmat alkotó egyének (korábban alattvalók, majd egyre inkább állampolgárok) mindenkor viszonyrendszerének legitimációs alapja. Csak az lehet az új gazdasági-társadalmi rend alapja, ami „jogszerű”. Minden látszat ellenére a forradalmakra jellemző ez leginkább, gondoljunk csak az 1789-ben és azt követően vagy 1848-ban lezajlott alkotmányozásokra. Egyetlen nagy európai társadalmi transzformáció sem mulasztotta el a jogi keretek újraszabályozását, vagy legalább is az újragondolását. Talán semmi nem mutatja jobban a kontrasztot a keleti kultúrák jogi hagyományaihoz képest, mint ez a körülmény. Jóllehet a keleti társadalmakban európai, vagy nyugati értelemben vett társadalomfejlődésről nem lehet beszélni (Maine erre alapozva tesz különbséget stagnáló és haladó társadalmak között)¹⁷, természetesen az iszlám, a hindu, vagy a kínai kultúrában, vagy egyes önállóan értelmezhető szegmenseikben is lezajlottak impériumváltások az elmúlt évezredekben, anélkül azonban, hogy a legitimálásukhoz törvénykönyveket, chartákat, vagy ilyennek tekinthető jogalkotási termékeket bocsátottak volna ki. (Leszámítva a nyugatiasodással érintett XIX-XX. századot, azon belül is inkább a XX. századot.)¹⁸ Mégpedig azért nem, mert nem volt rá szükség. Állam és társadalom viszonyában e kultúrákban ugyanis nem az elválasztás, hanem az összetartozás a hangsúlyos, amiből egyebek mellett az következik, hogy az államnak nincsen szüksége a társadalomból eredő legitimációra, azt valamilyen más tényezőtől (döntően valamilyen vallásiból) vezeti le. Ha valamilyen társadalmi mozgalom megkérdőjelezte a meglévő állapotokat (pl. viszonylag sok forrás tudósít a kínai történelemből parasztfelkelésekről), akkor egy esetleges változtatás, a kikényszerítendő átalakulás legitimációs alapját nem a – nyugati értelemben vett és ilyen

¹⁷ H. S. Maine: Az ősi jog összefüggése a társadalom korai történetével és kapcsolata a modern eszmével. Gondolat, Budapest, 1988. (a továbbiakban: Maine: Az ősi jog...) 24. o.

¹⁸ Részben ezt érinti Maine, a stagnáló és a haladó társadalmakat megvilágítani hivatott, a jog és civilizáció kapcsolatát megfogalmazó - sarkos - észrevétele: „A nyomasztó bizonyíték tömeg ellenére módfelett nehéz egy nyugat-európai polgár számára lelke mélyén elfogadni az igazságot, hogy a civilizáció, ritka kivétel a világtörténelem során. A körünkben általános gondolkodási stílust, minden reményünket, félelmünket és elképzelésünket lényegében érintené, ha élénk foglalkoztatna bennünket a haladó népek viszonya az emberi élet totalitásához. Vitathatatlan, hogy az emberiség túlnyomó többsége, attól a pillanattól kezdve, midőn polgári intézményei formális befejezettséget nyertek azáltal, hogy maradó dokumentumban öltöttek testet, sohasem mutatott egy parányi vágyat sem megjavításukra. Alkalmadtán egy sor szokást erőszakosan megszüntettek és másikkal pótolták, itt és ott nagymértékben egy természetfeletti eredetűnek tartott kezdetleges törvénykönyvet, és a legmeglepőbb formában torzították el a szövegmagyarázó papok csűrés-csavarásával, de – eltekintve a világ kis részétől – semmi sem történt, ami a jogrendszer fokozatos javításához hasonlítható. Volt anyagi civilizálódás, de ahelyett, hogy a civilizálódás kiterjedt volna a jogra, a jog korlátozta a civilizációt.” Maine: Az ősi jog... im. 24. o.

tartalmú jelentésében nem is alkalmazható – jogszerűség, hanem az igazságosság képezte. Nyugaton ezzel szemben a status quo és a transzformáció legitimációs alapja egyaránt egyre inkább a formális alapokon nyugvó jogszerűség volt; ez utóbbi kapcsán természetesen megint csak nem egy statikus és kezdettől fogva meglévő jellemzőről beszélhetünk, hanem hosszas historikus folyamatok eredményéről. Ennek a megint csak alapvető különbségnek a társadalmi alapjai kétségbe vonhatatlanok.

A legitimitási funkció a viszonyrendszert illetően vertikális és hierarchikus: hatalom (állam) és közösség (társadalom), illetve az utóbbit alkotó egyének közötti kapcsolat irányát határozza meg. A legitimitás jogi keretek közé szorítása azonban egyszerre teret nyit egy horizontális és mellérendelt funkció gyakorlásának is, nevezetesen a jogszolgáltatásnak, közelebről a társadalom egymással mellérendelt viszonyban lévő tagjai közötti esetleges vita intézményesített rendezésének. Ennek a funkciónak a nyugati jog sui generis létét elősegítő, egyben azt biztosító faktorkénti minősítése alighanem a kritériumrendszer leginkább összehasonlító kutatás által igazolásra szoruló elemei közé tartozik.

A közhatalom részéről a tilos, tiltott magatartásokkal kapcsolatos, a társadalomhoz tartozó egyén által a hatalom, vagy a közösséghez tartozó másik egyén ellen elkövetett cselekménye miatt eszközölt eljárás, illetve a cselekmény tilos voltának megállapítása esetén valamilyen jogkövetkezmény alkalmazása, röviden az állam büntetőhatalmi igényének érvényesülése évezredek óta a jogfogalom lényegéhez tartozik, annak – talán – túlhangsúlyozott része. Ez részletes, vagy elnagyolt szabályozással valamennyi kulturális közegre jellemző. A társadalmat meghatározó kulturális közeg azonban ezeken kívül további, a mindennapi életet determináló szabályozást is előír az egyének számára például személyállapotukat érintően (cselekvőképességük, családi állapotuk, vagyonuk átörökítése stb. tárgyában). Adódhatnak továbbá olyan élethelyzetek is, amikor a hatalmat gyakorló entitás nem kötelező jelleggel határozza meg a követendő magatartást, vagy eljárást, illetve nem a hatalomra, vagy a társadalomra, az azt alkotó egyénekre nézve veszélyes magatartások körét határozza meg és jár el megsértésük miatt, hanem csupán fórumot biztosít az egyének között kialakult vitás helyzet rendezésére. Klasszikusan ilyenek a magánjogi jogvitákat elbíráló ítélkezési-jogszolgáltatási fórumok. Ebben a tekintetben a nyugati jog feltűnő sajátossága az, a római jog fejlődési ívében már érzékelhető tényező, hogy széles körben engedi és biztosítja a mellérendelt személyek egymás közötti jogvitájának keretek közötti elbírálását, illetve a döntés kikényszerítését. Ez megint csak a jog sui generis kulturális jellegének önállósága és annak megerősítése irányába hatott. Szemben a legitimitással, mint vertikális és hierarchikus viszonyrendszerben értelmezhető funkcióval, a mellérendelt személyek egymás közötti konfliktusainak rendezésére kialakított, semleges jogi eljárások és jogintézmények léte horizontális struktúráként fogható fel. Ebben az esetben ugyanis nem a hatalom és a társadalom közötti viszonyokat egyértelműsítő eljárásokról, struktúráról és fórumokról van szó, hanem a társadalmon belüli viták rendezésére irányulóról. A hatalom a vitában nem fél, annak nem a résztvevője, csupán biztosítja annak kereteit, meghozza a felekre kötelező döntést, és amennyiben szükséges, a döntés végrehajtását.

A legitimáló és a jogszolgáltató funkció érvényesülése és azok „jogi koordináta-rendszerben” történő elhelyezése kapcsán lényeges az időbeliségen, vagyis az, hogy a jogszolgáltató funkció léte előfeltételezi a legitimálóét. Amennyiben ugyanis a jog nem rendelkezik legitimációs rendeltetéssel, akkor nem alkalmas annak világos elhatárolására sem, hogy mely jogi jelenségek milyen tartalommal bírnak, egyáltalán szükséges-e jogi értelemben vett szabályozásuk, illetve a hatalom és az egyén viszonyrendszerének mely élethelyzetben pontosan mi a lényege, vagy van-e jogi relevanciája két személy felmerült vitájának. Két magánszemély egymással szembeni jogi jellegű vitájának eldöntése nyilvánvalóan más viszonyrendszert és más megoldási lehetőségeket feltételez, mint amilyen például egy

közösség, vagy annak valamely tagja ellen elkövetett, tilosnak minősített cselekmény megtorlása.

Az egyének egymás közötti, jogi természetű konfliktusainak rendezése természetesen nagy hangsúllyal esik latba a különböző kulturális közegekben. A kérdés e vonatkozásban az, hogy a jog elsődleges, vagy csak periférikus funkcióval bír-e a megoldás elérése érdekében.¹⁹

II.3. Más kulturális jelenségektől elkülönült formalizáltság

A deszakralizálódással és a racionalitással együtt járó jelenségként a formalizáltság is az elkülönültség irányába hatott, illetve elősegítette azt. A deszakralizálódás relációjában annak van jelentősége, hogy a kezdeti, döntően vallási alapú szertartások, eljárások mellett idővel kialakultak a tisztán jogiak. A más kulturális jelenségektől elkülönített, kizárólag jogilag releváns formalizáltság természetesen nem zárja ki azt, hogy ugyanazon tárgyban jogi és nem jogi eljárások egymással párhuzamosan érvényesülhessenek. Jogilag releváns azonban csak az, amit a jog tartalmaz, vagy úgy tartalmaz, hogy azzá minősít. A racionalitás és a formalizáltság pedig az elv és az eszköz viszonylatában interpretálható, azaz hogy a szakrális alapoktól elváló, önálló világi jog a közösség-szervezésben működési-szervezési elvként érvényesülő racionalizáltság eszköze. A formalizáltság alapvetően két irányban érvényesül: egy önálló jogforrási rendszer kialakulásában és az e fons iurisok által meghatározott eljárásokban.

Az autonóm jogforrási rendszer önálló „profán” jogi előírások és azok koherens rendszere kialakítását jelenti, amely a „szent jog” rendszerével csak részben komplementer, szabályozási területük jórészt önálló. Az európai társadalomfejlődés története folyamán ennek kapcsán folyamatos, kisebb-nagyobb arányeltolódások figyelhetők meg, mígnem a XVII-XVIII. századi szellemi erjedés és az annak következtében lezajlott polgári forradalmak sora az állam és az egyház elválasztásával összességében periférikus szerepre szorítja az egyházjogot.

A jogilag releváns formalizáltság a gyakorlatban túlnyomórészt az eredetileg kialakult, jogilag is értelmezhető rítus vallási vagy morális elemének elhagyását, vagy legalább is visszaszorulását jelentette. Egy példa, illetve annak háttére alkalmas lehet ennek láttatására. A római jog szerződéses rendszerére már az archaikus korban rányomta a bélyegét a formatakarékosság és a formalizmus, előbbi viszonylag kevés ősi ügylet alkalmazását jelentette, az utóbbi azt, hogy a szerződés lényegét nem a felek megegyezésében, hanem a rituális szerződéskötési formák betartásában látták. (Az ősi időkben teljesen hiányzott az írásbeliség.)²⁰ A stipulatio az archaikus kortól a posztklasszikus korig végigkísérte a római szerződési jogot. Kezdeti jelentése szerint alakoszerű és egybehangzó kérdés-felelet formájába foglalt lekötélés, pl. a hitelező szóbeli kérdésére a jelenlévő adós nyomban szóban megígéri azt, amiről a hitelező hozzá kérdést intézett. Ősi és kezdetben egyedüli formája valószínűleg a sponsio, melynek során a szakrális eredetű spondeo igét használták a kötelelem létesítésére. A csak római polgárok által alkalmazhatott sponsio keretében az adós megesküdt, mintegy az isteneket hívta tanúul, hogy teljesíteni fog. A kötelezettség tehát eskü formájában jött létre, az esküszegőt sacernek („kiátkozott”) minősítve törvényen kívül helyezték. A préklasszikus korban az ügyletet már írásba foglalták, a stipulatio szóbeli megtörténtéről kiállított okirat (a speciális értelemben vett cautio) azonban még csupán bizonyítási eszközül szolgált, a spondeo igét – mely szakrális ige használata akadályát képezte annak, hogy a rómaiak nem római polgárral kössenek szerződést – egyre inkább háttérbe szorította a közönséges ígéretet kifejező promitto ige, a stipulatio már ennek használatával jött létre. A posztklasszikus

¹⁹ A jelen írásban nem, azonban az értekezésben igazolandó állításunk az, hogy a nyugati kultúrában ez a funkció elsődleges és nagyon is hangsúlyos, ezzel szemben a nem nyugati kulturális közegekben periférikus.

²⁰ Földi – Hamza: A római jog... im. 478. o.

vulgárjog elvetette a szóbeliség követelményét, és a stipulatiót teljesen írásbelivé alakította át, sőt egy Kr. u. 472-ben hozott az alakszerűségek be nem tartásával kötött szerződést is stipulationak ismerte el. Végül a iustinianusi jog a stipulatiót ismét verbálszerződéssé nyilvánította, de nem tartotta fenn a szigorú alakszerűségi követelményeket, és az ügylet szóbeli megtörténtéről kiállított okirathoz egy lényegében megdönthetetlen vélelmet fűzött, miszerint amennyiben a stipulatio okirat készült, a szóbeli kérdés-feleletet lényegében megtörténtnek tekintették, kivéve ha valamelyik fél bizonyítani tudta, hogy a szerződő felek vagy valamelyikük az okirat kelte szerinti egész napon át az okirat keltének helytől eltérő helyen tartózkodott.²¹ Az 1200 éves jogfejlődés során a stipulatio megtörténtének követelményei a római kereskedelmi élet elvárásainak megfelelően alakultak, és ennek következtében kikerült az eljárásból a vallási jellegű esküre vonatkozó rész. A jogügylet tehát vallási töltettel rendelkezett, azonban ez idővel kikopott.

Amint arra Arnold J. Toynbee rámutatott, az intézmények a minden társadalom létét jelentő személytelen viszonyok eszközei.²² Ezt kiegészítve talán megkockáztatható azon, alighanem valamennyi emberi társadalomra vonatkoztatható állítás, hogy a formalizáltság a személytelen viszonyok és az intézményesülés vejejárója. Az a körülmény azonban, hogy a nyugati kultúra kialakított egy kizárólag a jogi jelenségekre vonatkoztatható, tisztán jogi formalizmust, már a nyugati jog sajátja. Nézetünk szerint a formalizáltságnak ha nem is egyenes, de minden esetre közvetlen következménye az antikvitásig visszavezethető, és azt követően lényegében folyamatosan érvényesülő írásbeliség.

II.4. Írásbeliség

Az ókori görögségtől napjainkig az antik, majd a nyugati jog egyik leginkább markáns jellemzője az írásbeliség. A kulturális-civilizációs meghatározottság közvetlen következményeként megnyilvánuló jellegzetességről van szó. Glatz Ferenc az európaiság mibenlétét kutató írásában arra keresi a választ, hogy melyek azok a kontinens méretű folyamatok, amelyek kiemelték az Európában élő társadalmakat a világ élére a XVI-XX. század között? Másfél évtized előadásait, írásait összegezve öt tényezőt emel ki, melyből az utolsó az egyszerű – harminckét jellel építkező – betűírás és az erre épülő közkulturális fejlődés, amely a széles tömegek átlagműveltsége és a tudományos elit között állandó kapcsolatot teremtett.²³

Az európai gyökerű nyugati kultúra és az írásbeliség kapcsolata valamennyi más kultúrával összehasonlítva egyértelműen más és sajátos. Európában az írásbeliség használata viszonylag hamar, az antikvitás idején a társadalmi érintkezés nem kizárólagos, de hangsúlyos formájává vált, ideértve az állam és társadalom viszonyát is. Ennek is köszönhetően Európában terjedt el leginkább széles körben az írásbeliség, melyet nyilván segített az a – Glatz által is említett – körülmény, hogy az egyszerű betűírás széles tömegek számára tette lehetővé annak elsajátítását. A keleti kultúrák írásmódjai az európaiktól markánsan eltérve sokkal több betűt (jelet) alkalmaznak, amely körülmény nem feltétlenül segítette elő az írástudás általánosan történő elterjedését és ezzel a közkulturába épülését. A nyugatiak számára az is magától értetődő, hogy a jog forrásait és manifesztációját tekintve alapvetően írott, tehát megörökített

²¹ Földi – Hamza: A római jog... 479-480. o.

²² Arnold J. Toynbee: Válogatott tanulmányok. Gondolat, 1971. 303-304. o.

²³ Az öt tényező: 1. Az európai kontinens kedvező éghajlati, talaj, vízrajzi, növénytakaró adottságai. 2. A vasművesség, az ehhez kapcsolódó felhasználási technológiák korai kialakulása és fejlesztése. 3. A zsidó-keresztény erkölcsi normák (tízparancsolat). 4. A magántulajdon és az ezen alapuló társadalomszerkezet. 5. Az egyszerű – 32 jellel építkező – betűírás és az erre épülő közkulturális fejlődés, amely a széles tömegek átlagműveltsége és a tudományos elit között állandó kapcsolatot teremtett. Glatz Ferenc: Európai Unió, Európa-történet. In: História, 2004/5. 2., 13. o.

jogalkotási és jogalkalmazási aktusokban, a joggyakorlat és a jogtudomány írásos dokumentumaiban megnyilvánuló jelenség, mely azonban – a nyugati kultúra néhány más speciális jellemzőjéhez hasonlóan – amennyire természetes, annyira egyedi sajátosság. Az írásbeliség az, amely a külvilágban érzékelhetően, „dokumentálhatóan” biztosította a jog többi kulturális jelenségről történő önállósulását, majd az elkülönültség fenntartását - legyen szó az athéni vagy római polgárjogi harc időszakáról, a praetori ediktumokról, a középkori uralkodói törvényhozásról, vagy éppen az újkori polgári forradalmak átalakulást szentesítő alkotmányairól. (A nyugati történelem egyik legfontosabb és jelképes dokumentuma, az 1215-ös Magna Charta legalább annyira jogi, mint történeti okmány.) Nézetünk szerint a kontinentális és az angolszász jogi kultúra közötti differencia e tekintetben sem releváns. Az ugyanis, hogy, „mi a jog”, melyik írásbeli forrásból ismerhető meg – elsősorban törvényhozási aktusokból, vagy korábbi egyedi döntésekből -, illetve melyik, írásban rögzített és ezáltal megismerhető forrás képezi a jogalkalmazás alapját, a jog gyakorlásának módjához, a jogi problémák megoldásához tartozó – kétségkívül lényeges – körülmény. Nem változtat azonban a tényen, hogy mindkét jogi kultúra az írásbeliségen alapul.

A nyugati jogi kultúra többlettől való megkülönböztetésének nem az képezi, vagy legalább is nem feltétlenül az képezi az alapját, hogy a nem nyugati jogok teljességgel mellőznék az írásbeliséget. A nem nyugati jogi kultúrák is rendelkeznek írásos forrásokkal, alkalmaznak írásban rögzített jogalkotási vagy jogalkalmazási produktumokat. (Az más kérdés, hogy ezek önálló jogalkotási termékek-e, vagy pl. vallási források.) A különbség alapja az, hogy míg a nyugati jog kizárólagosan az írásbeliség talaján áll, addig a keleti jogi kultúrák nem, vagy nem feltétlenül, illetve az írásban rögzítettség nyugati követelményéből levezethető a külön erre kidolgozott, formalizált eljárásrend követelménye és a személytelenség egyaránt. Tehát az intézményesülést elősegítő és fenntartó faktorok megléte. Amennyiben egy jogi kultúra alapja az írásbeliség, akkor az azt is jelenti, hogy jogforrásilag kizárólag az írásban rögzítettekben – és nem másból – áll; a szóbeli közlések, legyenek azok szóban kihirdetett jogalkalmazási aktusok, vagy jogilag releváns eljárás keretében előadott álláspontok, valamilyen formában mindenképpen rögzítettek, és egy esetleges vita során az orális előadásokat szó szerint vagy lényegüket tekintve tartalmazó dokumentum lesz az „érvényes”, a mérvadó. Az írásbeliség ilyen értelmű kizárólagossága azt is jelenti, hogy a jogilag relevánsnak tekinthető szabályok csak akkor lesznek ténylegesen jogi érvényességgel felruházva, amennyiben jogforrásnak elismert dokumentumban rögzítettek. A más kulturális jelenségek (főként a vallás és az erkölcs) által kialakított és a társadalmi érintkezés során alkalmazott szabályok pedig csak akkor relevánsak jogilag, ha jogi normában foglaltak. Vagyis közös halmazuk lehet, de párhuzamosság nem: egy vallási vagy erkölcsi szabály akkor jogi is, amennyiben jogi norma tartalmazza, vagy jogi norma engedi az érvényesülését. Mindkét esetben a jog önállóságának megnyilvánulásáról van szó, hiszen a más kulturális jelenségből levezethető magatartási szabály jogi normaként történő elismerése pontosan a jog sui generis létének bizonyítéka. Egy jogi előírás tartalma alapján lehet vallási vagy erkölcsi indíttatású, de attól válik jogi előírássá, hogy jogforrásban megtalálható. A metajurisztikus elem jurisztikussá válásának ténye nemhogy nem cáfolja a jog autonóm voltát, hanem éppenséggel erősíti, egyben igazolja kulturális jelenségekénti létét is. Egy vallási vagy morális alapú processzus jogi érvényességgel történő felruházása ugyancsak a jog önállóságának bizonyítéka.²⁴

Az írásbeliség fokozatos térhódításának szemléltetésére ismét egy római jogi példa tűnik alkalmasnak. A *mancipatio* a római jog egyik legősibb, *ius strictum* szerinti ünnepélyes ügylete volt; elsősorban ún. *mancipiális* – tehát szabad személyek, de hatalomalatti családtagok és *res Mancipi* (pl. mezei telki szolgálomak) fölött fennállható – hatalom

²⁴ Például az egyházi esküvő joghatásának elismerése egyes országokban.

átruházásának aktusát jelentette. Idővel a *ius civile* szerinti tulajdonszerzési módnak is minősült. Keletkezése a XII táblás törvényt (Kr. e. 451-450) előtti időre tehető, melyre abból is következtethetünk, hogy eredetileg a vételár (a nyers réz) ténylegesen lemérlegelték, emiatt a lebonyolításnál szükség volt a mérlegtartóra, aki mérlegével súly szerint lemérte a „pénzt”, és szakértelmével megállapította a réz finomságát. A civiljog ősi, formális, ünnepélyes jogügyletét igen korán, talán már a vert pénz behozatala előtt is csak jelképesen folytatták le azáltal, hogy egy rézdarabkát a mérleghez pendítettek, majd átnyújtottak az eladónak. A vételár tényleges megfizetése e szertartás keretein kívül, formátlanul, a vert pénz behozatala után számolva és nem mérlegelve történt. Ezáltal a *mancipatio* eredeti *causájától*, az adásvételtől független tulajdonátruházó ügyletté, jelképes adásvétellé vált, a szimbolikus vételár és a szóbeli mondóka (*nuncupatio*) megfelelő átalakításával pedig már nem csak adásvételt, hanem más ügyleti célokat, pl. házasságkötést is megvalósíthatott. Idővel visszaszorult, a császárkorban, az írásbeliség elterjedésével a *mancipatio*okról (még ha az előírt formásokat nem is bonyolították le) bizonyító okiratot kezdtek kiállítani.²⁵

Gaius az *Institutionem commentarii IV* című, Iustinianusi *Institutiones* című műve által szerkezetében teljesen, szövegében részben átvett tankönyve szerint a római nép joga a törvényekből, a köznép határozataiból, a császárok rendeleteiből, a hirdetménykibocsátási joggal bírók hirdetményeiből, valamint a jogtudósok véleményeiből áll. Földi András és Hamza Gábor a római jog integráns részének tekinti a szokásjogot (*consuetudo*), amely történetileg a legrégebb forrás, azzal, hogy az mindig íratlanul keletkezett, a rómaiak íratlan jognak (*ius non scriptum*) nevezték, azonban hozzátették, hogy a pusztán írásba foglalás nem tette írott joggá a szokásjogot, szoros értelemben ugyanis csak az a jogforrás minősült *ius scriptum*nak, amelyet előírt formában, írásban rögzítettek és kihirdettek.²⁶ Tehát a római jog történeti fejlődése során egyre inkább az írásbeliségen alapult, forrásának – csaknem kizárólagosan – az írásbeli dokumentumokat tekintették. Mindez nézetünk szerint egyáltalán nem áll ellentétben a jogalkalmazás során esetlegesen keletkező érzülettel, vagyis azzal, hogy pl. egy bíróság előtti eljárás során szóban előadott érvelés (egy kereset, vagy egy védőbeszéd), annak színvonala mennyiben hat ki a döntésre, vagy hogy a bíróság előtti bizonyítási eljárás keretében kihallgatott tanú vallomása mennyire befolyásolja az ítéleti döntés tartalmát. A szóbeliség, az élőbeszéd, az írásbeliségen kívüli szegmensek megléte a jogalkalmazás során szükségszerű, hozzátartozik a nyugati jog lényegéhez, de nem helyettesíti az írásbeliséget.

II.5. Önálló hivatásrend, a más foglalkozásoktól elkülönült jogászság léte

Az önállóságot erősítő, egyben azt igénylő specialitás az elkülönült jogászi réteg megjelenése is, amelynek első megjelenése az antikvitáshoz köthető. A jogászi hivatás a nyugati kultúrában szocializálódott ember számára természetes, hiszen amennyiben a jog önálló, akkor egyben szakma (és tudomány) is, tehát a tárgyjal hivatásszerűen foglalkozó személyeket kíván. Ez megint csak a jog elkülönültséget erősíti, mert közvetlen következményeként a jogászi réteg világosan elkülönítheti magát másoktól, a jogászságon, mint gyűjtőfogalmon belüli egyes foglalkozások képviselői pedig gyakorolhatják tevékenységüket. Ezek közül néhánynak a közhatalom valamiféle saját, csak rá jellemző többletjogosultságot engedélyez (pl. a képviselő megjelenése a peres eljárásokban, a törvénykezést főfoglalkozásban végző személyek körének fokozatos elkülönülése stb.). A jogász nem vallástudós, nem papi személy, nem az uralkodói udvartartásba és az állami ügyek intézésébe bevont arisztokrata, hanem kizárólag a joggal foglalkozó szakember. Megint csak

²⁵ Földi – Hamza: A római jog... im. 313-315. o.

²⁶ Földi – Hamza: A római jog... im. 76-77. o.

nem töretlenül érvényesülő differencia specificáról van szó; kontúrjai korszakonként hol erősebbek, hol gyengébbek.

A jogtudósi réteg az elkülönült jogászság talán első „főfoglalkozású” hivatása, megjelenésének színtere a római állam. A római jog fejlődésével kialakultak a további jogász szakmák is, így a jogászság – bizonyos értelemben visszavetített - fogalma magában foglalta a peres eljárás és a jogélet egyéb résztvevőit, tehát a magistratusokat, a bírakat, a perbeli képviselőket, a peres fél bíróság előtti szószólójaként fellépő, idővel javadalmazásra is jogosult ügyvédek, a későbbi korok közjegyzőinek tekinthető tabelliokat és tabulariusokat, illetve természetesen a praetort, mint jogalkalmazót is.²⁷ A jogász réteg, illetve a jogtudomány az antik keretek megsemmisülését követően átmenetileg szinte teljesen megszűnt, a korai középkor évszázadaiban csak töredékesen létezett, ismételt erőre kapása a papi rétegről történő fokozatos leválásában mutatkozott meg. A nyugatrómai állam összeomlása és a szervezettebb keretek ismételt kialakulása közötti „sötét századok” során a korábban kialakult struktúrák értékei csak töredékesen maradtak fenn. Az egyetlen kivétel a keresztény egyházszervezet, amely időlegesen monopolizálta az írásbeliséget és a kapcsolódó tevékenységeket (pl. a jogi dokumentumok elkészítését és kibocsátását).²⁸ Az ezredfordulót követően ismételten megjelennek a joggal szakmaként foglalkozó tudósok, az egyetemi képzés megindulása pedig biztosítja a folyamatos utánpótlást. Ez a folyamat az újból megfigyelhető urbanizációval párhuzamosan zajlott; az újjáéledő, vagy korábban nem is létezett, középkori alapítású városok biztosították a jogászság tevékenységének térbeli kereteit. A középkor második felében tehát megteremtődnek a joggal hivatásszerűen foglalkozó réteg tartós fennmaradásának társadalmi feltételei. Összegezve megállapítható, hogy a mai értelemben vett jogász hivatásrend az európai társadalomfejlődés által meghatározottan, évszázados folyamatok eredményeként alakult ki.

II.6. A jog önálló tudománnyá válása

A jogászság kialakulásának kezdete a jogtudósi hivatás önállósulásához köthető. Rögzítettük, hogy ennek színtere Róma volt. Hasonlóan más ismérvekkel, a jogi jelenségek tudományos igényességgel történő vizsgálatának historikus összefüggései is az európai társadalomfejlődés történeti ívében vizsgálhatók és értékelhetők. Az első három sarokpontnak – vázlatosan - az ókori római kezdetet, a kora középkori bizánci (iustinianusi) kodifikáció megtörténte érdekében szükséges elméleti rendszerezést, majd az ezredfordulót követően kialakult glosszatori iskolát említhetjük. Annak, hogy külön kiemeljük ezen, a kialakulásukat tekintve ezer, ezeröttszáz, majd nagyságrendileg kétezer éves történeti tényeket, az a rendeltetése, hogy igazolja azt az állításunkat, miszerint a jog tudománykénti meghatározása ezen időszakokra vonatkoztatva sem visszavetített értelmezés.

²⁷ Földi – Hamza: A római jog... im. 160-161. o.

²⁸ A Nyugatrómai Birodalmat megdöntő germán nagyurak közösségük letelepedésekor római hadvezérré váltak, majd a császár szövetségesei – névleg még római uralom alatt -, az összeomlást követően pedig uralkodók. Hiába győztek azonban Róma felett, az általuk ismert törzsi-nemzetségi kereteket meghaladó irányítási kötelezettségeik teljesítésére teljességgel képtelenek voltak, ezért ahhoz igénybe vették a társadalom vezetéséhez, a gyakorlati ügyvitelhez nélkülözhetetlen írástudás képességével rendelkező réteget. „Nem a csodálatos hódítóknak, a fölsőbbrendű germánoknak a képében, hanem ...groteszk, hol barbáran támadó, hol komikusan tiszteletadó vörös szakállú tanácsalán királyoknak és fegyvereseknek a képében kell a Római Birodalom germán uralom alá kerülését elképzelnünk, és ebben az atmoszférában kell elképzelnünk azokat a zavarodott hatalmasokat, akik az ott megmaradt, mindinkább teljesen elvesző civil római értelmiségtől, majd pedig az azok helyébe lépő, eléggé tudatlan, de hozzájuk képest még mindig sokat tudó papi, klerikus értelmiségtől fogadnak el tanácsokat, fogadnak el írásbeli segítséget a számukra áttekinthetetlen uralmi feladataik ellátására.” – jegyezte meg Bibó István. Bibó: Az európai... im. 29-30. o.

Mit jelenthet az, hogy a jog sui generis tudományként is létezik? E tekintetben három körülménynek lehet alapvető jelentősége. Elsőként annak, hogy a Weber által említett, római jogi vívmány, a formális jogi gondolkodás keretét szolgálhat, azaz hogy a jog tudományos elemzés tárgya és az ennek során tett megállapítások visszahatnak a jog alkalmazására, de akár alakítására is. Ehelyütt visszautalunk arra a megállapításra, hogy már a római jog alkalmazása során is figyelembe vették a jogtudósok véleményét (ennek bizonyítéka a római jogforrási rendszer hivatkozott gaiusi meghatározása). Másodszor annak, hogy az írott jog mögött megjelennek a jogelvek, mint olyanok, amelyek tudományos gondolkodás produktumai, vagy azok is lehetnek. Harmadszor pedig annak, hogy ugyancsak a jogelvek és a tudomány összefüggései tükrében az ítélkezésben nem csak a tények mérlegelése számít, hanem a jogelvek fontossága, akár az alkalmazandó jog megítélése tekintetében. Ez utóbbi – talán – a modern, XIX-XX. századi kodifikációk következménye, vagy legalább is felületes szemlélődés alapján a modernitás idején hangsúlyossá vált jelenség lehet. Részletes elemzését mellőzzük, csupán utalunk a római jog megkövülésével és továbbélésével kapcsolatos spengleri megállapítások kapcsán az elvekről megjegyzetekre.

A fenti három faktor több, mint puszta deszakralizáció és racionalizálódás. Arról szól, hogy a jog a nyugati tudományok mintájára maga is – és meglehetősen korán - tudománnyá vált és a tudományosság ténye visszahat a fejlődésre és az alkalmazásra is.

III. Az ismérvek láncszerűségéről

A különböző, egymással összefüggő, de ugyanakkor önállóan is megragadható differencia specifica elemzéséhez tartozik egy nagyon is releváns kérdés. Annak megválaszolása tűnik elengedhetetlennek, hogy a sajátosságok olyan, egymással összefüggő, egymást láncszerűen kölcsönösen tartó rendszert alkotnak-e, amiből egyetlenegy elemet sem lehet úgy kiemelni, hogy azzal az egész láncolat és az egész rendszer kárt ne szenvedjen, vagy sem? Utóbbi esetben elviekben elképzelhető, hogy amennyiben valamelyik ismérv nem lenne jellemző a nyugati jogra, az attól még autonóm és saját értelmezési tartománnyal rendelkező, külön vizsgálható kulturális jelenség volna. Továbbá, mivel a dolgozat tárgya alapvetően egyes nem nyugati kultúrák jogi jelenségeinek értelmezése a nyugatival összevetve, ezért vizsgálható-e pl. az iszlám vagy a hindu jogi hagyomány a nevesített és jellemzett kritériumokkal egybevetve, közelebbről pl. akként, hogy valamelyikük jellemző-e rá. Amennyiben igen, akkor mi következhet mindebből?

Kezdve a második, inkább kutatást igénylő kérdéssel, a megkülönböztető jegyek kapcsán elsőként azt kell kiemelnünk, hogy ezek ugyan a nyugati és a nem nyugati jogi jelenségek közötti elhatárolás alapjait képezik, de ez nem jelenti azt, hogy valamelyik ismérv, vagy legalább is annak egyes jellemzője ne lehetne azonos vagy párhuzamba állítható egy nem nyugati jog hagyomány részét képező sajátossággal. Ez az összevetés fontos és a nem nyugati jogi jelenségek megértése szempontjából elengedhetetlen. A felsorolt kritériumok összességében annak igazolására lehetnek alkalmasak, hogy a jog a nyugati kulturális közegben azért tudott önállósulni a többi kulturális jelenségtől, mert az egyes, részben többé-kevésbé egyidejűleg, részben egymástól időben kialakult és fokozatosan felismerhető jellegzetességek azt előmozdították, majd hozzájárultak az autonómia fenntartásához. Általuk vált azzá a nyugati jog, ami, tehát a nyugati jogi „identitástudat” elemei.²⁹

Az első kérdés megválaszolása – talán – egyszerűbb, és nem igényli egyetlen keleti jogi kultúra vizsgálatát sem. A kérdésfelvetés annyiban hipotetikusnak tűnik, hogy ennek megtörténtehez, vagy akár az eshetőség komolyabb felmerüléséhez a jog társadalmi

²⁹ Igazolandó hipotézisünk az, hogy a nyugati jog bármelyik, önállóságát igazolni hivatott megkülönböztető jegye az ismertett tartalommal összességében, de akár elemeiben is kizárólag a nyugati jogra vonatkozatható.

alapjainak kellene olyan mértékig megváltoznia, amely a nyugati jog jelenlegi tartalmát is módosítaná, ha ugyan teljesen meg nem változtatná. A „Nyugat” nem lenne többi az, amit a tudomány és a mindennapi ember érzülete ehhez a fogalomhoz társít. Az ismérvek egymástól elkülöníthető vizsgálata ellen hat, egyben a megszakítás folytán integritásában sérülő láncszerűségi jelleget erősíti, hogy valamennyi elem valamilyen mértékig összefügg, vagy közös halmazt alkot egyik-másik, vagy akár az összes többi elemmel, tehát bármelyikük kiemelése a rendszerből kihatna a többire. Egyenként megvizsgálva az elemeket, például az írásbeliség szoros összefüggést mutat valamennyi továbbit. A jogászti réteg tevékenysége alapvetően jogi előírások, formulák és egyéb iratok értelmezése és alkalmazása. A deszakralizálódás fontos része a szóbelit részben felváltó, részben rekonstruáló, részben kiegészítő írásbeliség; a *mancipatio* jogintézményének alakulása erre is példa. A racionalitás alapvető eleme a személytelenedés és a formalitás preferálása vagy kizárólagossága, amelyre történetileg az írásos rögzítés tűnik az egyedül alkalmas formának. Végül, a legitimáló funkció betöltésének első látszatra ugyan nem *conditio sine qua non*ja az írásbeliség, mert állam és egyén viszonya mindenkor szabályozó rendszerének nem kell feltétlenül írásos formán alapulnia, azonban a nyugati társadalmakra oly jellemző, a státusviszonyokban érvényesülő személytelenségnek leginkább ez felel meg. A jogászság, illetve a deszakralizálódás és a racionalitás kéz a kézben járása nyilvánvaló: ha a jog alapvetően „szent jog”, akkor nincs szükség a jogot hivatásszerűen gyakorló csoportra, e funkció ellátására elegendőnek tűnik a vallási tevékenységeket végző személyek köre. A racionalitás pedig azon az alapon, hogy a speciális tevékenységet arra jártassággal rendelkező személyek lássák el, vagyis egy speciális foglalkozást arra szakosodott személyek üzzenek, feltételezi az elkülönült jogászság létét. A legitimáló funkció és a jogászság kapcsolata megint csak magától értetődőnek tűnik; állam és egyén, közösség és egyén relációjának szabályozására szükséges a jog társadalmi alrendszerként történő működtetése, amelynek szakember-szükségletét a jogászság hivatott biztosítani. Ami a jogszolgáltató funkciót illeti, az tekinthető a racionalitás és a formalizmus érvényesülése egyik gyakorlati leképeződésének éppúgy, mint a deszakralizálódásnak. Amennyiben a közhatalom csupán biztosítója egy jogvita jogi keretek közötti lezajlásának (és meghozza magát a döntést, majd kikényszeríti a végrehajtást), akkor az részéről feltételez egy jogi eljárást és az abban részt vevő személyek körének kiállítását, egyszersmind azt is, hogy a felek a vita lefolytatásával professzionális közreműködőket bíznak meg. (Utóbbinak ugyanakkor azért nincs döntő jelentősége, mert a jogalkalmazók – a bíróság vagy más hatóság részéről eljáró személyek – jogászok, tehát jogi képviselők hiányában is biztosan közreműködik jogász az eljárás során.) A jogtudomány önálló stúdiumkénti léte feltételezi a szintén önállósult jogászti hivatást, előfeltétele a legalább valamilyen mértékű, a jogi jelenségeket elsődlegesen jogi szempontból történő vizsgálódásokat lehetővé tevő deszakralizáció (és racionalizáció). A tudományos megállapítások rögzítésének igénye megint csak elvezet az írásbeliséghez, míg a legitimáló és jogszolgáltató funkciók elméleti háttérül szolgálhat egy önálló tudomány(terület) megléte. Végül a deszakralizálódás és racionalitás, illetve a legitimáló funkció közötti átfedés szintén nyilvánvaló, ehelyütt elegendő utalni a „varázstanítás” és a formális alapokon nyugvó jogszerűség közötti összefüggésre.

A láncszerűség megtörésének hatásával kapcsolatos válaszuk tehát az, hogy a lánc bármelyik elemének kiemelése a nyugati jog önállóságának megkérdőjelezéséhez vezethet. Mindennek felmerülése azonban addig a történelmi időpillanatig nem valószínű, amíg meg nem kérdőjeleződik magának a Nyugatnak az önazonossága. Alighanem ez az összefüggés is utal a jogi jelenségek tartós kulturális meghatározottságára.

**Jogharmonizáció vagy sem? Első rész: a New Yorki Egyezmény és a 2012. évi C. törvény
– a Büntető Törvénykönyv –**

Absztrakt

Tanulmányom három részből áll. Központi témája a magyar prostitúció jogi szabályozása és a New Yorki Egyezmény jogharmonizációja. Ennek vizsgálatát a jogalkotás legfelső szintjétől kezdődően a legalsó szintjéig bezárólag elvégeztem. Az első részben azokat a prostitúcióval kapcsolatos élősdi, kizsákmányoló jellegű bűncselekményeket vizsgáltam, amelyeket a hatályos büntetőjogi szabályozásunk az emberi szabadságjogok részét képező nemi szabadság, és a nemi kapcsolatok társadalomban elfogadott rendje védelme érdekében kriminalizált. Az összehasonlítás tudományos módszertana segítségemre volt annak vizsgálatában, hogy a hatályos magyar Büntető Törvénykönyv a nemzetközi New Yorki Egyezménnyel harmonizál, vagy differál.

„Enyém a bosszúállás és megfizetés, a mikor lábuk megtántorodik; mert közel van az ő veszedelmök napja, és siet, a mi rájuk vár!”²

Bevezetés

Becsléseink szerint évente több millió nő és gyermek válik a világon rendszeresen szexuális kizsákmányolás, és prostitúciós bűncselekmény áldozatává. Az áldozatokat a kereskedők, a használók, és a segítségükre nem siető embertársaink nap, mint nap adják-veszik, szexuális szolgáltatásokra kényszerítik, testileg, lelkileg, kizsákmányolják, és bántalmazzák. A szexuális kizsákmányolással kapcsolatos bűncselekmények (kerítés, prostitúció elősegítése, kitarthatóság, stb.) elkövetői a deklarált emberi jogok egyik legnagyobb megsértői, hiszen áldozataikat alapvető jogaiktól – így különösen a szabadságuk gyakorlásától, emberi méltóságuktól - fosztják meg, amely alkotmányos keretek között elfogadhatatlan és megengedhetetlen.³ 2015-ben egy olyan statisztikai jelentés látott napvilágot, amely világviszonylatban a prostituáltak, és a prostitúciós bűncselekmények áldozatainak számát, a tevékenységükből befolyó, a szervezett bűnözés egyik legnagyobb bevételi formáját jelentő illegális jövedelem nagyságát, a hatósági intézkedéseket, és a kliensek által igénybe vett szolgáltatás számát próbálta meg feltérképezni.^{4,5} Bár a jelentés a Föld összes országára nem terjed ki, de mindezek ellenére nagy előre-lépésnek tekinthető, hiszen ebben a látencia által övezett világban, amelynek nyílt számadatai becsléseken alapulnak minden egyes részeredmény a felderítés, az elkövetők szankcionálása, az áldozatvédelem, és a reszocializációs intézkedések érvényesülését segítheti elő.

¹ PhD r. százados, BRFK IX. ker. Rendőrkapitányság vizsgálati osztályvezető-he.

² KÁROLI Gáspár: Szent Biblia. – Bp.: Magyar Bibliatársulat, 2010.

³ KOVÁCS István: Az emberkereskedelemből szorosan kapcsolódó prostitúciós bűncselekmények - különösképpen a gyermekprostitúció - áldozatai emberi jogainak hazai vonatkozása. In: Polgári Szemle, 2014., 10. évf. 3-6. sz. – p.:418-431

⁴ A Havoscope célul tűzte ki, hogy a fekete piac bevételeit megsokszorozó tevékenységeket összegyűjti, azokat elemzi és értékeli, majd összegzi. Ehhez állami, és kormányzati szervek jelentéseit, tudományos munkákat, médiaanyagokat használt fel.

⁵HAVOSCOPE: Prostitution: Prices and Statistics of the Global Sex Trade. (https://www.amazon.com/dp/B00ZZBFXO2/ref=rdr_kindle_ext_tmb) (letöltés ideje:2017. április 17.)

Különösen fontos szerephez jutnak ezek a számok azon országok tekintetében, akik az 1950-ben megalkotott New Yorki Egyezményt aláírták.⁶ Az egyezmény ugyanis előírja, hogy az azt ratifikáló országok az emberkereskedelemből, és a prostitúcióból hasznot húzó személyek realizálását, és az általuk elkövetett bűncselekmények felderítését kötelesek végrehajtani. Az említett jelentés szerint a prostitúcióból befolyó összegek Japánban évente például 24-, Spanyolországban 26,5-, és Olaszországban több mint 600 milliárd dolláros bevételt tesznek ki. Mindhárom ország az egyezmény tagja. Ezek alapján több kérdés is felmerül: ha ezek az országok mindent megtettek azért, hogy a bűncselekményeket felszámolják, mire számíthat az az ország, amely az egyezménynek nem tagja, és nem lép fel a szervezett bűnözői hálózatok ellen? Ha számos intézkedés bevezetésre került, hogy hogy ilyen magas bevételi forrás keletkezett? Ezek az összegek mire kerülnek felhasználásra? Véleményem szerint a biztonságot fenyegető veszélyek közül, a szexuális kizsákmányolás az egyik legnagyobb kihívás, amellyel nemcsak hazánk, hanem az egész Európai Unió, és a harmadik országok is kénytelenek szembenézni.^{7,8} Tekintettel arra, hogy az egyezményt Magyarország 1955-ben aláírta, ezért annak rendelkezései hazánkra is irányadónak tekintendők: eszerint a jogok gyakorlását kötelesek vagyunk biztosítani, a vállalt kötelezettségeket pedig végrehajtani. A Havocscope dokumentum Magyarországról szám adatot nem tartalmaz, azonban bármikor készülhet egy olyan felmérés/jelentés, amely hazánk e vállalt kötelezések gyakorlását, és az ezzel kapcsolatos intézkedések végrehajtását ellenőrzi. Ha a vizsgálat alá vont, és az egyezményt ad absurdum aláíró országok tekintetében ilyen szám adatok állnak rendelkezésre, akkor érdemes nekünk is elgondolkoznunk azon, hogy vajon mi mindent megtettünk-e azért, hogy a jogellenes cselekményeket felszámoljuk, az elkövetőket szankcionáljuk, és gátat vessünk a szervezett bűnözés e térhódításának?

A fentiek alapján tanulmányom stratégiai céljaként határoztam meg annak vizsgálatát, hogy az egyezményben rögzített kötelezettségvállalásunk, és a joggyakorlás a kodifikált büntető normában, szabálysértési törvényben, és a rendőrség belső normáiban hogyan érvényesül. Hipotézisem szerint Magyarország a jogszabályban vállalt kötelezettségeinek részben tesz csak eleget, a jogok gyakorlása sérül, az érintett normák tekintetében nem minden esetben valósul meg a jogharmonizáció. Mindezek ellenőrzésére olyan elméleti kutatási módszert kellett választanom, amely a köznapi gondolkodás szerves alkotóeleme, szakaszai absztrahálhatók, és logika alkalmazását követelik meg. Választásom így az összehasonlítás kutatási módszertanára esett, amely a vizsgálat tárgyáról számos ítéletet feltételez, ezek egymással szorosan összefüggenek, az ismereteket pedig a keletkezett rendszeren belül az azonosság, a hasonlóság, a különbség, és az össze nem vethetőség szempontja választja szét. Reményeim szerint a választott kutatás módszertana a hipotézisemben foglaltakat megerősíti és/vagy cáfolja, új ismeretek létrejöttét prognosztizálva.

A New Yorki Egyezmény, és annak hazai törvényerejű rendelete

A XX. század hajnalán az emberi (szabadság)jogok kiemelt jelentőséghez jutottak. Joggal hihetnénk, hogy ezek alapját (emberek egymás közötti tiszteletének elvét), és kiindulási pontját (minden ember erkölcsös, és gondolkodó lény, akinek joga van ahhoz, hogy méltósággal kezeljék) a II. világháborút lezáró Párizs környéki békeszerződések fektették le,

⁶ A New Yorki Egyezményt aláíró országok listája. (https://en.wikipedia.org/wiki/Convention_for_the_Suppression_of_the_Traffic_in_Persons_and_of_the_Exploitation_of_the_Prostitution_of_Others#/media/File:Persontrafficonvention.png) (letöltés ideje: 2017. április 17.)

⁷ A terrorizmus, a kábítószer-kereskedelem, a szervezett bűnözős mind-mind veszélyforrásnak tekintendő.

⁸ KOVÁCS István: A prostitúció jelensége és társadalmi kontrolljának vizsgálata empirikus módszerekkel PhD értekezés, Budapest, UNI-NKE, 2016. – p.:5-6.

azonban jóval még az I. világháborút megelőzően is került sor e szellemben íródott egyezmények megkötésére.⁹

A szóban forgó nemzetközi egyezmény előzményének tekintjük ugyanis a leánykereskedés elnyomása tárgyában 1904. május 18-án kötött és 1910. május 04-én módosított-, a nőkkel és gyermekekkel üzőtt kereskedés elnyomása tárgyában 1921. szeptember 30-án-, a nagykorú nőkkel üzőtt kereskedés elnyomására vonatkozóan 1933. október 11-én kötött nemzetközi szerződéseket is.^{10, 11, 12, 13} Mindegyik egyezmény célja közös: a prostitúcióból és a szexuális célú emberkereskedelemből hasznot húzó személyek törvényi szankcionálása, az emberi személyi méltósággal és értékkel összeegyeztethetetlen-, az egyén, a család és a társadalom jólétét veszélyeztető magatartások elítélése.

Az egyezmény előzményei, valamint önmagában a New Yorki Egyezmény az abolicionista mozgalmakra nagy hatást gyakorolt, a korban illeszkedő és a prostitúció szabályozására szolgáló abolicionista modell centrális elemének tekinthető. A modell a prostitúció kihasználásának minden formáját tiltja. Az ellenük való fellépést osztársadalmi szerepvállalásnak tekinti, elvárja azon elősegítést, hogy a prostituáltak a társadalomba visszailleszkedhessenek.¹⁴ (Új kutatásra ajánlott annak vizsgálata, hogy vajon a szabadságjogok egyetemes védelme teremtette meg az abolicionista szemlélet létjogosultságát, vagy az abolicionista szemlélet engedett teret az egyezmények globalizációjának. Korban, és időben egybeesnek, az ok-okozati összefüggések feltárásával azonban ennek szélesebb perspektíváját ismerhetnénk meg.)

Az Egyezmény eredetileg 28 cikkelyből áll, amely preambulummal kezdődik, és záró rendelkezésekkel fejeződik be. A preambulumban a jogszabály célját, valamint a történelmi-, így különösképpen az egyezmény előzményének tekinthető normákat ismerhetjük meg. A záró rendelkezések a módosító-, és az önálló szakasszal jelzett rendelkezéseket tartalmazzák. A fennmaradó cikkelyek pedig a jogszabály „érdemi” részét ölelik fel. Az „érdemi” részt cikkelyek alapján öt csoportba soroltam, azokat egy-egy példával illusztráltam (az egyezmény eredeti nyelve angol, így annak fordítását mellőztem, értelemszerűen a magyar törvényerejű rendelet szakaszai ezeket ölelik fel). Az első csoportot a prostitutorokkal- (összefoglaló megnevezés, hisz a törvény a közvetítő jellegű magatartást is büntetni rendeli), a második csoportot a prostituáltak áldozatvédelmével és reszocializációjával-, a harmadik csoportot a hatósági együttműködéssel-, a negyedik csoportot a konkrét jogharmonizációs intézkedésekkel-, az ötödik csoportot pedig az egyéb intézkedésekkel kapcsolatos feladatok alkották. A csoportok mellett a csoportra vonatkozó cikkelyek is feltüntetésre kerültek.

1, Prostitutorokkal kapcsolatos intézkedések (1,2,3,4,9 cikkelyek)

⁹ 1947. évi XVIII. törvény - a Párizsban 1947. évi február hó 10. napján kelt békeszerződés becikkelyezése tárgyában – (http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=94700018.TV) (hatályba lépett: 1947. július 25-én) (letöltés ideje:2017. április 17.)

¹⁰ A leánykereskedés elnyomása tárgyában 1904. május 18-án kötött nemzetközi egyezmény (<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20VII/VII-8.en.pdf>) (hatályba lépett: 1905. július 18-án) (letöltés ideje:2017. április 17.)

¹¹ A leánykereskedés elnyomása tárgyában 1904. május 18-án kötött nemzetközi egyezmény 1910. május 04-én elfogadott módosításáról (<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19100007/index.html>) (hatályba lépett: 1926. február 01-jén) (letöltés ideje:2017. április 17.)

¹² A nőkkel és gyermekekkel üzőtt kereskedés elnyomása tárgyában 1921. szeptember 30-án kötött nemzetközi egyezmény, (https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-3&chapter=7&clang=_en) (hatályba lépett: 1922. június 15-én) (letöltés ideje:2017. április 17.)

¹³ A nagykorú nőkkel üzőtt kereskedés elnyomására vonatkozóan 1933. október 11-én kötött nemzetközi egyezmény (https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-5&chapter=7&clang=_en) (hatályba lépett: 1934. augusztus 24-én) (letöltés ideje:2017. április 17.)

¹⁴ KOVÁCS István: A prostitúció jelensége és társadalmi kontrolljának vizsgálata empirikus módszerekkel PhD értekezés, Budapest, UNI-NKE, 2016. – p.:84-85.

Article 2

„The Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passions of another:

- (1) Procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person;
- (2) Exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person.”

2, A prostituáltak áldozatvédelmével, és reszocializációjával kapcsolatos intézkedések (5,16,20 cikkelyek)

Article 16

„The Parties to the present Convention agree to take or to encourage, through their public and private educational, health, social, economic and other related services, measures for the prevention of prostitution and for the rehabilitation and social adjustment of the victims of prostitution and of the offences referred to in the present Convention.”

3, Az egyezményt aláíró államok hatóságainak együttműködésével kapcsolatos intézkedések (8,13,14,15,17,18 cikkelyek)

Article 13

„The Parties to the present Convention shall be bound to execute letters of request relating to offences referred to in the Convention in accordance with their domestic law and practice.

The transmission of letters of request shall be effected:

- (1) By direct communication between the judicial authorities; or
- (2) By direct communication between the Ministers of Justice of the two States, or by direct communication from another competent authority of the State making the request to the Minister of Justice of the State to which the request is made; or
- (3) Through the diplomatic or consular representative of the State making the request in the State to which the request is made; this representative shall send the letters of request direct to the competent judicial authority or to the authority indicated by the Government of the State to which the request is made, and shall receive direct from such authority the papers constituting the execution of the letters of request.”

4, Konkrét jogharmonizációval kapcsolatos intézkedések (6,7,10,11,12,19,27 cikkelyek)

Article 7

„Previous convictions pronounced in foreign States for offences referred to in the present Convention shall, to the extent permitted by domestic law, be taken into account for the purposes of:

- (1) Establishing recidivism;
- (2) Disqualifying the offender from the exercise of civil rights”

5, Egyéb intézkedések (21,22,23,24,25,26,28 cikkelyek)

Article 22

„If any dispute shall arise between the Parties to the present Convention relating to its interpretation or application and if such dispute cannot be settled by other means, the dispute shall, at the request of any one of the Parties to the dispute, be referred to the International Court of Justice.”

A fentiek alapján az egyes csoportba öt-, a kettes csoportba három-, a hármas csoportba hat-, a négyes csoportba hét-, az ötös csoportba szintén hét cikkely tartozott. Az így kapott csoportosítást egy kördiagrammon szemléltetem:



1. diagramm: A New Yorki Egyezmény cikkelyeinek csoportosítása.

Az első csoportba minden olyan intézkedés beletartozott, amely a prostitutorok felderítésével, üldöztetésével, és szankcionálásával volt kapcsolatos, ez az egyezmény 18 százalékát jelentette. A második csoportba a prostituáltak áldozatvédelmével, és reszocializációjával kapcsolatos intézkedések tartoztak bele, amelyek segítségül lehetnek a társadalomba való visszailleszkedés, és a prostituáltak joggyakorlásának elősegítésében. Ez az egyezmény 11 százalékát jelentette. A harmadik csoportba minden olyan hatósági intézkedés felsorolásra került, amely a fenti két csoport érvényesülését elősegíti, amely az egyezmény 21 százalékát jelentette. A negyedik csoportba a konkrét jogharmonizációs folyamatok tartoztak, amely az aláíró állam belső normaalkotási folyamatait, és az egyezményhez való igazodását határozta meg, ezáltal lefedve az egyezmény 25 százalékát. Szintén ugyan ekkora százalékos részt foglaltak el azok az intézkedések, amelyek az ötös számú csoportba tartoztak, és a jogszabály gyakorlati alkalmazását segítették elő.

Függetlenül a százalékos megoszlástól az egyezmény komplexen kezelendő, minden egyes cikkelynek ugyan olyan jelentősége van, így nem lehet kiemelni, hogy melyik rész a legfontosabb, és melyikre kell nagyobb és/vagy kisebb hangsúlyt fektetni. A kördiagramm csupán szemléltetése volt annak, hogy a feladatok az egyezményen belül milyen részeket ölelnek fel. Az egyezményről elmondható, hogy aláírásával – teokratikusan – minden állam olyan kötelezettséget vállal, amely – koncepció szintjén – a szexuális célú kizsákmányolás, és a prostitúciót kihasználó, élősdi jellegű magatartások ellen fellép. E publikációnak nem célja annak vizsgálata, hogy ezek az intézkedéssorozatok pozitív hatással vannak-e a társadalom által kirekesztett populációkra, vagy az intézkedések a gyakorlatban valóban a prevenciót, és a szankcionálást szolgálják-e, az a kellő célt elérte-e. A publikáció célja annak feltárása, hogy a magyar jogszabályalkotás a nemzetközi normához igazodott-e vagy sem. Ezeknek a kérdéseknek a megválaszolása szintén új kutatásra javallott. A következőkben pedig elsőként vizsgáljuk meg a New Yorki Egyezmény kihirdetéséről szóló magyar törvényerejű rendeletet.

Az alapvető emberi-, és szabadságjogok alakulása egy olyan társadalmi viszony által szabályozó folyamatnak tekinthető, amelyre a nemzetközi jog fejlődése, és az emberi jogok nemzetközivé válása kiemelten nagy hatást gyakorol.

A technikai fejlődés mellett az emberi jogok univerzalizmusa, egyetemessége is megjelent.¹⁵ E egyetemességet szem előtt tartva Magyarország 1955-ben a New Yorki Egyezményt aláírta, kötelezettséget vállalva arra, hogy az abban foglalt kötelezettségeket végrehajtja, a jogosultságok gyakorlását pedig biztosítja. Az 1955. évi 34. törvényerejű rendelettel az emberkereskedés és mások prostitúciója kihasználásának elnyomása tárgyában, New Yorkban, 1950. évi március hó 21. napján kelt nemzetközi egyezmény kihirdetésre került.¹⁶ E normához szorosan kapcsolódott a prostitúció visszaszorítására irányuló intézkedésekről szóló 2271/1997. (IX. 11.) kormányhatározat is.¹⁷ Megjegyezni kívánom továbbá, hogy a nemzetközi egyezmény előzményeinek tekinthető normák akceptálása és joganyagba történő beemelése is megtörtént. Az 1904. május 18-án kötött és 1910. május 04-én módosított a leánykereskedés elnyomása végett Párizsban létrejött nemzetközi megállapodás és az egyes hozzátartozó okiratok végrehajtásáról az 1912. évi XLIX. törvénycikk rendelkezett.¹⁸ A nőekkel és a gyermekekkel üzött kereskedés elnyomása végett Genfben létrejött nemzetközi egyezmény végrehajtásáról az 1925. évi XIX. törvény gondoskodott.¹⁹ A nagykorú nőekkel üzött kereskedés elnyomására vonatkozó nemzetközi egyezményt pedig az 1935. évi XX. törvénycikk hagyta jóvá.²⁰ Tekintettel arra, hogy a törvényerejű rendelet az egyezményt áttemelte, így annak célja, és szerkezeti felépítése is logikailag megegyezik. Ahogy a jogszabály 2. § is megjegyzi, a nemzetközi egyezmény hazai fordításáról van szó.²¹ Az abolicionista szemlélet szintén irányadó.

A törvényerejű rendelet bevezetéssel, ám a záró rendelkezések alkalmazásának feltüntetése nélkül került megalkotásra (a záró rendelkezések ugyan benne találhatóak, de külön cím nem utal rá). A bevezetés tartalmazza a jogszabály célját, valamint azokat a történeti egyezmények felsorolását, amelyek a New Yorki Egyezmény előzményének tekinthetők. Az „érdemi” rész 28 cikkelyből áll, amelyeket a fenti logikát követve szintén ugyan abba a logikai sorrendbe építettem fel. Mivel hivatalos fordításról van szó, ezért a csoportok, és az abba tartozó cikkelyek, és azok százalékos megoszlásai is megegyeznek. Tekintettel viszont arra, hogy az egyezmény részletezésénél a hivatalos angol cikkelyeket idéztem, ezért nélkülözhetetlenek

¹⁵ LUSTIGER Jean-Marie: Emberhez méltán. – Budapest: Virgilia Kiadó, 1997.

¹⁶ 1955. évi 34. törvényerejű rendelet - az emberkereskedés és mások prostitúciója kihasználásának elnyomása tárgyában, New Yorkban, 1950. évi március hó 21. napján kelt nemzetközi egyezmény kihirdetéséről – (http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=95500034.TVR#ljb0idff7d) (hatályba lépett: 1955. december 24-én) (letöltés ideje:2017. április 17.)

¹⁷ 2271/1997. (IX. 11.) Korm. határozat - a prostitúció visszaszorítására irányuló intézkedésekről – (http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=997H2271.KO2&txtreferer=95500034.TVR) (hatálytalan: 2001. július 01-től) (letöltés ideje:2017. április 17.)

¹⁸ 1912. évi XLIX. törvénycikk - a leánykereskedés elnyomása végett Párizsban létrejött nemzetközi megállapodás és egyes hozzátartozó okiratok becikkelyezése tárgyában – (<https://1000ev.hu/index.php?a=3¶m=7174>) (hatályba lépett: 1912. augusztus 16-án) (letöltés ideje:2017. április 17.)

¹⁹ 1925. évi XIX. törvény - a nőekkel és a gyermekekkel üzött kereskedés elnyomása végett Genfben létrejött nemzetközi egyezmény becikkelyezése tárgyában – (http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=92500019.TV) (hatályba lépett: 1925. június 02-án) (letöltés ideje:2017. április 17.)

²⁰ 1935. évi XX. törvénycikk - a nagykorú nőekkel üzött kereskedés elnyomására vonatkozó nemzetközi egyezmény becikkelyezése tárgyában – (http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=93500020.TV&txtreferer=92500019.TV) (hatályba lépett: 1935. október 23-án) (letöltés ideje:2017. április 17.)

²¹ 1955. évi 34. törvényerejű rendelet - az emberkereskedés és mások prostitúciója kihasználásának elnyomása tárgyában, New Yorkban, 1950. évi március hó 21. napján kelt nemzetközi egyezmény kihirdetéséről – 2. § Az 1. §-ban említett nemzetközi egyezmény hivatalos magyar fordítása a következő...”

tartom, hogy az esetlegesen idegen nyelvet nem beszélő olvasók is, a magyar fordítással is megismerkedhessenek. Az első csoportot a prostitutorokkal- (összefoglaló megnevezés, hisz a törvény a közvetítő jellegű magatartást is büntetni rendeli), a második csoportot a prostituáltak áldozatvédelmével és reszocializációjával-, a harmadik csoportot a hatósági együttműködéssel-, a negyedik csoportot a konkrét jogharmonizációs intézkedésekkel-, az ötödik csoportot pedig az egyéb intézkedésekkel kapcsolatos feladatok alkották. A csoportok mellett a csoportra vonatkozó cikkek is feltüntetésre kerültek.

1, Prostitutorokkal kapcsolatos intézkedések (1,2,3,4,9 cikkek)

2 cikk

„A jelen Egyezményben részes Felek kötelezik magukat arra, hogy hasonlóképpen megbüntetik mindazokat, akik:

1. bordélyházakat tartanak fenn vagy vezetnek, avagy azok fenntartásához szükséges anyagi eszközöket tudatosan szolgáltatják, illetőleg az anyagi eszközök szolgáltatásában részt vesznek,
2. épületet vagy más helyet egészben, vagy részben mások prostitúciójának céljára tudatosan bérbeadnak, vagy bérelnek.”

2, A prostituáltak áldozatvédelmével, és reszocializációjával kapcsolatos intézkedések (5,16,20 cikkek)

16 cikk

„A jelen Egyezményben részes Felek egyetértenek abban, hogy szociális, gazdasági, nevelési, egészségügyi, valamint az ezekkel összefüggő területeken működő szerveken keresztül, álljanak bár közületi, avagy magánirányítás alatt, a prostitúció megelőzésére, valamint a prostitúció és a jelen Egyezményben említett bűncselekmények áldozatainak újranevelésére és a normális életviszonyokba való beillesztésére alkalmas intézkedéseket tesznek vagy elősegítik az ilyen intézkedéseket.”

3, Az egyezményt aláíró államok hatóságainak együttműködésével kapcsolatos intézkedések (8,13,14,15,17,18 cikkek)

13 cikk

„A jelen Egyezményben részes Felek kötelezik magukat, hogy saját törvényeiknek és gyakorlatuknak megfelelően teljesítik a jelen Egyezményben említett bűncselekményekre vonatkozó bírósági megkereséseket.

A bírósági megkeresések átadása a következő módon történik:

1. a bírói hatóságok közötti közvetlen érintkezés útján;
2. a két állam igazságügyminiszterei közötti közvetlen érintkezésben, vagy a megkereső állam más illetékes hatósága közvetlenül elküldi a megkeresett állam igazságügyminiszterének;
3. a megkereső államnak a megkeresett államban működő diplomáciai vagy konzuli képviselői közvetítésével; ez a képviselő a bírósági megkeresést vagy közvetlenül az illetékes bírói hatósághoz, vagy a megkeresett állam kormánya által megjelölt hatósághoz továbbítja és a bírósági megkeresés teljesítésére vonatkozó iratokat közvetlenül ezektől a hatóságoktól kapja meg.”

4, Konkrét jogharmonizációval kapcsolatos intézkedések (6,7,10,11,12,19,27 cikkek)

7 cikk

„A jelen Egyezményben említett cselekmények ügyében külföldön hozott korábbi ítéleteket - oly mértékben, amelyben azt a belső jogszabályok megengedik - tekintetbe kell venni, ha ez szükséges,

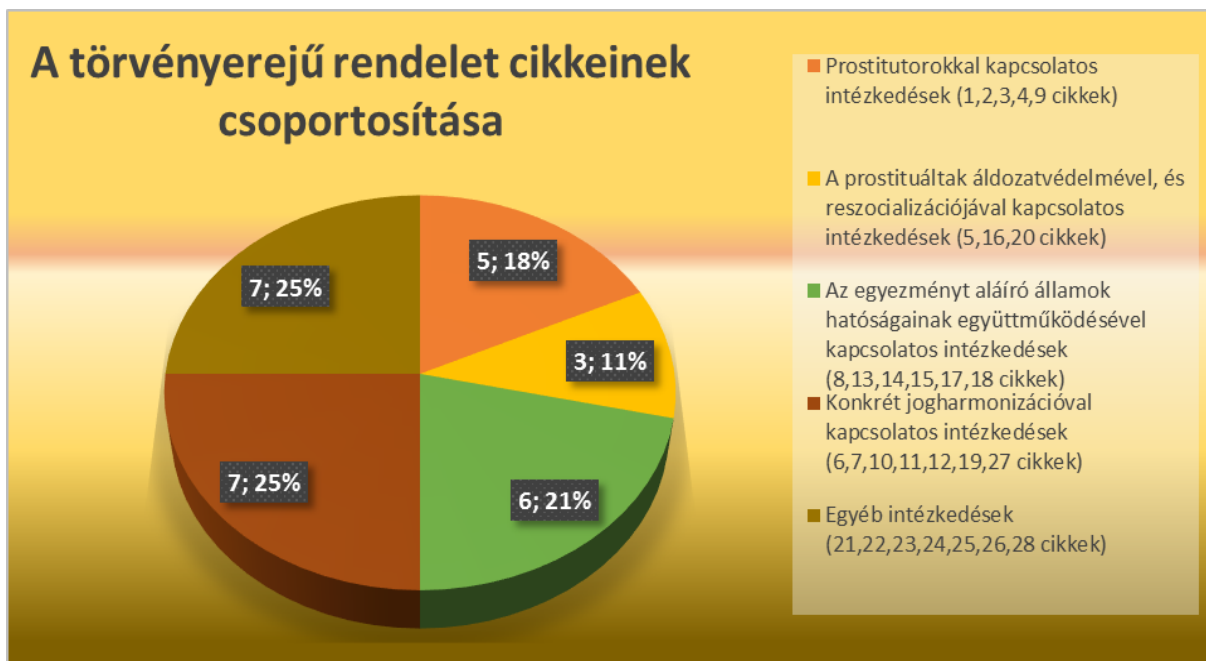
1. a visszaesés tényének megállapításánál,
2. a bűnös politikai és polgári jogai gyakorlatának felfüggesztésénél.”

5, Egyéb intézkedések (21,22,23,24,25,26,28 cikkek)

22 cikk

„Ha a jelen Egyezményben részes Felek között az Egyezmény értelmezése vagy alkalmazása tekintetében vita merül fel, azt - ha más módon nem oldható meg - bármelyik abban érdekelt Fél kérelmére a Nemzetközi Bíróság elé kell terjeszteni”

A csoportosítást követően a magyar törvényerejű rendelet kördiagrammját is elkészítettem, amely a nemzetközi egyezményével megegyezett.



2. diagramm: A törvényerejű rendelet cikkeinek csoportosítása.

Az első csoportba minden olyan intézkedés beletartozott, amely a prostitutorok felderítésével, üldöztetésével, és szankcionálásával volt kapcsolatos, ez a törvényerejű rendelet 18 százalékát jelentette. A második csoportba a prostituáltak áldozatvédelmével, és reszocializációjával kapcsolatos intézkedések tartoztak bele, amelyek segítségül lehetnek a társadalomba való visszailleszkedés, és a prostituáltak joggyakorlásának elősegítésében. Ez a törvényerejű rendelet 11 százalékát jelentette. A harmadik csoportba minden olyan hatósági intézkedés felsorolásra került, amely a fenti két csoport érvényesülését elősegíti, amely a törvényerejű rendelet 21 százalékát jelentette. A negyedik csoportba a konkrét jogharmonizációs folyamatok tartoztak, amely az aláíró állam belső normaalkotási folyamatait, és az egyezményhez való igazodását határozta meg, ezáltal lefedve a törvényerejű rendelet 25 százalékát. Szintén ugyan ekkora százalékos részt foglaltak el azok az intézkedések, amelyek az ötös számú csoportba tartoztak, és a jogszabály gyakorlati alkalmazását segítették elő.

Ugyan úgy irányadó a jogszabály komplex kezelése, az elkülönített és csoportosított feladatszabás csak a jogszabály megalkotásában való tájékozódását segíti elő.

Összességében – tekintettel arra, hogy a joganyag teljes egésze nyelvi fordításban átvételre került – kijelenthető, hogy a törvényerejű rendelet mindazon kötelmeket, és jogosultságokat, amelyeket az egyezmény meghatározott irányadónak, és végrehajthatónak tekint. Az azonosság kérdéskörében megállapítható, hogy az egyezés 100 százalékos. A jogszabály megalkotása a szexuális célú emberkereskedelem, és a prostitúcióból hasznot húzó személyek szankcionálásának első lépcsője. Tekintettel arra, hogy az alapok lefektetésre kerültek, a következőkben vizsgáljuk meg, hogy a piramis többi alkotóeleme, különös tekintettel – e tanulmány témájaként – a magyar hatályos büntető jogalkotás miként viszonyult mindezekhez.

A 2012. évi C. törvény – a Büntető Törvénykönyvről –

A társadalomban élő emberek számára létfontosságú, hogy az adott állam/ország/város területén biztonságban érezhessék magukat. Legyen az egy személy elleni erőszakos-, vagyon elleni-, vagy a társadalmi feladatokat ellátó szerv működésébe vetett bizalmat leromboló korrupciós cselekmény az állampolgárok árgus szeme a jogalkotó, és/vagy a végrehajtó szerv minden egyes mozdulatát figyelemmel kíséri, és kritizálja.²² 1980-ban például Manhattan városában annyira elszaporodtak a bűncselekmények (az utcák, a parkok sötétedés előtt és után járhatatlanok voltak), hogy a városban élő emberek együttesen döntötték el, hogy fellépnek a bűn ellen.²³ A bűn egyidős az emberiséggel, megszüntetése kivitelezhetetlen, azonban akár az óceán azon-, akár ezen oldalán tartózkodunk, az emberek közös érdeke, hogy a bűncselekmények elkövetése ellen fellépjenek, a bolygót lakhatóvá, biztonságossá tegyék. Ebben, és a szubjektív biztonságérzet megteremtésében, fenntartásában a rendvédelmi szervezetnek centrális feladatuk van. Az embereket szolgálniuk, és védeniük kell, a bűncselekményeket fel kell deríteniük, megalapozott gyanú esetén pedig az elkövetőket az illetékes hatóság elé kell állítaniuk, aki majd a bűnösség kérdéskörében állást foglal. Ahhoz, hogy e kérdéskörben viszont a vád/védelem/ítélkezés elkülönült triászát tudjon foglalni, olyan normaanyag megalkotására van szükség, amely bizonyos magatartásokat jogellenessé (bűnössé), társadalomra veszélyessé, és büntetendővé nyilvánít.²⁴ Egy olyan normaanyag, amely kiteljesíti, és biztosítja a legteljesebb szabadságot, ám egyidejűleg az azt zavaró magatartásokkal szemben a társadalmat is védelmezi. Az elkövetők cselekményét az arányosság alapelvével-, és az emberi jogok figyelembevételével megtorolja, és egyben az elrettentés és/vagy prevenció eszközeivel biztosítja, hogy akár az elkövető, akár más bűncselekményt kövessen el.²⁵ Vélhetően ott, és akkor Manhattanben nem sikerült olyan büntető kódexet megalkotni, amely az embereket elrettentette volna attól, hogy bűncselekményeket kövessenek el, és megmutassa azt, hogy erkölcsileg helyes utat válasszanak.^{26,27} Magyarországnak viszont szüksége van egy olyan norma megalkotására,

²² KARDOS Sándor István: A rendőri korrupció fogalmi meghatározásának és mérhetőségének problémái. In.: Műszaki Katonai Közlöny, 2014., 24. évf., 1. sz. – p.:183-199.

²³ BRADLEY Gerard: Retribution: The Central Aim of Punishment. In.: Harvard Journal of Law & Public Policy, 2003, 27. évf., 1. sz. – p.:19-31

²⁴ ANGYAL Pál: A magyar büntetőjog tankönyve I-II. – Budapest, Athenaeum Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság, 1920.

²⁵ BLASKÓ Béla: Magyar büntetőjog. Általános rész. – Budapest: Rejtjel Kiadó, 2002.

²⁶ HART Henry: The Aims of Criminal Law. In.: Law and Contemporary Problems. 1958., 23. évf., 3.sz. – p.: 401-441

²⁷ A ma hatályos amerikai büntető törvénykönyv kodifikációs eljárásáról részleteiben Robinson művében olvashatunk. In.: ROBINSON Paul: An Introduction of the Model Penal Code. – Pennsylvania: University of Pennsylvania Law School, Penn Law, 2007.

amely mindezeket a New Yorki Egyezményrel összhangban - jelenleg és az egyezmény ratifikálása óta – a nemi kapcsolatoknak a társadalomban elfogadott rendje védelme érdekében megteremti. Vizsgáljuk tehát meg, hogy a hatályos Büntető Törvénykönyvünk a fentieknek mennyiben tesz és/vagy nem tesz eleget.²⁸

Az egyezményrel, és a törvényerejű rendelettel összhangban azokat a magatartásokat vizsgáltam, amelyek kifejezetten a prostitutorok szankcionálására vonatkoztak. Így a normával szemben hét kritérium került megfogalmazásra: prostitutor magatartás, büntetendő cselekmény, kísérlet büntetendősége, előkészület büntetendősége, szándékos elkövetés büntetendősége, gondatlan elkövetés büntetendősége, és a részesség felelőssége. E büntetendő cselekményeket hatályos szabályozásunk XIX.-, azaz a nemi élet szabadsága, és a nemi erkölcs elleni bűncselekmények című fejezete tartalmazza. E kategóriába tartozik a 200. §-ba ütköző kerítés-, a 201. §-ba ütköző prostitúció elősegítése-, a 202. §-ba ütköző kitarottság-, és a 203. §-ba ütköző gyermekprostitúció kihasználása büntette. [Bár a törvény két esetben (143. § emberiesség elleni bűncselekmény-, és 149. § védett személy elleni erőszak) a prostitúció kihasználását önálló tényállási elem részeként beépítette, e tanulmánynak mégsem tárgya, tekintettel arra, hogy az az egyezményrel, és a törvényerejű rendelettel összhangban nem klasszikusan önálló prostitutori magatartás tényállását alkotta meg. De nem elhanyagolható, hogy e tényállások – tekintettel az emberi jogok érvényesülésére – ilyen jellegű magatartások büntetendőségét szintén előírja.] A következőkben egyenként e tilalmazott magatartások részletes elemzését ismerhetjük meg.

Kerítés büntette

200. § (1) Aki haszonszerzés céljából valakit szexuális cselekmény végzésére másnak megszerez, büntett miatt három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Kerítést követ el, és az (1) bekezdés szerint büntetendő az is, aki tizennyolcadik életévét be nem töltött személyt prostitúcióra felajánl vagy felhív.

(3) A büntetés egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztés, ha a kerítés üzletszerű.

(4) A büntetés két évtől nyolc évig terjedő szabadságvesztés, ha az (1) bekezdésben meghatározott kerítést

a) tizennyolcadik életévét be nem töltött személy sérelmére,

b) az elkövető hozzátartozója, nevelése, felügyelete vagy gondozása alatt álló sérelmére, vagy a sértettel kapcsolatban fennálló egyéb hatalmi vagy befolyási viszonyával visszaélve,

c) megtévesztéssel, erőszakkal vagy fenyegetéssel követik el.

(5) A büntetés öt évtől tíz évig terjedő szabadságvesztés, ha a (4) bekezdés a) vagy b) pontjában meghatározott kerítés a c) pont szerint is minősül.

(6) Aki üzletszerű kerítés elkövetésében megállapodik, három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.²⁹

A bűncselekmény az egyezmény 1. cikkelyének a megfeleltetése. Az elkövetési magatartások két részre bonthatók: (más részére szexuális cselekményre) megszerzés, és (prostitúcióra) felajánlás vagy felhívás.

A megszerzés tágabb fogalom, mint a rábírás, ugyanis nem szükséges, hogy a bűncselekmény passzív alanya a kerítő rábíró (azaz felbujtó) cselekményének hatására határozza el magát a

²⁸ 2012. évi C. törvény – a Büntető Törvénykönyvről

(https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1200100.TV) (hatályba lépett: 2012. július 13-án) (letöltés ideje:2017. április 17.)

²⁹ 2012. évi C. törvény – a Büntető Törvénykönyvről

(https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1200100.TV) (hatályba lépett: 2012. július 13-án) (letöltés ideje:2017. április 17.)

közösülésre, vagy fajtalanságra, elegendő, és megvalósul a bűncselekmény már akkor is, ha a sértettben a meglevő szándékot a kerítő erősíti, és/vagy befolyásával elősegíti annak megvalósulását. A bűncselekmény megvalósulásának objektív feltétele ugyan, hogy az elkövető a passzív alany és egy harmadik személy között a szexuális együttlét közvetlen lehetőségét megteremtse. Befejezettnek kell tekinteni a bűncselekményt, ha az elkövetési magatartással ok-okozati összefüggésben a harmadik fél számára a szexuális együttlét (nemi cselekmény) közvetlen lehetősége megnyílik. Kísérletnek értékelhető az a cselekménysorozat, ha az elkövető a találkozás lehetőségét megteremti.³⁰

A felajánlás vagy felhívás sui generis előkészületi magatartásként értékelendő. A felhívás fogalmilag egy irányba ható és kezdeményező jellegű gondolatközlésben megnyilvánuló magatartás. A bűncselekmény egyenes szándékkal következő el, a megszerzésnek haszonszerzés céljából kell történnie.

A bűncselekmény elkövetését a törvény szigorúan büntetni rendeli, az elkövetőt (alapeset és minősített esetek függvényében) a jogalkotó minimum 2, de akár 10 év szabadságvesztéssel is sújthatja.

Prostitúció elősegítése büntette

201. § (1) Aki

- a) mást prostitúcióra rábír,
- b) épületet vagy egyéb helyet prostitúció céljára másnak a rendelkezésére bocsát,
- c) tizennyolcadik életévét be nem töltött személy prostitúciójához segítséget nyújt, büntett miatt három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő, aki tizennyolcadik életévét be nem töltött személyt bír rá prostitúcióra.

(3) Aki bordélyházat tart fenn, vezet, vagy annak működéséhez anyagi eszközöket szolgáltat, egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.³¹

A bűncselekmény az egyezmény II. cikkelyének a megfeleltetése. Az elkövetési magatartások tekintetében 5 különböző magatartás büntetendő: (prostitúcióra történő rábírás), (épületnek vagy egyéb helynek prostitúció céljára) rendelkezésre bocsátása, (18. életévét be nem töltött személy vonatkozásában) prostitúcióhoz segítségnyújtás, prostitúcióra történő rábírás, (bordélyház) fenntartása, vezetése, (illetve annak működéséhez) anyagi eszközök szolgáltatása.

Tényállászerű rábírás esetén a cselekmény, ha a prostitúció az elkövető rábíró akarattnyilatkozatának hatására történik. Nem büntethető az elkövető akkor, ha a szexuális cselekmény egyszer megy végbe, vagy többször, de ellenszolgáltatás nélkül. Befejezettnek kell tekinteni a bűncselekményt, ha a szexuális aktus megkezdődik, azaz kísérleti szakba jut. Amennyiben a rábírás eredménytelen az elkövető nem büntetendő.

Joghézagot küszöbölt ki a jogalkotó azzal, hogy nemcsak annak az épületnek vagy egyéb helynek a rendelkezésre bocsátása bír büntetőjogi relevanciával, amely az elkövető tulajdona, hanem azé is, mellyel kapcsolatban az elkövetőnek akár egyéb jogosultságánál fogva módjában áll rendelkezni, vagy jogi értelemben vett rendelkezési joggal bír egyáltalán. A bűncselekmény elkövetése befejezetté válik, ha a prostitúció akár egyetlen alkalomra, akár ellenszolgáltatás nélkül másnak történő rendelkezésre bocsátásával.

³⁰ BLASKÓ Béla, MIKLÓS Irén, PALLAGI Anikó, POLT Péter, SCHUBAUER László: Büntetőjog különös rész I. – Budapest-Debrecen: Rejtjel Kiadó, 2013.

³¹ 2012. évi C. törvény – a Büntető Törvénykönyvről - (https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1200100.TV) (hatályba lépett: 2012. július 13-án) (letöltés ideje: 2017. április 17.)

A tizennyolcadik életévét be nem töltött személy prostitúciójához segítségnyújtás sui generis bűnsegédi magatartás, bármely fizikai és/vagy pszichikai segítségnyújtásban megnyilvánuló bármely magatartás megvalósíthatja.

A szintén tizennyolcadik életkorát be nem töltött személy prostitúcióra történő rábírása sui generis felbujtói magatartás. Olyan akaratnyilatkozatról van szó, amelynek hatására a passzív alany a szexuális cselekményt legalább megkezdi.

A törvény alkalmazásában a bordély egy olyan vállalkozást jelent, amelyben a vállalkozó által fizetett prostituáltak anyagi ellenszolgáltatásért bárki szexuális vágyainak kielégítésére rendelkezésre állnak. A bordélyházat a vállalkozó tartja fent, ugyanakkor a prostituáltak által keresett anyagi és/vagy ellenszolgáltatást is ő szedi be. A bűncselekményt mind a felbujtói, mind pedig a bűnsegélyi jellegű magatartások megvalósítják. Egyrészt a prostituáltakat a bordélyházban folytatandó szexuális cselekményre bírják rá, másrészt pedig ehhez segítséget nyújtanak. A működéshez anyagi eszközöket szolgáltató elkövető sui generis bűnsegédi magatartást tanúsít. A bűncselekmény kizárólag szándékosan követhető el.³²

A bűncselekmény elkövetését a törvény szigorúan büntetni rendeli, az elkövetőt (alapeset és minősített esetek függvényében) a jogalkotó minimum 1, de akár 5 év szabadságvesztéssel is sújthatja.

Kitartottság büntette

202. § Aki prostitúciót folytató személlyel egészben vagy részben kitartatja magát, büntett miatt három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.³³

A bűncselekmény az egyezmény I. cikkelyének a részbeni megfeleltetése. Az elkövetési magatartás a (prostitúciót folytató személlyel) egészben vagy részben való kitartottság. A kitartottság formailag lényegében nem más, mint, mint mások üzletszerű nemi kapcsolatának élődsi jellegű kihasználása, tartalmilag pedig eltartást jelent. A kitartottság részbeni, ha az elkövető saját jövedelem-forrással rendelkezik, vagy döntő mértékben a kitartó jövedelméből él. Az elkövető bűnössége csak szándékosság lehet, tudatának át kell fognia, hogy a kitartója üzletszerű kéjelgést folytat.³⁴

A bűncselekmény elkövetését a törvény 3 év szabadságvesztéssel rendeli büntetni.

Gyermekprostitúció kihasználása

203. § (1) Aki tizennyolcadik életévét be nem töltött személy prostitúciójából haszonszerzésre törekszik, büntett miatt három évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

(2) Az (1) bekezdés szerint büntetendő, aki tizennyolcadik életévét be nem töltött személlyel való szexuális cselekményért ellenszolgáltatást nyújt.

(3) Aki részben vagy egészben tizennyolcadik életévét be nem töltött, prostitúciót folytató személlyel tartatja ki magát, egy évtől öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.

³² BLASKÓ Béla, MIKLÓS Irén, PALLAGI Anikó, POLT Péter, SCHUBAUER László: Büntetőjog különös rész I. – Budapest-Debrecen: Rejtjel Kiadó, 2013.

³³ 2012. évi C. törvény – a Büntető Törvénykönyvről - (https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1200100.TV) (hatályba lépett: 2012. július 13-án) (letöltés ideje: 2017. április 17.)

³⁴ BLASKÓ Béla, MIKLÓS Irén, PALLAGI Anikó, POLT Péter, SCHUBAUER László: Büntetőjog különös rész I. – Budapest-Debrecen: Rejtjel Kiadó, 2013.

(4) Aki olyan bordélyházat tart fenn, vezet, vagy olyan bordélyház működéséhez szolgáltat anyagi eszközöket, amelyben tizennyolcadik életévét be nem töltött személy folytat prostitúciót, két évtől nyolc évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.³⁵

A törvényi tényállása megalkotása az egyezményben foglalt gyermekek jogai (egészséges testi, lelki, szellemi fejlődésük biztosításához fűződő társadalmi érdek) biztosításának védelmét garantálja. Az elkövetési magatartás vonatkozásában négy esetet határolunk el: (kiskorú prostitúciójából) haszonszerzésre törekvés, (kiskorúval való szexuális cselekmény nyújtásáért) ellenszolgáltatás nyújtása, (prostitúciót folytató kiskorúval) kitartás, (olyan bordélyház) fenntartása, vezetése, (illetve annak működéséhez) anyagi eszközök szolgáltatása (amelyben tizennyolcadik életévét be nem töltött személy folytat prostitúciót).

Amennyiben a kiskorú ismétlődően – minden kényszerből mentesen – rendszeres haszonszerzés céljából szexuális cselekményeket végez, és az elkövető e kiskorú általi prostitúcióból törekszik haszonszerzésre, úgy a bűncselekményt megvalósítja. A bűncselekmény befejezetté válásához elegendő annak a konkrét tettekben megnyilvánuló igyekezetnek a bizonyítása, amelynek célja a haszon realizálása.

Az ellenszolgáltatás nyújtása tevés lehet. A delictum az ellenszolgáltatás passzív alanya, vagy reá tekintettel más érdekkörében történő realizálódása esetén befejezett.

A kitartottság tekintetében az elkövetési magatartások a 202. §-ban foglaltakkal – mutatis mutandis – megegyeznek, így további magyarázatra nem szorulnak.

Ugyan ez irányadó a bordélyház fenntartása, vezetése, és annak anyagi eszközök ellenszolgáltatása tárgyában.

Az elkövető bűnössége szándékosság, tekintettel a dolus directusra (a haszonszerzésre törekvés célzatosságára).³⁶

A bűncselekmény elkövetését a törvény szigorúan büntetni rendeli, az elkövetőt (alapeset és minősített esetek függvényében) a jogalkotó minimum 1, de akár 8 év szabadságvesztéssel is sújthatja.

A bűncselekmények részletes elemzését követően az átláthatóság megkönnyítése végett a vizsgált kritériumoknak való megfeleltetését egy táblázatba foglaltam:

Bűncselekmény megnevezése	Prostitutor magatartás	Büntetendő cselekmény	Szándékosság	Gondatlanság	Előkészület	Kíséreltet	Részes
Kerítés	✓	✓	✓	⊗	⊗	✓	⊗
Prostitúció elősegítése	✓	✓	✓	⊗	⊗	✓	✓
Kitartottság	✓	✓	✓	⊗	⊗	✓	⊗
Gyermekprostitúció kihasználása	✓	✓	✓	⊗	⊗	✓	✓

1. táblázat: A törvényerejű rendelet cikkeinek csoportosítása.

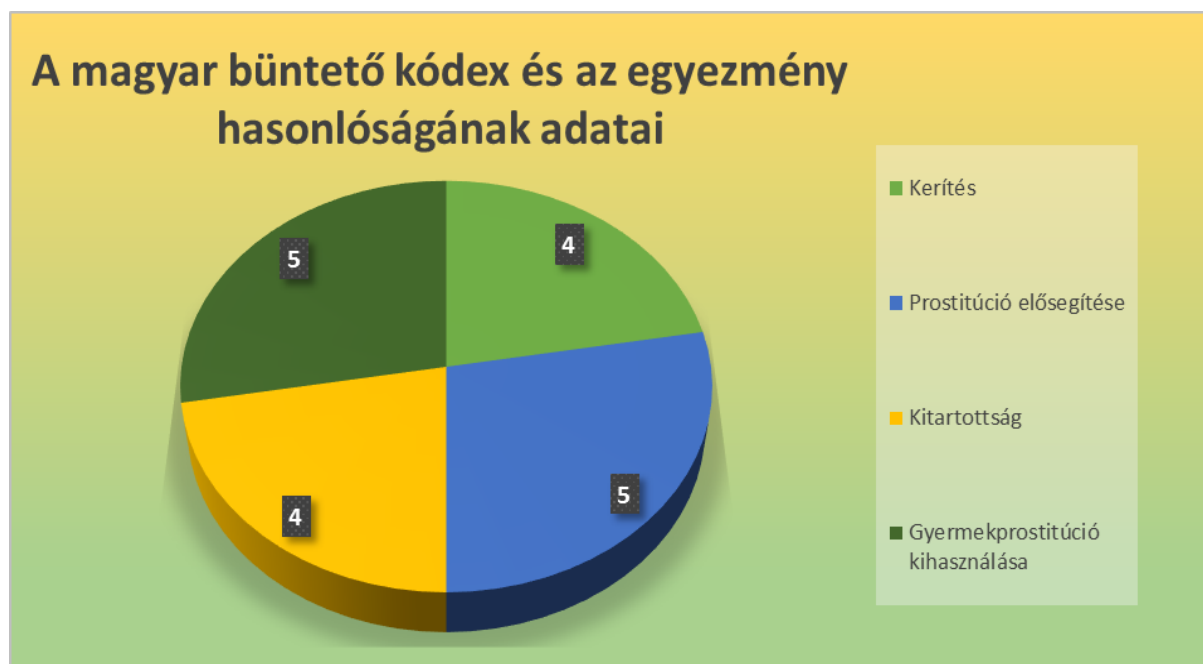
³⁵ 2012. évi C. törvény – a Büntető Törvénykönyvről – (https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1200100.TV) (hatályba lépett: 2012. július 13-án) (letöltés ideje: 2017. április 17.)

³⁶ BLASKÓ Béla, MIKLÓS Irén, PALLAGI Anikó, POLT Péter, SCHUBAUER László: Büntetőjog különös rész I. – Budapest-Debrecen: Rejtjel Kiadó, 2013.

A táblázatban használt szimbólumok némi magyarázatra szorulnak. Értelemszerűen a „√” -val jelzett szimbólumok az oszlopokban vizsgált kritériumnak való megfeleltetését jelzik. Ennek ellentéte a „⊗”-szel jelzett szimbólum, amely annak hiányára hívja fel a figyelmet. Az ebből levont következtetéseket és ajánlásokat az alábbiakban ismerhetjük meg.

Következtetések

A következtetéseket az alábbi diagramon keresztül mutatom be:



3. diagramm: A magyar büntető kódex és az egyezmény hasonlóságának adatai.

A kerítés büntett vonatkozásában megállapítottam, hogy a cselekmény büntetendő, prostitutori magatartás fellelhető, a törvény a szándékos elkövetést büntetni rendeli, a törvényszöveg önmagában kísérletre utaló bekezdést tartalmaz. A bűncselekménynek gondatlan változata nincs, az előkészület önmagában, külön tényállási elemként nincs jelen, a részesség vonatkozásában pedig a büntető norma általános szabályai az irányadók. Itt szükségesnek látom annak tisztázását, hogy a nemzetközi egyezmény-, és annak fordítása milyen anomáliát vethet fel. Az egyezmény rendelkezik arról, hogy a „résztes” cselekményét a hatályos norma önálló, és az elkövetőhöz mérten ugyan olyan szankcióval sújtsa. Bizonyára itt az egyezmény nem a társtettes, résztes, csoportos elkövetés viszonylatában rendelkezett, hanem bizonyos bűncselekmény, így például a bordélyházakkal kapcsolatos jogellenes magatartások esetén, a norma igazodjon ahhoz, hogy a bordélyházat vezető, fenntartó magatartása ugyan olyan büntető szankcionálás alá essen, mint a bordélyházhoz anyagi eszközöket szolgáltató magatartása. Ezt csak olyan bűncselekmény esetén lehetett tehát értékelni, ahol a prostitutor magatartása több, önálló, ám tartalmilag megegyező attitűdöt ölelt fel. Ad absurdum nem a tettes felelőségének vizsgálatát írta elő. E bűncselekmény az előkészületi magatartáson kívül minden releváns körülményt tartalmazott, amelyet az egyezmény a hatályos büntető szabályozás előtt kritériumként fogalmazott meg. A hasonlósági egyezés 85 százalékos.

A prostitúció elősegítése büntett vonatkozásában megállapítást nyert, hogy a cselekmény büntetendő, prostitutori magatartás fellelhető, a törvény a szándékos elkövetést büntetni rendeli, a törvényszöveg önmagában kísérletre utaló bekezdést nem tartalmaz. A

bűncselekménynek gondatlan változata nincs, az előkészület önmagában, külön tényállási elemként nincs jelen, a részesség vonatkozásában pedig az egyezményrel való azonosság – és a fentiekből adódó jogértelmezésnek való megfeleltetés – kimutatható. Kísérlet megvalósulása esetén szintén irányadónak tekintem a büntető kódex általános részében megfogalmazottakat. Attól, hogy a törvény a tényállás különös részében a kísérletről nem rendelkezik, az előkészületi stádium, és a bűncselekmény befejezetté válása között, az elkövető magatartása kísérletet megvalósíthat, így annak kizárását nem vetem el. E bűncselekmény az előkészületi magatartáson kívül minden releváns körülményt tartalmazott, amelyet az egyezmény a hatályos büntető szabályozás előtt kritériumként fogalmazott meg. A hasonlósági egyezés 85 százalékos.

A kitarottság büntett vonatkozásában megállapítottam, hogy a cselekmény büntetendő, prostitutori magatartás fellelhető, a törvény a szándékos elkövetést büntetni rendeli, a törvénytörvény önmagában kísérletre utaló bekezdést nem tartalmaz. A bűncselekménynek gondatlan változata nincs, az előkészület önmagában, külön tényállási elemként nincs jelen, a részesség vonatkozásában pedig a büntető norma általános szabályai az irányadóak. E bűncselekmény az előkészületi magatartáson kívül minden releváns körülményt tartalmazott, amelyet az egyezmény a hatályos büntető szabályozás előtt kritériumként fogalmazott meg. A hasonlósági egyezés 85 százalékos.

A gyermekprostitúció elősegítése büntett vonatkozásában megállapítást nyert, hogy a cselekmény büntetendő, prostitutori magatartás fellelhető, a törvény a szándékos elkövetést büntetni rendeli, a törvénytörvény önmagában kísérletre utaló bekezdést tartalmaz. A bűncselekménynek gondatlan változata nincs, az előkészület önmagában, külön tényállási elemként nincs jelen, a részesség vonatkozásában pedig az egyezményrel való azonosság – és a fentiekből adódó jogértelmezésnek való megfeleltetés – kimutatható. E bűncselekmény az előkészületi magatartáson kívül minden releváns körülményt tartalmazott, amelyet az egyezmény a hatályos büntető szabályozás előtt kritériumként fogalmazott meg. A hasonlósági egyezés 85 százalékos.

Továbbá érdemes azt is megjegyezni, hogy a törvény és az egyezmény a gondatlan és/vagy szándékos elkövetés esetén mindkettő, vagy csak az egyik magatartást rendelte büntetni. Az egyezmény fordítása is úgy rendelkezik, hogy amennyiben a gondatlan elkövetést az adott állam büntető novellája büntetni rendeli, és annak esete áll fent, úgy az elkövetőt amiatt kell felelősségre vonni. Tekintettel arra viszont, hogy e bűncselekmények tekintetében szándékosság, és azon belül egyenes szándék állapítható meg, a törvény a gondatlan elkövetést, mivel, hogy az fogalmilag egyébként is kizárt, büntetni nem rendelte. Ez azonban a törvény szempontjából hiányosságnak nem róható fel. E szabályt követve, mivel a szándékos elkövetés minden esetben megállapítható, a kritériumok megfelelésének a szabályzó maximálisan eleget tett.

A vizsgált bűncselekmények tekintetében megállapítottam, hogy az előkészület, mint önálló tényállási elem minden tekintetben hiányzik. A nemzetközi egyezménynek való megfelelés ezért 100 százalékos egyezés helyett 85 százalékos egyezést mutat. A felsorolt, maradék hat kritérium vonatkozásában viszont a magyar büntető szabályozás hiánytalanul alkalmazkodott, a jogharmonizáció sikeresnek mondható. A magyar büntető jogalkotás a prostitúcióból-, és a szexuális célú emberkereskedelemből hasznot húzó, élősdi, kizsákmányoló magatartások ellen fellépő-, és a nemi viszonyok társadalmi rendje védelmét megteremtő normákat alkotott. Konceptió szintjén a magyar büntető kódex a nemzetközi egyezményt befogadta, ahhoz kellő mértékben, és minőségben alkalmazkodott.

Javaslatok

Az eredmények tekintetében bizonyossá vált, hogy Magyarország a szexuális célú emberkereskedelem, és a prostitúcióból hasznot húzó, kizsákmányoló, és élősdielemények ellen szigorúan a jogszabályi keretek között, a nemzetközi joggal összhangban fel kíván lépni. Bizonyos hiányosságok (, amelyek az előkészület stádiumát érintik) azonban fellelhetőek. Fel szeretném hívni a figyelmet arra, hogy bár a befejezett alakzatú bűncselekmény, és bizonyos esetben, a büntetőjog által kriminalizált kísérlet magas büntetési tétellel (szabadságvesztéssel) fenyeget, bizonyos bűncselekmények esetén az előkészület stádiuma egyáltalán nem büntetendő, azonban tárgyi súlyát tekintve érdemes megfontolnunk annak szankcionálását. Előkészület -, amely a befejezett bűncselekmény kifejlődésének második szakasza – esetén ugyanis az elkövető elhatározása (, azaz, hogy jogellenes magatartást fog tanúsítani) már a külvilágban realizálódik. Ez már a célba vett (befejezett) bűncselekmény jogi tárgyát veszélyezteti, még, ha ez a veszély – a kísérlethez képest is – csupán távolinak tekintendő. Erre tekintettel az előkészület – eltérően a kísérlettel – nem büntetendő generálisan, hanem csak akkor, ha a törvény különös része arról rendelkezik.³⁷ Érdemes elgondolkodni tehát azon, hogy például a prostitúció elősegítése bűncselekmény kapcsán, az esetlegesen masszázsszalonnak, vagy éjszakai bárnak titulált, a joghézagokat megteremtő-, és a legalitás látszatát keltő helyek, és magatartások milyen szankcionálást vonhatnak maguk után.

Egyelőre a hipotézis bizonyításának kérdéskörében az eredmények arról tanúskodnak, hogy a magyar szabályozás a nemzetközi egyezménynek nagymértékben, azaz részben megfelel, az egyezés és hasonlóság 85 százalékos. Ez a különbözőség -, amely a bűncselekmények előkészületi magatartás részében mutatkozik - azonban a törvény generális céljától nem tér el, a szexuális kizsákmányolást elkövető személyek a törvény egyik legszigorúbb büntetésére számíthatnak. Az a több milliárd nő-, és gyermek, akiket évente a világban kizsákmányolnak, megérdemel annyit, hogy az államok a szükséges intézkedéseket együttesen, a nemzetközi élvonalban megtegyék, és a potenciális áldozatokat az ilyen jellegű magatartások ellen megvédjék.

A tanulmányban az abolicionista szemlélet, valamint a New Yorki Egyezmény, és a szabadságjogok egyetemessége közötti kapcsolat feltárása, az intézkedéssorozat, így különös tekintettel a jogszabályok gyakorlati végrehajtása külön és új kutatásra ajánlatos. Bizonyos, hogy a magyar büntető jogalkotás jogszabályi keretek között a jogellenes cselekményeket megfelelő mértékben büntetni rendeli, a jogi tárgy elleni védelmet pedig garantálja, azonban ez nem jelenti azt, hogy a végrehajtó szervek ezeket a gyakorlatban alkalmazzák is, mi több, ha mégis alkalmazzák, akkor helyesen teszik-e, a prevenció, az áldozatvédelem, és a szankcionálás kellő mértékben érvényesül-e.

Az ember egy olyan komplex egység, amelyben a fizikai-, az érzelmi-, a mentális-, valamint a fiziológiai tulajdonságok egymásra kihatással vannak. Amennyiben ezek valamelyike sérül, úgy ez az összetett egység felbomlik. Egy Földön élünk, ahol minden embernek joga van ahhoz, hogy ezt a komplex egységet élvezhesse, és harmóniában élhessen embertársai mellett. Az államnak a büntető jogalkotás területén ezt a célt kell szolgálnia, hogy embertársaink ezt a harmóniát ne bonthassák meg, illetőleg ezt a harmóniát mindannyian élvezhessük.

³⁷ BELOVICS Ervin, BÉKÉS Imre, BUSCH Béla, DOMOKOS Andrea, GELLÉR Balázs, MARGITÁN Éva, MOLNÁR Gábor, SINKU Pál: Büntetőjog általános rész. – Budapest: HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., 2014.

Felhasznált irodalom

Szakirodalom

- ANGYAL Pál: A magyar büntetőjog tankönyve I-II. – Budapest, Athenaeum Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság, 1920.
- BELOVICS Ervin, BÉKES Imre, BUSCH Béla, DOMOKOS Andrea, GELLÉR Balázs, MARGITÁN Éva, MOLNÁR Gábor, SINKU Pál: Büntetőjog általános rész. – Budapest: HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., 2014.
- BLASKÓ Béla, MIKLÓS Irén, PALLAGI Anikó, POLT Péter, SCHUBAUER László: Büntetőjog különös rész I. – Budapest-Debrecen: Rejtjel Kiadó, 2013.
- BLASKÓ Béla: Magyar büntetőjog. Általános rész. – Budapest: Rejtjel Kiadó, 2002.
- BRADLEY Gerard: Retribution: The Central Aim of Punishment. In.: Harvard Journal of Law & Public Policy, 2003, 27. évf., 1. sz. – p.:19-31
- HART Henry: The Aims of Criminal Law. In.: Law and Contemporary Problems. 1958., 23. évf., 3.sz. – p.: 401-441
- HAVOSCOPE: Prostitution: Prices and Statistics of the Global Sex Trade. (https://www.amazon.com/dp/B00ZZBFXO2/ref=rdr_kindle_ext_tmb) (letöltés ideje:2017. április 17.)
- KARDOS Sándor István: A rendőri korrupció fogalmi meghatározásának és mérhetőségének problémái. In.: Műszaki Katonai Közlöny, 2014., 24. évf., 1. sz. – p.:183-199.
- KÁROLI Gáspár: Szent Biblia. – Bp.: Magyar Bibliatársulat, 2010.
- KOVÁCS István: A prostitúció jelensége és társadalmi kontrolljának vizsgálata empirikus módszerekkel PhD értekezés, Budapest, UNI-NKE, 2016. – p.:84-85.
- KOVÁCS István: Az emberkereskedelemhez szorosan kapcsolódó prostitúciós bűncselekmények - különösképpen a gyermekprostitúció - áldozatai emberi jogainak hazai vonatkozása. In: Polgári Szemle, 2014., 10. évf. 3-6. sz. – p.:418-431
- LUSTIGER Jean-Marie: Emberhez méltán. – Budapest: Virgilia Kiadó, 1997.
- ROBINSON Paul: An Introduction of the Model Penal Code. – Pennsylvania: University of Pennsylvania Law School, Penn Law, 2007.

Jogszabályok

1912. évi XLIX. törvénycikk - a leánykereskedés elnyomása végett Párizsban létrejött nemzetközi megállapodás és egyes hozzátartozó okiratok becikkelyezése tárgyában –
1925. évi XIX. törvény - a nőekkel és a gyermekekkel üzőtt kereskedés elnyomása végett Genfben létrejött nemzetközi egyezmény becikkelyezése tárgyában –
1935. évi XX. törvénycikk - a nagykorú nőekkel üzőtt kereskedés elnyomására vonatkozó nemzetközi egyezmény becikkelyezése tárgyában –
1947. évi XVIII. törvény - a Párizsban 1947. évi február hó 10. napján kelt békeszerződés becikkelyezése tárgyában –
1955. évi 34. törvényerejű rendelet - az emberkereskedés és mások prostitúciója kihasználásának elnyomása tárgyában, New Yorkban, 1950. évi március hó 21. napján kelt nemzetközi egyezmény kihirdetéséről –
2012. évi C. törvény – a Büntető Törvénykönyvről - 2271/1997. (IX. 11.) Korm. határozat - a prostitúció visszaszorítására irányuló intézkedésekről –
- A leánykereskedés elnyomása tárgyában 1904. május 18-án kötött nemzetközi egyezmény
- A leánykereskedés elnyomása tárgyában 1904. május 18-án kötött nemzetközi egyezmény
1910. május 04-én elfogadott módosításáról

A nagykorú nőkkel üzött kereskedés elnyomására vonatkozóan 1933. október 11-én kötött nemzetközi egyezmény
A nőkkel és gyermekekkel üzött kereskedés elnyomása tárgyában 1921. szeptember 30-án kötött nemzetközi egyezmény

Vezetői felelősség, mint önálló bűnkapcsolat

I. Bevezetés

Az individuális büntetőjogi felelősség elvének maradéktalan érvényesülése jogállami követelmény, alapvető tétel, miszerint mindenkit csak azért a cselekményért lehet felelősségre vonni, amelyet elkövetett.² A más által elkövetett bűncselekményhez kapcsolódó felelősségi formák azonban nem idegenek a tradicionális büntetőjogrendszerektől, a bűnrészesi magatartások ugyanis a járulékoság, a más által elkövetett bűncselekményben való tudatos, *szándékos közreműködés* okán büntetendők. Találhatók azonban hatályos büntetőjogrendszerünkben olyan, más cselekményéhez kapcsolódó tényállások, felelősségi formák, amelyek dogmatikai jellegüket tekintve nehezen definiálhatók, a hazai uralkodó büntetőjogi dogmatika kereteit szétfeszítik. E deliktumok a Btk. 293. § (4) (5) bekezdéseiben szabályozott, az aktív hivatali vesztegetéshez kapcsolódó felügyeleti vagy ellenőrzési kötelezettség megsértése, valamint a 397. §-ban deklarált költségvetési csaláshoz kapcsolódó felügyeleti vagy ellenőrzési kötelezettség elmulasztása tényállások. Jelen tanulmányban kizárólag arra a kérdésre keresem a választ, hogy a vizsgált tényállások, felelősségi formák hol helyezkednek el a büntetőjog dogmatikai rendszerében. Éppen ezért a bűncselekmények részletes dogmatikai elemzése e helyen nem célom, azok lényeges és a tanulmány tárgyát képező kérdés szempontjából releváns fogalmi elemeinek, valamint dogmatikai konstrukciójának átfogó ismertetése azonban elengedhetetlen.

II. A gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselőjének speciális büntetőjogi felelősségét deklaráló tényállások konstrukciójának ismertetése

Az 1978. évi IV. törvény (régii Btk.) tipikusan különböző nemzetközi jogi, uniós jogi instrumentumoknak való megfelelés okán³ iktatta be a magyar jogrendszerbe a fent említett, aktív hivatali vesztegetéshez, valamint költségvetési csaláshoz kapcsolódó vezetői felelősségi alakzatokat, amelyeket a jelen hatályos 2012. évi C. törvény (Btk.) érdemi változtatás nélkül továbbra is szabályoz. E tényállások büntetni rendelik a gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselőjét, vagy a szervezet ellenőrzésre vagy felügyeletre feljogosított tagját, illetve dolgozóját⁴ abban az esetben, ha a gazdálkodó szervezet tagja vagy dolgozója aktív hivatali vesztegetést vagy költségvetési csalást követ el, és a vezető tisztségviselő felügyeleti-ellenőrzési kötelezettségének teljesítése az alpbűncselekmény⁵ elkövetését megakadályozhatta volna, vagy éppen az elkövető mulasztása teszi lehetővé⁶ azt, hogy a

¹ Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Bűnügyi Tudományok Intézete; doktorandusz hallgató, tudományos segédmunkatárs

² Nagy Ferenc: Anyagi büntetőjog. Általános rész II. Iurisperitus Bt, Szeged, 2014. 83. p

³ Az Európai Közösségek pénzügyi érdekeinek védelméről szóló 1995-ös egyezmény (*PIF-Egyezmény*) 3. cikke a vállalkozások vezetőinek büntetőjogi felelősségéről, valamint az Európai Közösségek tisztségviselőit és az Európai Unió tagállamainak tisztségviselőit érintő korrupció elleni küzdelemről szóló 1997-es egyezmény 6. cikke, a vállalkozások vezetőinek büntetőjogi felelősségéről.

⁴ Továbbiakban egységesen: gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselője, *tekintettel arra, hogy jelen tanulmány tárgyát képező kérdés szempontjából a bűncselekmény elkövetői körének differenciálása nem bír relevanciával.*

⁵ Alpbűncselekmények azoknak a más (azaz nem a vezető tisztségviselő) által elkövetett bűncselekményeknek a gyűjtőfogalma, amelyek kapcsán a vezetői felelősség megállapítható.

⁶ A két tényállás az alpbűncselekmény és a gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselője mulasztása közötti okozati kapcsolat deklarálására eltérő formulát használ. Amíg az aktív hivatali vesztegetéshez kapcsolódó alakzat a „*megakadályozhatta volna*” fordulatot használja, addig a költségvetési csaláshoz kapcsolódó

bűncselekményt a tag vagy dolgozó elkövesse. Mindkét tényállás elkövetési magatartása a vezető tisztségviselőt terhelő felügyeleti vagy ellenőrzési kötelezettség elmulasztása.⁷ A bűncselekmény speciális jellegét az adja, hogy a tényálláshoz az alpbűncselekmény objektív büntethetőségi feltételként kapcsolódik, amely azt jelenti, hogy a vezető tisztségviselőnek nem kell – sőt jelen tényállások vonatkozásában egyenesen nem is szabad – tudnia arról, hogy a szervezet tagja vagy dolgozója a hivatali vesztegetést vagy a költségvetési csalást elkövette, ugyanis abban az esetben, ha az elkövető tudata átfogja az alpbűncselekmény megvalósulását, valamint akarati-érzelmi oldalon a szándékossághoz szükséges kívánás vagy belenyugvás is fennáll, úgy nem ez a bűncselekmény valósul meg, hanem az alpbűncselekményhez járó, mulasztással realizált bűnsegély miatt tartozik felelősséggel az elkövető.

III. A felelősségi forma elhelyezkedése a büntetőjogi dogmatika felelősségi mátrixában

Egy jogintézmény rendszerbeli helyének meghatározása Wiener A. Imre megállapítása szerint a jogállamiság követelményéből eredeztethető elvárás, ugyanis a norma intézmény- és fogalomrendszerbe foglalása képes „*a büntetőjogot kiszámíthatóvá, ellentmondásmentessé, előreláthatóvá, azaz követhetővé tenni*”.⁸ Adott jogintézmény, jogi norma vizsgálatának nulladik szintje tehát annak meghatározása, hogy hol helyezkedik el a (büntető)jog rendszerében. Ehhez meg kell vizsgálni azokat a fogalmi ismérveket, amelyek alkalmassá teszik arra, hogy más, az új jogintézményhez hasonló, ámde valamely létező dogmatikai kategóriába illeszkedő normával való összehasonlítását lehetővé tegyék, ezáltal – a simile alapon – lehetőség nyílik létező dogmatikai rendszerbe való besorolására, avagy a differentia specifikák számossága, vagy a kategóriát jellemző jelentős fogalmi ismérv(ek) hiánya éppen arra engedhet következtetni, hogy a vizsgált jogintézmény egyik fennálló dogmatikai rendszerbe sem sorolható be megnyugtatóan. Ez utóbbi esetben élhetünk a főszabály alóli kivételként való definiálás lehetőségével, és megállapítható az adott, rendszeren kívüli jogintézmény „*sui generis*” vagy „*quasi*” jellege, avagy az ismérvek feltárásával létrehozható olyan új dogmatikai kategória, amely a büntetőjog elveire, szabályaira tekintettel illeszkedik a már létező fogalmi kategóriáinak zárt logikai rendszerébe.

III. 1. Rendszerbeli hely – de lege lata

Az aktív hivatali vesztegetéshez, valamint a költségvetési csaláshoz kapcsolódó felügyeleti vagy ellenőrzési kötelezettség megsértése tényállások dogmatikai rendszerben való elhelyezéséhez elsősorban azok fő fogalmi elemeinek, jellegadó ismérveinek megfogalmazása szükséges. Első – és egyben legjellegzetesebb ismérv – az, hogy a bűncselekmény elkövetéséhez legalább két személy által realizált cselekmény szükséges, nevezetesen az alpbűncselekmény elkövetőjéé, valamint a felügyeleti vagy ellenőrzési kötelezettséget elmulasztó individuumé, azaz *járulékos jellegű* bűncselekményről van szó. Azáltal, hogy a norma jellegadó ismérveként *több elkövető „közreműködésének” szükségképpenisége* megállapítható, olyan dogmatikai kategóriák vizsgálata indokolt, ahol ez az ismérv szintén megtalálható. E dogmatikai kategóriák pedig a járulékos jelleg, a más személy

bűncselekmény a „*lehetővé teszi*” kifejezéssel él. Az eltérő terminológiának a két bűncselekmény közötti kapcsolat vizsgálata során dogmatikai jelentősége van, azonban e vizsgálat nem képezi jelen tanulmány tárgyát.

⁷ Vö. Sántha Ferenc: Parancsnokok, eljárók speciális felelőssége a nemzetközi büntetőjogban. In Kirs Eszter (szerk.): Egységesedés és széttagozódás a nemzetközi büntetőjogban. Studia Iuris Gentium Miskolcinsensia. Bíbor Press, Miskolc, 2009. 43. p.

⁸ Wiener A. Imre: Felelősségtan. In Bárd Károly et al: Büntetőjog Általános Rész. KJK-Kerszöv. Budapest, 2002, 57. p.

cselekményéhez kapcsolódó felelősség⁹ alapján elsősorban a *bűnsegély*, valamint a *bűnkapcsolatok* köre.

III.1.1. *Quasi sui generis bűnsegédi alakzat*

Ha a felelősségi formát bűnsegédi részesség elkövetői kategóriájának mintegy sui generis alakzataként kívánjuk felfogni, amellet az az érv szól, hogy a speciális felelősségi alakzat elkövetőjének magatartása nem keletkeztet *önállóan* büntetőjogi felelősséget. Az elkövető felelősségének megállapításához egy meghatározott bűncselekmény, egy – korábban ismertetett – más által elkövetett alapcselekmény szükséges.¹⁰ E jellemvonásában a vizsgált felelősségi forma tökéletesen megegyezik a bűnsegéllyel, hiszen a járulékoság követelménye alapján kiindulópont, hogy szükséges tettesi alapcselekmény megvalósulása. Emellett kijelenthetjük azt is, hogy a bűnsegéd által megvalósított cselekmény sem kell, hogy önmagában – az alapcselekményhez való viszonyára tekintet nélkül – büntetőjogilag releváns legyen, ugyanis az akár neutrális, azaz egy szociáletikai jogtalanságnak¹¹ nem tekinthető magatartást objektíve a cselekmény *bűnsegédi* jellege, szubjektíve pedig az elkövetőnek az alapcselekményhez való viszonya teszi fogalmilag bűnsegéllyé. A vizsgált felelősségi forma bűnsegédiként való definiálásával szemben álló elsődleges érv éppen az iménti megállapítás szubjektív aspektusára vonatkozik, nevezetesen a vezető tisztségviselő speciális felelősségi alakzata a bűnsegélyhez képest *elhagyja a bűnösség vizsgálatának követelményét*, így – tekintettel arra, hogy a bűnsegéd tudatának át kell fognia a tettesi alapcselekmény tényállási elemeit, akarati-érzelmi oldalon pedig az ahhoz való segítségnyújtást kívánnia kell, avagy abba bele kell nyugodnia – az részességnek nem, legfeljebb *quasi sui generis* részesi alakzatnak, pontosabban *quasi sui generis* mulasztásos bűnsegélynek tekinthető. A quasi jelző deklarálja azonban, hogy a jogintézmény pusztán *a simile* alapon sorolható be ebbe a dogmatikai kategóriába, a rendszer fogalmi elemeinek kimerítően *nem felel meg*. Habára e kategorizálás „quasi-elven” helyes lehet, álláspontom szerint dogmatikailag mégsem ez a legmegnyugtatóbb megoldás.

III. 1. 2. *Szubszumálás a büntetőjog-tudomány által definiált bűnkapcsolati alakzatok valamelyike alá*

A hagyományos dogmatikai kategóriákat áttekintve érvelhetünk amellet is, hogy a járulékoságra tekintettel bűnkapcsolati alakzatról van szó. Ez a hipotézis helytálló annyiban, hogy a bűnkapcsolati alakzatok sajátossága abban áll, hogy kizárólag egy más által elkövetett alapcselekményhez kapcsolódóan valósulhatnak meg,¹² azaz alapcselekmény nélkül bűnkapcsolati alakzat definiálása fogalmilag kizárt.¹³ Ebbe a halmazba tartozó jogintézmények rendkívül heterogének, gyakorlatilag a dogmatikai kategória részelemeinek

⁹ Sántha Ferenc: A jogi személy büntetőjogi felelősségéről. KJK-Kerszöv, Budapest, 2002. 86. p.

¹⁰ Mészáros, Ádám: Adalékok a részesség járulékoságának tanához. 67. p. In Kriminológiai Tanulmányok 44. 2007. 67-88.

¹¹ Maschke, Günther: Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen: Die Sanktionierung von Verstößen gegen die Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen nach § 130 Ordnungswidrigkeitengesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen Tathandlung und Zuwiderhandlung. Berlin Verlag A. Spitz, Berlin, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1997. 25. p; Rogall, Klaus: Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG). 586. p. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ZStW 3/1986.

¹² Nagy: i.m. 72. p; Tóth Mihály: Járulékos bűncselekmények (a tárgyi bűnpártolás, az orgazdaság és a pénzmosás) elhatárolási dilemmái. 513. p. In Magyar Jog 1997/9. 513-518.

¹³ Vö. Simon Nikolett: Elhatárolási kérdések az akcesszórius bűncselekmények köréből. In Pogácsás Anett et.al (szerk.): Varietas delectat. A PPKE JÁK hallgatóinak válogatott tanulmányai, Pázmány Press, Budapest, 2013. 75-87. 77. p

jellegetessége, hogy közülük egyik sem illeszthető be a tradicionális részesi kategóriák valamelyikébe,¹⁴ éppen ezért mindegyik önálló, különös részi szabályozást nyer.¹⁵ Megállapítható azonban, hogy a bűnkapcsolati alakzatok mindegyikére jellemző, hogy az alapbűncselekményre kiterjedően is fennáll az elkövetők között egyfajta közös tudattartam, azaz a bűnkapcsolati bűncselekmény elkövetője tud arról, hogy az alapbűncselekmény elkövetésre került, és szubjektív oldalon abban – tipikusan¹⁶ utólagosan – *közreműködni kíván*. Mivel azonban a vizsgált felelősségi forma egyik jellegetessége – ahogyan láthattuk – éppen az, hogy az elkövetőnek az alapcselekményhez való szubjektív viszonyulása hiányzik, e megállapítás a fejezetben felállított hipotézist cáfolja. Emellett a vizsgált felelősségi formának bármely létező bűnkapcsolati kategóriába történő besorolása azért sem megnyugtató, mert minden egyes ismert bűnkapcsolati alakzat esetén két *bűncselekmény* szükségképpen összekapcsolásáról van szó,¹⁷ esetünkben a tettes által megvalósított cselekmény önmagában viszont *nem bűncselekmény*.¹⁸ Megállapítható tehát, hogy a vizsgált jogintézmény annak sui generis jellegét szem előtt tartva sem feleltethető meg egyik ismert elkövetői alakzatnak sem,¹⁹ így egyik olyan létező, definiált dogmatikai kategóriába sem illeszthető be megnyugtatóan, amelyre a járulékoság jellemző.

III. 2. Rendszerbeli hely *de lege ferenda* – Vezetői felelősség mint sui generis bűnkapcsolat

Láthatóvá vált, hogy a vezető tisztségviselő büntetőjogi felelősségét járulékos jelleggel megállapítani hivatott, közreműködésre kiterjedő szubjektív tényállási elemtől mentes felelősségi forma a magyar büntetőjogi dogmatika rendszerétől *idegen*.²⁰ Egyik létező dogmatikai kategóriába tartozó felelősségi alakzat sui generis jogintézményként sem definiálható, hiszen a más személy által elkövetett bűncselekményhez való szubjektív viszonyulás hiánya – mint az ismert járulékos dogmatikai kategóriák fogalmi eleme – ki fogja zárni a felelősségi formát a rendszerből. E megállapítást követően mégis a bűnkapcsolatokhoz visszatérve kívánom az érvelésemet folytatni, ugyanis az előző cím alatt felsorakoztatott érvek helyessége mellett olyan korrekciós, differenciálást, továbbgondolást lehetővé tevő kérdések feltevése szükséges, amelyek megválaszolásával kiderül, hogy vajon az ismert bűnkapcsolati alakzatok dogmatikai köre tágítható-e, és ha igen, milyen feltételek mellett. Az első és legfontosabb kérdése az, hogy vajon a bűnkapcsolatnak mint heterogén tényállásokat összegyűjtő dogmatikai kategóriának mi a *genus proximuma*? Álláspontom szerint a bűnkapcsolat fő fogalmi eleme a *járulékoság*,²¹ azaz ez az a fogalmi elem lesz az a

¹⁴ Nagy: i.m. 72. p.

¹⁵ Vö. Nagy Zoltán: A bűncselekmény elkövetői. In Balogh Ágnes – Tóth Mihály (szerk.): Magyar büntetőjog. Általános rész. Osiris Kiadó, Budapest, 2010. 192-218. 209. p

¹⁶ A bűnkapcsolati alakzatok közül a feljelentés elmulasztása realizálható oly módon is, hogy időben megelőzi az alapcselekmény elkövetését (Nagy: i.m. 73. p), valamint a bűnös közömbösség megállapításához elvárt mulasztásos magatartás pedig időben kizárólag az alapbűncselekményt megelőzően, de legfeljebb azzal egyidőben realizálható. (Nagy: i.m. 74. p.)

¹⁷ Uo.

¹⁸ A feljelentés elmulasztása, valamint a bűnös közömbösség a mulasztásos elkövetési magatartásnak a vizsgált jogintézményhez való hasonlósága okán magyarázatot igényel. A különböző, különös részben meghatározott bűncselekményekhez kapcsolódó feljelentés elmulasztása, valamint a bűnös közömbösségre törvényi példaként említhető zendülés megakadályozásának elmulasztása (Btk. 443. §) (Nagy: i.m. 74. p) során realizált elkövetési magatartás *ex lege*, a törvény erejénél fogva bűncselekménynek minősül. Az aktív hivatali vesztegetéshez, valamint költségvetési csaláshoz kapcsolódó felügyeleti vagy ellenőrzési kötelezettség megsértése a tényállásba explicite belefoglalt alapbűncselekmény megvalósulása nélkül nem bűncselekmény, legfeljebb más jogági jogsértés.

¹⁹ A társtettség és a közvetett tettség vizsgálatának kötelezettségét a *maius ad minus* logikai alapon kizárja a részességre adott nemleges válasz.

²⁰ Vö. Sántha 2009: 52. p.; Sántha 2013: 28. p.

²¹ Vö. Simon i.m. 78. p

szükségképpen minimum, amely egy tényállás, jogintézmény, felelősségi forma bűnkapcsolat kategória alá tartozását lehetővé teszi. A járulékoság ugyanis álláspontom szerint a legtávolabbi (az alpbűncselekmény törvényi tényállásába való be nem lépés okán), ám legelősebb kapcsolat két elkövető cselekménye között ahhoz, hogy azok egymáshoz való viszonyukra tekintettel definiálhatók legyenek büntetőjogi értelemben, hiszen ha ez a kapocs hiányzik, úgy a *büntetőjogilag* önmagában nem releváns cselekmény *büntetőjogilag* nem értékelhető. Azaz e fogalmi elem hiánya esetén gyakorlatilag a büntetőjogi definiálás követelménye okafogyott. A következő kérdés az, vajon az alapcselekményhez való szubjektív viszonyulás kritériuma is főfogalmi elem-e, azaz annak hiánya a fogalmi kategória alóli kizáró tényezőként jelenik-e meg. E kérdés megválaszolása előtt álláspontom szerint szükséges kimondani azt az axiómát, miszerint egy fogalmi elemet nem az a tény tesz genus proximummá, hogy az az adott kategóriába tartozó részelemek mindegyikére jellemző, hanem az az ismérv, hogy e tulajdonság nélkül nem lehet része a halmaznak. Így ha a dogmatikai kategóriába tartozó elemek mindegyikénél, mintegy *véletlenszerűen* fennálló jellegzetességről van szó, az fogalmi elem ugyan, de – szemben a főfogalmi elemmel – túri a kivételt. Így a kérdés olyan módon tehető fel, hogy vajon beengedhető-e olyan felelősségi forma a bűnkapcsolati alakzatok körébe, ahol a járulékos jelleg adott, ám az alpbűncselekmény vonatkozásában az elkövető szubjektív viszonyulása hiányzik? Álláspontom szerint a heterogén bűncselekményi tényállásokat magában foglaló bűnkapcsolatok köréből indokolatlan kizárólag a szubjektív oldal hiányára alapozva valamely tényállást kizárni, annak bűnkapcsolat voltát tagadni, ugyanis e dogmatikai kategória létének célja éppen az, hogy egybegyűjtse azokat a magatartásokat, amelyek valamilyen szükségképpen fogalmi elem hiánya okán *nem tekinthetők részességnek*. Éppen ezért is elégséges kizárólag a járulékoság kritériumának megkövetelése a bűnkapcsolatok tekintetében. Így a hipotézis, amelynek igazolására jelen cím alatt törekszem, a következő:

A magyar büntetőjog dogmatikai rendszerében indokolt a vezetői felelősség önálló bűnkapcsolati alakzatként való definiálása.

Rendszeralkotó hipotézisemet mintegy nulladik érvelési szinten egy analógiával kívánom alátámasztani, az analógia tárgyát a feljelentési kötelezettség elmulasztása bűnkapcsolati alakzat azon formája képezi, amely helyes dogmatikai besorolás szerint nem minősülhet sui generis bűnsegédi alakzatnak.²² Barna Péter már 1955-ös munkájában, a feljelentési kötelezettség elmulasztása rendszerbeli helyének vizsgálata során felteszi ugyanazt a kérdést, amely jelen tanulmány tárgyát képező felelősségi alakzat rendszerben történő elhelyezése szempontjából determináló jelentőségű, nevezetesen, hogy „*a feljelentés elmulasztása mint büntetőjogi fogalom a részesség körébe, vagy a bűnkapcsolat körébe tartozik-e*”.²³ Barna helytállóan amellet érvel, hogy abban az esetben, ha a feljelentés elmulasztása az alpbűncselekményhez utólagosan járul, és az gondatlanul történik, akkor a bűnsegélynek kétségtelenül nem minősülhet, viszont ebben az esetben a feljelentés elmulasztásának a rendszerbeli helye a bűnkapcsolati alakzatok köre lesz.²⁴ Álláspontom szerint *a maiore ad*

²²A feljelentési kötelezettség elmulasztásának bűnsegélykénti definiálása tekintetében abban az esetben, ha a mulasztó magatartása az elkövető még be nem fejezett bűncselekményéhez járul, úgy a mulasztásos bűnsegélyhez szükséges speciális jogi kötelezettséget a Btk-ból származó, meghatározott bűncselekményekhez kapcsolódó általános feljelentési kötelezettség pótolja. Abban az esetben tehát, amikor a bűnsegélyszerű mulasztást realizáló elkövetőt egyébként speciális jogi kötelezettség (is) terheli a más által elkövetett bűncselekmény feljelentése útján történő megakadályozására nézve, úgy az alpbűncselekményhez nyújtott bűnsegély megállapítása a dogmatikailag tiszta megoldás. Vö. Barna Péter: A feljelentés elmulasztása. 759. p. In Jogtudományi Közöny. 12/1955. 758-766.

²³Barna: i.m. 758. p

²⁴Barna: i.m. 761. p

minus épp ily módon lehet érvelni amellet, hogy az alpbűncselekményhez járuló *vétlen* magatartás sui generis büntetendősége is bűnkapcsolati alakzatnak minősül.

III.2.1. Vezetői felelősségi alakzatok a Btk-ban

A felállított hipotézis alátámasztását szolgálja elsősorban az, ha az új dogmatikai kategóriának az aktív hivatali vesztegetéshez, valamint költségvetési csaláshoz kapcsolódó felügyeleti vagy ellenőrzési kötelezettség megsértése bűncselekményeken kívül más elemét is definiálni tudjuk, ugyanis egyetlen (esetünkben két, közel azonos) tényállásra külön dogmatikai kategória létrehozása – még azok rendszeridegen volta mellett is – nehezen indokolható. Ezért az új dogmatikai kategória definiálásának követelménye mellett a magyar büntetőjogban szórványosan megjelenő, a vizsgált felelősségi formával egybehangzó tényállások, felelősségi formák feltárásával érvelek oly módon, hogy megkísérlem megfogalmazni az új dogmatikai alrendszer genus proximumát, valamint azt a más, hasonló dogmatikai kategóriáktól elválasztó differentia specifikákat. Ennek érdekében elengedhetetlen a hipotézis szerinti rendszer részelemeit képező normák vizsgálata, ám ez pusztán annyiban céлом, amennyiben az új kategória megfogalmazásának követelményét alátámasztják vagy cáfolják.

A gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselőjének speciális büntetőjogi felelősségét megállapító két, a bevezetőben ismertetett tényálláson kívül a háborús, valamint az emberiesség elleni bűncselekmények körében találunk olyan deliktumokat, amelyek vezető beosztású személy büntetőjogi felelősségét deklarálják a vele valamiféle függelmi viszonyban álló személy által elkövetett bűncselekmény (alpbűncselekményt) kapcsán. E tényállások a következők: *Az előjárónak vagy hivatali vezetőnek az emberiesség vagy háborús bűncselekményekhez kapcsolódó felelőssége (Btk. 145. §; Btk. 159. §); valamint az előjárói intézkedés elmulasztása (Btk. 452. §).*

A háborús (*Btk. XIV. Fejezet*), valamint az emberiesség elleni (*Btk. XIII. Fejezet*) bűncselekményekhez kapcsolódó előjárói felelősségi alakzatot deklaráló tényállásokat az új Btk. iktatta be a jogrendszerünkbe,²⁵ azok beillesztésére okot adó nemzetközi jogi norma a Nemzetközi Büntetőbíróság (ICC) Statútuma.²⁶ E tényállások speciális jellege abban áll, hogy a költségvetési csaláshoz, valamint az aktív hivatali vesztegetéshez kapcsolódó vezetői felelősségi alakzatoktól eltérően nem egyetlen, magában a tényállásban meghatározott bűncselekményt neveznek meg kapcsolódó bűncselekményként, hanem az adott fejezetben található valamennyi tényállás alpbűncselekménye a Btk. 145. §-ban, valamint a Btk. 159. §-ban megfogalmazott felelősségi alakzatnak. Mivel mind a háborús, mind pedig az emberiesség elleni bűncselekményekhez kapcsolódó előjárói felelősségi alakzat szövegezése azonos, és e helyen az alpbűncselekmények részletes vizsgálata nem céлом, a továbbiakban a két tényállást egy felelősségi alakzatként kezelem.²⁷ Az előjárói felelősséget deklaráló

²⁵ Karsten, Nora: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten. Duncker&Humblot, Berlin, 2010. 61. p; Gellér Balázs: A nemzetközi jog hatása a büntetőjogi felelősségre. In Bárd Károly et.al. Büntetőjog Általános Rész. KJK-Kerszöv, Budapest, 2002. 306-307. pp.

²⁶ A jugoszláv (7. cikk), valamint a ruandai törvényszék statútuma közel azonos felelősségi formát deklarál az ICC Statútum által megfogalmazottal, azonban tekintettel arra, hogy a dolgozatnak nem képezi tárgyát a nemzetközi jogi felelősség részletes elemzése, e helyen a Btk.-beli szövegezés teljes egyezősége okán kizárólag az ICC Statútum által deklarált vezetői felelősségre térek ki. Vö. Molnár Gábor Miklós: Az emberiesség elleni bűncselekmények (Btk. XIII. Fejezet). In Busch Béla (szerk.): Büntetőjog II. Különös rész. A 2012. évi C. törvény alapján, HVG-ORAC, 2012. 30. p; Sántha 2009: 44. p; Molnár 2012b: 29. p; Törő Sándor: Az emberiesség elleni bűncselekmények. (Btk. XIII. Fejezet). In. Karsai Krisztina (szerk.): Kommentár a Büntető Törvénykönyvhöz. Complex Kiadó, Budapest, 2013. 289. p (TÖRÖ, 2013a)

²⁷ Az előjárói felelősséget deklaráló tényállás konstrukcióját áttekintve meg kell állapítani továbbá, hogy a jelen tanulmányban vizsgált, a gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselője speciális felelősségi alakzatával hasonló fogalmi jegyeket viselő fordulat pusztán egy, a tényállásban meghatározott konstrukciók közül, ám tekintettel arra, hogy az új bűnkapcsolati alakzat megfogalmazása szempontjából kizárólag a vizsgált fordulat bír

tényállás két személyi kör felelősségét rendeli megállapítani a tényállási elemek megvalósulása esetén: a katonai parancsnokét, valamint a hivatali vezetőjét. A két kvalifikált tettesi kör büntetendőségéhez eltérő feltételeket állapít meg a törvény, amely eltérés tipikusan az alpbűncselekményhez való szubjektív viszonyulás vonatkozásában jelenik meg. Amíg a hivatali vezető akkor büntetendő, ha az elkövetési magatartás (mulasztás) realizálása mellett tudta, hogy az alpbűncselekményt az alárendelt személy elkövette, vagy tudatosan figyelmen kívül hagyta az arra utaló jeleket, addig a katonai parancsnok felelőssége megállapításához elegendő annak bizonyítása is, hogy az alpbűncselekmény elkövetéséről *tudnia kellett volna*. Az explicit, speciális előjárói felelősséget deklaráló tényállásokon kívül található még egy olyan bűncselekmény a Btk-ban, amely hasonló fogalmi elemeket tartalmaz, mint amely bűncselekmények vonatkozásában sui generis bűnkapcsolati alakzat definiálását indokoltnak tartom. E bűncselekmény a Btk. 452. §-ában meghatározott tényállás, az *előjárói intézkedés elmulasztása*. E deliktumot – eltérően a fent vizsgált előjárói felelősségi alakzatoktól – a régi Btk. is tartalmazta.²⁸ E bűncselekmény alapján – kizárólag a téma kifejtése szempontjából releváns fordulatot vizsgálva – az büntetendő, *aki előjárói kötelezettségét megszegve, az alárendelt bűncselekményének megakadályozásához szükséges intézkedést elmulasztja*. Azzal, hogy a tényállás releváns fordulata kizárólag a „bűncselekmény” terminológiát használja, megállapítható, hogy e deliktum vonatkozásában alpbűncselekmény lehet főszabály szerint bármely, a Btk. különös részében meghatározott bűncselekmény, kivéve, ha az háborús, vagy emberiesség elleni (ahogyan e kitételt maga a tényállás is tartalmazza), ugyanis ebben az esetben, specialitás elve folytán a fentebb tárgyalt előjárói felelősségi alakzat alapján kell megállapítani a büntetőjogi felelősséget. Az elkövetési magatartás e helyen is a bűncselekmény elkövetésének megakadályozásához *szükséges intézkedés elmulasztása*, azaz épp úgy, mint az eddig ismertett bűncselekmények vonatkozásában, tiszta mulasztásos bűncselekményről van szó.

III. 2. 2. A vezetői felelősség, mint bűnkapcsolati alakzat jellegadó fogalmi ismérvei

Az ismertett bűncselekményi tényállások azonos, vagy hasonló fogalmi elemeinek rendszerezésével megállapíthatók azok a fogalmi elemek, amelyek e felelősségi forma önálló bűnkapcsolati alakzatként való definiálásához mintegy csoportképző ismérvek halmazaként járul hozzá, és egyben az új kategória létét legitimizálja. A tényállásokat áttekintve három közös ismérv vázolható fel: a speciális vezetői felelősséget deklaráló tényállás elkövetője, valamint az alpbűncselekmény elkövetője közötti alá-fölérendeltségi viszony (A); a bűncselekmény elkövetésének megakadályozásához szükséges intézkedés elmulasztása mint elkövetési magatartás (B); valamint a bűncselekmény tettesének az alpbűncselekményhez való szubjektív viszonyulásának hiánya, vagy annak hiányos volta (C).²⁹ Az alpbűncselekmény léte a bűnkapcsolatok főfogalmi eleme okán quasi az ebbe a kategóriába

relevanciával, elemzés tárgyát – a szükséges mértékben – csak az képezi. A teljesség kedvéért szükséges azonban felvázolni, hogy a jogalkotó e tényállás keretei között, alternatív elkövetési magatartásáért rendeli büntetni az előjárót abban az esetben, ha az a bűncselekmény elkövetéséről való tudomásszerzést követően feljelentési kötelezettségét elmulasztotta. E fordulat szintén a bűnkapcsolati alakzatok körébe tartozik, ám a feljelentési kötelezettség elmulasztása dogmatikai kategória részelemét képezi. Vö. Nerlich, Volker: Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible? 667. p. In Journal of International Criminal Justice 5/2007. 665-682. Four forms of superior responsibility. Jelen vizsgálat vonatkozásában tehát a NERLICH által négy dogmatikai kategóriába sorolt előjárói felelősségi forma közül egy releváns, nevezetesen a „*lack-of-knowledge superior responsibility before the fact*”. Nerlich: i.m. 674-677. pp

²⁸Vö. Végh Károly: A közvetett parancsnoki felelősség a magyar és nemzetközi büntetőjog alapján. 353. p. In Jogtudományi Közöny. 2010/7-8. 351-363.

²⁹A nemzetközi büntetőbíróság az ún. Vorgesetztenverantwortlichkeiten, command/superior responsibility megállapításának feltételeit e három ismérv mentén munkálta ki. Vö. Karsten: i.m. 28. p; 38-39. pp; Vö. Celebici-ügy; Delalic-ügy (Urteil des Verhandlungskammer. 1998. 11. 16. 349.)

tartozás megállapításának nulladik lépcsőfoka. A vezetői felelősségi mátrix a legszigorúbbtól a legenyhébb felé haladva a speciális tettesi kvalifikáció mentén, az alapbűncselekményhez való szubjektív viszonyulás foka alapján, valamint a kapcsolódó bűncselekmények heterogenitása szerint csoportosíthatók.

(A) Alá-fölérendeltségi viszony

Az alá-fölérendeltségi viszonyt jellemző utasításos rendszer erősségét, kötöttségét tekintve a legerőteljesebben a katonai parancsnok és alárendeltje viszonylatában jelenik meg, majd ezt követi a hivatali előljáró és alárendeltjének kapcsolata, majd a hierarchikus, utasításon alapuló viszonyok legenyhébb köteléket képező elem a gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselőjének a szervezet tagjához vagy dolgozójához való viszonya.³⁰ A sorrend megállapítását az az alapfeltevés képezi, miszerint amíg a katonai parancsnok feltétlen utasítási joggal rendelkezik – így a közte, valamint alárendeltje között fennálló kapcsolat ténylegesen és vitathatatlanul hierarchikus, – addig a gazdálkodó szervezetek felépítését is tipikusan hierarchia jellemzi ugyan, de utasításos rendszere nem oly mértékben feltétlen, mint az a katonai parancsnok vonatkozásában megállapítható. E fokozatbeli különbség nem eliminálja azonban azt az alapmegállapítást, miszerint mindhárom jogviszonyt hierarchikus felépítés jellemzi. Fontos megállapítani, hogy e hierarchikus viszony akár normában kerül lefektetésre, (de jure jogviszony), akár egyáltalán nem kerül expressis verbis megállapításra, ám a vezető az alárendelt/beosztott felett tényleges irányítói/ellenőrzési/felügyeleti hatalmat gyakorol (de facto viszony), a felelősségi formát jellemző hierarchikus viszony fennállása megállapítható.³¹

(B) Elkövetési magatartás: a bűncselekmény elkövetésének megakadályozásához szükséges intézkedés elmulasztása

Az elkövetési magatartás minden tényállás szükségképpen eleme. Annak hiányában, a vezetői felelősséget kizárólag az alapbűncselekmény megvalósulására alapozva a jogalkotó expressis verbis objektív felelősséget, pusztán beszámítási normát hozott volna létre, amely idegen a bűnösségen alapuló felelősség elvén nyugvó jogrendszerektől. A vezetői felelősségi forma gyűjtőfogalom alá tartozó valamennyi tényállás vonatkozásában akkor felel az elkövető, ha elmulasztotta megtenni a szükséges intézkedéseket (a gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselőjének felelősségét deklaráló alakzatokban kifejezetten a felügyeleti-ellenőrzési kötelezettségének teljesítését), amelyek a bűncselekmény alárendelt/tag/dolgozó általi elkövetését megakadályozhatták volna, vagy e mulasztás nyitotta meg az utat, a konkrét lehetőséget a bűncselekmény elkövetéséhez.³²

(C) Az alapbűncselekményhez való szubjektív viszonyulás hiányzik, vagy hiányos

Az alapbűncselekményhez való szubjektív viszonyulás hiánya (vagy hiányossága) mind a bűnsegély, mind pedig a létező bűnkapcsolati alakzatok viszonylatában *differentia specifica*,

³⁰ A Nemzetközi Büntetőbíróság a Celebici-ügyben foglalkozott azzal a kérdéssel, vajon civil vezetők, nevezetesen vállalkozások vezetőinek a felelőssége is megállapítható-e az ICC Statútumban deklarált felelősségi alakzat alapján. Az egyes vezetői felelősségi tényállások tényleges tettesi körének megállapítása szempontjából e kérdés megválaszolása determináló jelentőségű, azonban tekintettel arra, hogy e kérdésre nem adhatunk egyértelmű választ a nemzetközi szakirodalom alapján, úgy e helyen elegendőnek tartom annak megemlékését. Karsten i.m. 41. p.

³¹ Karsten i.m. 41. p.; Nerlich i.m. 670. p.

³² Az elkövetési magatartás elemzése nem képezi jelen tanulmány tárgyát, a rendszerképező ismérvek felvázolása szempontjából álláspontom szerint elegendő a fogalmi elem deklarálása.

ugyanis a járulékos jelleg, mint főfogalmi elem mellett – mint láthattuk – tipikusan minden ma ismert bűnkapcsolati alakzatra jellemző az, hogy azok elkövetőjének van valamiféle szubjektív viszonyulása az alpbűncselekményhez. Fentebb ismertettem azonban álláspontomat, miszerint a bűnkapcsolatok egyetlen főfogalmi eleme a járulékoság, így a szubjektív viszonyulás hiánya vagy hibája nem mint e kategóriából kizáró tényező, hanem mint a többi bűnkapcsolati alakzattól elhatároló ismérv, azaz *differentia specifica* jelenik meg. Így alapvető megállapítás az, miszerint abban az esetben, ha az alpbűncselekményhez viszonyuló elkövetői tudattartam teljes, azaz a más által elkövetett bűncselekményről tud, és ahhoz akarati-érzelmi oldalon is – tipikusan a szándékossághoz szükséges – kapcsolat fűzi, úgy jelen tanulmány tárgyát képező bűnkapcsolati alakzat megállapítására nem kerülhet sor, egyéb bűnkapcsolati alakzatok, avagy a mulasztásos bűnsegély részesi alakzat alapján kell a felelősséget megállapítani.

E fogalmi ismérv tekintetében – a hierarchikus viszonyrendszerrel ismertettekhez hasonlóan – a szubjektív viszonyulás hiányának intenzitása mentén két olyan fokozat definiálható, amely még e kategóriába illeszthetővé teszi a vizsgált bűncselekményeket: az alpbűncselekmény vonatkozásában az elkövető felelőssége *objektív*, azaz a szubjektív viszonyulása teljesen mértékben hiányzik, avagy az elkövető felelőssége az alpbűncselekmény vonatkozásában *objektívizált*, azaz valamiféle – később ismertett – szubjektív viszonyulás definiálható az alpbűncselekményhez kapcsolódóan,³³ ám a magyar büntetőjogi dogmatika által ismert és elfogadott bűnösségi kategóriák körébe nehezen, vagy aligha illeszthető be, annak tipikusan az akarati-érzelmi oldala hiányzik, így a szubjektív oldal hiányos, klauzikál.

Az alpbűncselekményhez való szubjektív viszonyulás hiánya a vizsgált bűncselekmények közül háromnál, nevezetesen a költségvetési csaláshoz, valamint az aktív hivatali vesztegetéshez kapcsolódó felügyeleti-ellenőrzési kötelezettség megsértése tényállásoknál (*Btk. 397. §; Btk. 293. § (4) (5) bek.*), valamint az előjárói intézkedés elmulasztása deliktumnál (*Btk. 452. §*) fogalmazható meg. Mindhárom bűncselekményre jellemző, hogy a jogalkotó oly módon iktatja ki a két magatartás közötti szubjektív elemet, hogy az alpbűncselekmény elkövetését objektív büntethetőségi feltételként definiálja, azaz a más által elkövetett bűncselekmény a tényállások tárgyi oldalához tartozik, ám nem objektív tényállási elem, annak megvalósulásáról az elkövetőnek *nem is szabad tudnia*.

Érdekes a szubjektív viszonyulás mibenlétének megfogalmazása az előjáró speciális felelősségét szabályozó tényállások tekintetében, ugyanis e helyen a jogalkotó az elkövetőnek az alpbűncselekményhez való szubjektív viszonyulásának szükségességét kizárólag a tudati oldal deklarálásával juttatja kifejezésre.³⁴ Mivel a tényállás nem utal arra, hogy gondatlan alakzat is büntetendő, így kérdésként merül fel, vajon a „*tudta*”³⁵ fordulat létezhet-e ontológiailag akarati-érzelmi oldal nélkül. E kérdés részletes elemzése túlterjeszkedik jelen tanulmány tartalmi keretein, azonban részletes elemzés nélkül is – legalább hipotézis szintjén – szükséges e kérdést megválaszolni, hiszen alapvetően a felelősségi alakzatnak a vizsgált dogmatikai kategóriába tartozását determináló előkérdés. Szükséges megállapítani, hogy az alpbűncselekményhez való szubjektív viszonyulás ilyen formában kizárólag e helyen jelenik meg a Btk.-ban, a „*tudta vagy tudnia kellett volna*” fordulat idegen a hatályos bűnösségi tan bármely ismert és elfogadott alakzatától.³⁶ Ezzel szemben a magánjogban ismeretes e

³³ Vö. Karsten i.m. 43. p.

³⁴ Vö. Nerlich i.m. 671. p. („... no intent is required...”)

³⁵ Btk. 145. § és Btk. 159. §

³⁶ Az emberiség elleni valamint a háborús bűncselekmények elkövetéséhez kapcsolódó parancsnoki felelősség változatlan szövegezéssel került átételésre az ICC Statútumból a Btk.-ba, így a szubjektív elem rendszeridegen megfogalmazásának ez az oka. A Római Statútum 30. Cikke fogalmazza meg a Statútum által elismert bűnösségi kategóriákat: „knowledge and intent”. Tekintettel azonban arra, hogy a bűncselekmény a hatályos magyar Btk. részét képezi, azt meg kell kísérelni oly módon értelmezni, hogy az ismert magyar bűnösségi rendszerbe ellentmondásmentesen illeszkedjen.

megfogalmazás, tipikusan a jóhiszeműség-rosszhiszeműség fogalmi kettősének körében használatos. Amennyiben megkíséreljük e fordulatot integrálni az ismert bűnösségi kategóriák körébe, úgy meg kell állapítani, hogy a „tudta” fordulatához mint tudati oldalhoz bármely, akár a szándékosság, akár a gondatlanság körében ismert tudattartami szint megfeleltethető, amíg a „tudnia kellett volna” fordulat vonatkozásában kizárólag a hanyag gondatlanságra jellemző tudati oldal definiálható. Habár a törvényi tényállásban kizárólag ez a büntetőjog-dogmatikailag nehezen értelmezhető tudati oldal jelenik meg, álláspontom szerint gyakorlatilag elképzelhetetlen az, hogy a „tudta” fordulat releváns legyen oly módon, hogy ahhoz legalább eventuais akarati-érzelmi oldal ne kapcsolódjon, tekintettel arra is, hogy a Btk. az általános részben expressis verbis kifejezésre juttatja a bűnösséghez szükséges akarati-érzelmi oldal vizsgálatának követelményét. Kérdés tehát, hogy az általános részi rendelkezéssel állhat-e a bűnösségre való utalást kizárólag tudati oldalként megfogalmazó különös részi rendelkezés a specialitás viszonyában, vagy az akarati-érzelmi oldal vizsgálatának elhagyása sérti a nullum crimen elvet. Álláspontom szerint habár rendszeridegen, az expressis verbis különös részi megfogalmazás miatt nem sérül az anyagi jogi legalitás elve azzal, ha az akarati-érzelmi oldal vizsgálatát elhagyjuk, még akkor sem, ha egyébként a magyar büntetőjogi dogmatika szerint helyes az a megállapítás, hogy tudati oldal akarati-érzelmi oldal nélkül fogalmilag aligha létezhet. Habár az akarati-érzelmi oldal nélküli bűnösségi forma beillesztése a hazai dogmatikai rendszerbe önálló kutatás tárgyát is képezheti, e helyen álláspontom szerint ahhoz, hogy az újonnan definiált bűnkapcsolati alakzatba való beilleszthetősége tekintetében állást foglaljunk elegendő annak megállapítása, hogy az alapbűncselekményhez való szubjektív viszonyulás klauzikál.

Az alábbi táblázatban a vezetői felelősség mint bűnkapcsolati alakzatba tartozó tényállásokat rendszerezem a bűncselekmény elkövetője, valamint az alapcselekményre kiterjedő szubjektív viszonyulás alapján, feltüntetve a releváns alapbűncselekmények körét is minden egyes speciális felelősséget deklaráló deliktumnál:

ELKÖVETŐ	ALAPCSELEKMÉNYRE KITERJEDŐ SZUBJEKTUM	
Katonai parancsnok	Btk. 452. § objektív (nem vár el tudati és akarati érzelmi oldalt sem)	Btk. 145. § a) pont; Btk. 159. § a) pont objektívizált („tudta vagy tudnia kellett volna”)
	<i>Alapbűncselekmény</i>	<i>Bármely különös részi bűncselekmény (kivéve emberiség elleni és háborús)</i>
	Btk. 293. § (4) (5) bek.;	Btk. 145. § b) pont; Btk. 159. § b) pont

Hivatali vezető (hivatalos személy vagy külföldi hivatalos személy)	Btk. 397. §³⁷	
	objektív (nem vár el tudati és akarati érzelmi oldalt sem)	objektivizált („tudta”)
<i>Alapbűncselekmény</i>	<i>Aktív hivatali vesztegetés Költségvetési csalás</i>	<i>Emberiesség elleni vagy háborús bűncselekmények</i>
Gazdálkodó szervezet vezető tisztviselője	Btk. 293. § (4) (5) bek.; Btk. 397. §	-
	objektív (nem vár el tudati és akarati érzelmi oldalt sem)	-
<i>Alapbűncselekmény</i>	<i>Aktív hivatali vesztegetés Költségvetési csalás</i>	-

(Molnár Erzsébet, 2017)

IV. Összegzés

A vizsgált felelősségi alakzatok közös jellemzője, mintegy látens *genus proximuma*, hogy – ahogyan azt Kis Norbert megfogalmazza – a „vezető bűncselekményének lényeges tárgyi elemét más szolgáltatja,³⁸ azaz a más által elkövetett bűncselekmény hiánya tárgyaltanná teszi a felelősségi formát. E felelősségi alakzat idegen a hazai büntetőjogi dogmatika rendszerétől, ennek ellenére (vagy éppen ezért) fennáll a tudományos igény rendszerbeli helyének meghatározására.

Az új dogmatikai kategória definiálása nem öncélú dogmatizmus pusztán, ugyanis annak, hogy egy jogintézményt milyen rendszerbe sorol a tudomány, képes-e azt egyáltalán dogmatikai rendszerbe illeszteni, a koherencia és fogalmi tisztaság miatt óriási jelentősége van. Ha egy jogintézményt úgy kívánunk létező dogmatikai kategóriába beilleszteni, hogy az nem felel meg minden fogalmi elemnek, és ennek okán a besorolás csak quasi-elven lehetséges, úgy álláspontom szerint éppen az jut kifejezésre, hogy az adott jogintézmény rendszeridegen, amelyet koherens büntetőjogrendszer nem tűr meg, illetve a dogmatikai tisztaságra való törekvés, a büntetőjogi alapelveknek való megfelelés okán úgy vélem, nem is szabad megtűrnie. Éppen ezért – amennyiben lehetséges – mindenekelőtt arra kell törekedni, hogy a rendszeridegen, avagy rendszeridegennek tűnő jogintézménynek a büntetőjog-dogmatika adta keretek között, logikai tisztaságot szem előtt tartva helyet találjon a tudomány.

³⁷ Habár a hivatali vezető, valamint a gazdálkodó szervezet vezető tisztviselője fogalmilag egymástól eltérő elkövetői kört takar, mégsem elképzelhetetlen, hogy a két fogalom – a gazdálkodó szervezet gyűjtőfogalom alá tartozó széleskörű és heterogén tettesi kör okán – egymással átfedésbe kerül oly módon, hogy a Btk. szerinti hivatalos (vagy külföldi hivatalos) személy, egyben a Pp. szerint meghatározott gazdálkodó szervezet vezető tisztviselője is. Így például a helyi önkormányzati képviselő-testület tagja hivatalos személynek minősül. A Pp. szerint gazdálkodó szervezetnek minősül a helyi önkormányzat is gazdálkodó tevékenységével összefüggő polgári jogi kapcsolataiban. Amennyiben a gazdálkodó tevékenységgel összefüggő polgári jogi ügylet a helyi önkormányzati képviselő-testület tagjának hatáskörébe tartozik, majd annak megkötését a testület valamely tagjára delegálja, aki e tevékenysége körében aktív hivatali vesztegetést követ el, úgy a képviselő-testületi tag, akit felügyeleti-ellenőrzési kötelezettség terhel, az egyéb tényállási elemek megvalósulás esetén elköveti a Btk. 293. § (4) bek. szerinti aktív hivatali vesztegetéshez kapcsolódó felügyeleti-ellenőrzési kötelezettség elmulasztásának bűncselekményét.

³⁸ Kis Norbert: Gondolatok a bűnösségi elv hanyatlásáról. In Gellér Balázs (szerk.): Györgyi Kálmán ünnepi kötet. KJK-Kerszöv, Budapest, 2004. 321-346. 334. p.

A felelősségi forma vizsgálatát követően arra a következtetésre juthatunk, hogy az illeszkedik a bűnkapcsolati alakzatok főfogalmi körébe, így álláspontom szerint indokolt egy új dogmatikai kategória fogalmi ismérveinek megfogalmazása.

Az új dogmatikai kategória főfogalmi eleme a járulékoság, más bűnkapcsolati alakzatoktól (valamint a bűnsegély részesi alakzattól) azt megkülönböztető, jellegadó differentia specifica pedig a más által elkövetett bűncselekményez való szubjektív viszonyulás hiánya vagy hiányos volta. További csoportképző ismérv pedig az elkövető és az alpbűncselekmény elkövetője közötti hierarchikus, alá-fölérendeltségi kapcsolat, valamint az elkövetési magatartás, azaz az alpbűncselekmény elkövetésének megakadályozásához szükséges intézkedés elmulasztása. Mindegyik vizsgált tényállás esetében az a felismerés adja a felelősségi alakzat ratio legisét, hogy a bűncselekmény elkövetőjeként definiált személyek mindegyike olyan vezetői pozícióval bír, amely lehetővé teszi a tényleges és/vagy jogi kontroll gyakorlását az alárendelt/beosztott személyek tevékenysége felett.³⁹ Így a csoportképző fogalmi elemként megfogalmazott alá-fölérendeltségi viszony egyben a jogintézmény ratio legisé, így a hierarchikus viszony a jogintézmény magja.⁴⁰

Kizárólag annak megfogalmazásával, miszerint a jogintézmény elhelyezhető a hatályos büntetőjogi dogmatika rendszerében, a felelősségi formát megfogalmazó tényállások részletes elemzése nélkül nem adhatunk automatikusan választ arra a kérdésre is, vajon indokolt-e kriminálpolitikailag, valamint dogmatikailag e felelősségi alakzat léte a hatályos jogrendszerünkben, ám a dogmatikai rendszerbe való beilleszthetősége, mint első lépcsőfok a jogintézmény létjogosultságát nem cáfolja.⁴¹

³⁹ Vö. Karsten i.m. 45. p.

⁴⁰ Karsten i.m. 70. p.

⁴¹ *A tanulmány másodközlésre elfogadva a 2017. március 24-én a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola által megrendezett „Jog határok nélkül” doktorandusz konferencia tanulmánykötetében, „Felelősség határok nélkül. A gazdálkodó szervezet vezető tisztségviselője speciális büntetőjogi felelősségét deklaráló tényállások rendszerbeli helye” címen*

Monostori, Markus

Terrorist Union (A Democratic Approach to the EU's New Proposal of Firearms Regulation)¹

I. Firearms regulation until now in the EU – What is a Firearm?

The regulation in force on firearms in the European Union is the 91/477/EEC Directive which was enacted in 1991. Being a directive only, this measure sets minimal requirements for member states that they are expected to introduce into their national legal systems through a national act. The minimal conditions in the regulation are clear; the national acts are to meet at least these requirements but they are also given the authority to include more stringent rules than the directive – which they do.

However, the directive renders little assistance in defining firearms since its annex merely states that firearms and accessories are divided into four categories, “A”, “B”, “C” & “D”, but it does not explain what firearms are.

There is, however, an exact definition in the Hungarian legal system, based on the directive; “2.§ 29: *A firearm is such a device, belonging to category A, B, C, or D [...], that can fire a solid projectile using flammable propellant.*”²

As can be seen, firearms are divided into four categories by the EU's directive. The point in this case is in their authorization process:

Firearms of category “D” have a minimum standard that nobody under the age of 18 may purchase or possess such weapons.

Firearms listed in category “C” are weapons subject to declaration. Such devices must be registered but the process of authorization can be dispensed with by the member state.

Firearms in category “B” are subject to authorization; these arms can only be purchased by members of the public if a previous process of authorization was successful. These are the most typical firearms in civilian applications; most of this group are semi-automatic and repeating firearms with a total length under 60 centimeters, including both center-fire and rim-fire percussion.

Firearms of category “A” are restricted to civilian purposes with minimal exceptions – this category includes every kind of explosive military missile, launcher and automatic weapon as well special military devices produced for them such as suppressors, explosives, and penetrating or incendiary ammunition.

It is clear that unlike in the American constitution the European Union does not treat the right to bear firearms as essential and in its regulation it defines only the substantive background of how and what firearms can be purchased and kept. The regulation includes nothing in regard to whether it is a basic right to do so, nor does it explain the purpose of weapons possession.

In the civilian sector firearms can be authorized for several purposes including self-defense, sport and commercial security work, but above some minimal requirements defined by the EU, member states have been free to create their own firearms policy. The new proposal would bring this to an end.

II. The new proposal and the way Hungary would implement it

There has recently been a new initiative, probably because of increasing terrorist activity. The new proposal of the EU legislative is to categorize all magazines under category “A” that

¹ PhD Student (Eötvös University, Faculty of Law), (serpens@gmail.hu)

² Act XXIV. of 2004 on Firearms and Ammunition (2004. évi XXIV. törvény a fegyverekről és lőszeréről)

contain more than 20 center-fire bullets in the case of handguns (pistols and revolvers) and more than 10 center-fire rounds in the case of rifles (long firearms). (Firearms with rim-fire ammunition are exempt).

The proposal's aim is to limit the risk that a civilian firearm can mean should it be used for improper purposes – an act of terrorism in particular. As handguns can be easily concealed they can be kept hidden until a violent crime is initiated and thus the limitation of magazines would ensure that the handgun would quickly become empty, while the more accurate and therefore more dangerous rifles are limited even more.

There is much reason to doubt that this proposal would be truly effective. Reloading a semi-automatic handgun requires a single second and the final quantity of ammunition is not limited in this way – actually it is completely irrelevant whether 60 bullets are loaded into two magazines with a capacity of 30 in each or this amount of ammunition is separated among three magazines with a capacity of 20 (and the proposal does not limit the amount of magazines one can have). Actually this suggestion is an agreement between the Commission and the Parliament. Certain elements of the original proposal were refused by the Parliament as the Commission had proposed a total ban of certain semi-automatic firearms (considered to be “particularly dangerous”) such as the Kalashnikov and other assault rifles as well as the magazine capacities were also supposed to be limited to 10 rounds in case of all center-fire firearms. Still, the president of the European Commission is being optimistic for in his opinion this agreement is just the beginning:

*“We have fought hard for an ambitious deal that reduces the risk of shootings in schools, summer camps or terrorist attacks with legally held firearms. Of course **we would have liked to go further**, but I am confident that the current agreement represents a milestone in gun control in the EU.”*³ A convincing opinion; and a total restriction of airplanes would ensure that they could no longer be employed neither for terrorist attacks against skyscrapers nor to kill hundreds of people by suicidal pilots in the Alps. And in addition we could add; Juncker fought bravely against *legally* held firearms as he had emphasized in this speech but should not the power pay more attention to illegally held firearms instead, as terrorist actions are committed mainly with such weapons?

Being only a directive, this regulation is to be introduced into the national legal systems all over the EU through local laws. This regulation – if it were to be enacted in the EU – would be damaging in the civilian sector even in this form. But the Hungarian implementation will be far more harmful.

Such proposals are nothing new in the history of the Union – in 2016 the Netherlands did its best with a proposal that every kind of firearm - apart from single-shot guns - were to be restricted for all uses (luckily unsuccessfully). The peculiarity in Hungary is in its own proposal on the national regulation based on the potential modification of the EU's firearms regulations. It is hard to understand why a member state is so busy preparing for a modification that may never become actual and even if it did, the national legal system would be given years to catch up with the modification.

Hungary is already a state in which the regulations are over complicated. To cite just one example; in Hungarian regulation in addition to automatic firearms and special ammunition other equipment is also listed among the prohibited category “A” devices. Such equipment includes laser aiming or night scope optics that are mounted on firearms. Even this kind of regulation is unclear and inaccurate. Such equipment may not be owned if it is designed as attachments for firearms. However, a simple laser pointer, attached to a firearm is not illegal. Nor are the devices (the so-called “mounts”) that enable the user to fix a smart phone on a rifle. Once they are mounted on the rifle they can be equipped with night vision or heat-

³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4464_en.htm

sensitive cameras and with a simple application the “night scope” becomes operational, which is illegal, and so according to this interpretation all the smart cell phones might very well also be illegal. Yet still it is unlikely that anyone with such equipment would be considered a terrorist, and so what is the purpose of a restriction that can so easily be avoided?

The initiation of the Hungarian Ministry of the Interior follows the logic of the European proposal but in fact it means something entirely different. The national suggestion would introduce a limitation of 20 bullets in the case of handguns and 10 in the case of rifles, but it considers the firearms themselves, not the magazine:

5. [Category “A”] *includes center-fire, semi-automatic firearms*

“a) that are handguns (short firearms) able to fire at least 21 rounds without reloading, provided their charger exceeds 20 rounds or separable magazine with a capacity above 20 rounds can be attached to them.

b) that are rifles (long firearms) able to fire at least 11 rounds without reloading provided, their charger exceeds 10 rounds or a separable magazine with a capacity above 10 rounds can be attached to them.”⁴

The national act would declare all firearms restricted that can contain more ammunition than mentioned above. Apart from the fact that this regulation could not be interpreted (as a self loading firearm can technically contain a single bullet within the barrel – all the others are contained by the magazine which is an accessory, not a part of the firearm) it would cause total havoc among a quarter of a million firearms nationwide. Would this regulation mean that original magazines are to be taken under consideration or does the suggestion refer to any purchasable magazines ever produced for firearms?

The proposal in this form will totally ban most of the legally owned firearms all over Hungary. To cite one example; Glock semi-automatic pistols are among the most popular firearms in Hungarian civilian application. Being produced in Austria, priced at only half that of a Sig Sauer or a Smith and Wesson, the Glock is extensively used by sport shooters and hunters. For several models special magazines are being manufactured, these include the 9mm Parabellum series, including models Glock 17 Standard, 17L Competition, 18 Automatic, 19 Compact, 26 Subcompact and 34 Practical-Tactical. Extra size magazines can be purchased for these handguns, with a capacity of 30 bull¹ (BM/3460/2017.)

ets.

In the case of rifles this regulation would affect another wide group, including mainly replicas of the well-known automatic assault rifles redesigned for civilian use, such as the clones of the Russian Kalashnikov or the American Colt M series. These weapons are semi-automatic, but they employ typical military calibers such as 223. Remington or 7.62x39 and their magazines can hold up to 30 (or even more) bullets. If the Hungarian reform was to pass thousands of legal firearms would be withdrawn from civilian use. Perhaps it is unnecessary to add that given the Hungarian legal system, compensation for the withdrawn firearms would be highly unlikely regardless of the constitutional civil rights governing private property.

The purpose of the European firearms restriction proposal is to decrease the likelihood of terrorist acts being committed within the EU – yet it is not clear why such a strict regulation would be necessary in a state like Hungary, where a terrorist attack has never been committed.

III. The weakness in firearms restrictions – what are firearms good for?

Europe is clearly suffering from a sort of “firearms-phobia”. It is probably the case that neither politicians nor members of the public are truly aware of what firearms are, yet this is not a problem. However, it provides sufficient justification to eradicate firearms – if the civil

⁴ (BM/3460/2017.)

population agrees with such a proposal and it is politically advantageous too (we shall see why that is so), why would anyone defend the rights of citizens to keep firearms? It does not matter that legally owned weapons and terrorism have nothing to do with one another. Restriction is always easier than recognition.

Firearms are regarded as tools of criminal activity. Hence those who oppose the civilian right to own firearms argue that if such weapons had been restricted criminal violence or at least the threat of a potential violent crime would decrease. The theory is convincing or at least logical. But to see whether it is true or not, we need to observe the criminal statistics in pro- and contra-firearms states, and there is no better place to do that than in the United States of America.

The United States is not homogenous in regard to firearms regulations – some states are busy working on the total restriction of firearms owned by civilians arguing that the presence of such weapons in the public sphere is increasing the level of violent crimes, while other states barely exert any control over the civilian purchases of firearms including military technology and automatic assault rifles. But if this case is observed, this half of one thing and half of another regulation system is able to prove or disprove this argument, namely that the presence of firearms increases the potential for violent crimes. The criminal statistics on the number of violent crimes per 1,000 citizens in the various American states and their capitals are as follows:⁵

Capital:	State overall:
Montgomery: 5.19	Alabama: 4.72
Juneau: 8.7	Alaska: 7.3
Phoenix: 5.93	Arizona: 4.1
Little Rock: 14.96	Arkansas: 5.21
Sacramento: 7.47	California: 4.26
Denver: 6.75	Colorado: 3.21
Hartford: 11.46	Connecticut: 2.18
Dover: 8.08	Delaware: 4.99
Tallahassee: 10.86	Florida: 4.62
Atlanta: 11.77	Georgia: 3.78
Honolulu: 2.84	Hawaii: 2.93
Boise: 3.1	Idaho: 2.16
Springfield: 10.88	Illinois: 3.84
Indianapolis: 13.08	Indiana: 3.88
Des Moines: 7.14	Iowa: 2.86
Topeka: 5.67	Kansas: 3.9
Frankfort: 3.95	Kentucky: 2.19
Baton Rouge: 8.82	Louisiana: 5.4
Augusta: 4.49	Maine: 1.3
Annapolis: 5.22	Maryland: 4.57
Boston: 7.15	Massachusetts: 3.91
Lansing: 11.61	Michigan: 4.16
St. Paul: 7.12	Minnesota: 2.43
Jackson: 9.65	Mississippi: 2.76
Jefferson City: 3.96	Missouri: 4.97

⁵ US criminal statistics are based on Neighborhood Scout data: www.neighborhoodscout.com

Helena: 6.34	Montana: 3.5
Lincoln: 3.98	Nebraska: 2.5
Carson City: 3.15	Nevada: 6.96
Concord: 2.42	New Hampshire: 1.99
Trenton: 12.16	New Jersey: 2.55
Santa Fe: 3.91	New Mexico: 6.56
Albany: 8.09	New York: 3.8
Raleigh: 4.2	North Carolina: 3.47
Bismarck: 1.46	North Dakota: 2.39
Columbus: 5.48	Ohio: 2.92
Oklahoma City: 7.66	Oklahoma: 4.22
Salem: 3.58	Oregon: 2.6
Harrisburg: 12.08	Pennsylvania: 3.15
Providence: 5.69	Rhode Island: 2.3
Columbia: 7.99	South Carolina: 5.04
Pierre: 4.29	South Dakota: 3.83
Nashville: 11.26	Tennessee: 6.12
Austin: 3.78	Texas: 4.12
Salt Lake City: 8.61	Utah: 2.36
Montpelier: 1.71	Vermont: 1.18
Richmond: 5.38	Virginia: 1.96
Olympia: 4.12	Washington: 2.84
Charlestown: 2.62	West Virginia: 5.04
Madison: 3.6	Wisconsin: 3.06
Cheyenne: 1.92	Wyoming: 2.22

From these data we can clearly see some general facts; urbanized areas appear to be far more dangerous than rural ones – the only exceptions to this are the capitals of Hawaii, Missouri, Nevada, New Mexico, North Dakota, Texas, West Virginia and Wyoming.

In addition to the previous data the crime rates for the ten most populous American (US) cities can be compared with the national meridian:

US most populous cities
New York (NY): 5.78
Los Angeles (CA): 6.45
Chicago (IL): 9.08
Houston (TX): 9.69
Philadelphia (PA): 10.3
Phoenix (AZ): 5.93
San Antonio (TX): 5.86
San Diego (CA): 4.06
Dallas (TX): 6.98
San José (CA): 3.36

Metropolises clearly have a higher rate of crime but this rule is not absolute; particularly if the ten most populous cities of the USA are considered – though nine of them are all above the national criminal meridian of 3.8 crimes per 1,000 citizens on average with only the smallest, San José, being under that, these cities are still not as dangerous as their sizes would suggest. Some of them (such as LA, Dallas, Chicago, Houston and Philadelphia) do indeed have higher rates of crime way above the national average, but other cities all over the States have even higher rates – for example the capitals Little Rock, Hartford, Tallahassee, Atlanta, Springfield, Indianapolis, Lansing, Trenton, Harrisburg and Nashville belong to those cities that are more dangerous than any of the ten biggest metropolises in the States. But most of the other capitals are also more dangerous than the median, with only Boise, Carson City, Concord, Bismarck, Salem, Austin, Montpelier, Charlestown, Madison and Cheyenne being safer than the national average.

This allows us to see that the density of population in metropolises has no true connection to violent crime. Indeed it can be said that if somewhere is densely populated then crime can increase, but this is not due to an increase in the population but rather an increase in needs and poverty, poor education and low living standards. Violent offenders and increasing criminal activity is a failure of the state and the authorities. And they must not be treated violently nor by restrictions.

Civilized members of the public are aware of the responsibility of owning firearms and they treat them accordingly – there are millions of legally owned firearms in the European Union and it is highly likely that there are even more in the United States despite its smaller population. A main element of the counter-firearm propaganda is that every once in a while armed crime is committed within the US and in the EU and hence the gun laws should be far stricter. The only thing forgotten in such arguments is that in a significant percent of these illegal acts the weapons used are also illegal and therefore no regulation on the legally kept guns will change this, while on the other hand it is true that some crimes are committed with the legally owned firearms but out of several hundred thousand weapons this amount is negligible – just in Hungary there are more than a quarter of a million firearms owned by civilians but gun crimes are committed only once every few years.

One other thing that can also be concluded from the data above is that the presence of firearms does not make people more violent. The truth is quite the opposite; while the traditionally democratic areas are the metropolises and urbanized areas like the states of Illinois, New York and California, the rural areas tend to support the Republicans. As the democrats are better known for supporting stricter firearms regulations (although it is quite a challenge to understand the logic that democrats tend to restrict basic rights the most) than the Republicans, those states that are traditionally democrats should therefore be less violent than the republican states based on the philosophy according to which firearms make people violent and their deficiency would result in peaceful surroundings. But, as was already mentioned, the truth is the opposite. Illinois and California are well known for having extremely restrictive regulations in the US, but neither Los Angeles, nor Chicago would prove that the firearms restriction is efficient.

There are guns on the streets of these cities even though they are illegal – the restriction is able to deter those from having a firearm who have no violent intentions with them. Those who would like to have firearms for self-defense are unable to have them; those who would like to commit a crime with them are ready to buy them illegally. In fact a properly prepared criminal would never use a legally owned firearm that could be traced to him via police records – a bullet shot from such gun can be identified by ballistic experts just as the shells left behind while the caliber itself can easily be matched to a given individual. Should one intend to use a firearm illegally one would definitely purchase that firearm in an illegal way as

well. The same applies for crimes in which vehicles are used – even in a simple robbery criminals who crush ATMs do so with stolen cars. No one with the least common sense would do such a thing with their own car with a clearly visible license plate on it.

Another reason why states and cities with liberal firearms regulations are more safe than others (such as Salem, capital of Oregon, or Montpelier, capital of Vermont, which are the safest capitals in America), is simply the fact that people are or can be armed. These states allow the possession and carrying of firearms for self-defense – even openly carrying is allowed which would be unimaginable in Illinois. But the situation is that these states themselves and their capitals are safer than Illinois or California where firearms are not permitted. (To be fair, there are exceptions; Alaska is another liberal state in regard to firearms but both the state itself and its capital, Juneau are far more dangerous than Hawaii and Honolulu for instance, where firearms are prohibited).

But the main scheme is simple; where people are given the right and opportunity to defend themselves, they are more likely to do so – it would be interesting to observe beyond the simple statistics on violent criminal activity how many of these crimes were successful and how many of them failed. Though it is hard to acquire such data it is clear that in those states where firearms are illegal the victims themselves are unable to defend themselves while in other states, where firearms are accessible, even if there are violent crimes attempted and therefore being recorded for the statistics there is no certainty in regard to if they were successful and broke the resistance of the victims or if the victims were able to fend off their assailants. The presence of self-defense firearms in the civilian sector is a deterring factor against violent crimes in itself; an armed assailant can feel comfortable in the United Kingdom or in Illinois, let alone in Hungary as he can be quite sure that his victim is going to be unarmed and therefore unprotected. In states where people are widely allowed to carry concealed firearms, a criminal can never be sure if a potential victim will be able to resist or not.

This is the situation in many cities within the US but it is even more typical in the restrictive surrounding of the European Union. London, which is the most populous metropolis within the EU (for as long as it remains in it) with a population of over eight million – making it comparable to New York only within the US – has far worse criminal statistics than American cities. The UK is restrictive in regard to firearms but this has little effect on the criminal statistics; while the size of New York and London are nearly equal, the crime rate is five times higher – 27.5 (crimes per 1,000 citizens) in London⁶ compared to 5.78 in New York. No capital or any of the ten most populous agglomerates of the US can compete with such criminal statistics; while the recorder of the worst criminal statistics of the metropolises in the States is Philadelphia with 10.7, even among the capitals there is none to be found that comes even close to London as the most dangerous is Little Rock, capital of Arkansas, with 14.96 crimes per 1,000 citizens. Even the national meridian of the UK is way above the US statistics; 16 compared to 3.8.

The United Kingdom decided to enact an almost total restriction on civilian firearms after a school-massacre in 1997,⁷ just ten years after a similar such event. The British firearms regulation was already quite strict by then – self-defense had not been considered by the police as an acceptable reason for carrying a concealed weapon since the 1940s, and by the time the restriction came into force gun possession was not prevalent in the UK. But the regulation did not solve the problem of firearms used in violent crimes as firearms are still included in dozens of homicides countrywide each year and one homicide out of fifteen are committed with a firearm.

⁶ UK criminal statistics are based on Metropolitan Police data – www.met.police.uk

⁷ Firearms (Amendment) (No.1-2) Act 1997

Public safety must be provided by the state but it would be naive to presume that the authorities can prevent each and every crime. We know full well that based on statistics the police can place security cameras in more dangerous areas, and they can increase their presence in such places, but they cannot prevent every crime from being committed. Hence the people should be given the right and the necessary means to defend themselves – or each other. It cannot be emphasized enough that the right and the capability to do something is only meaningful if given at the same time. This can be illustrated by citing the Hungarian legal system as an example; on self-defense Hungary has more liberal regulations than most American states. The Hungarian Penal Code stipulates that:

“22.§(1) No act is considered to be an indictable offence if its required to fend off any actual or potential illegal assault on one’s or somebody else’s person, private property or the public interests.

(2) Illegal assault is to be considered potentially lethal should it be committed

aa) at night,

ab) armed,

ac) with firearms,

ad) in a group

against person, or should it be committed

ba) at night,

bb) armed,

bc) with firearms,

bd) in a group

by entering a private residence.”⁸

The regulation above is theoretically giving authorization to any civilian to defend themselves with lethal force in certain situations where there is no obvious indication that the assailant truly intended to commit a murder. In addition, according to the judicial praxis of the criminal courts, violent sexual crimes, mainly rape, can also be answered with lethal force despite the fact that they are obviously not attempted murder. Such regulations are welcomed by a modern legal system which recognizes the fact that the police are unable to control every situation (especially in the case of sexual crimes that are typically committed or attempted in private places for understandable reasons), while the civilian in a situation of self-defense is unable to anticipate the damage an assailant might inflict as a result of his or her resistance, or the lack of it. In addition the Hungarian criminal judicial system did include in the 1996/292 Decision that the assailant must suffer the consequences of his actions as he should be aware of the hazards of his behavior and that violent resistance might ensue.

Based on these regulations and judicial praxis the conclusion could be drawn that the Hungarian legal system is enlightened on the matter of self-defense and public safety. But if the entire legal background is considered it becomes clear that the opposite is true:

The right to self-defense is something to be appreciated. But the law does not create the possibility nor does it give an opportunity. It is just law. According to the penal code mentioned above; in a public area one can defend oneself with lethal force from illegal assault if that assault meets certain requirements. The only question that must be posed is “*how?*”

If someone is equipped with devices that “can cause lethal injury” someone is considered to be armed and it is strictly prohibited and punished by the 175/2003 (X.28.) Edict of the Cabinet on Devices Particularly Dangerous to Public Safety.

⁸ Act. C. of 2012. on the Penal Code (*2012. évi C. törvény a Büntető Törvénykönyvről*)

We could naturally use firearms for self-defense if our lives were under threat; in this case the situation is clear – one is under attack and draws a firearm to shoot. The only problem is that members of the public in Hungary are not permitted to carry firearms for self-defense or for any reason whatsoever. The police have the authority to decide whether a request to carry a concealed firearm can be justified or not, and if not, the request will be denied. A good cause – according to the police - that would justify carrying a firearm is as follows: “at least one successful attempt of homicide on one’s life might prove satisfactory”. This phrase actually has a point.

According to the regulation on the authorization of self defense firearms;

25. § (1) *“For the purpose of self-defense the acquisition and possession of handgun and ammunition can be permitted for those who prove that their life and safety – thanks to the danger of a predicament that can be repelled by a firearm – require intense protection.”*⁹

The legal ordainment is quite clear yet the police still managed to misinterpret it. This can be demonstrated by an anonymous case in which authorization was requested but the police office refused to grant permission as it was – in the opinion of the authority – unjustified. The problem is that the decision of the authority not to grant permission was based on a misinterpretation of the previous legal act:

*“For the purpose of self-defense, firearms can **only** be permitted for those who can **undoubtedly** prove that their life and safety – thanks to the **imminent** danger of a predicament that **cannot be repelled without** a firearm – require intense protection.”*

As closing of the decree – though no one asked the authority’s opinion – the police, not being without a humanitarian spirit and helpfulness, suggested the application of gas pistols that are accessible to and can be carried by everyone.

If we do not wish to vote assurance to this decision being satisfactory, the serious problems in regard to the application of the gun laws are clear. First of all, it can clearly be seen that the authority is over reaching its scope while formulating additional requirements that do not exist in the normative edict. It is difficult to imagine any situation that meets such criterion; what kind of danger can only be repelled by a firearm? If something can be repelled by a firearm then it most likely can be repelled with explosives. Or with tanks. Or a thermonuclear missile. It can also be asked whether the authority is allowed to require “undoubted” proof in a simple process of firearms permission procedure. Such requirements can be found in judicial processes at a court of law. Not before the police. And finally; even if the police granted permission, the whole duration of this process is 30 days in which period the firearms must be purchased, then a certain permit is produced and given to the individual, and only then can ammunition be bought. This is at least 50 days in total. In what kind of “imminent” danger would anyone start an official process to receive a permit for self-defense of a firearm instead of calling the emergency services? If someone is in a life threatening attack they need to dial 112 immediately. Not wait 50 days for a permit. It is practically impossible to meet such requirements – impossible legal directives are not law any more.¹⁰

As for the police suggesting gas pistols; such weapons are widely known for being unreliable. Gas pistols produce extreme amounts of dross when being used – in the case of a self loading gas pistol it makes the gun jammed after five-six shots while revolvers are difficult to reload and hence they are of a similar efficiency. Even if they operate, gas pistols are not effective under stormy conditions in the outside like wind or rain, while indoors it is unadvised to use them for obvious reasons. Even if all the conditions are optimal, the gas is too weak to deal with a determined attacker and has absolutely no effect on criminals under the impact of alcohol or drugs. Still the worst potential of gas pistols is hidden in their design; being similar

⁹ 235/2004. (VIII. 31.) Edict of the Cabinet on Firearms and Munitions [235/2004. (VIII. 31.) Kormányrendelet a lőszeréről és fegyverekről]

¹⁰ András Tamás: Legistica; 126.

to real firearms (which is intentional as they are supposed to invoke fear) they might provoke an assailant to use a real firearm (even if it was not their original intention) if the criminal is indeed at all intimidated by the victim who uses a gas pistol. Such suggestion is indeed a life insurance.

But neither the authority on the first and second decree did share such worries on the legal background of the decision and nor did the Administrative Court that judged the decision to be fully correct; originally the models of the State of Law (*Rechtsstaat*) were designed to limit the governmental power of the Police State (*Polizeistaat*).¹¹ It seems that they are already able to cooperate in accordance.

The efficiency of the Hungarian penal codes on self-defense can be summarized as follows: it is worth less than nothing. Members of the public are given permission to fend off attacks with lethal force, but no means are given or at least authorized for them to do so. There is only one small loophole in the 253/2004 Edicts regulation on firearms storage;

“42. § (3) The firearm and the pertaining ammunition can be stored without separation or seclusion in the constant presence of the owner [...].”

In respect to the regulation on self-defense burglary in a private residence is also considered to be a “lethal assault” and hence can be repelled by lethal force too – in this case the firearms owner, even though his possession may be for a different reason than self-defense, is able to defend himself as he can employ the firearm quickly. Or at least until the new regulation on firearms comes into force, because from that time no weapons will be allowed at all that can be used for self-defense.

In the European Union the Czech Republic stands alone. After the downfall of the totalitarian communist dictatorship and the separation of Slovakia, the Czech Republic took a similar approach to firearms regulation to that of the United States. The Czechs observe the right to firearms possession as an insurance of public political rights and self-defense. Among the Czech population it is widely acceptable to carry firearms. And - if such a thing is possible - the regulations were eased even more after the French terrorist attacks. The authorities grant permission on the basis of objective criteria such as examinations and clean criminal records, but the police do not have the authority to refuse permission based on subjective arguments as do the Hungarian police. The Czechs not restrict such permission to their own citizens; any citizen of the EU resident in the republic are welcome to the same permission to carry concealed firearm under the same conditions.

The criminal statistics of the Czech Republic demonstrate that both Prague and the Republic on the whole are safer than any other EU capitals or counties, including the UK, France or Hungary. Of course gun crimes do take place in the Czech Republic as they do in those US states that allow firearms possession, but gun crimes take place in such countries that do not allow the possession of firearms as well.

IV. What is the connection between firearms, terrorism and democracy?

One of the most essential and basic purposes of the existence of states is to ensure internal and external security. Maintaining law and order is mainly the duty of the police in every country but – since most obviously the police cannot be everywhere at the same time – self-defense is also there for the public to protect themselves.

According to the European Commission the new proposal on firearms regulation is to increase citizens' security. But the truth is on the contrary; it will decrease public security and increase oppression. In some cases the civil rights are protected by means that are impugned that certain right.¹² The problem in this case is that if the means prove to be inefficient than we have a

¹¹ András Tamás: Theory of Administrative Law; 244-264.

¹² Dudley Knowles: Punishment and Rights; 32.

limitation in civil rights but without realizing any profit in exchange. Unarmed members of the public are unable to defend themselves from terrorism and other violent crimes. It is quite clear that legally owned firearms are suitable for committing a crime but not for self-defense unless they are precisely permitted for such. One would not carry a sports handgun for the purpose of self-defense since it is illegal to do so. But even if a weapon is owned in accordance with the legal regulations it can still easily be employed in an intentional violent crime such as robbery. (These weapons are not suitable for terrorism thanks to their small ammunition capacity and the lack of rapid fire since the maximum permitted to the public are semi-automatics). But the new restriction will not change that possibility; it is possible to commence an illegal violent action with a handgun with a magazine of twenty bullets as a maximum capacity. If the potential victim cannot possibly be equipped with any kind of firearm to defend themselves, firepower with twenty bullets would be more than decisive in an assault. A firearm with a single shot is more than enough to break the resistance of an unarmed opponent. Such regulation is pointless since assailants are aware of the weakness of their victims and can utilize a weapon regardless of whether he/she has purchased it legally or illegally.

During the terrorist acts committed in France in 2015 the assault rifles used by the terrorists were illegal – further restriction is hence pointless. The French intelligence services proved to be unable to identify the imminent terrorist acts and the police also failed to prevent them. Therefore, dozens of people fell victim to violent acts and without the presence of the police units they were unable to defend themselves. Despite the fact that the national security forces in every country in the EU increased their public presence after the terrorist atrocities it is clear on the one hand that this is of scant comfort to the victims and in addition even an increased police presence does not mean they can be everywhere to protect unarmed members of the public. But even if they could be, is that really something to aim for? Should we be happy in 21st century Europe that the police are able to keep everything under control, that they can be everywhere and aware of everything that is happening? If that was truly a goal, would it not be akin to the goals familiar from the methods of totalitarian systems from the Nazi Germany through the Jacobin Dictatorship of the French Revolution to that of the Soviet communist dictatorship? If the modern democratic states of Europe truly achieve this ambition of police potential, combined with the informational power given by technology including monitoring cell phones, localizer street cameras, drones and so on, how much longer would we be able to call the entirety of statehood and its political surroundings “democratic”? Dealing with terrorism is a cardinal question in the EU and the whole Union is united against terrorism. A common enemy is the easiest way to create common homogeneity,¹³ and it can also be considered to be a necessary element and activity in holding a community together.¹⁴ But the threatening menace of a potential enemy (even if it’s distant and not serious) can also be used by the power to limit political rights and the liberty of civilians.

During the terrorist attacks in Nice, more than seventy people were mowed down and killed by a stolen truck. Similar terrorist attacks were launched in Berlin, with twelve people killed. Both attacks took place after the Paris events and hence the national security agencies, the intelligence and the police were all alert but still failed to prevent the attacks (in the latter case the police not only failed to prevent the scheme from being realized but also failed to apprehend the terrorist who managed to escape from Germany only to be shot in Italy by the local police). Yet this is hardly surprising; a stolen truck, used as a tank to crush dozens of people in a crowd, is such a simple strategy that it is hard to uncover in advance. In these two events nearly a hundred people were killed. Yet a similar incident took place in Israel. The

¹³ Bertrand Russel: Power; 18.

¹⁴ Carl Schmitt: *Der Begriff des Politischen*

script was quite identical; terrorists were able to steal a truck and drive it into a crowd. Three people were killed – until armed and military trained citizens shot and killed the assailant. Had there been just half a dozen members of the public in the pub where the Paris attack took place who were carrying concealed firearms for self-defense, perhaps we would have seen a very different outcome. The same applies to the Nice and Berlin attacks.

The purpose of terrorism is to spread fear among the public. It is not a coincidence that terrorism occurs in Western societies like the US and the EU as the alliance of the West is so powerful that on one hand no other nation would be able to seriously hurt them, while on the other hand they employ their military power to satisfy their international ambitions.¹⁵ Terrorists are unable to fight their enemies on the battlefield and therefore engage in attacks on unarmed civilians and non-military targets. Being too weak to oppose its adversaries in warfare terrorists seek to break the population of its enemies rather than its military. It is wise to be alert, but this means that terrorism has already achieved its goal. As a result of armed violent terrorist acts, the new proposal is about to decrease civil rights, betraying private property and at the same time, through its anticipated effect, it treats every holder of legal firearms as potential terrorists.

Firearms restriction can be legal or democratic. If the ninety percent of the population do agree about something, then it is quite democratic – or at least that is what we could easily believe. But think deeper about democracy and its nature; democracy has two aspects, in one hand it means how the political system is to be constituted but it also means the way political power is to be practiced.¹⁶ Democracy does not only mean that the majority of citizens are allowed to take part in the political decision making. A democratic system is also supposed to support political and civil rights and such rights must be given regardless of the actual number of those who would like to utilize them.

A good example would be the right to have homosexual marriage. Most probably a great majority of people would never like to have such relationship. But for the sake of homosexuals, a modern and democratic state acknowledges their relationship.

If democracy meant that the majority could make all the things prohibited they don't like, soon nothing would be allowed. In democracies each element of civil rights can be considered to be small victories as liberty has slowly been achieved while power has been limited. It is up to democrats to use the civil rights and to expand their volume while if they are neglected or left unprotected, civil rights are taken from the people by the actual power.¹⁷ A democratic state should consider what can be allowed. Not banned.

According to the basic philosophy of law, everything is allowed except for those things that are prohibited in law. Generally that is true but if the methods of the law itself are recognized it is not necessary to accept that it is only valid when people are on their own. Just for example; somebody would like to swim in a river. If it is not forbidden it is permitted to do so. No specific authorization is required by law – the lack of restriction is enough. But in situations where the cooperation of the state is needed, the opposite is true. If people believed that their dogs would make excellent drivers and so decided to get them driving licenses some problems would certainly be encountered. It is not as if the law explicitly states that “dogs may not be given driving licenses”. Such a restriction is not required in this case. The reason is that if the cooperation of a state's administration is needed then we can no longer say that everything is possible if it is not restricted. In these cases only such things are possible that administrative law has provided the procedural methods to do.¹⁸ Dogs are unable to obtain

¹⁵ Michael Mann: *Power in the 21st Century*; 133-134.

¹⁶ Giorgio Agamben: *Introductory Note on the Concept of Democracy*; 1.

¹⁷ Rudolf von Jhering: *Der Kampf um's Recht*

¹⁸ András, Tamás: *Theory of Administrative Law*; 66.

driving license not because it is forbidden but because the law did not create the methods to do so.

The same applies for firearms as people require permission and registration to purchase them. It is quite easy to prevent this – not by restriction but simply by not providing the necessary legal methods to obtain them. It is good to believe that self-defense is irrelevant as the police are there to protect us.

The problem is that democracy is not protected by police officers. Police officers are trained to follow orders and so are soldiers. This is why they are paid and their insubordination would have serious consequences including being dismissed at the least. It is unlikely that people chose such professions because they would be willing to help to create or maintain an anti-democratic society. But in some cases they are simply given orders to do so. Such scenarios could be seen in totalitarian systems of 20th century Europe. It is unlikely that most of the officers of the German police supported the Nazis' progress to power – they even did prevent it in the first place during the Munich coup in 1924. But when the rise of the NSDAP became legal and democratic they did nothing to prevent it after 1933. Of course there were special police forces like the Gestapo which were formed to deal with political enemies and their members were recruited from the SS, but this organization was only a small part of the whole police structure. Other officers supported the totalitarianism because that was their job and the same can be said of the soldiers in Germany at the time. Even the downfall of Nazism did not disturb the loyalty of many soldiers – they had fought for the Third Reich until the end of the war, but after the military defeat they were reorganized to serve the communist regime of the German Democratic Republic, which they did.

Police officers and soldiers can therefore be tools to maintain a good legal system and social structure but they can also be tools of oppression depending only on the actual political centre. Democracy can only be built and protected by the participation of democrats and the social alliance of free people and civilians. Democracy is their *property*. It is comfortable for someone to declare himself a democrat but call for someone else's aid to defend their democracy when it is endangered. Strong civil society can only exist in a democratic state with weak power.¹⁹

American democracy is based on the constitutional right to bear arms and the people's right to rise against tyranny, but even in the case of the US it would truly be fair to say that it is a formal democracy only. But what can be said about the European Union? Most of the EU consists of states that freed themselves from the totalitarian system of the Soviet Union less than thirty years ago.²⁰ Even the other member states have minimal experience with democracy; in (Western) Germany, Spain or Portugal democracy is less than a hundred years old, while in France it is two hundred. The whole apparatus of the EU is well known for being anti-democratic as well, and despite the increasing power of the European Parliament versus the Committee, if the US cannot be considered to be democratic nor can the EU (according to many, the US democracy is suffering from the influence of an elite's interests, making it a "formal democracy" only,²¹ while the political establishment of the EU is well known for having "democratic deficit"²²).

To make a conclusion we can declare that the proposal on firearms restriction is not in harmony with the realities; according to the European Commission the strict rules are required to minimize the threat of legally held firearms but in fact it cannot be proved that legally held firearms do hold such a threat that the restriction would be justifiable. According to the crime statistics of the United States we can clearly see that the violent crimes (gun crimes included)

¹⁹ Boaventura de Sousa Santos: Two democracies, two legalities; 311-313.

²⁰ Samuel P. Huntington: The Clash of Civilizations; 192-198.

²¹ Charles Wright Mills: Power Elite; 280.

²² Neil MacCormick: Who is Afraid of a European Constitution?; vi.

do occur irrespective of the firearms regulations. The constitutional right to possess firearms is an essential element of the American democracy in most States while in case of the European Union the Czech Republic stands alone with its liberal firearms regulation – in their case the democracy itself and the constitutional right to have firearms are linked together. This fact is to be considered natural as the regime of Czechoslovakia was one of the most totalitarian in all Eastern Europe and after the downfall of the Communism, the both the Czech and the Slovaks did demand strong guarantees of democracy and particularly in case of the Czech Republic the process of Westernization followed the American way of mindset in regard to the strong connection between firearms and democracy. The expansion of civil rights is a process that requires constant efforts from the civilians and the acquired rights are to be guarded and practiced otherwise they will most certainly be withdrawn by the power [von Jhering] – but both the efforts and the safeguard of civil rights do require necessary means.

Global domination and the resurrection of the West led to the confrontation among civilizations [as Mann, Huntington or Kissinger described] and the terrorism as a phenomena is a result of this process. Methodically terrorism fights for its goals against civilians, not soldiers, and hence it causes casualties within cities and not on the battlefields. Terrorism requires special ways to deal with and here comes the fight against terrorism in confrontation with democracy. The power decreases certain political and civil rights (like firearms possession, personal autonomy) to oppose terrorism but this way certain minimal elements of democracies are being limited – and such rights are essential as they serve private autonomy, private property and personal security. This way the power of the state is becoming omnipotent while its democratic transparency and democracy itself are weakening. This means that the political system is losing its democratic attitude as democracy is becoming formal instead of being real [Mills, Santos, Agamben, Rancière] while basic civil rights are also being limited.

Democracy as the ideology defined in the previous centuries is no longer viable under the modern circumstances. Representative democracies were opposing the totalitarian systems of the 20th century when they were still an acceptable option but this is no longer satisfactory today.²³

No matter what we would like to believe, democracy is an adventitious flower in the European arena and if we are to foster it, we need to attend to it carefully and keep it safe from the invasive weeds that would oppress it. As Francis Fukuyama said; *there is no democracy without democrats*.

Bibliography

- Agamben, Giorgio (2010): Introductory Note on the Concept of Democracy In. *Democracy in What State?* – Columbia University Press, New York
- Huntington, Samuel. P. (2002) [1996]: *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* – Free Press, London, UK
- von Jhering, Rudolf (1874): *Der Kampf um's Recht* – G. J. Manz'schen Buchhandlung, Wien
- Knowles, Dudley (1999): *Punishment and Rights* In. *Punishment and Political Theory* – Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon
- MacCormick, Neil (2005): *Who's Afraid of a European Constitution?* – Imprint Academic, Exeter
- Mann, Michael (2011): *Power in the 21st Century; Conversations with John A. Hall* – Polity Press, Cambridge

²³ Jacques Rancière: *Democracies against democracy*; 76.

Mills, Charles Wright (2000) [1956]: *Power Elite* – Oxford University Press
Ranciére, Jacques (2010): *Democracies against democracy* In. *Democracy in What State?* – Columbia University Press, New York
Russell, Bertrand (2004) [1938]: *Power; a new social analysis* – Routledge Classics, New York & London
Schmitt, Carl (1932): *Der Begriff des Politischen* – Duncker & Humblot, Berlin
de Sousa Santos, Boaventura (2005): *Two democracies, two legalities: participatory budgeting in Porto Alegre, Brazil* In. *Law and Globalization from Below* – Cambridge University Press
Tamás, András (2009): *Legistica – Draft of Legislation* – Szent István Társulat, Budapest
Tamás, András (2010): *Theory of Administrative Law* – Szent István Társulat, Budapest

Újabb adalékok a jurisztokratikus állam elemzéséhez

A korábbi cikkemben jurisztokratikus állam különböző aspektusainak feltérképezésével az analitikai rendező kategóriát jelentő államtípus demokratikus államtípussal való szembeállítását igyekeztem elvégezni.² A mostani elemzés két oldalról igyekszik további részletesebb megvilágítást adni a jurisztokratikus állam megértéséhez. Az első rész az ide vezető utat jelentő alkotmánybírói funkcióbővülést veszi tüzetesen szemügyre, ahogy az elmúlt bő harminc évben az addig alig néhány országban létező alkotmánybírószábról mára a világ minden kontinensén elterjedve az egyre nagyobb kompetenciával rendelkező alkotmánybírók sokasága létrejött. A második rész - elfogadva a demokrácián nyugvó államtípus néhány jellemzőinek háttérbe szorításán nyugvó jurisztokratikus állam realitását – azt kívánja megvizsgálni, hogy a jurisztokratikus állam legitimitását biztosító jogi-alkotmányjogi érveléssel működő, jelenlegi döntési mechanizmusok milyen torzulásokat mutatnak, és hogyan lehetne ezeket a legitimitációnak jobban megfelelő szintre feljavítani, és így “megnemesíteni” a jurisztokratikus államot.

Az alkotmánybírók funkciói - realista perspektívából

Az 1970-es évek közepén az Egyesült Államokon kívül Európában csak három országban működött alkotmánybíráskodás, míg napjainkra Latin-Amerikában, Európában, Ázsiában és Afrikában lassanként a többségbe kerülnek azok az országok, ahol működik az alkotmánybíráskodás valamilyen formája. E mellett az új és új alkotmánybírók egyre szélesebb jogköröket kaptak az államhatalom ellenőrzésében és a jog alakításában. A következőkben az első részben ez a funkcióbővülés kerül elemzésre. Ezt követően az alkotmánybírók egy részének nemzetközi bíráskodási funkcióval ellátása és ennek következményei kapnak kiemelés; végül a funkcióellátás folyamán létrejövő néhány tipikus torzulást mutat ki az elemzés. Lezárásként és kitekintésként az alkotmánybírók és a felsőbb bíróságok hatalmi szerepének növekedése révén a jurisztokratikus állam megjelenését veti fel a tanulmány.

Az alkotmánybírók funkcióbővülése

Az alkotmánybíráskodás eszméje a világ első szövetségi államát létrehozó Egyesült Államokban vetődött fel az 1800-as évek elején, és ekkor egyetlen funkciót társítottak ehhez az intézményhez. A szövetségi és a tagállami törvényhozás menetében ugyanis összeütközött a szövetségi alkotmányban taxatíván felsorolt szövetségi állami hatáskör a tagállamok hatáskörével, és nem volt semmilyen intézmény ennek feloldására. A Szövetségi Legfelsőbb Bíróság vezetője, John Marshall főbíró 1803-ban arra a belátásra jutott, hogy az ilyenfajta ütközéseket nekik kell majd mindig feloldaniuk. Így tehát a törvények alkotmányi hatáskör-leírásnak megfelelését vagy éppen a hatáskör-túllépését célzó ellenőrzést tekintették az alkotmánybíráskodás funkciójának. A pusztán hatásköri bíráskodást jelentő alkotmánybíráskodás aztán az 1800-as évek második felében kibővült az Egyesült Államokban, és a szövetségi alkotmányhoz fűzött alkotmánykiegészítések révén beemelt

¹ Alkotmánybíró, egyetemi tanár, ELTE ÁJK, az MTA Doktora, e-mail: pokolb@ajk.elte.hu

² Lásd Pokol Béla: A jurisztokratikus állam felemelkedése. Jogelméleti Szemle 2017/1. sz.

alkotmányos alapjogokhoz is mérni kezdték a vitatott törvényeket. Ezzel a kezdeti alkotmánybíráskodás pusztán formai szempontú törvénykontrollja egyrészt tartalmi jellegű felülvizsgálattá is vált, másrészt mivel a viszonylag pontos hatásköri szabályokhoz képest az alkotmányos alapjogok általánosabb és nyitottabb jellegűek - ami szabadabb bírói mérlegelést tett lehetővé -, ezért ez az újonnan létrejött tartalmi felülvizsgálat fokozatosan erőteljes politikai centrummá is tette az alkotmánybíráskodást a törvényhozás felett.

Európában nagy tisztelettel figyelték a törvényhozás felett az alkotmányos rendelkezéseket folyamatosan számonkérő amerikai alkotmánybíráskodást, és a szövetségi államiságot szintén megvalósító Svájcban az 1874 május 29.-i alkotmánymódosítással lehetővé tették, hogy a kantonok és a szövetségi állam vitáiban döntő Szövetségi Bíróság előtt az állampolgárok is panasszal támadhassák meg az alkotmányos jogaikat sértő állami aktusokat.³ Az osztrák tartományok és a szövetségi állami intézmények közötti viták feloldására a neves osztrák államjogász, Georg Jellinek 1885-ben egy kiterjedt jogkörökkel rendelkező alkotmánybíráskodást tervezett el tanulmányában. Ebben már széles körben megjelent az előbbieken túl a parlamenti törvényhozás sokoldalú alkotmánybírási kontrollja, és a választások lefolyása feletti alkotmányos ellenőrzés éppúgy bekerült az alkotmánybíráskodás funkciói közé, mint a minősített többséget követelő alkotmánymódosító törvények védelme a egyszerű törvényekkel szemben.⁴

Az alkotmánybíráskodás intézményének átvétele aztán Európában - az e szempontból csak csonka svájci előkép után - 1920-ban történt meg Ausztriában azzal a módosítással, hogy itt az eredeti helyén a rendes bíróságok által ellátott alkotmánybíráskodást külön szervezett alkotmánybíráskodásra bízták, és ez már előre jelezte ennek jellegváltását. Georg Jellinek terveitől eltérően - aki a legfőbb osztrák bíróságot, a Bundesgerichtshofot tervezte felruházni az alkotmánybíráskodás funkciójával, ahogy az a mintát adó Egyesült Államokban is létezik - a ténylegesen megvalósult osztrák alkotmánybíráskodás teljes mértékben elkülönült a rendes bíróságok hierarchiájától és alapvetően nem bírák, hanem egyetemi jogászprofesszorok és ügyvédek kerültek bele alkotmánybíróként. Az akkori szociáldemokrata parlamenti többség ugyanis a legkevésbé sem bízott a konzervatív osztrák felsőbírói karban, és megfelelőbbnek látta, ha az elkülönített alkotmánybíráskodásba a baráti szociáldemokrata jogászprofesszorok és hozzájuk húzó más jogászok kerülnek be. Ez annál inkább is fontos volt a különálló alkotmánybíráskodás eszméjének létrejötténél, mert ez az újfajta alkotmánybíráskodás Ausztriában eleve nem a bírói perek végére illesztve került, és így végezte el az éppen alkalmazott törvényi rendelkezések alkotmányhoz mérését, hanem a parlamenti törvényeket a létrejöttük után közvetlenül meg lehetett támadni. Ezzel a módosítással pedig az alkotmánybíráskodás a parlamenti kormánytöbbség és az ellenzéki pártok állandó vetélkedésének a középpontjába került, és lényegében politikai döntőbíróvá vált a létrejött törvények alkotmányos ellenőrzése közben.

Az alkotmánybíráskodás funkcióváltásai menetében a következő mérföldkő a második világháború utáni újjárendezés volt a legyőzött Németországban és Olaszországban, ahol a megszálló amerikai csapatok vezérkarai által levezényelt alkotmányozás adta meg az alapokat. (Az Egyesült Államok által ellenőrzött átmeneteknél ez addig elmehetett, hogy például Japán részére az amerikai megszálló csapatok jogászai írták meg teljesen az alkotmányt, és ezt csak lefordították utólag japán nyelvre.⁵) Bár otthon Amerikában a rendes

³ Lásd Georg Jellinek: Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich. Alfred Hölder K. K. Universitäts- und Buchhandlung, Wien. 1885. 57. p.

⁴ Lásd Jellinek id. mű 10-52.p.

⁵ Noah Feldman írja, hogy a japán alkotmány külső, rákényszerített jellege a hatályba lépés után tíz év múlva a japán közvélemény tudomására jutott, és ekkor egy bizottságot hoztak létre az alkotmány rendelkezéseinek átvizsgálására és esetleges revíziójára, de végül mindent megtartottak benne, ami ma már nem lenne elképzelhető - teszi hozzá - az alkotmányok belső legitimitásának igénye miatt: „Less than a decade after the adoption of the Japanese Constitution, the document's imposed foreign origins became public knowledge in

felsőbíróóságok által ellátott alkotmánybíráskodás működött, de éppúgy ahogy 1920-ban a baloldali osztrák szociáldemokrata többség is tartott a konzervatív bírói kartól, úgy a megszálló amerikai katonai vezetés sem akarta a nagy politikai hatalommal ellátott alkotmánybírói pozíciókat a Hitler és Mussolini alatt is bíráskodó bírói karnak adni. Így az osztrákoknál már mintát adó, külön szervezett alkotmánybíróóság vált a német alkotmánybíróóság formájává is. Az amerikaiak számára megbízható (néhány esetben a megszálló csapatokkal visszatelepülő) jogászokkal, jogászprofesszorokkal feltöltött kezdeti német alkotmánybíróóság így erős háttértámogatással kezdte a tevékenységét az 1950-es évektől.⁶ A szintén a rendes bírói hierarchián kívül szervezett olasz alkotmánybíróóság ezzel szemben csak korlátozott jellegű lett. Itt azonban a belső politikai erők harcai miatt amúgy sem kezdte meg ez a szerv a működést az 1950-es évek végéig, amikor a német alkotmánybírók már döntő mértékben meghatározták a német állam cselekvési lehetőségeit. De a későbbiekben is, az 1980-90-es években az alkotmánybíróóságok elterjedésekor az olasz modell jelentősebb hatást nem fejtett ki, és a német minta vált az átvétel főútvonalává, így érdemes ennek elemzésére koncentrálni.

Itt - miközben az osztrák minta szerinti közvetlen törvénykontrollt is meghagyták - félrészben igyekeztek visszakötni a felsőbíróóságokhoz is ezt az intézményt. Lehetővé tették a rendes bírói perek jogerős lezárása után az alkalmazott törvényi rendelkezések alkotmányjogi panasszal megtámadását, és nagyon hamar ez vált a legnagyobb munkateherré itt. Másrészt a felsőbírói karhoz kötődés egy fokának megteremtése érdekében előírták, hogy a szövetségi alkotmánybíróóság két szenátusában a bírók egyharmadát a legfelsőbb bíróságok tagjai közül kell megválasztani.

Utólag el lehet mondani, hogy azt az alkotmánybíróósági hatalmi potenciált, amit a rendes bíróságoktól elválasztott és a parlamenti politikai pártok vezérkarai által – több parlamenti ciklusra - megválasztott alkotmánybírói testület jelentett, igazán a német alkotmánybírói modell tudta kibontakoztatni. Ennek egyik bázisát az országban akkor igazi hatalmat jelentő megszálló amerikai csapatok vezérkarainak biztos háttértámogatása jelentette az alkotmánybíróóság számára a parlamenti kormánytöbbséggel való küzdelmei során. Erre pedig a legnagyobb szükségük volt, mert az a nagy törvénymegsemmisítési szabadság, amit a német alkotmánybírók kaptak - és ők még ezt ki is szélesítették döntéseikkel – ismeretlen volt mind az alkotmányelméletben, mind a gyakorlatban előkép nélküli volt.⁷ (Az átvétel eredeti helyét jelentő amerikai alkotmánybíráskodás az 1940-es években még nem érte el azt a hatalmi szintet, amit aztán az 1960-as évekre megvalósított.) Másik hatalmi bázist a német alkotmánybírók azokkal a nagyon absztrakt és szinte normatívan üres biankó csekket jelentő alapjogi és alapelvi formulákkal kapták, melyeket az 1949-es alaptörvényük beemelt az alkotmányos alapjogok közé. Egyik ilyen volt például a “személyiség mindenoldalú kiterjesztéséhez való jog”, a másik az “emberi méltóság sérthetlensége”. Noha ez utóbbit

Japan. A commission was formed to consider redrafting – and despite the recommendations for changes, the existing constitution was preserved in its entirety. A half century later, one cannot imagine this sort of acquiescence being reproduced in most places in the world. Today a new constitution must be understood as locally produced to acquire legitimacy.” *Noah Feldman: Imposed Constitutionalism. Connecticut Law Review (Vol 37.) 2005, 859.p.*

⁶ A transzatlanti irányba véghezvitt radikális elitcsere elemzéséhez a második világháború utáni Németországban lásd Stefan Scheil: *Transatlantische Wechselwirkungen. Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945.* Duncker und Humblot. Berlin. 2012., az alkotmánybíráskodást illetően különösen a 155-159 oldalakat.

⁷ Az emigrációból hazatérő Gerhard Leibholz aki 1951-71 között alkotmánybíróként döntő mértékben meghatározta a német alkotmánybírók szerepfelfogását 1952-ben egy ún. *Status-Denkanschrift*-ben vázolta fel az alkotmánybíróknak a kormánnyal és a parlamenti kormánytöbbséggel szembeni privilegizált pozícióját, és Konrad Adenauer kormányával szemben elkeseredett politikai küzdelemben tudta elismertetni az alkotmánybíróóság szupremáciáját az államhatalmi szervek között. Lásd ehhez részletesen: Justin Collings: *Gerhard Leibholz und der Status des Bundesverfassungsgerichts. Karriere eines Berichts und seines Berichterstatters.* In. Anna-Bettina Kaiser (Hg.): *Der Parteienstaat.* Nomos 2013. 228-258.

pontos tartalommal ellátva - a megalázás és a megaláztatás tilalmaként – a kiszámítható alkotmánybíráskodás formulájává lehetett volna tenni, a német alkotmánybírák azonban az emberi lényeg szintjére általánosították ki, és arra használták fel, hogy ebből kibontva maguk hozzanak létre új és új alkotmányos alapjogokat, és ezekből az eredeti alkotmányhoz képest egy részben új alkotmányt alkossanak meg.

Az alkotmánybíráóságok funkcióinak változása szempontjából fontos volt az a fejlemény, melyet a német alkotmánybírák kezdtek el mind erősebben alkalmazni az általuk alkotmányellenesnek minősített törvények, törvényi rendelkezések megsemmisítésekor. Eredetileg a külön szervezett és jórészt közvetlenül a törvényhozás feletti kontrollra átépített alkotmánybíráskodás – az ennek szülőatyjaként emlegetett Hans Kelsen megfogalmazásában - csak *negatív* törvényhozást végezhetett, azaz pusztán csak megsemmisíthette a törvényeket alkotmányellenesség címén, de pozitívan az ezek helyére létrehozott új törvényeket továbbra is a parlamenti többsége határozhatta meg. A német alkotmánybírási gyakorlatban ez kezdett fokozatosan megváltozni, és a döntéseik indokolásában egyre sűrűbb előírásokkal kezdték ellátni a megsemmisítés kimondását, melyekkel részletesen rögzítették, hogy a létrehozandó új törvényt milyen tartalom esetén fogják alkotmányosnak elismerni. Ezzel a negatív törvényhozás egyre erőteljesebben pozitív törvényhozás felé csúszott el. E fejlemények aztán a német minta alapján létrehozott új alkotmánybíráóságoknál az 1980-as évektől több esetben még fokozottabban jelentek meg.

A továbbvitel egyik élharcosa a spanyol alkotmánybíráóság lett az 1980-as évek elejétől. Átvéve a németek által kifejlesztett aktivista alkotmánybíráskodási stílust a spanyolok abban is kezdtek továbblépni a németeken, hogy a döntéseik alapját jelentő spanyol alkotmányt fokozottan kezdték félretolni, és alapvetően a saját régi - szabadon létrehozott - döntéseiket vették alapul az új és új döntéseik megalapozásához. A saját alkotmánybírási esetjog gyakori használata a vonatkozó alkotmányi rendelkezések mellett ugyan a németeknél is jellemző vonás volt már régen, de ott azért az egyes döntéseknél az alkotmányi rendelkezések szövegének elemzése is megjelenik. (Igaz, sokszor alaposan elszakadva tőle, és egy-egy generális alapjogból kiolvasztott alapjogra történik a döntésük alapozása.) A spanyolok esetében azonban gyorsan kialakult az is, hogy a teljes döntést a saját régi esetjogukra alapozzák, félretolva a vonatkozó alkotmányi rendelkezést.⁸ Ezen az úton a német kezdeményezés felfokozásával létrejött a spanyoloknál a *pseudo-alkotmány* jelensége, amely az írott alkotmány helyére lépő alkotmánybírási esetjogot jelenti.

Ebben és a német alkotmánybírói kezdemények más verzióinak továbbvitelében élharcos lett az 1990-től létrehozott magyar alkotmánybíráóság is, és mivel amúgyis ezt ismerem részleteiben a legjobban, az alkotmánybíráóságok funkcióváltozásainak elemzését erre összpontosítva végzem el. Magyarországon a kommunizmus bukásakor egyáltalán nem volt ismert az alkotmánybíráskodás eszméje a jogászság nagyobb részében és a szellemi életben, és így 1990-ben csak mint a régen várt politikai demokrácia legfőbb vívmánya került propagálásra. A találomra beválasztott első alkotmánybírák többsége sem volt tisztában, hogy végülis milyen szerep illeti őket az új többpárti politikai rendszerben. Az első szabadon választott parlamenti kormánytöbbség erőviszonyai 1990-ben aztán sajátos lehetőséget adtak

⁸ Ennek legnyilvánvalóbb példája volt az a 2012-es döntésük, amikor az egyneműek közötti házasságot lehetővé tevő polgári törvénykönyvi rendelkezés felett döntöttek, és bár a spanyol alkotmány szövege kimondja, hogy a házasság egy nő és egy férfi közötti jogi kapcsolat, a spanyol alkotmánybírói testület többsége alkotmányosnak ismerte el az ezzel szembeeső törvényi rendelkezést. A spanyol alkotmány vonatkozó rendelkezése angol fordításban így hangzik: „Art 32.1. A man and a woman will be entitled to marry in terms of full legal equality.” Ezt így interpretálták az ottani alkotmánybírák: „Otherwise, if strictly and literally interpreted, Article 32 CE only identifies the holders of a right to marry, not the other spouse, although, we must insist, systematically speaking it is clear that this does not mean that there was a wish in 1978 to extend the exercise of this right to homosexual unions” STC No. 198/2012, 5.p. Az alkotmányozó akarattal szembenállás beismerése ellenére azonban döntésükben deklarálták az egyneműek közötti házasság alkotmányosságát.

a legnagyobb alkotmánybírói hatalom kibontakoztatására Magyarországon. A rendszerváltás első hónapjainak kaotikus körülményei között ugyanis egy kis többséggel a nemzeti-konzervatív pártok egy koalíciója ért el kormánytöbbséget, de a megszerzett kormányhatalmon túl a teljes médiahatalom, az egyetemi-akadémiai szféra szellemi hatalmi csoportjai és a gazdasági hatalmat jelentő régi szocialista nagyvállalatok vezetőrétegei mind az ellenzékbe került baloldali és balliberális pártokat támogatták. Ebben a helyzetben az ellenzék mögötti túlnyomó hatalmi források szinte már az első hónapokban lebénították a kormányt, és volt is egy kormánybuktató taxisblokádnak a fővárosban, amely tényleg majdnem államcsínnyé változott 1990 novemberében.

A magyar alkotmánybíróság ekkor kezdte el kialakítani döntési stílusát, és a karizmatikus elnök, Sólyom László ösztökélésére a német mintából a legaktivistább hatáskörbővítéseket vette át döntéseiben.⁹ Ráadásul Magyarországon nem terhelte az alkotmánybírákat a bírói döntésekkel szembeni alkotmányjogi panaszokkal való foglalkozás – amely többi alkotmánybíróságnál ezerszámra érkező a legnagyobb munkaterhet jelenti –, és az osztrák megoldásnak megfelelően itt közvetlenül a parlamenti kormánytöbbség kontrollja körül alakult ki a feladatuk. Ezen felül itt ezt a közvetlen törvénykontrollt – eltérően az osztrákoktól – bárki kezdeményezhette, és így szinte naponta került sor az első években törvényt megsemmisítésekre. A törvények sűrűn végbemenő alkotmányellenessé nyilvánításainak már az kezdetekor lefektetésre került itt 1990 decemberében – alig néhány hónapos alkotmánybírósági működés után –, hogy az írott alkotmányon túl igazán az alkotmánybírák saját döntéseivel létrehozott *“láthatatlan alkotmány”* jelenti az tényleges döntési alapot számukra, és bár ezt gyakorolták már ekkora a spanyol és jórészt a német alkotmánybírák is, de ilyen nyíltan sehol nem vállalták fel ennek kimondását. Az említett politikai erőviszonyok között – amikor a puszta kormányhatalommal rendelkező kormánytöbbséggel szemben állt az ellenzék mögé felsorakozó teljes médiahatalom, egyetemi-akadémiai szellemi hatalom és a gazdasági elit –, a *“láthatatlan alkotmány”* létrehozó és ez alapján a törvényeket tucatszámra megsemmisítő alkotmánybírák az ellenzék és az őket támogató társadalmi csoportok számára a demokrácia hőseivé váltak. Tetszőlegesen túlléphetek ebben a politikai légkörben az alkotmányi előírásokon, és minél több törvényt semmisítettek meg, annál nagyobb elismerést kaptak a tömegmédiákban és az akadémiai szellemi hatalom képviselői részéről. Ilyen óriási háttértámogatás mellett – amikor a nyilvánosságban szinte tilos volt kritizálni az alkotmánybírósági döntéseket –, a magyar alkotmánybírósági gyakorlatban elkezdtek átvenni a hatáskörbővítés minden már kialakult formáját, és a negatív törvényhozást jelentő törvényt megsemmisítések mellett a jövő törvények pozitív meghatározásának egy sor formáját kialakították.

Ezeket aztán a 2011-es új magyar Alkotmány alapján létrehozott új alkotmánybírósági törvény legalizálta is, így ma már – túl az egyszerű törvényt megsemmisítéseken alkotmányellenesség címén – a következő eszközök állnak a rendelkezésre az alkotmánybíróság számára a jövő törvényi tartalmak meghatározására. 1) Belenyúlhat a vizsgált törvényi rendelkezésbe az alkotmánybíróság úgy is, hogy mozaikosan semmisíti meg a rendelkezés egy részét (a többi részt érintetlenül hagyva), és így alapvetően át tudja alakítani a jövőt illetően annak tartalmát. 2) Megteheti, hogy érintetlenül hagyja a vizsgált törvényi rendelkezés egészét, de egy alkotmányos követelményt fűz hozzá – kiegészítve a törvényi rendelkezést –, és így a bírák és a hatóságok a jövőben csak ezzel a kiegészítéssel együtt alkalmazhatják azt. 3) Egy harmadik lehetőség, hogy egy alkotmányos jogelvet, egy

⁹ Kim Lane Scheppelle – a saját pozitív értékelésének megfelelően – Sólyom László karizmatikus elnöki szerepét az orosz AB-elnök, Valerij Zorkin szerepéhez hasonlítja, és a poszt-szovjet idők alkotmánybíróságainak két legkiemelkedőbb személyiségének tartja őket, lásd: Kim Lane Scheppelle: Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe. University of Pennsylvania Law Review (vol. 154.) 2006, 1757-1851. p.

alkotmányi rendelkezést vagy egy alapjogot bevonva a vizsgált törvényi rendelkezés értelmezésébe kimondja, hogy egy alkotmányos mulasztást lát fennállni, és egy határidő tűzésével kötelezi a törvényhozót, hogy egy törvénymódosítással tegyen eleget az alkotmányos mulasztás megszüntetésének, miközben az alkotmánybíróági döntés az indokolásában fő vonalaiban már körvonalazza is a megkívánt törvénymódosítási tartalmat. Ezek révén az alkotmánybíróóság a negatív törvényhozáson túl széles eszköztárat kapott a törvények pozitív irányú meghatározására is.

Összegezve az eddigi funkcióváltozások és funkcióbővülések elemzését rögzíteni lehet: az alkotmánybíróóság funkcióinak középpontjában az áll, hogy a ciklusonként változó parlamenti kormánytöbbség, esetleg a jelentős hatalommal rendelkező államfő és az ellenzéki pártok küzdelmei folyamán őrizze a társadalom - törvényhozási többségnél nagyobb - konszenzusával elfogadott alkotmány előírásait, és magukban az e küzdelmeknek keretet adó választási és más politikai akaratképzési eljárásokban is biztosítsa az alkotmány előírásainak garanciáit. Az alkotmánybírók választási bíráskodásán túl ez a funkció megvalósulhat a törvényhozás közvetlen ellenőrzésével az előzetes normakontroll menetében, amikor az elfogadott törvényt a kihirdetés előtt vizsgálják, és semmisíthetik meg alkotmányellenesség címén, vagy az utólagos normakontroll eljárásában, amikor a már kihirdetett törvényeket vizsgálják meg. Ez az utólagos normakontroll végbemehet absztrakt módon, amikor a képviselők - jellemzően az ellenzéki képviselők - egy csoportja (pl. ötven fő vagy a képviselők egynegyede stb.) támadhatja meg az elfogadott törvényt, vagy szövetségi jellegű államokban a szövetségi törvényeket a tagállamok kormányai, esetleg törvényhozási többségei is, és ugyanígy fordítva, a tagállami törvényeket pedig a szövetségi állami szervek is. De egyes országokban ez szélesebben is lehetséges, és például Magyarországon az 1990-es rendszerváltástól 2012-ig, az új Alkotmány elfogadásáig bárki – még nem magyar állampolgár is - megtámadhatott alkotmányjogi panasszal bármilyen törvényt és jogszabályt rögtön a kihirdetésük után az alkotmánybíróóság előtt, és kérhette a megsemmisítésüket.

E fő funkció mellett - ha már létezik – az alkotmánybíróóság olyan funkciókat is megkapott, melyek révén az államfő és esetleges más államhatalmi vezető, például a miniszterelnök hatalommal visszaélése esetén indult eljárásokban válik döntőbírává. Így fosztották meg az alkotmánybírók Litvániában 2004-ben az államfőt – Rolandas Paksast - a posztjától, vagy Thaiföldön a miniszterelnököt két esetben is megfosztották a hivatalától az ezredforduló utáni első években. Noha erre még nem került sor, de az államfő hivatalból eltávolítására a magyar alkotmánybírók is jogosultak, és a képviselők kétharmadának döntésével elfogadott javaslatára az alkotmánybírók megfoszthatják az államfőt a posztjától, ha az Alkotmány vagy a törvények szándékos megsértését állapítják meg nála.¹⁰

Az alkotmánybíróóságok funkcióinak elemzése közben ki kell térni egy olyan funkcióra, amely az eredeti amerikai verzióban nem szerepelt, de a második világháború utáni európai alkotmánybíróóságoknál több helyen szerepet kapott.

Az alkotmánybíróóság mint nemzetközi bíróság

A II. világháború után az Amerikából Európába áttelepített alkotmánybíráskodás egy lényeges szempontból más funkciót is kapott a nemzetközi jog vonatkozásában, mint az eredeti helyén volt. Az 1949. évi német alkotmány a megszálló amerikai csapatok jogászainak szoros ellenőrzése mellett jött létre, és ahogy Németország felosztása és tartós megszállása - illetve az amerikai ellenőrzés mellett elindított európai integráció révén egy nagyobb európai egységbe befogása - is célozta, a német alaptörvény egyes előírásai is súlyt helyeztek arra, hogy ne idéződjön fel a nemzeti szocialisták 1932-es, milliók általi megválasztásának

¹⁰ Lásd a magyar Alaptörvény 13. cikkét, és ennek részletszabályaira az alkotmánybíróági törvény 35.§-át; ugyanilyen tartalommal a régi Alkotmány 31/A- 32. §-ai is tartalmazták ezt.

veszélye és ezzel a kialakult nemzetközi hatalmi egyensúly felborulása.¹¹ A nemzetközi hatalmi viszonyoknak való közvetlen alávetést célozta így az is, hogy bekerült az 1949-es német alaptörvénybe a német jog nemzetközi jognak való közvetlen alávetettsége, és ennek alkotmánybírósági ellenőrzése: „A nemzetközi jog általános szabályai a szövetségi jog részét képezik. Megelőzik a törvényeket és a szövetségi terület lakosai számára közvetlenül állapítanak meg jogokat és kötelezettségeket” (29. cikk). Majd a nemzetközi jog közvetlen német jog-felettségét a 100. cikk (2) bekezdése úgy pontosítja, hogy ha egy bírósági eljárásban kétség merül fel abban a tekintetben, hogy egy nemzetközi jogi szabály a szövetségi jog részét képezi-e, akkor vita esetén ebben az alkotmánybíróság dönt. Az elmúlt hatvan évben ugyan a német alkotmánybírák ezt a hatáskörüket csak visszafogott mértékben gyakorolták,¹² de mindenesetre ez a példa megteremtette több, később létrejött európai alkotmánybíróság számára az amerikaitól eltérő új funkciót is: nem egyszerűen alkotmánybíróság a törvények hazai alkotmányhoz mérésével, hanem egyben *nemzetközi jogi bíróság is* a hazai törvényeknek a nemzetközi joghoz mérésével. Ezzel a megkettőzéssel és összefonással az európai országok hazai alkotmányai és a nemzetközi jog elvileg egy közös normaanyagban egyesüléshez közeledhetnek, noha mindig az adott alkotmánybírósági többségek döntenek el, hogy milyen fokban ambicionálják az alkotmánybíráskodás mellett a „nemzetközi bírósági” szerepet, vagy ezzel szemben milyen fokban hagyják az utóbbit a nemzetközi fórumokra, és csak a hazai alkotmányhoz mérik a törvényeket ellenőrzés közben. Ezt az összefonódási lehetőséget azonban több fejlemény is érinti az utóbbi években, és ezek új aspektust adhatnak az alkotmánybíráskodásnak, vagy adnak is, ahol ezek erősebben realizálódtak az adott ország alkotmánybíráskodásában. Egyik ilyen fejlemény - erős globális hatalmi támogatás mellett – a *nemzetközi jog alkotmányjogiasodásának* elmélete, melyet több jogtudósi és jogpolitikus csoport is támogat, és amely az eredetileg a nemzetállamok közötti szerződésekkel létre hozott jogot jelentő nemzetközi jogot mint egy új „globális alkotmányjogot” fogja fel, illetve igyekszik ezt így felhasználni a nemzetállami jogokkal és a globális hatalmakkal alárendelődő alkotmányaikkal szemben.¹³ Szűkebb elemzéssel csak egy elméleti fejlemény ez az új jelenség, de ha átfogóbban vesszük szemügyre az utóbbi évtizedek globális világtrendjének változásait, akkor ez nagyon is beleillik ezekbe. Az 1970-es évek elejétől indulóan, majd az 1980-as évektől ugyanis az euroatlanti térségben fokról-fokra a nemzetállamok határait lebontó és önálló belső szerveződésük helyett az egyes országokat a *globális-monetáris kapitalizmusba integráló* mechanizmusok kezdtek kiépülni.¹⁴ A szovjet birodalom széthullása után az innen kiszabaduló közép- és kelet-európai országok már ebbe a globális-monetáris kapitalista szerveződésbe léptek be az 1990-es évektől. A fokozódó európai integráció – úgy, ahogy a világ többi régiójában a hasonló integrációs szerveződések is - ezektől a globális struktúráktól kapták az ösztönzéseket és a háttérorosztást az általuk befogott nemzetállamok feletti ellenőrzés fokozására. A Valutaalap, a Világbank és főként az 1995-től működő WTO nemzetközi szerződésekkel és ezek szankcionálására bírságotlasi fórumok létrehozásával stabilizálta a globális világtrend ellenőrzését a nemzetállami

¹¹ A német alaptörvény (Grundgesetz) 1949-es létrejöttének leírásához lásd: Karlheinz Nicklauß: Der Weg zum Grundgesetz. UTB Verlag, Stuttgart. 1999.

¹² „Some post-World War II national constitutions incorporate international law - or some parts of international law – as superior to statutes. So for example, in Germany, The Basic Law provides that „the general rules of public international law... take precedence over statutes and directly create rights and duties for individuals”, although in practice this provision is given somewhat restrictive meaning”. Vicki C. Jackson: Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. Federal Law Review, (Vol. 35.) 2007, 164.p.

¹³ E törekvés összefoglaló elemzéséhez lásd: Christine Schwöbel: The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. German Law Review. (Vol.13.) 2012, 2-22. p.

¹⁴ A folyamat összefoglaló elemzéséhez lásd Pijl kitűnő könyvét: Kees van der Pijl: Global Rivalries. From the Cold War to Iraq. Pluto Press. 2006

szerveződések felett. A formailag továbbra is érintetlenül létező állami szuverenitás így a határait a munkaerő-, áru- és tőke mozgás előtt kötelezően kinyitásra ítélt országokban él tovább, és ez az addig is létező globális hatalmi szerveződések és mögöttük álló globális tőkés- és bankárcsoportosulásokat minden eddiginél erőteljesebben tette dominálóvá felettük. Tulajdonképpen ez az egész globális struktúra csak a 2008-as nagy válságsorozat megindulásával rendült meg, mivel az egésznek alapját adó, globális bankcsaládokra épülő pénzügyi rendszer elemi szinten bizonyult alkalmatlannak a nemzetállamokat elfojtó világkapitalizmus tartós fenntartására. Ezek a jelenségek - egyesülve a különösen a közép-kelet-európai országokat sújtó migrációs mozgásokból következő demográfiai összeroppanás jeleivel -, erősebbé tették az Unióval szemben a nemzetállami szerveződés fenntartására irányuló politikai erőket a térségünkben éppúgy, mint az e feletti globális mechanizmusokkal való szembeszállás tendenciáit. Ez utóbbiak azonban még olyan friss fejlemények, hogy szellemi szintű irányzatok szintjén irányváltásokat még nem erősítettek fel, és a monetáris-globális világkapitalizmus problémamentességét alapul vevő szellemi irányzatok erőteljesek ma is.

Ez a strukturális háttér adhat magyarázatot azokra a szellemi fejleményekre, melyek az 1990-es évek közepétől a nemzetközi jog és az alkotmányjog határterületein tevékenykedő jogászok között a nemzetközi jog alkotmányjogiasodásának elméletét hozták létre. Az osztrák *Alexander Somek* kritikusan úgy írja le ezt a törekvést, hogy mivel az európai alkotmányozás és az Európai Egyesült Államok létrehozásának terve az ezredforduló utáni években politikailag teljes mértékben megbukott, és az euroszeptícizmus növekedése mellett semmi esély ennek visszafordítására, a valamikori politikai törekvés helyére az ezt támogató tudósok/jogpolitikusok léptek, akik a társadalmi és a jogi realitás fogalmainak átértelmezésével kívánják létrehozni az általuk kívánt állapotot. Ha az új világrend már nem hozható létre politikai eszközökkel, akkor képzeld el, hogy a kívánt változás már meg is történt, és csinálj úgy, mintha a változás már realitássá vált volna.¹⁵

Az alkotmánybíróságok ezzel a funkcióval ellátva mintegy belső nemzetközi bírósággá is válnak a belső jog feletti ellenőrzésben, és ez annak eszköze is lehet, hogy magát az ország alkotmányozó hatalmát is ellenőrzés alá vonják a nemzetközi "alkotmányjogra" támaszkodva. Ennek mértékére az egyes alkotmánybíróságok e tárgyban hozott döntései tekintetében összehasonlító adatok nem állnak rendelkezésemre, de az alkotmányok rendelkezéseinek szövege alapján a következő kép látható.

Nem rendelkezik az alkotmánybíróság "nemzetközi bíróság"- jogköréről a román és a horvát alkotmány, és itt a belső jogot csak a hazai alkotmányhoz viszonyítva ellenőrzik az alkotmánybírák. Azokra rátérve, ahol van ilyen, a gyengétől az erősebb felé haladva a cseh alkotmánnyal kell kezdeni. Itt a németek nyomán a hazai jog alkotmánybírósági ellenőrzésére elterjedt kettős ellenőrzési alapot - az alkotmányba ütközést illetve ezen túl még a nemzetközi jogba ütközést is – csak korlátozott formában tartalmazza. Itt az alkotmány 87. cikke (1) bekezdésének i) pontjában nem az absztrakt nemzetközi szerződésekbe ütközést teszi az ellenőrzés alapjává, hanem csak az egyes nemzetközi bíróságok ítéletének végrehajtását akadályozó hazai jogi rendelkezések megsemmisítésére van lehetősége a cseh alkotmánybíráknak.¹⁶

¹⁵ „Since nobody appear to believe any longer in a change of the world order by political means, scholarship is increasingly taking comfort from the academic equivalent of practical change, namely the re-description of social realities. If the world cannot be changed, you imagine it changed and pretend the work of your imagination to amount to the real. (...) The most ludicrous form of the re-description is the application of constitutional vocabulary to international law.” Alexander Somek: Administration without Sovereignty. In: Petra Dobner/Martin Loughlin (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford Univ Press 2010. 286 p.

¹⁶ Lásd: „The Constitutional Court shall rule on... (...) i) measures essential for the implementation of a ruling by an international court, which is binding for the Czech Republic, unless it can be implemented in a different manner.”

A szlovák alkotmány ezzel szemben tartalmazza az alkotmányhoz mérésen túl a belső jognak a nemzetközi joghoz mérését is az alkotmánybírói hatáskörök felsorolásában. Ám a némettől eltérően itt csak a nemzetközi jognak ahhoz a részéhez mérhetik a belső jog szabályait, melyek kifejezett nemzetközi egyezményekkel jöttek létre, és amelyekhez a Szlovákia csatlakozott, és a tetszés szerint tágítható terjedelmű 'általánosan elfogadott nemzetközi jogi szabályokhoz' nem.¹⁷ A belső jognak az alkotmánybírói hatáskörön keresztüli alávetése a nemzetközi jognak azonban annyiban fokozott szintet ér el a szlovákoknál, hogy itt az állampolgárok alkotmányjogi panaszát nem a saját alkotmányukban felsorolt alkotmányos alapjogok sérelme esetén bírálják el a szlovák alkotmánybírók, hanem a nemzetközi egyezményből eredő alapvető jogok sérelme esetén. Ezzel mintegy megkettőzik a belső jog európai Emberi Jogi Egyezménynek alávetését, és a strasbourgi bíróság mellett a hazai alkotmánybírók is ez alapján jár el. Ezen keresztül pedig nemcsak megsemmisíthetik az alkotmánybírók a nemzetközi egyezményből fakadó alapvető jogot sértő hazai jogi rendelkezést, hanem mulasztást is megállapíthatnak a jog védelmének elmaradását konstatálva, és határidőt tűzve felszólíthatják a megfelelő állami szervet a kötelező jogalkotásra.¹⁸

A lengyel alkotmány a szlovákokhoz hasonló erősséggel tartalmazza a belső jog alkotmánybírói ellenőrzését a lengyel alkotmányon túl a nemzetközi jogba ütközés esetén is. Fontos kiemelni, hogy itt is csak a lengyel állami szervek által aláírt és ratifikált nemzetközi egyezménybe ütközés esetén teszi lehetővé a belső jog vizsgálatát, és az ezt meghaladó - kifejezetten nem ratifikált és csak az "nemzetközi jog általános elvei és szabályai (ún. *ius cogens*) alapján nem teszi ezt lehetővé.¹⁹ Az alkotmánybírók előtt ezt a kontrollt pedig széles körben lehetővé teszi azáltal, hogy a rendes bíróságok bírái az eljárásaik közben kérhetik az éppen alkalmazott jogi rendelkezések nemzetközi jogba ütközésének vizsgálatát is az alkotmányba ütközés mellett.²⁰

A szlovén alkotmány a fentiekhez képest tágabban teszi lehetővé az alkotmánybírók számára a hazai jog nemzetközi joghoz mérését az alkotmányhoz mérés mellett, és esetleges megsemmisítését, mert a német mintát egészében átvéve nemcsak a szlovén állami szervek

¹⁷ „Article 185. 1. The Constitutional Court shall decide on the conformity of a laws with the Constitution, constitutional laws and international treaties to which the National Council of the Slovak Republik expressed its assent and which were ratified and promulgated in the manner laid down by law; b) government regulations, generally binding legal regulations of Ministries and other central state administration bodies with the Constitution, with constitutional laws and with international treaties to which the National Council of the Slovak Republik has expressed its assent and which were ratified and promulgated in the manner laid down by laws.” (The Constitution of Slovak Republik.)

¹⁸ “Article 127. (1) The Constitutional Court shall decide on complaints of natural persons or legal persons if they are pleading the infringement of their fundamental rights or freedoms, or human rights or fundamental freedoms resulting from the international treaty which has been ratified by the Slovak Republik and promulgated in the manner laid down by law, save another court shall decide on the protection of these rights and freedoms. (2) (...) If the infringement of rights and freedoms according to the paragraph 1 emerges from inactivity, the Constitutional Court may order the one who has infringed these rights or freedoms to act in the matter.” (The Constitution of Slovak Republik.)

¹⁹ “Article 91. (...) 2. An international agreement ratified upon prior consent granted by statute shall have precedence over statutes if such an agreement cannot be reconciled with the provisions of such statutes. 3. If an agreement ratified by the Republik of Poland, establishing an international organization so provides, the laws established by it shall be applied directly and have precedence in the event of a conflict of laws. (...) Article 188. The Constitutional Tribunal shall adjudicate regarding the following matters: (...) 2. the conformity of a statute to ratified international agreements whose ratification required prior consent granted by statute.” (The Constitution of the Republik of Poland of 2nd April 1997.)

²⁰ „Article 193. Any court may refer a question to the Constitutional Tribunal as to the conformity of a normative act to the Constitution, ratified international agreements or statute, if the answer to such question will determine an issue currently before such court.” (The Constitution of the Republik of Poland of 2nd April 1997.)

által aláírt és ratifikált nemzetközi egyezmények alapján teszi lehetővé a belső jog alkotmánybírói vizsgálatát, hanem a nemzetközi jog általános elvei alapján is.²¹

A magyar Alaptörvény is a németnél és a szlovénél látottak megfelelő legszélesebb jogkört adta az Alkotmánybíróságnak a belső jognak a nemzetközi jogra alapozott vizsgálatában és az esetleges megsemmisítésre. Ez alapján időként kialakul nálunk Magyarországon olyan alkotmánybírói többség, mely arra is hajlik, hogy magát az alkotmányozó hatalmat is ellenőrzés alá vonja, és akár az alkotmánymódosításokat is megsemmisítse erre alapozva. A magyar Alaptörvény Q) cikkének (3) bekezdése tartalmazza a nemzetközi jog és a belső jog viszonyának szabályozását, mely alapján az Alkotmánybíróság – az alaptörvényi szabályokon túl - a hazai törvényeket ellenőrizheti: „Magyarország elfogadja a nemzetközi jog általánosan elismert szabályait. A nemzetközi jog más forrásai jogszabállyal kihirdetésükkel válnak a magyar jogrendszer részeivé.” A kihirdetéssel belső joggá válással nincs probléma, az nem hozhatja létre az állami szuverenitás formai korlátozását, hisz az állami jogalkotás csak azt hirdeti ki, amit előtte konkrétan elfogadott nemzetközi kötelezettségként. A nemzetközi jog általánosan elismert szabályainak belső jogrend feletti ereje azonban bizonyos értelmezéssel módot adhat arra, hogy az alkotmánybírók erre támaszkodva magát az alkotmányozó hatalmat – egy esetleges új alkotmányt, vagy az alkotmánymódosításokat - is ellenőrzés alá vonják, illetve megsemmisítsék ezeket, és így a globális uralmi rend mindenkori követelményeit érvényesítsék a szuverén magyar állammal szemben. Ezt az álláspontot foglalta el a 2010-es évek elején domináló magyar alkotmánybírói többség, és a legtágabban értelmezve a fenti szabályt a 61/2011. (VII. 13.) AB határozat indokolásában kimondták, hogy ők nemcsak a teljes jogrendszer felett állónak fogják fel a nemzetközi jog általánosan elfogadott szabályait, hanem az alkotmányozó hatalom felett állónak is. Ezzel az értelmezéssel az akkori alkotmánybírói többség mind az alkotmányt, mind egyes részeit és módosításait tartalmilag is ellenőrizhetőnek tekintette. E döntésben kimondták, hogy az Alkotmánybíróság ellenőrzés során megsemmisítheti a későbbiekben az Alaptörvény helyébe lépő esetleges későbbi új Alkotmányt is: „A posteriori, utólagos mérceként szolgálhatnak a nemzetközi jog *ius cogens* normái valamint alapelvei (...) A *ius cogens* normái, alapelvei, alapvető értékei együttesen olyan mércét alkotnak, amelyeknek minden következő alkotmánymódosítás és Alkotmány meg kell, hogy feleljen” (indoklás V. rész 2.2. pont). Ezt az értelmezést a 2011-ben kibővített alkotmánybírói többség - heves belső viták után - rendszerint elvetette, de például a 12/2013. (V. 24.) AB határozat indokolásában még megerősítette, és a Q) cikkből az alkotmányozó hatalomra vonatkozó korlátokra következtetett a jövőbeli esetleges alaptörvény-módosítások kapcsán (lásd e döntés indokolása III. részének 3. pontját).²² Ezzel a kitágított értelmezéssel szemben a szuverenitás-barát értelmezés megítélésem szerint csak az lehet, amikor a nemzetközi jog általános szabályainak alaptörvényi elfogadását pusztán a magyar állam nemzetközi szerződéskötési kompetenciájának keretében fogjuk el, és nem úgy, hogy az alkotmányozó hatalom egészét ellenőrzés alá vonják az alkotmánybírók.

²¹ “Article 160. The Constitutional Court decide on the conformity of laws with the Constitution; on the conformity of laws and other regulations with ratified treaties and with the general principles of the international law;” (The Constitution of the Republik of Slovenia)

²² Szakirodalmi támogatásként a nemzetközi jog belső jogban játszott ilyen domináns szerepével szemben álljon itt John McGinnis és Ilya Somin közösen írt, két terjedelmes tanulmánya, melyben ők e jelenség hajtóerőiként a hazai politikai rendszerben sikertelen, de globális szinten erős politikai elitnek nemzetközi összefonódását látják, akik a demokrácia helyett a nemzetközi bírói oligarchiákban inkább bíznak: „A final explanation for the rise of raw international law may be its attractiveness to groups that are dissatisfied with the outcomes of the domestic political process. Political scientist Ran Hirschl has suggested that political and social elites have reacted to the rise of democracy in the modern world by constructing more powerful and wide-ranging roles for the judiciary over which they retain substantial influence.” John O. McGinnis/Ilya Somin: Should International Law Be Part of Our Law? Stanford Law Review (Vol. 59.) 2007 March 1185. p. illetve az expanzív emberjogi bíráskodás révén való belső jog alávetésével szembeni kritikájukra: McGinnis/Somin: Democracy and International Human Rights. Notre Dame Law Review (Vol. 84) 2009 No. 4. 1739-1798.p.

A funkcióellátás strukturális torzulásai

Az alkotmánybíráskodás nemzetközi bíráskodási funkciójában már láthatunk egy torzulási lehetőséget, de ha közelebbről szemügyre vesszük az alkotmánybíróságok működését, akkor több torzulást tudunk megállapítani. Ezek nagy része a hatáskörük többirányú bővítésében áll, de torzulás az is, hogy strukturális okok miatt a döntések nagy részét nem az arra megválasztott alkotmánybírák hozzák, hanem különböző alkotmánybírói apparátusok kezébe kerül a döntések tartalmi meghatározása. Nézzük meg ezeket a torzulásokat közelebbről.

A hatáskörök önkényes bővítéséből fakadó torzulások elemzése előtt érdemes kiemelni, hogy az alkotmánybíróságok felett csak nagyon nehezen lehetne ellenőrzést kialakítani, lévén hogy ez a szerv az egész államhatalom felett álló alkotmányozó hatalom alkotmánya mellé rendelt intézmény. Ennek révén nincs olyan államhatalmi szervezet, amely felelősségre vonhatná az alkotmánybíróságot döntéseikért. Ez a strukturális alaphelyzet aztán egy idő után óhatatlanul magával hozza, hogy a felülbíráhatatlan alkotmánybíróság a sokféleképpen értelmezhető általános alkotmányi szabályokat egyre tágabban értelmezi. Vagy egy másik módszert igénybe véve úgy jár el, hogy a legátfogóbb és normatívan üres alkotmányi deklarációkból új és új rendelkezéseket „olvaszt ki”, „olvas ki”, ezzel lényegében új alkotmányt hoz létre saját döntéseivel. Ennek egyik módja – ahogy a főként a litván alkotmánybíráskodás döntéseinek elemzésével lehetett megállapítani - hogy nagyon sűrűn a „demokratikus jogállam” formuláját odavonva hozzák meg a döntéseiket, noha lennének konkrétabb rendelkezések is az alkotmányukban a felmerült viták eldöntésére. Ennek révén lényegében első sorban a demokratikus jogállam formulája marad meg az eredeti alkotmányi szabályokból, és az alkotmánybírák - félretolva a konkrétabb alkotmányi rendelkezéseket – egy új alkotmányt építenek fel a demokratikus jogállam mind újabb aspektusainak lépésről lépésre történő kibontásával. Az első magyar alkotmánybírói többség az 1990-es évek elején ugyanígy a demokratikus jogállam formuláját használta fel az írott alkotmány felett állónak deklarált „láthatatlan alkotmány” felépítéséhez²³, de ők átvették a németektől az emberi méltóság sérthetlenségének formulából adódó lehetőségeket is. Ezt a formulát mint egy általános cselekvési szabadságjogot fogták fel rögtön az 1990-es megalakulásuk utáni első döntéseik egyikében, és kijelentették, hogy a jövőben ebből majd további alkotmányos jogokat vezetnek a törvények felülvizsgálatára.

Fontos annak kiemelése az alkotmánybíróságok felülbíráhatatlanságából eredő következmények megértéséhez, hogy a pluralista politikai erők küzdelmein alapuló demokráciákban az alkotmánybíróság törvénymegsemmisítései és általában a legtöbb döntésük a kormánytöbbséget érinti negatívan közvetlenül. Így a parlamenti ellenzék és az ellenzéki pártok számára ezek a döntések a pozíciójukat közvetlenül erősítőnek minősülnek, legyenek azok akár a legnyilvánvalóbban szembenállóak a tényleges alkotmányi szabályokkal. Így - különösen ha a médiahatalom és a szellemi értelmiségi körök nagyobb része az ellenzéki pártok oldalán áll - az alkotmánybírákat semmilyen érdemleges kritika nem éri az alkotmány félretolásáért a nyilvánosság előtt. Ezzel szemben, ha ezek a média- és szellemi hatalmi erőforrások nagyobb részt az ellenzék mögött állnak, akkor az alkotmánybírák még akkor is megfontolják a túlságosan aktivista döntési stílust, ha formális szankció nem érheti őket a felülbíráhatatlanságukból eredően.

Ezt az alkotmánybírói felülbíráhatatlanságot közvetetten csak az korlátozhatja, ha olyan törvényhozási többség létezik egy-egy törvényhozási ciklusban, mely képes arra, hogy akár alkotmánymódosítást is létrehozson, ha az alkotmánybírói többség széles körben

²³ Ennek kritikájára a „totális jogállam” fogalmát vezette Varga Zs. András, magyar alkotmánybíró: „Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája”. Századvég Kiadó. Budapest, 2015, különösen a 25-32. oldalakon.

megsemmisíti a számára fontos törvényeit és más intézkedéseit. Vagy ha alkotmánymódosításhoz nincs is elegendő kormánytöbbség a parlamentben, de legalább az alkotmánybírói törvény módosításához azért elegendő ereje van.²⁴ A széttagolt politikai erőviszonyok között azonban van, amikor ilyen ellenállásra az alkotmánybírói rendszerrel szemben évtizedekig nem adódik lehetőség egy-egy országban.

Az alkotmánybírók tehát nagyhatalmú testületet alkotnak, de ha közelebb lépünk működésük megfigyeléséhez, akkor hamar kiderül, hogy az esetek legnagyobb részében ténylegesen nem is az alkotmánybírók alakítják ki a döntéseket, hanem az alkotmánybírói apparátusok. Nézzük meg ennek okait és következményeit.

1) A legfontosabb ok erre az alkotmánybíráskodás generális bíráskodás jellege, mellyel szemben Európában már az 1800-as évek elejétől egyre specializáltabb bírósági rendszer jött létre. Az Egyesült Államokban megmaradt a generális bíráskodás, és a felső illetve a legfelsőbb szintű bíróságok a teljes jogi életet illetően döntenek a peres ügyekben, nem elkülönítve a magánjogi, a büntetőjogi és a többi ügyeket, illetve ha kivételesen alsó fokon létre is jön egy ilyen specializált bíróság (pl. szabadalmi ügyekben), a legfelsőbb bírói fórumra a fellebbezések folytán ezek az specializált perek is belefolyanak a generalista bíráskodást végző bírók döntési kompetenciájába. Az alkotmánybíráskodás pedig az Egyesült Államokban a generális bíráskodási rendszerben jött létre az 1800-as évek elején, és innen került át az 1900-as évek első évtizedeitől Európába, és mára a legtöbb európai országban már létezik ez az intézmény. A specializált európai bírósági rendszer és az e szerint specializálódott bírói stábok, illetve ügyvédség, közigazgatási jogászok, egyetemi jogászok így alapvetően más összetevőket társítottak az Amerikából átkerült alkotmánybíráskodáshoz, mint az az eredeti helyén volt. Az alkotmánybírók Európában természetesen a szűk jogterületre specializálódott jogászcsoportokból kerülnek ki, és a specializálódott, szűk területen kompetens jogász válik – kellene válni! - a megválasztással a jog teljes spektrumában döntő generalista alkotmánybíróvá. Ebből a szakmai beszűkülésből következően az európai jogász alkotmánybíróvá válva sokkal nagyobb kompetenciaproblémákkal szembesül, mint amerikai kollégái. Az alkotmánybíráskodást döntő részét végző szövetségi legfőbb bírói fórum bírái a legtöbb esetben már alsóbb szinten évekig bíráskodást végző bírákból kerülnek ki az USA-ban – tipikusan párhuzamosan végzett egyetemi jogászprofesszori tevékenységgel -, és így a generalista alkotmánybíráskodás nem jelent számukra kihívást. Végül is ugyanúgy kell továbbra is büntető-, polgári-, vagyoni jogi, közigazgatási jogi stb. ügyekkel foglalkozni, ahogy addig is tették.²⁵

2) Ezt a kompetenciaproblémát erősíti fel az európai alkotmánybírók esetében, hogy szemben az amerikai társaik időkorlát nélküli, élethossziglani időre történő kinevezéssel, Európában rendszerint csak rövid időre (9-12 évre) választják őket, és ezt is egy felső korhatár - rendszerint 65-70 év – meghúzásával. Ennek révén az európai alkotmánybírók sokszor csak hat-nyolc évet töltenek el a poszton, szemben az amerikai társaik esetében szokásos 30-40 évvel. Ennek egyik hatása, hogy az európai alkotmánybírók összetétele sűrűn cserélődik, majd mindig van két-három újonnan érkezett bíró, akik épp „betanulóban” vannak, míg a többiek egy részénél a felső korhatár miatt már a kiszállásra készülve történik a döntésekben való részvétel. Az amerikaihoz képest provizórikusabb, éppen csak beszálló, de már a kiszállásra készülő európai alkotmánybíró számára így az generalista bíráskodásból eredő, előbbi

²⁴ Ez utóbbi a helyzet Lengyelországban, és e lehetőség gyakorlása nyomán robbant ki hatalmi harc a lengyel alkotmánybírók és a nemzeti-keresztény parlamenti kormánytöbbség között 2015 végén.

²⁵ A generalista alkotmánybíráskodás és a európai specializált bírósági rendszer együttéléséből eredő problémák részletesebb elemzéséhez lásd korábbi tanulmányomat: Pokol Béla: Generális bíráskodás versus specializált bírósági rendszer. Az alkotmánybíráskodás egy dilemmájáról. Jogelméleti Szemle 2014/2. sz. 226-243. p.

pontban jelzett kompetenciaprobléma nagyobb mértékben jelent elbátortalanító hatást a szuverén módon döntő alkotmánybíróvá felnöves útján, mint az az amerikai társaiknál jelentkezik. Legfeljebb azt célozhatja meg, hogy az első években el tudja sajátítani a sok-sok ezer oldalon lefektetett, régi alkotmánybíróági precedensjogot, de ennek szuverén átértelmezésére, új alkotmányos értékeket és értékhangsúlyokat a középpontba vonva csak az esetek minimális részében vállalkozik. A kompetenciaprobléma összegződve a provizórikus alkotmánybírói pozícióból eredő hatással így inkább teszi az elődök által létrehozott alkotmánybíróági esetjogot átléphetetlen korlátot jelentő *pszeudo-alkotmánnyá* az új és új alkotmánybíróági testületek számára, mintsem hogy ez megmaradna egyszerű alkotmányértelmező és átalakítható esetjognak.

3) E két ok és ezek összegződő hatásai mellé lép be az európai alkotmánybírák „decernátusai”-nak, törzskarainak eltérő szerepe az amerikai társaik „law clerk”-jeihez képest. Az amerikai felsőbbbíróságoknál az 1900-as évek elő évtizedeitől kezdve alakult ki fokozatosan a bírák döntés-előkészítő munkáját segítő *law clerk*-ek intézménye. A szövetségi fellebbezési bírák mellett három-három *law clerk* segíti a bírakat, a szövetségi legfőbb bírói fórumnál, mely az alkotmánybíráskodás döntő részét végzi, már négy *law clerk* van minden bíró mellett. Ezek a bírói segítők a joghallgatók közül kerülnek ki a legjobb jogi karokról, és az egyes bírák mellett egy-egy évre kapnak megbízást, még ha az esetek egy részében a bírók egy-két évvel meg is hosszabbítják a legbevéltabbak megbízását. A hosszú évtizedekig bírói posztot betöltő és a generalista bíráskodáshoz szokott amerikai bírák esetében így a fiatal *law clerks* így egyértelmű alárendeltségben vannak, és ezek jóval kisebb döntési kompetenciával rendelkeznek, mint az őket rövid ideig alkalmazó bírójuk.²⁶ Ezzel a megoldással gyökeresen szemben áll az európai alkotmánybírák és törzskari munkatársaik viszonya. Mivel a legtöbb európai alkotmánybíróóság a németet vette alapul, érdemes először az itteni helyzetet bemutatni. Ez a modell szakított az amerikai „freshman”-rendszerrel, a joghallgatók közül történő munkatárs-toborzással, és a már komolyabb gyakorlattal rendelkező jogászok, alsóbíróági bírák közül válogatják ki ezeket. A másik változtatás volt, hogy ezek nem egy-egy évre kerülnek az alkotmánybírák mellé, hanem eleve hosszabb időre.²⁷ Ezekkel a változtatásokkal az alkotmánybírák és törzskari munkatársaik viszonya lényegesen átalakul az amerikaihoz képest, alaposan felhozva a munkatársakat a döntéseket formálisan végző alkotmánybíró pozíciója mellé. Nem lehet pontosan tudni, hogy milyen arányban vannak a német alkotmánybírák közül azok, akik az érdemi döntés nagy részét is átengedik a decernátusukban (törzskarukban) levő, elvileg csak döntés előkészítő munkatársaknak, de az erről szóló empirikus vizsgálat és elemzés ezt komoly problémának mutatja be. Uwe

²⁶ A *law clerks*eknek ez a kisebb döntési kompetenciája sem akadályozza meg azonban az amerikai bírakat abban, hogy a különösebben nem vitás rutin ügyekben a többségi vélemény tervezetének elkészítését a *law clerks*ekre bízzák, és szorosabb irányítást, illetve az érdemi döntés teljesebb átvételét ezekben csak akkor vonják magukhoz a bírák, ha politikailag érzékeny, vagy jogilag nagyobb jelentőségű döntésről van szó. A rutin ügyekben azonban a *law clerks* nagyobb szerepe az alkotmányt konkretizáló régi precedensjogot a részükről mechanikusan követetté teszi: „But what one expects (...) if most judicial opinions are written largely by law clerks (as they are), who are inveterate legalists because they lack the experience, confidence or „voice” to write a legislative opinion of the kind that judges like Holmes, Carodozo, Hand, Jackson, Traynor, or Friendly wrote. The delegation of judicial opinions writing to law clerks may explain the decline in the number of judges whom anyone would be inclined to call „great”. Richard A. Posner: *Realism about Judges*. Northwestern University Law Review (Vol. 105.) 2011 No. 2.583.p.

²⁷ Korábban még öt-hat év is lehetett az alkotmánybíró „decernátusában” eltöltött idő, de újabban ez már rendszerint csak két-három év. (lásd Uwe Kranenpohl: *Hinter dem Schleier der Beratungsgeheimnisses. Der Willenbildungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. Verlag für Sozialwissenschaften. 2010. 106-108.p.) E-mailen érintkezve Kranenpohl-lal e tanulmány írása közben, kérdésemre jelezte, hogy a rövidebb időközi tudományos munkatárs-cserék ellenére az szokásos, hogy az újonnan érkező alkotmánybíró az elődje decernátusának egyik munkatársa fogadja és vezeti be a betanulás idején a feladatába.

Kranenpohl a német alkotmánybírókkal készített interjúi kapcsán így ír: „Dabei sigalisiert der leicht kritische Unterton dieses Gesprächspartner, dass einige Kollegen bei ihm durchaus im Verdacht stehen, ihren Mitarbeitern unangemessen umfangreiche autonome Gestaltungsbereiche einzuräumen. Noch deutlicher bringen dies zwei andere Interviewpartner durch Flucht in Sarkasmus zum Ausdruck: „Das hängt eben sehr vom einzelnen Richter ab. Ich glaube, ich kann für mein Dezernat sagen, dass da kein 'Entzug des gesetzlichen Richters' stattgefunden hat – aber ich kann das nicht allgemein behaupten” (Interview No.6.) „So gibt in der Tat Verfassungsrichter, da muss man davon ausgehen, die unterschreiben jeden Mist, der ihnen von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern vorgelegt wird und kontrollieren das nicht!” (Interview No. 21.)”²⁸

Ennek a német modellnek a további eltolódását jelenti a többi európai alkotmánybíróságnál, hogy a törzskari munkatársak nagyobbik része nem cserélődik az alkotmánybírójuk megbízási idejének lejártával, hanem maradnak, és átkerülnek a sűrűn belépő új és tapasztalatlan alkotmánybírók mellé segítő munkatárssnak. Ténylegesen persze a rövid időre belépő és elementáris kompetenciaproblémákkal szembesülő új alkotmánybírók az első időben szinte a gyámoltottjai a sokéves tapasztalattal rendelkező régi törzskari munkatárssainak, és ezek vezetik, nevelik be őket az alkotmánybírói döntési munkába. Ebben a szituációban az előbbi interjúban a német alkotmánybíró által ironiával említett „törvényes bírótól való ügyelvonás” a munkatársak révén főszabállyá válik. Ez a kép inkább csak kivételesen módosul, ha az új alkotmánybíró szuverén személyisége révén egy idő után le tudja rázni e gyámoltó hatást, és önmaga áll neki új alkotmányos értékeket a középpontba emelve az örökül kapott *pszeudo-alkotmány* átalakításának. A szuverén személyiség mellett persze további előfeltétel, hogy a felső korhatár miatt ne kelljen túlságosan gyorsan kiválni az alkotmánybírói testületből öt-hat év után, illetve hogy az előzetes jogászai életpályája révén kivételképpen szélesebb jogterületet lásson át, és ne csak egy szűk területre szakosodott szakbírói múlttal, vagy egy-egy perfiáltára szakosodott ügyvédi múlttal rendelkezzen. De még ha ez mind rendelkezésre is áll, az ilyen „deviáns” alkotmánybíró szembekerül a sok évtizedes pszeudo-alkotmányt bibliaként kezelő többi alkotmánybíró kollégájával és az ezeket instruáló munkatársi „régí gárdával”.²⁹

4) A negyedik ok az alkotmánybíróssági esetjog leválthatatlan pszeudo-alkotmánnyá szilárdulásában az európai alkotmánybírósságok többségének óriási döntési terhében található. Az amerikai legfőbb szövetségi alkotmánybírók évente alig százat kitevő döntési terhe és a legtöbb európai alkotmánybírósság évenkénti több ezres nagyságú döntési terhe közötti különbség nemcsak azt okozza, hogy az így leterhelt európai alkotmánybírók alig tudnak párhuzamos- és különvéleményeket végig gondolni és írni, de azt is, hogy az egyszer megszilárdult korábbi esetjogot sem tudják az új alkotmányos értékek fényében felülbírálni, és azzal szemben az eredeti alkotmány szövegéből ismét kiindulva új értelmezést és konkretizálást létrehozni. Richard Posnerék egyik tanulmányának megfogalmazásában ez az összefüggés így hangzik: „The heavier a court's caseload, the less likely it is to reexamine (...)”³⁰

²⁸ Kranenpohl i.m. 88. p.

²⁹ Hogy milyen terheket vesz magára az az új alkotmánybíró, aki az eredeti alkotmányt igyekszik alapul venni, és csak másodlagosan az ennek helyébe lépő pszeudo-alkotmánnyá keményedett esetjogot, azt Kranenpohl is jelzi a már idézett művében: „Gerade das BverfG hat eine starke Neigung, im Sinne der Wahrung von Rechtssicherheit die bisherige Rechtsprechung weitgehend beizubehalten. (...) Schon durch den bloßen Umfang der bisherigen Rechtsprechung sind damit bereits weite verfassungsrechtlich relevante Bereiche vorstrukturiert, was dem Berichterstatter im Regelfall lediglich erlaubt, sich mit seinem Vorschlag innerhalb der bereits formulierten Prinzipien zu bewegen.” (Kranenpohl i.m. 143.p.)

³⁰ Epstein/Landes/Posner i.m. 117. p.

Összegzés és kitekintés

A világ egyre több országában megjelenő és bővülő hatáskörű alkotmánybíróságok, valamint az alkotmányok általános deklarációi és normatívan jórészt üres formulái fényében az egyszerű törvényektől elszakadó rendes bíróságok ítélkezése³¹ sok szempontból irreálissá teszik az ennek keretként megadott alkotmányos jogállami keretet. Inkább kifejezi ennek realitását a *jurisztokratikus állam* fogalmi konstrukciója, melyben a dominancia a törvényhozási többség és a végrehajtó szféra felett döntően a felsőbbbíróságokhoz és a feléjük helyezett alkotmánybíróságokhoz kerül. Az fent jelzett bővülő alkotmánybírósági funkciók és ezeknek még torzító bővítése a felülről kontrollálhatatlan alkotmánybírák révén nemcsak a törvényhozás tartalmi meghatározását viszi át az alkotmánybírákhoz, hanem a pseudo-alkotmány kialakulásával maga az alkotmányozás is jórészt átcsúszik ide. (Mégha ezt sokszor nem is maguk az alkotmánybírák gyakorolják aztán, hanem az alkotmánybíróság állandó apparátusa.) A törvénytől elszakadó és kreatív jogértelmezési kunsztokat kialakító felsőbbbírói kar már csak ezt egészíti ki.

Egy szűkebb keretben az államhatalmi szervek között az alkotmánybíróságok domináns pozícióba kerülése szükségessé teszi, hogy a kormányformák szintjén a parlamentarizmus, a prezidencializmus és fél-prezidencializmus mellett hozzuk létre a jurisztokratikus kormányforma kategóriáját.³² De a jog feletti tényleges rendelkezés átcsúszása a felsőbbbíróságokhoz és az alkotmánybírákhoz átalakítja a társadalom politikai akaratképzését is, és a választási és parlamenti politikai küzdelmek mellett kialakítja a perlési politizálás intézményeit is. Az Egyesült Államokban ez ment végbe az 1960-as évek elejétől, és mint alapjogi forradalmat ünneplik azóta ezt ennek hívei.³³ Mozgalmi jogászok mint a "jó ügy jogászaik" alkotmányos alapjogokra támaszkodva a bírói tárgyalótermekben igyekeznek kiharcolni azt, amit a kongresszusban és a tagállami törvényhozásokban nem tudnak a politikai küzdelmekben elérni.³⁴ Ennek menetében a felsőbbbíróságok - különösen a legfelsőbb bíróság - bíráinak kiválasztása is egyre inkább politikai táborok szerint történik, és az egymást követő adminisztrációk és szenátusi többségek által pozícióba emelt szövetségi bírák mint belső bírói pártok állnak szemben a bírói döntés meghatározásakor. Európában és a világ más országaiban ugyanez az alkotmánybírák révén megy végbe, noha itt a mozgalmi jogászat és a perlési politizálás azért nem érte el azt a fokot, ahogy az Egyesült Államokban az 1960-as és 1970-es években látható volt.

Ugyanígy az elméletben kezd átalakulni az is, hogy mi adja a bírói döntés legitimitását. Míg a demokráciában a bírói döntés legitimitását a törvényhez kötődés adja - melyet alulról a milliók választásán nyugvó parlamenti többség alkotmány szabályai szerinti kormányra kerülése legitimál - addig a jurisztokratikus államban kezd ez áttolódni magára a bírói döntésre.³⁵ Mindezek hatására a demokratikus jogállam egyre kevésbé használató a realitás leírására, és e helyett megfélelőbb a jurisztokratikus állam kifejezésre áttérésre.

³¹ Lásd ebben a folyamatban az objektív-teológiai értelmezés uralomra jutását a bírói jogértelmezésben, és ennek a törvényhez kötöttségtől eltávolító hatását Bernd Rüthersnél: „Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat.” Mohr Siebeck. Tübingen. 2014, különösen 89-94. p.

³² Lásd ehhez részletesen korábbi elemzésemet: Béla Pokol: The Juristocratic Form of Government and its Structural Issues. In: Tamara Ehs/Heinrich Neisser (Hg.): Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie? Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbruch. Wien-Köln-Weimar. 2017. 61-79. p.; lengyel nyelven: „Juristokratyczna forma rządów i jej strukturalne aspekty.” Prawo i Wiez. 2016 No.1. 95-113. p.

³³ Lásd Charles R. Epp: The Rights Revolution. Chicago University Press. Chicago-London. 1998

³⁴ Ennek aktív szervezőjeként és teoretikusaként lásd Stuart Scheingold elemzését: The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Austin Sarat/S. Scheingold (eds.): Cause Lawyering. Oxford University Press. 1998. 118-150. p

³⁵ A német szakirodalomban talán még jellemző a bírói döntést a demokratikus legitimitációhoz kötni, és csak ezt kiegészítően ettől független forrásokra visszavezetni, de én részt vettem 2003-ben egy Olaszországban, Parmában rendezett nemzetközi konferencián e témában, ahol a fősodor már teljes mértékben elvetette a bírói

2. A jurisztokratikus állam feljavítása

Mint a tanulmány első részében részletesen elemezésre került, a világban egyre inkább terjedő alkotmánybíróságok az eredeti, szűk hatáskörök helyett mind szélesebb kompetenciával rendelkeznek, és így a demokrácián nyugvó államhatalom pusztán alkotmányos keretben tartása helyett a társadalomirányító döntések középpontjává válnak. A jogállami demokrácia elnevezés – melyet e megváltozott államhatalmi szerkezetre használnak – egyre kevésbé fedti a valóságot, mert nem egyszerűen az alkotmányi garanciális keretek feletti örökösödést jelent az alkotmánybíráskodás ebben a kiszélesített formában, hanem az állami főhatalmi döntések részben vagy egészben való elvételét a milliók által megválasztott demokratikus testületektől. Ez a kiszabadulás a demokrácia szervezési elvei alól nemcsak az alkotmánybíróságokat érinti, hanem az innen kiinduló impulzusokat átvéve a teljes felsőbbírói bíráskodás is elszakadhat a törvényhozói meghatározás alól, és a törvénytől elszakadó jogértelmezési módszerek, illetve nomatívan üres alkotmányi értékekre hivatkozás alapján lényegében szabadon alakítják ki a bírói joggyakorlatot. Erre a rendszerre megfelelőbb a jurisztokratikus állam elnevezés, mert ez adja vissza az államhatalom működésének a valóságát. Ezzel a szem elé kerül, hogy itt nem egyszerűen a jogállamisággal “megnemesített” demokráciáról van szó, hanem a demokráciának egy korlátozott formájáról, amely részben már szakított a népre mint az állampolgárok összességére alapozott hatalomgyakorlással.

A jurisztokratikus államnak ez az elfogultságmentesen történő korlátozott demokráciaként felmutatása lehetővé teszi létrejöttének a megértését is. Ugyanis eredetileg az alkotmánybíráskodás eszméje egyáltalán nem irányult a milliók választásán nyugvó demokratikus állami működés elfojtására, hanem csak a ciklikusan változó demokratikus kormánytöbbségek fölött az alkotmányi garanciák biztosítására. Vonatkozott ez az alkotmánybíráskodás amerikai kezdeteit jelentő hatásköri bíráskodásra a szövetségi szint és a tagállami szint között, és ugyanígy a kelsen-i osztrák alkotmánybíráskodásra 1920-tól. Csak az amerikai megszálló katonai kormányzat jogászainak ellenőrzése mellett 1949-ben kialakított német alkotmánybíróság indult meg azon az úton, amely az utóbbi évtizedekre egyre inkább a demokráciát elfojtó jurisztokratikus állam létrejöttéhez vezetett egy sor országban. E modellnek a sikere, és az 1980-as évek elejétől a világ egy sor országában ennek mintájára létrehozott alkotmánybíróságok egyre bővülő államhatalmi kompetenciái hozták létre a demokratikus testületek nyílt politikai küzdelmein alapuló állami működés helyett a jogi ruhába bújtatott és jogi érvekkel megvívott jogi-politikai küzdelmek mai állami működését. Nem vitásan a német alkotmánybírósági modell elterjedése mellett ebben fontos szerepet játszott az alkotmánybíráskodásnak magában az Egyesült Államokban is végbement megváltozása az 1960-as évektől.³⁶ Az itt megindult “alapjogi forradalom” teljes jogrendszer és politikai küzdelmeket átalakító technikai, majd ennek exportálása az amerikai alapítványok és jogvédő szervezethálózataik révén össze tudtak kapcsolódni a legközvetlenebb politikameghatározást lehetővé tevő német alkotmánybírósági modellel, és ezek együtt hozták létre mára a világ egy sor részében megfigyelhető jurisztokratikus állami működést a demokrácia részbeni elfojtásával.

Elfogulatlanul fel kell tehát tártani, hogy a későbbiekben a világ egyre nagyobb részén mintát adó, főhatalmú alkotmánybíráskodással ötvözött demokrácia nem egy megnemesített

döntés legitimitációjának a törvényhez kötöttségéből levezetését. Lásd ehhez Christopher Conrad Henke: Legitimität und richterliche Entscheidung. Zeitschrift für Internationale Rechtsdogmatik (ZIS) 2/2015, 110-18. p.

³⁶ Lásd ennek bemutatására Charles Epp: Rights Revolution. Chicago University Press. Chicago - London 1998, különösen 7-21 oldalakon; a változás nyomán a mozgalmi jogászok politikai küzdelmeire pedig Stuart Scheingold: The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case of Left Activist Lawyering In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitment and Professional Responsibilities. Oxford University Press. New York. 1998. 118- 150.p.

demokráciaként jött létre, hanem már a létrehozók szándékai szerint is a demokrácia korlátozásaként és a sokmilliós német tömegek feletti kontroll eszközeként. Ez sokáig tabutémát jelentett a német tudományos kutatásokban is, de az utóbbi években már - ha is annyira az alkotmányjogászai körökben, hanem inkább a történettudományi feltárásokban - már őszintébben írnak erről.

A Konrad Adenauer Stiftung 2009 májusában tartott konferenciájáról szóló összefoglalóban Rüdiger Löwe-t idézik, miszerint az amerikai befolyás és meghatározás tényleges nagysága a Grundgesetz létrejöttére és tartalmára mindmáig tabutémának számít a tudományos kutatásban: "Löwes Meinung nach sei der Einfluss der USA auf die Entstehung des Grundgesetzes heute immer noch ein Tabu-Thema. Die USA hätten mit sanfter Strenge auf den richtigen Weg geholfen. "General Lucius D. Clay und die amerikanische Regierung gaben nach dem Zweiten Weltkrieg ein engen Korridor vor, in dem sich die deutschen Gründungsväter bewegen konnten".³⁷ Ugyanerről a kérdésről így ír egy recenzióban Marcus M. Payk: "Über Brisanz der Frage, inwieweit das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. Mai 1949 als eine eigenständig deutsche Verfassung oder doch eher als ein "Diktat der Alliierten" zu werten sei, ist die Zeit hinweggegangen. Das Problem eines demokratischen Legitimationsdefizits durch die "Verfassungsschöpfung unter Besatzungsherrschaft" (R. M. Orsey) is zwar wiederholt aufgeworfen, größtenteils aber unter Hinweis auf den eigenständig deutsche Anteil an der Entstehung des Grundgesetzes sowie auf die akklamatorische Funktion der ersten und der nachfolgenden Bundestagswahlen verworfen worden."³⁸

Hermann-Josef Rupieper Németország amerikaiak általi megszállása közben a demokrácia egy sajátos formájának létrehozásánál három átfogó cél érvényesülését emeli ki, melyek középpontjában a német tömegek tartós pacifikálása állt: "1949 hatten sich drei Strategien herauskristallisiert, um zu verhindern, dass die Deutschen jemals wieder zu einer Gefahr für die "demokratischen Welt" werden konnten. Sie sollten "zum überzeugten Glauben an die Demokratie" gebracht werden, sie mussten durch "Kontrolle und Überwachung" in Schach gehalten werden, und sie waren durch Europäische Integration" in breitere Beziehungen einzubetten. Alle Elemente dieser Politik existierten weiterhin parallel zueinander."³⁹

Barbara Fait az amerikai megszállás első éveiben keletkezett dokumentumokat elemezve leszögezte, hogy az amerikaiak nem felszabadítani akarták 1945-ben a németeket, hanem mint ellenséget ellenőrzés alá vonni és megbüntetni őket, és a kezdeti düh elmúlása után is a keményen ellenőrzött és kézben tartott német demokrácia felépítését igyekeztek elvégezni. Eredeti angol nyelven is idézi, hogy milyen erős kontrollt gyakoroltak minden lényeges fejlemény felett az első években - így a szövetségi alkotmány létrehozásában is - az amerikaiak: "Die (Straf-)Direktive JCS 1067, von April bis Juli 1947 offizieller Richtlinienkatalog der amerikanischen Militärregierung, bringt die restriktive Haltung der Sieger deutlich zum Ausdruck. "Germany will not be occupied for the purpose of liberation but as defeated enemy nation."⁴⁰ Egy további jó idézet Fait elemzéséből annak alátámasztására, hogy az amerikai megszállók korlátozott demokráciára törekvése mögött a német tömegektől való félelem állt: "Es war der Hauptziel der USA wie auch die anderen

³⁷ Lásd: Veranstatungsberichte Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 26. Mai 2009.

³⁸ Lásd Payk recenzióját: www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238 vagy másodpublikációja: H-NET Review in the Humanities and Social Sciences. A recenzált mű pedig Edmund Spevack terjedelmes könyve, lásd Spevack: Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law. Münster LIT Verlag 571. p.

³⁹ Hermann-Josef Rupieper: Peacemaking with Germany. Grundlinien amerikanischer Demokratisierungspolitik 1945-1954. In.: Arnd Bauerkämper (Hg.) Demokratiewunder. Transatlantische Mittler und die kulturelle Öffnung Westdeutschlands 1945-1970. Vandenhoeck und Ruprecht. Göttingen. 2005. S. 41-56.

⁴⁰ Barbara Fait: "In einer Atmosphäre der Freiheit". Die Rolle der Amerikaner bei der Verfassunggebung in den Ländern der US-Zone 1946. Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 1985. No. 3. S. 420.

Siegermächte, eine neuerliche Bedrohung der Welt durch Deutschland endgültig auszuschließen.”⁴¹

Az OMGUS (Office of Military Government for Germany U.S. - a megszálló amerikai katonai kormányzati főhatóság neve) döntött arról már 1945-ben, hogy egy új alkotmányt kell megalkotni az ország egésze számára, és ugyanígy a Németországon belüli Landokban is. Az OMGUS melletti alkotmányozó munkacsoport létrehozása már 1946 decemberben megtörtént, és benne volt egy amerikai bírósági író is ill. az USA-ba emigrált és onnan most visszajött államjogászprofesszor, Carl Loewenstein: “Die Abteilung ließ sich dabei von einer im Dezember 1945 eingesetzten Inter-Divisional Working Party on Land Constitutions beraten. Diesem Arbeitsausschuß, der sich bereits seit Dezember mit der Frage der Länderverfassungen beschäftigt hatte, gehörten hochrangige Persönlichkeiten an, so der OMGUS-Legal Advisor Joseph Warren Madden, Professor der Rechte und zeitweilig Richter am US-Court of Claims, und der von 1933 von München nach Amerika emigrierte Verfassungsrechtler Carl Loewenstein.”⁴² A Landesverfassung-ok mögötti igazi szuverén az amerikai katonai kormányzat volt, és a verfassungsgebende Versammlung-ok igazán csak tanácsadói szerepet játszhattak: “Bis zum 15. September 1946 erwartete die Militärregierung die Vorlage der fertigen Verfassungsentwürfe, die nach ihrer Genehmigung nicht später als am 3. November 1946 dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden sollten. (...) Mit der Anweisung verzichtete die Militärregierung aber keineswegs auf ihre alleinige Souveränität. Auch die Verfassungsgebenden Versammlungen hatten de jure nur beratende Funktionen.”⁴³ Az OMGUS tanácsadói inkább a teljes alkotmányelfogadást is az alkotmányozó Versammlung-ok-on keresztül akarták megszervezni, de Clay ragaszkodott ehelyett inkább a népszavazással elfogadáshoz. Ugyanis miközben a Landesverfassung-ok készítését alapvetően a kezükben tartották, Clay aggódott azon, hogy nehogy úgy váljon ismertté a közvélemény előtt, hogy az a megszállók által készített alkotmány: “These constitution must go to the German people as free creation of their elected representatives and with the least possible taint of Military Government dictation”⁴⁴ És ezután a tanulmány szerzője, Fait hozzátézi: “Andererseits waren weder Clay noch sein Stab geneigt, den Besatzungszielen oder vitalen amerikanischen Interessen zuwiderlaufende Verfassungsinhalte zu akzeptieren.”⁴⁵ Clay egyik tanácsadója volt a Landesverfassung-ügyekben a német származású Carl J. Friedrich is, aki ezután a Grundgesetz előkészítésében is az OMGUS-t képviselte - írja Fait. Számomra meggyőzőek ezek az elemzések arra, hogy megválaszoljuk a kérdést az eredeti alkotmánybíráskodási eszmével szakítás okáról, és ehelyett a kiterjesztett és főhatalmi státusra emelt német alkotmánybíráskodási modellt létrehozó motivációkról. Ez pedig egyértelműen a sokmillió német tömegben nyugvó demokrácia korlátozását célozta, és épp ez volt a megszálló amerikai kormányzat jogászainak a fő szempontja. A nem megfelelő tömeges politikai akaratképzés és ennek parlamenti kormánytöbbséggé válásának veszélye esetén egy nagyhatalmú testület hatékony jogosítványokkal alapjaiban kiiktathatja ezeket a szerveződések, és az USA által dominált nyugati világ folyamatos ellenőrzését tudja biztosítani. A demokráciának ez a korlátozott modellje aztán egy olyan narratívával kapta meg a legitimitását a nyilvánosság előtt, hogy ez a jogállamisággal megnemesített “igazi” demokrácia. Mivel pedig a politikai demokrácia mindennapjai a sokszor acsarkodó parlamenti és médiavitákkal tényleg egy sor disszonáns benyomást és averziót kelt fel az emberek millióiban, így a társadalom tényleges alapdöntéseit meghozó alkotmánybíráskodások nyilvánosság mögötti működése és csak méltóságteljes, ünnepélyes döntéshozatala

⁴¹ Fait, 420. p.

⁴² Fait, 426. p.

⁴³ Fait, 429. p.

⁴⁴ Clay utasítását idézi a szerző, lásd Fait, 432. p.

⁴⁵ Fait, 432. p.

való megjelenése tömeges támogatást biztosított a legtöbb helyen számukra. A német alkotmánybírósági modellt aztán a világ sok országában átvették az 1980-s évektől indulóan, de látni kell, hogy ennek akadálytalan terjedéséhez és rendszerint tömeges támogatásához az is hozzájárult, hogy majd mindig olyan országokban történt ez meg, ahol előtte a diktatúra valamilyen formája létezett. Az ennek megdöntését kívülről is segítő hatalmak - rendszerint az Egyesült Államokkal az élen - aztán úgy tálták ezt a modellt, mint a modern kor igazi demokráciáját. Nincs itt semmi változás a demokrácia alapjait illetően, csak éppen a nagyhatalmú alkotmánybíróságok kompetenciái a milliók demokráciáját megtestesítő parlamenti kormánytöbbség felülbírálására az alkotmány garanciáival még nemesebbé teszi ezt a demokráciát - került propagálásra e modell. Ez azonban nem fedti a valóságot a kiterjesztett német alkotmánybírósági modellt illetően, és ez csak az eredeti szerény jogkörű amerikai illetve osztrák alkotmánybíráskodásra lett volna igaz. Ez az alapvető változás már szakítást jelentett a tömegeken alapuló politikai demokrácia állami rendszerével, és ténylegesen a jogi-alkotmányjogi ruhába öltöztetett politikai döntési rendszert hozta létre, melyet megfelelőbb jurisztikus államnak nevezni.

Ha a középpontra emeltük a fő hangsúlyt illetően az állami működés demokratikus alapról jurisztokratikus alapra helyeződését, és így az eddigi legitimációs narratíva valósággal össze nem egyeztethető jellege láthatóvá vált, akkor felvethető, hogy milyen irányokba lehetne változásokat eltervezni ahhoz, hogy társadalom felé történő politikai legitimáció érve nagyobb összhangban álljanak az állam tényleges működésével. Fontos kiemelni, hogy a mai jurisztokratikus államban sem történt teljes szakítás a demokrácia egy visszaszorított működésével, csak éppen e fölött a főhatalom komoly részét gyakorló jurisztokratikus döntési rendszer áll. Itt a legitimációs alap - a jurisztokratikus állam hordozóinak magas parlamenti többséghez kötött választása révén a részbeni demokratikus legitimáció mellett - a jogi-alkotmányjogi érveléshez kötött döntési eljárás. Niklas Luhmann ezt úgy fejezte ki, hogy "legitimáció a pusztán a döntési eljárás minősége által".⁴⁶ Közvetlenül ugyan nem az állampolgárok milliói választják ezeket, de az absztrakt alkotmányi normatív keretből vezetik le a döntéseiket, és ez az érvelési levezetés adja jurisztokratikus állam döntéseinek sajátos igazolását. Bizonyos fokig egy kettős legitimációnak lehet ezt nevezni. Ebből a helyzetből éppúgy adódik elvi lehetőség arra, hogy igyekezzünk visszametszeni az utóbbi évtizedek kiterjedt alkotmánybíráskodását és a rendes főbírói testületek törvénytől elszakadó működését - így visszatérjünk az állam fő hangsúlyát illetően a politikai demokrácia legitimációs alapjára -, minthogy arra is elvi lehetőség nyílik, hogy a jurisztokratikus állam nyílt legitimációját megteremtve ezt igyekezzünk megnevesíteni, és a demokrácia elvével is egy fokig rendszeresebben összekötni. E nélkül ugyanis egyrészt a nyilvánosság háta mögött a legnagyobb torzulásokkal működik a jurisztokratikus rendszer, másrészt a háttérbe szorított demokrácia elvei még inkább elsikkadnak az állam működésében.

A demokráciára visszametszés és az ezzel összeegyeztethető szerény jogkörű alkotmánybírósági modellre visszatérés különösebb elemzést nem igényel, elég csak felsorolásszerűen emlékeztetni erre: az alkotmánybírák itt csak az alkotmányi garanciális keret fenntartását szolgálják a ciklikusan változó demokratikus kormánytöbbségek felett, és csak azon örködnek, hogy az éppen kormányon levő politikai erők ne tudják felszámolni a hatalomból eltávolításuk alkotmányi garanciáit; így itt az alkotmánybíróság főként a választási rendszert és a szabad politikai akaratképzés mechanizmusait őrzi a politikai váltógazdaság működésének éppen tartásához, de a törvények tartalmának az absztrakt alapjogokra hivatkozva történő meghatározása már a jurisztikus állam felé eltolódást

⁴⁶ Lásd Niklas Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*. Surhkamp. Frankfurt am Main 1982.; kritikájához lásd Stefan Machura: Niklas Luhmanns „Legitimation durch Verfahren” im Spiegel der Kritik. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. (Vol. 14.) 1993. No. 1.

jelenti, így az eredeti kelsen-i alkotmánybíráskodási modell mellett lecövekelve ezt meg kellene szüntetni.

A másik irányt az utóbbi évtizedek realitásává vált jurisztokratikus állam feljavítása jelenti, és ekkor elfogadjuk, hogy a politikai demokrácia működésében amúgyis jelen lévő, beépített torzulásokra hivatkozva nyílttá tesszük az alkotmányjogi ruhába öltöztetett jogi-politikai döntési mechanizmus rendszerét. Itt a változások a jurisztokratikus állam feljavítását-megnemesítését célozzák, és ezt egyrészt az alkotmánybíróságok működésében meglévő strukturális torzulások lehetőség szerinti kiiktatásával lehet elérni, másrészt a demokrácia elvével való erősebb összhang megteremtésével. Jelenleg a következő torzulások jellemzik a nyilvánosság háta mögött működő alkotmánybíróságokat: 1) Kiválasztási mechanizmusukban nem megfelelő a pusztán pártkatonai jellegű alkotmánybírók elkerülése, és ez egy fok felett – a jurisztokratikus állam gyenge minősége mellett – a törvényhozási váltógazdaságot is megkérdőjelezi. 2) A generalista alkotmánybíráskodáshoz nem tudnak felnőni a tipikusan szűk, szakosodott jogász területekről érkező mindenkori új alkotmánybírók. 3) Az állandó alkotmánybírósági munkatársi gárda egyrészt fokozza az autentikus alkotmánybíróvá felnevelés nehézségeit, másrészt lehetővé teszi, hogy az alkotmánybíróság elnöke vagy más főhivatalnok a gárdán keresztül lényegében pusztán álcává szorítsa vissza az alkotmánybírói testületet, és a fő hangsúlyt illetően a mögöttes apparátussal átvegye az alkotmánybíróság döntési hatalmát. 4) Torzulást jelent az is, hogy több alkotmánybíróságnál – így a magyarnál is – az alkotmánybírósági elnököt semmilyen automatizmus nem korlátozza az ügyek előadó bíróhoz kiadásában, vagy akár saját magának megtartásában, és ezzel a legjelentősebb kérdések eldöntésének irányát egymagában meg tudja határozni. 5) Következő torzulást jelent, hogy mivel egyetlen szerv sem áll az alkotmánybíróság felett, így óhatatlanul elszakadási tendenciák indulnak meg az alkotmány rendelkezéseitől, és épp azok, akik az alkotmány védelmére hivatottak, válnak a legnagyobb veszélyeztetőivé.

A jurisztokratikus államot elfogadva, de ezen belül azért a demokrácia komponensét erősítendő, a következő hiányok követelnek változtatást a mai helyzetben az előbbieken túl.

6) Az állami főhatalom részévé vált alkotmánybíróság döntéshozatala teljes mértékben a nyilvánosság kizárásával történik, és míg ez egy rendes felsőbbbíróságnál elfogadható, addig a társadalom politikai alapdöntéseit szabad mérlegeléssel meghozó alkotmánybírói testületnél ez a demokratikus nyilvánosság megsértését jelenti. 7) A jurisztokratikus állam alapdöntéseinek befolyásolására szerveződött mozgalmi jogászcsoportok belevegyülnek az egyszerű civilszervezeti egyesületek közé, miközben az új jogi-politikai döntéshozatal központi szereplőiként a jogász-harcosok gárdáit jelentik, így ezen változtatni kellene.

Végül említeni kell, hogy a rendes felsőbbbíróságokon belül a legfelsőbb bírósági szerepet betöltő bíróság bírái bár szintén részesülnek a jurisztokratikus állam alapdöntéseinek a meghozatalában, de egy zárt korporatív kiválasztás révén nem rendelkeznek a demokratikus legitimitáció minimumával sem. Így felvethető, hogy a jurisztokratikus állam némileg erősebb demokratikus komponenssel felruházása érdekében biztosítani kellene legalább a legfelsőbb bírósági szervezeti vezető bírók parlamenti megválasztását.

Az alkotmánybírók kiválasztása

Az alkotmánybírók elkerülhetetlenül széles mérlegeléssel döntenek az absztrakt alkotmányi rendelkezések miatt, és a konkretizáló alkotmányértelmezésük nagy nyitottsága óhatatlanul az egyes alkotmánybírók értékhangsúlyainak – közöttük politikai értékeiknek – a középponti szerepét hozza létre. Az alkotmánybírói pozícióba kiválasztásuk pedig az állami csúcspolitikusok (parlamentari pártvezérek és/vagy már államfővé vált korábbi pártvezetők) által – a formális feltételeknek megfelelően mellett – kifejezetten az előéletük szerint mutatott politikai értékeik alapján megy végbe. Ebből fakadóan főszabály szerint valamelyik politikai

értéktáborba sorolható a legtöbb alkotmánybíró, mégha abban nagy különbségek is vannak, hogy a megválasztás utáni hónapok múlásával milyen intenzíven maradnak meg, vagy múlnak el az egyes alkotmánybíróknál az őket jelölő vagy más módon támogató parlamenti pártvezérekhez fűződő kötelékek. Az erős kötelékek tartóssá válása esetén akár a pártkatonabíró szerep is létrejöhet, míg a kötelékek elenyészésével csak a pusztán politikai érték kötődés marad meg, és az utóbbinál a pártérdekek figyelembevétele az alkotmánybírószáki döntéshozatalban már nem határozza meg az adott alkotmánybíró szavazatát. A jurisztokratikus állam nagy hatalommal rendelkező alkotmánybírószáki esetében csak akkor nem válik hosszabb távon elviselhetetlen konfliktusok forrásává a politikai érték kötöttség, ha a bírók nagyobb részénél ez nem éri el a pártkatonai szintű erősséget. Ilyen esetekben ugyanis egy olyan kormánytöbbség létrejötte után, mely alapvetően szemben áll a korábbi kormánytöbbségek által kiválasztott alkotmánybírószáki többséggel lényegében lebénulhat a kormányzás, és ez hosszabb távon valamilyen robbanásban nyilvánulhat meg. Ezért a rendszer harmóniája és életképessége érdekében olyan kiválasztási mechanizmus szükséges, mely a pártkatonai kötöttséget minimalizálni képes, és csak a pusztán politikai értékhangsúlyok szintjén tartja az egyes alkotmánybírók meghatározottságát.

Ha félretoljuk a demokratikus legitimáció szükségessége miatt a jogász szakmai szervezetek szerepét az alkotmánybíró kiválasztásban - mert ennél szükségszerűen a korporációk és szervezői klikkek érdekei dominálnak a szakmai álarc mögött -, akkor a parlamenti többségi kiválasztást helyesnek kell tekinteni. Ám látni kell, hogy ez csak akkor lehet megfelelő, ha az előzetes alkotmánybírószáki törvény által rögzített magas szintű követelmények precízen kerülnek meghatározásra. A gyakorlat tanúsága szerint, ha ezek nem eléggé határozottak, akkor a parlamenti - esetleg magasan meghúzott minőségi - többség érdekében egymásra utalt pártok akár az alapvető követelményektől is eltekintenek a saját jelölt bejuttatása érdekében. Így az alkotmánybírók minősített parlamenti többséggel megválasztását kell helyesnek tekinteni a jurisztokratikus állam minősége (és a megfelelő legitimáltság) érdekében, de ehhez egy formai ellenőrzési szerepet mindenképpen érdemes juttatni az elvileg semleges államfőnek. Ő azonban csak a formai feltételek meglétét vizsgálhatja, és csak akkor tagadhatja meg a kinevezést - sőt kell azt megtagadnia -, ha a formai előfeltételek szintjén hiány mutatkozik.

Látni kell azonban, hogy az alkotmánybíró kiválasztásban legfontosabb kérdés, a pártkatonabírók lehetőség szerinti kiszűrése csak akkor valószínű, ha a számbajövő jogász szakmák sajátosságaira figyelve a napi politikai kötöttségben élő jogász körökön kívülről tesszük csak elérhetővé az alkotmánybírói posztokat. Így elsősorban az egyetemi jogászprofesszori csoportoknál várható el - márcsak e tevékenység szervezeti előfeltételei miatt is - a napi politikától való tartós távolélés, és ugyanígy a felsőbírósági bírói kartól. Ha ezekre a jogász csoportokra szűkítjük az alkotmánybírói poszthoz előírt szakmai feltételeket, akkor az egyszerű pártjogászokat nagyobb valószínűséggel ki lehet szűrni innen. Természetesen kivételek mindkét irányban lehetnek, és jogászprofesszor válhat echte pártkatonává e poszton, illetve ügyvédből pedig zsinórmérték szerint döntő mintaszerű alkotmánybíró lehet, de a fő szabály szerint inkább áll az általam kiemelt torzulás veszélye, illetve ennek kisebb valószínűsége, ha csak meghatározott jogász szakmákra szűkítjük az alkotmánybírói kiválasztási bázist.

Az autentikus alkotmánybírói szerepre felnövés

Akármilyen hosszú jogász múlt is áll az alkotmánybíróvá kinevezett volt felsőbírósági bíró vagy jogászprofesszor mögött, amikor el kell kezdenie az alkotmánybírószáki döntéshozatalban való részvételt, akkor óriási tanulást kell végrehajtania. Évtizedekig a jog

egyik területére szakosodott bíró vagy jogtudós volt, aki a jog többi nagy területére már csak joghallgató korában tett vizsgái tárgyáiként emlékszik, ám most a jog minden területén döntésképpé kell válnia. Az alkotmánybíráskodás generalista bíráskodást jelent, és ez éppen szembenállóan az európai szakosodott bírósági karrierrel - illetve ugyanígy az egy-egy jogágra szűkült jogászprofesszori tevékenységgel - az amerikai generalista bíráskodást terítette szét a világban.⁴⁷ Így a nagy szakmai múltú és szűk jogágában már széleskörben elismert bíró és jogászprofesszor szinte kezdő, amikor elkezd megválasztott alkotmánybíróként a tevékenységét. Ahhoz, hogy fel tudjon nőni ténylegesen autentikus alkotmánybíróvá, az első hónapokban a legnagyobb erőfeszítéseket kell tennie a felhalmozott alkotmánybírói esetjog sok-sok ezer oldalának ügyenként történő feldolgozásához, megismeréséhez és a főbb elvi szempontok kivonatolásához, esetleg kritikájához. Mindezt jórészt olyan jogágakat illetően is, melyek távol esnek a szakosodott saját jogágának világától, és csak joghallgatóként tett vizsgáinak emlékeiben élnek. Nem vitásan, hogy erre nagyobb esélye van annak a jogásznak, aki jogtudósként kevésbé szűkült le egyetlen jogágra, hanem esetleg a jogelmélet egész jogrendszerbe bevonó kutatójaként tevékenykedett sok éven át, vagy ha egy jogágra szűkült professzor is volt, de habitusából fakadóan mindig a jog egészét bevonva művelte ezt. Ezzel szemben a legmélyebb specializálódásban tevékenykedő jogász (ügyvéd, bíró, jogtudós) számára a generalista alkotmánybírói szerephez való tényleges felnövés sok esetben szinte megoldhatatlan problémát jelent.⁴⁸

Ez azonban csak a kiindulási helyzetet jelenti, mert az alkotmánybírói szervezet felépítése illetve az itteni döntési gyakorlat egy sor szempontból segítheti az autentikus alkotmánybírói szerephez felnövés valószínűségét, vagy éppen gátolhatja. Ha a pozíciójába megválasztott, új alkotmánybíró sokéves tapasztalattal és gyakorlattal rendelkező alkotmánybírói munkatársak fogadják, akkor az első időben szinte gyámolítottá válik, és ez akár végig megmaradhat. Elvileg az autentikussá vált és felkészült alkotmánybírónak csak azért kellene döntés előkészítő munkatársak, hogy ha ő lesz egy-egy ügy előadó bírójára, akkor a határozatszerkesztés technikai gondjaitól mentesülni tudjon, és a tényleges elvi problémákra tudjon összpontosítani. Ha más által készített tervezetről van szó - és ez jelenti a fő munkaterhet egy tíz-tizenöt fős testületben -, akkor a tervezettel együtt a teljes dossziét megkapva, az alkotmánybíró már maga is át tudja nézni és feldolgozni az egész ügyet. Ám az

⁴⁷ Csak a legfontosabb vonatkozó irodalom a generalista versus specializált bíráskodás elemzésének anyagai közül: Richard A. Posner: Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. *Southern California Law Review* (Vol. 56.) 1983 No. 2. 761-791.p.; Diane P. Wood: Generalist Judge in a Specialized World. *SMU Law Review* (Vol. 50.) 1997. No. 4. 1755-1768.p.; Sarang Vilay Damle: Specialize the Judge not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court. *Virginia Law Review*. (Vol. 91.) 2005. No. 4. 1267-12311.p.; Lawrence Baum: Probing the Effects of Judicial Specialization. *Duke Law Review*. (Vol. 58.) No. 6. 1667-1684.p.; Herbert Kritzer: Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenge. *Tulsa Law Review*. (Vol. 47.) 2011. No.1. 51-64.p.; Edward K. Cheng: The Myth of the Generalist Judge. *Stanford Law Review*. (Vol. 61.) 2008. No. 2. 519-572.p.; Steve Vladeck: Judicial Specialization and the Functional Case for Non-Article III. Courts. *JOTWELL*. 2012. 2-5.p.; Anna Rüefli: Spezialisierung an Gerichten. *Richterzeitung* 2013/2. 2-18.p.

⁴⁸ Az amerikai Posner a következőképpen hívja fel a figyelmet az eltérésre az európai és az amerikai bírói szerep között és arra, hogy ez az eltérés a két jog szerkezete közötti átfogóbb eltérésből ered: „In Europe the judiciary is much more specialized than it is in this country; and I am not prepared to assert that is a bad thing, given the very different structure of the Continental system. I have serious reservations, however, about trying to graft on branch of that system, namely the specialized judiciary, onto an alien trunk” Richard A. Posner: Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. *Southern California Law Review* (Vol. 56.) 1983 No. 2. 778.p. Posner érvét visszafordítva, a *contrario* azonban le lehet vonni a következtetést, hogy a kontinentális Európában – főként az 1989-es rendszerváltás után a közép-kelet-európai országokban - úgy vettek át az amerikai összjogrendszerből egy szeletet, a generalista alkotmánybíráskodást, hogy azt minden vizsgálat nélkül az európai összjogrendszerek specializált szakbírói rendszerébe, annak tetejére ültették azzal, hogy a német modellt követve a bírói ítéletek alkotmánybírói felülvizsgálatát is bevezették.

elődjétől örökül hagyott, gyámolító munkatársak lehetővé teszik az új alkotmánybíróknak azt is, hogy a sokszázoldalas dossziék részletes feldolgozását rájuk hagyja, és az egyes ügyekről csak néhány oldalas kivonatban kapjon információt, és ezáltal kiokosítva menjen be a testületi ülésekre. Természetesen ez a kényelmesebb út, és ha erre áll rá az új alkotmánybíró, akkor nagy valószínűséggel soha nem válik autentikus alkotmánybíróvá, és végig a gyámolító törzskari munkatársai pusztá küldöttje marad a testületi üléseken és döntéshozatalban. A testületi döntés többi tagja szempontjából ez a pusztá formális részvétel rendszerint csak könnyebbé jelent, hisz épp a sok önálló szuverén bíró léte jelenti a fejfájást a testületben domináns elnökek vagy más mérvadó döntéshozóknak. Így a pusztán törzskara által gyámolított, önállóan bíró a kevés felszólalásával a testületi vitákban csak nagy megkönnyebbülést jelent, és nem kell tartania semmilyen negatív értékeléstől. Akár a testület kedvence is lehet. Kivéve persze, ha a testületi többséggel szembenálló törzskari munkatársak épp az ilyen önállóan bíró keresztül tudják blokkolni a többség döntési irányát. Azonban akár így van, akár úgy, ez nem változtat azon, hogy ez egy torzulást jelent, és ha több ilyen törzskari gyámolított alkotmánybíró van a testületben, akkor a nagy parlamenti legitimitáció álcája mögött a testület megválasztott tagjaitól eltérő alkotmánybírói akaratképzés kezdi működtetni a jurisztokratikus állam középpontját. Meg kell tehát vizsgálni, hogy miképpen lehet e szervezeti torzulásokat kiküszöbölni, és az autentikus alkotmánybírói szerepre felnövétst valamiképpen biztosítani.

A változtatások középpontjába azt kell helyezni, hogy a szűk jogterületre szakosodott bíró/jogászprofesszor a generalista alkotmánybírói feladatra minél gyorsabban fel tudjon nőni, és ne kerüljön az alkotmánybírói állandó apparátus gyámolítása alá. Az itthoni állapotokat a szem előtt tartva - de ez a világ legtöbb alkotmánybírói állására állhat - a legfontosabb az lenne, hogy az új alkotmánybírók az első évben ne kapjanak törzskari munkatársakat, és ebben az időben még ne is kapjanak előadó bírói feladatokat sem, mivel ezekre nélkülözhetetlen a munkatársak segítsége. Ez a strukturális változás kényszerítheti arra a mindenkori új alkotmánybírókat, hogy maga végezze el a többi kollégája által készített döntési tervezetek és ezek dokumentumainak (indítványok, az ügy első- és másodfokú bírói ítéletei stb.) vizsgálatát. Ez - főként a korábbi szakosodott jogterületről eltérő jogágakba tartozó ügyeknél - eleinte nagy munkaterhet jelent, de néhány száz ilyen döntési tervezet alapos elemzése után egyre könnyebbé válik ez, és a következő években az új bíró a begyakorolt érvelési vonalak és alternatíváik ismeretében már igazi generalista alkotmánybíróként tud tevékenykedni a büntetőjog, a magánjog, a közigazgatási jog, a munkajog stb. ügyeiben.

A fenti változtatás és a saját elemzéssel a döntési tervezetekbe elmélyülésre ösztönzés azonban csak akkor lehet hatásos, ha kötelezővé teszik az alkotmánybírói törvény előírásainak a szintjén, hogy az egyes bírók kötelesek minden döntési tervezetre írásban előzetesen állást foglalni. Ez a régi, begyakorolt és már autentikus alkotmánybírók esetében is fontos - ne ott rögtönözzön a többiek türelmén gyakorlatozva véleménye megformálásával! -, de különösen fontos az új alkotmánybírók esetében. Nem ülhet a testületi viták alatt békésen mosolyogva és a hallgatásával helyeselve, hanem explicit módon álláspontot kell tudni elfoglalnia az ügy főbb aspektusaiban. A munkatársak hiánya ekkor pedig biztosítja, hogy tényleg hasson az ösztönzés, és neki saját magának kelljen az ügyeket átnéznie, és a tervezeteket kivonatolnia, és nem mehet be a testületi ülésekre a munkatársak által adott egy-két oldalas silabuszok megértésével.

Az alkotmánybírói munkatársi gárda reformlehetőségei

Az alkotmánybírói döntési munka technikai részeinek és a határozatszerkesztés mechanikus feladatainak elvégzésére - a bírák ez alóli tehermentesítése érdekében - az Egyesült Államokból az intézménnyel együtt átvételre került a legtöbb országban az egyes

bírákat segítő munkatársak rendszere is (decernátus, jogi asszisztensek, törzskari munkatársak stb.). Ám míg az eredeti helyen ez csak a joghallgatók közötti pályázattal, éves megbízásokkal tevékenykedő munkatársakat (law clerk) jelentett - szigorúan az egyes bírák által saját maguknak kiválasztva -, addig az átvétel folyamán egyre inkább magasan képzett jogászok, esetleg középszintű bírák munkatárskénti foglalkoztatásává változott ez át. E mellett ez nem ideiglenes és folyamatosan változó munkatársi gárdát jelent már, hanem mint az alkotmánybíróság állandó munkatársai sok évig, akár egy életen át itt tevékenykednek, és várják az új és új, gyakorlatlan alkotmánybírók belépését. Így ezzel az a korábbi jellemző is megváltozott a legtöbb esetben, hogy az alkotmánybíró maga választja ki a munkatársait, és ő dönt a foglalkoztatásukról. Ezek a legtöbb országban rendszerint az alkotmánybírósági elnök vagy egy általa kinevezett főhivatalnok, főtitkár munkáltatói jogköre alatt tevékenykednek akkor is, ha formailag egy-egy alkotmánybíró törzskari munkatársait jelentik.

Ezekkel a változtatásokkal alapvetően átalakul a bíró és munkatársai viszonya, és magának az alkotmánybírónak a bíróságon belüli tényleges jogállása is lényeges változáson megy át. Ennek megértéséhez érdemes az USA eredeti law clerk-jeinek bírákhoz és a döntési folyamathoz való viszonyát a szem elé venni, és ehhez képest az ettől leginkább távol eső, másik pólust ezzel összehasonlítani, hogy lássuk a skála két végén belüli szóródások kevésbé tiszta jellemzőit és ennek kihatásait. Az USA eredeti megoldásában az egyes legfelsőbb bírósági bírák szuverén döntési pozícióban vannak, maguk választják ki a law clerk-jeiket éves cserékkel, akik nemcsak a döntés előkészítés technikai részleteire vannak szorítva, de tényleges döntési kompetenciájuk is összehasonlíthatatlanul csekélyebb mint a "gazdájukat" jelentő bíróé. Ehhez képest a másik végletet jelenti a török alkotmánybírósági döntési mechanizmus és az itteni alkotmánybírók illetve a munkatársak viszonya. Itt ugyanis nem az egyes bíráknak vannak munkatársai, hanem csak az egész alkotmánybíróságnak, akik szigorúan az AB elnökének vannak alárendelve egy főhivatalnok közvetlen felügyelete mellett. E mellett itt a döntési tervezeteket nem maguk az egyes alkotmánybírák mint előadó bírák (rapporteur) készítik el, hanem az AB-elnök által megbízott egy-egy állandó munkatárs, aki így ténylegesen mint helyettes alkotmánybíró viszi az ügyet az AB-elnök és a főhivatalnok felügyelete alatt. Ő is viszi be a saját döntési tervezetét a testületi ülésre, és csak ekkor kapcsolódnak be az igazi alkotmánybírók a kész tervezet megvitatásába a döntéstervezetet készítő munkatárssal vitázva, és végül ők szavaznak az elfogadásáról. Itt tehát egy olyan alkotmánybírósági döntési mechanizmus működik, ahol az AB-elnök illetve az általa közben tartott alkotmánybírósági apparátus "pót-alkotmánybírói" állnak a középpontban, és az egyes alkotmánybírók mindig csak kívülről igyekeznek megérteni a nélkülük elkészített döntési tervezeteket, hogy szavazni tudjanak felettük. Közéleti vizsgálat kellene itt az egyes török alkotmánybírák tényleges döntési behatásainak és az erre való lehetőségeik feltárására, de átfogó értékelés szintjén is meg lehet állapítani, hogy ez csak csekély lehet, és legfeljebb csak a nyilvánvaló politikai konzekvenciákkal járó ügyek esetében tudnak érdemben állást foglalni valamilyen irányban. Itt az alkotmánybíróság döntési hatalma ténylegesen az AB-elnök kezében van az általa meghatározott pót-alkotmánybírák gárdáján keresztül, és amennyiben a török államfő pedig közben tudja tartani az AB-elnököt, akkor az egész intézmény csak egy álca és fügefalevél az államfő tényleges hatalma előtt.

Ha a szuverén alkotmánybírók testületét jelentő amerikai megoldással polárisan szembenálló török alkotmánybíróságtól a skálán befelé jövünk, akkor ismereteim szerint a román alkotmánybíróság következik a sorban. Itt is a helyettes alkotmánybírók pozíciójában vannak az alkotmánybíróság állandó munkatársai, de itt azért már az egyes alkotmánybírók kapják meg az előadó bírói megbízást az AB-elnöktől, és így érdemben is bele tudnak szólni az alkotmánybírók a döntési végeredménybe. Ám itt is a gyakorlott, állandó alkalmazásban álló helyettes-alkotmánybírói gárda áll a döntési mechanizmus középpontjában - belülről is hierarchikusan tagolva fő- és beosztott jellegű munkatársakkal - mint a törököknél, és igazán

csak a nyilvánvaló politikai konzekvenciákkal járó ügyekben tud saját álláspontot kialakítani a legtöbb alkotmánybíró, különösen az újak az első években. A románoktól eggyel enyhébb az alkotmánybírói állandó munkatársak döntésmeghatározó szerepe a horvátoknál, mert itt hivatalosan nem mint helyettes bírók kapnak ezek megbízást, és itt az egyes alkotmánybírókhoz tartoznak ezek mint az ő munkatársaik. Ám a jogállásuk kiemelt szerepét azért mutatja, hogy a horvát alkotmánybírói törvényben kifejezett rendelkezés van arról, hogy a főszabály szerint alkotmánybírók mellett a testületi üléseken a döntéstervezetek megvitatásánál ők is részt vehetnek – kivéve, ha egy-egy ügynél kifejezett döntéssel az alkotmánybírók többsége ezt kizárja -, és emellett arról is rendelkezik az itteni alkotmánybírói törvény, hogy az egyes előadó bírók megbízhatják a törzskari munkatársukat, hogy ő terjessze a döntéstervezetet a testületi vita elé, és képviselje a döntéstervezet álláspontját.⁴⁹ Ez lényegében teljesen felmenti a megválasztott alkotmánybírókat az autentikus alkotmánybírói szerephez felnövés nehéz munkája alól, és az ő nevükben a munkatársak által készített döntéstervezethez éppúgy kívülállóan tudnak csak hozzászólni a testületi vitákban, mint a románoknál vagy a törököknél, csak éppen formálisan az ő nevükben készített döntéstervezetekről van itt szó.

Mint a skála autentikusság felé eső további részét talán a magyar alkotmánybírói döntési mechanizmus jelenti, ahol az egyes előadó bíró munkatársai ugyan nagy szerepet kapnak a döntéstervezetek elkészítésében, de ez egyrészt az egyes alkotmánybírók döntési szuverenitásának megőrzésétől függ - és van ahol ez az érdemi döntés átvételét is jelenti, míg más alkotmánybíróknál ez csak a technikai határozatszerkesztési kérdésekre terjed ki⁵⁰ -, másrészt itt nem vehetnek részt a testületi üléseken a munkatársak, és itt már az egyes előadó bíróknak maguk kell annyira beásni a döntéstervezet dilemmáiba, hogy képviselni tudják azt a testületi vitában. Mivel azonban a kialakult gyakorlat szerint a munkatársak Magyarországon is sokéves állandó munkaviszonyban látják el ezt a feladatot - az AB-elnök munkáltatói jogköre mellett, de az egyes alkotmánybírók törzskarába beosztottan -, és rendszerint az új, tapasztalatlan alkotmánybírókat ezek a régi munkatársak gyámolítják a betanulásuk időszakában, így sok esetben a tényleges érdemi döntések is megmaradnak az egyes bírók törzskari munkatársainak a kezében.

A fenti elemzéssel látható válik, hogy az autentikus alkotmánybírói szerephez felnövésben - és egyes esetekben az adott ország alkotmánybírói rendszerének valóban alkotmánybíróként tevékenykedésében - a legnagyobb akadályt jelenti az európai alkotmánybírók alkotmánybírókat segítő munkatársi rendszere. A törököknél ez elhárított addig, hogy az egész inkább csak jogállami álca az államhatalom legitimációjához, de a románoknál és a horvátoknál is inkább csak egy hatalmi centrumot jelent az alkotmánybírói rendszer, melyet az államhatalom más szereplőivel szemben fel tudják használni azok, akik a jórészt a megválasztott alkotmánybírókon kívülről mozgatott (helyettes bírók, AB-elnöki állandó munkatársak stb.) döntési mechanizmust uralni tudják. Ahhoz, hogy ne pusztán hatalmi machináció legyen a jurisztokratikus állam demokráciát részben háttérbeszorító mechanizmusa, és tényleg a megválasztott alkotmánybírók testületének jogi érvelései adják a társadalom irányító alapkérdéseit – amin a jurisztokratikus állam egész legitimációja

⁴⁹ Lásd a horvát alkotmánybírói törvény 47. § (2) bekezdését angol fordításban: "Unless the Constitutional Court decides differently the secretary general and the legal advisors of the Constitutional Court and the head of the Office of Records and Documentation are present at the Sessions and may take part in deliberations." Illetve 48. §. (2) bek.: „The judge may authorize the legal advisor to present the case to the Sessions”

⁵⁰ A Magyar Alkotmánybírói Szemle folyóiratában, az Alkotmánybírói Szemleben megjelent tanulmány egy empirikus felmérés eredményét közölte a magyar alkotmánybírói testület jelenlegi döntési mechanizmusáról, és e szerint kb. egyharmad azoknak az alkotmánybíróknak a száma, melyek a tervezetek érdemi részét maguk határozzák meg, egyharmad azoké, ahol a törzskari munkatársakkal együtt történik meg ez is, és a maradék egyharmad esetében az érdemi kérdésekben is a munkatársak döntenek. Lásd Orbán Endre/Zakariás Kinga: Az alkotmánybírói érdemi munkatársak szerepe Magyarországon. Alkotmánybírói Szemle 2016/2. sz. 114. p.

nyugszik! -, a munkatársi rendszer megváltoztatását is az autentikus bírói szerephez felnövés segítésére kell átépíteni.

Az előbbieken szó volt már arról, hogy törvényi előírásokkal lehet olyan strukturális körülményeket létrehozni, melyek a generalista alkotmánybírói szerep szempontjából szükségképpen kompetenciaproblémákkal küzdő szakosodott jogászokat (felsőbírói bírósági bírósági és jogászprofesszorokat) az autentikus alkotmánybíróvá felnövés felé ösztökélik. Így említeni kell ismét a kötelező írásbeli vélemény (feljegyzés) előzetes készítésének törvényi előírását minden tervezethez az alkotmánybírók számára, továbbá az első évben a saját munkatárs hiányának fontosságát az új bírónál, mely a saját álláspont kialakítására készlet, és ezzel a megválasztás után a tényleges alkotmánybíróvá válás nehéz munkáját nem teszi megkerülhetővé. Látni kell, hogyha a törvény nem írja ezeket elő, akkor a testületi döntési mechanizmusok logikája inkább arra ösztönöz mindenhol, hogy lehetőleg minél önállótlanabbak legyenek a mindenkori új alkotmánybírók, és a mindenkori testületi többségnek az a legmegfelelőbb állapot, amikor a testület egy tucat békésen mosolygó és a tervezeteket engedelmesen megszavazó alkotmánybíróból áll.

A fenti előírások azonban még nem elegendők, mert ha marad az európai bíróságoknál kialakult rendszer, hogy tapasztalt jogászokból feltöltött állandó alkotmánybírói munkatársi gárda sok éves foglalkoztatással áll az egyes alkotmánybírók mellett, akkor mindig lehetőség nyílik arra, hogy a bírák egy részénél létrejőjön az érdemi döntések leadása ezek számára (vagy elvétele ezek által). Azt elementáris előfeltételnek kell tekinteni, hogy megszüntetésre kerüljön az új alkotmánybírók tapasztalt régi munkatársak általi gyámolításának rendszere – és hogy ezek “neveljék be” az új alkotmánybírókat -, mert ez kivételessé teszi a szuverén alkotmánybírói tevékenység létrejöttét. Így a törzskari munkatársak foglalkoztatásának korlátozása a bírójuk ciklusára, és ezután az új alkotmánybírók mellé új munkatársak toborzása (a jelzett egy éves szünet után) a minimális feltétel. De igazán optimális az lenne, ha az amerikai law clerk-rendszer egyéves megbízásokkal tevékenykedő munkatársi rendszere - mindenkor végzős joghallgatókból feltöltve - lenne általános a világ alkotmánybírói rendszerében.⁵¹ A jurisztokratikus állam középpontját jelentő alkotmánybírók csak így közelíthetnek az autentikus bírók testületévé váláshoz, és válna lehetővé, hogy tényleg a jogi-alkotmányi érvelések zsinórmértékszerű normatívái legyenek a társadalom alapkérdéseinek a formálói, és ne mindenféle rejtett hatalmak által formált döntési mechanizmusokban jöjjenek ezek létre.

Az ügyszignálás automatizmusának megteremtése

A bírói függetlenség és az ügyek elfogulatlan megítélésének egyik jogállami garanciáját jelenti, hogy a bíróságokra beérkező perindítások (keresetek, vádiratok) az illetékes bíróságon belül nem a bírósági elnök mérlegelésével kiválasztott bíróhoz vagy bírói tanácshoz kerülnek elbírálásra, hanem valamilyen automatizmus alapján kerülnek kiosztásra. Az alkotmánybíróknál a nagyobb testületi - rendszerint 10-15 fős - döntési folyamat révén a döntés irányait meghatározó előadó bírói (rapporteur) szerep a fontos, mert jórészt ennek döntési tervezete határozza meg a későbbi döntést, melyhez ügyes kompromisszumokkal többséget lehet szerezni. Így itt a legfontosabb, hogy kihez kerül a beadott indítvány kiosztásra, azaz szignálásra, és másik oldalról ugyanolyan fontos lehet, hogy *kit kerül el a*

⁵¹ Lábjegyzetben nem lehet kihagyni a nagy amerikai ügyvédi irodákban és egyes ottani bíróságokon már használt *robotlawyer* (robotjogász) jövőbeli bevetésének a lehetőségét sem az alkotmánybírók határozatszerkesztésében, melyek főként a rutinügyekben (és ez az ügyek majd 90%-a) a digitalizált alkotmánybírói esetjog, az indítványok tényállás-összegzés elkészítésével és a vonatkozó jogszabályi rendelkezések percek alatti összegyűjtésével, illetve egy nyers határozattervezet készítésével átrendezheti az alkotmánybírói döntéshozatalt.

bírák közül egy-egy ügyben az előadói bírói szerep, és így legfeljebb csak különvéleményként, vagy párhuzamos indokolásban tudja álláspontját megjeleníteni az adott ügyben, de azt nem tudja igazán befolyásolni. Nézzük meg, hogy az alkotmánybíróságoknál milyen megoldások vannak erre, majd vegyük szemügyre a magyar helyzetet.

Kezdjük az Egyesült Államokkal, ahonnan az alkotmánybíráskodás intézménye átkerült Európába. Itt az ügy eldöntéséhez a döntési tervezetet kidolgozó előadói bírói szerep úgy kerül a valamelyik bíróhoz, hogy minden ügy napirendre tűzésekor a bírák leadják az indítványt támogató, vagy elutasító álláspontjukat, és az előadó bíró csak az lehet, aki a többségi álláspontra került csoportba sorolódott ennél a szavazásnál. Pontosabban ez úgy alakul, hogy a többségre került bírák közül a szenioritási sorban első helyen álló (vagyis aki legrégebben a Supreme Court tagja) jelöli ki a többséghez tartozó bírák közül az adott ügy előadó bíróját, esetleg magát. Itt tehát a bíróság elnökének egyáltalán nincs szignálási joga, csak akkor jön számba, ha szavazata leadásánál a többségbe került. Ekkor azonban a többségen belül a tényleges szenioritási sorrendtől eltérve is ő jelölheti ki az ügy előadó bíróját.⁵²

A németeknél a szignálási helyzetet az határozza meg, hogy itt igyekeztek magát az alkotmánybíráskodást is közelíteni a rendes bírói fórumok specializálódott szakszabírói rendszeréhez. Már a – máshol nem létező – két szenátusra bontás is e felé közelít azzal, hogy a német alkotmány (Grundgesetz) rendelkezéseit kétfelé választva az egyes szenátusok csak az alkotmány bizonyos rendelkezései felett rendelkeznek döntési joggal, és a beadott alkotmányjogi panaszok aszerint kerülnek az egyik vagy másik szenátushoz, hogy melyik alkotmányi rendelkezésre alapozták a beadványt. Ezt a fél részben már kezdődő specializálódást fokozza, hogy az egyes szenátusokba kerülő alkotmánybírák már eleve valamelyik jogterületet kapják meg, megörökölve az éppen kiszállt alkotmánybíró jogterületét (munkajog, pénzügyi jog, büntetőjog stb.). Az alkotmányjogi panaszok pedig automatikusan ahhoz az alkotmánybíróhoz kerülnek előadói bírói tervezet elkészítésére, amelyik jogterületéhez tartozik a beadvány a tárgya szerint. Így itt az alkotmánybírói specializálódás hoz létre egy szignálási automatizmust, és ez minimalizálja a szenátusi elnökök előadó bíró kiválasztási jogában rejlő hatalmi mozzanatot. (Csak a félreértések elkerülése végett kell jelezni, hogy a német alkotmánybíróságnál is marad a generális bírói szerep azzal, hogy a döntést végül a szenátus egésze hozza meg, ahol már a különböző jogterületre specializálódott alkotmánybírák szavaznak együtt.)

Nézzük most meg, hogy miként áll a helyzet a magyar szabályozásban. Már a kiindulópontban le kell szögezni, hogy ez a kérdés nem került szabályozásra az alkotmánybíráskodás itteni bevezetésénél az 1989-es alkotmánybírósági törvényben. Ekkor nem is észlelték ennek fontosságát, és csak a gyakorlatban alakult ki az, hogy az alkotmánybíróság elnöke minden korlát nélkül önmaga dönt az egyes ügyek előadó bírójának kiválasztásáról. Ez a húszéves gyakorlat került be aztán az új, 2011-es alkotmánybírósági törvénybe, és mondja most már ez ki, hogy az elnök jelöli ki az előadó bírót. Hogy az ebben rejlő problémát nem is észlelte a végül is illetékes törvényelőkészítő minisztériumi apparátus és a parlamenti kormánytöbbség, az abból adódik, hogy az alkotmánybíróságot - szervezetét, eljárását, döntési folyamatát stb. illetően - egyáltalán nem alakult ki a magyar jogtudósi berkekben hozzáértő kutatás, inkább csak az egyes döntéseket illető jogfilozófiai stb. kérdésekben. Az a kevés alkotmányjogász, aki rendszeresebb elemzést készített erről, lényegében az alkotmánybíróságon belül kiadott ügyrendi szabályokat és ezek változásait vették alapul, ám ezek érthetően elrejtik a fennállóval szembeni alternatív lehetőségeket, így *de lege ferenda* szabályozási megoldások és ezek feletti tudományos vita egyáltalán nem alakult ki az elmúlt húsz évben ezekről a kérdésekről Magyarországon.

⁵² Lásd Kovács Virág: Az (alkotmány)bírói döntéshozatal dimenziói. Amerikai empirikus kutatások tanulságai. *International Relations Quarterly*, Vol. 4. No 1. (Spring 2013) 13. p.

Az információk szerint ez a korlátlan szignálási jog úgy alakult az 1990-es évektől a magyar alkotmánybírói testületben, hogy az esetek egy részében alkotmánybíróság elnöke azért figyelembe vette egy-egy alkotmánybíró eredeti foglalkozását - zömmel egyetemi jogászok -, hogy milyen jogterületen szerzett esetleg szakosodást, de ez nem vált szokásjogilag kötelezővé az elnök számára. Hogy mikor szignálja saját magára az egyes ügyet, vagy az ügy tárgyának megfelelően esetleg korábban valamilyen szakosodást felmutató alkotmánybíróra, vagy másra, végül is korlátozás nélkül létezik itt máig hatóan. Ez a teljes szignálási elnöki szabadság létezik az információk szerint az olasz alkotmánybíráknál is, és azt talán általánosságban is el lehet mondani, hogy míg a rendes bíróságoknál a legnagyobb véték lenne a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog tekintetében a tetszőleges bírósági elnöki szignálási jog - és feltehetően az így hozott bírói döntés az alkotmánybírósági megtámadása esetén szinte bizonyosan megsemmisítésre kerülne az automatikus szignálás hiánya miatt -, addig magában az alkotmánybírósági ügyszignálásban sokkal nagyobb - vagy esetleg korlátlan - az alkotmánybírósági elnöki szignálás szabadsága. Pedig ha ezt összevonnuk azzal, hogy tetszés szerint akár magának is megtarthatja az ügyeket az alkotmánybírósági elnök több helyen - így Magyarországon is -, és akár az ügyek tucatjainál is az ellenőrzése alá vont alkotmánybírósági állandó munkatársakból álló csoportokkal készíttethet el tervezeteket, akkor már közel állunk a török alkotmánybírósági döntéshozatali modellhez, mely a legmélyebben sérti az autentikus alkotmánybírói szerepet, és részben már csak álcává teszi az alkotmánybíróságot az átláthatatlan mögöttes hatalmi befolyásolók előtt. Valamilyen szignálási automatizmus megteremtése tehát a jurisztokratikus állam minőségi szintre emelése érdekében elengedhetetlen, legyen ez akár az amerikai, vagy a német, de ettől eltérő automatizmusok is könnyen létrehozhatók.

Az alkotmánybírók alkotmányhoz kötésének biztosítása

Az alkotmánybírák az állam legmagasabb döntési szintjének, az alkotmánynak a védelmét és értelmezését látják el, és ahhoz hogy ezt függetlenül tudják végezni, el kell távolítani a körükből minden partikulárisabb behatást az egyes államhatalmi szervek részéről. Az alkotmánybírók közvetlenül az állam legmagasabb döntési szintjéhez kapcsolódnak és közvetlenül ez alatt állnak, és ez az alkotmányozó hatalom. Ám épp ez az ellenőrizhetetlenség minden más állami szerv felől felveti a "ki őrzi az őrzőket?"- kérdést. Ténylegesen ugyanis nagyon is sok strukturális ösztönző és más szubjektív motiváció van arra, hogy a teljes ellenőrizetlenségben tevékenykedő alkotmánybírók váljanak az alkotmány legnagyobb veszélyeztetői. Erre annál is nagyobb lehetőségük van, mert a fő feladatuk - a törvények ellenőrzése és alkotmányellenesség címén való megsemmisítése - a politikai demokráciában legtöbbször természetesen az ellenzéki pártok és médiájuk illetve értelmiségi hátterük újjongását váltja ki, legyen a döntésük bármennyire is szembenálló az alkotmány explicit rendelkezéseivel. Ha pedig a fősodor média nagy mértékben szembenáll egy-egy kormányciklusban a kormánytöbbséggel, akkor akár új alkotmányt is létrehozhatnak az alkotmánybírák saját esetjoguk révén - félresöpörve a tényleges alkotmányt -, és ezt mint az igazi szakmai lelkiismeret termékét fogják ünnepelni az ebben érdekelt domináns média hangadói, illetve az ellenzéki erők mögött álló "jogvédő" mozgalmi jogász szervezetek.

Ezt a problémát a szem elé tartva nem lehet megkerülni azt, hogy valamilyen ellenőrzést azért megkíséreljünk létrehozni az alkotmánybírák felett, mégha ennél a legnagyobb óvatossággal kell is eljárni, nehogy a partikuláris politikai érdekek bosszúja tudjon ezen keresztül megvalósulni. Így az alkotmánybírósági többség alkotmányi rendelkezésektől való nyilvánvaló elszakadásának szankcionálására csak egy nagyon magas parlamenti többség megkövetelése jöhet számba. Például a szankcionálás elrendelésének háromnegyedes parlamenti többséghez kötése már elég magas ahhoz, hogy a napi politikai erők és ezek

koalíciói ne tudják beindítani ezt. Ám kivételesen nagy konszenzus esetén azért ez mégis lecsaphasson - ha szükséges -, és kimondják az ilyen alkotmánytól elszakadó döntést megszavazó alkotmánybírók megbízatásának a megszűnését. Ha ez a nehezen megindítható szankcionálás a rendelkezésre állna, akkor ez mint egy Damoklész-kard a mindenkori alkotmánybírói többségek felett jótékony hatást tenne. Egy ilyen szankcionálási lehetőség alkotmányba beépítése, és egy folyamatos parlamenti alkotmánybíróság-figyelő központ szervezése a kormánypártok illetve az ellenzéki pártok delegáltjaiból a mindenkori új és új alkotmánybírói döntések elemzésére és alkotmányi rendelkezésektől való eltérések regisztrálására – ezek mindenkori nyilvánosságra hozásával -, nagy lépést tehetne az alkotmánybírák alkotmányhoz kötése felé. Ez akkor is hatna, ha maga a szankcionálási mechanizmus csak nehezen lenne mozgásba hozható, mert az ehhez szükséges háromnegyedes többség létrejötte a legtöbb kormánydöntés megsemmisítéséhez való természetszerű ellenzéki támogatás miatt – ha alátámasztja azt a alkotmány, ha nem - csak kivételesen valószínűsíthető.

Az alkotmánybírói döntéshozatal nyilvánosságának megteremtése

Amíg egy bíróság a precíz törvényekhez kötötten csak ezeket esetileg értelmezve dönt az eléje terjesztett ügyekben, addig elfogadható, hogy a nyilvános ítélethirdetés és annak írásos megindokolása elegendő a bíróságok nyilvánosság általi kontrolljához, de máskülönben a döntési mérlegelést végző tanácskozásuk a zavartalan értelmezési vita érdekében a nyilvánosságtól elzárva folyjon. Ám az alkotmánybírói döntések mellett, hogy sokszor a társadalom működését meghatározó alaptörvényekre irányulnak, még nem is egyszerű értelmezési vitákban születnek, hanem átfogó alkotmányi deklarációk és nyitott alkotmányi generalklauzulákat jelentő alapjogok nagyon széles mérlegelésével. Egészen új normatömeget lehet vezetni olyan nyitott alapjogokból, mint a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog, vagy az emberi méltóság sérthetlenséghez való jog de ugyanígy abból az alkotmányi deklarációból is, amely demokratikus jogállamot rögzíti. A nagyjából nyitott normatívákat és deklarációkat, alkotmányi értékeket tartalmazó alkotmányok - mely részek még csak növekedtek az utóbbi évtizedekben keletkezett alkotmányokban - ténylegesen az alkotmánybírói döntésekkel létrehozott esetjogban kapják meg a pontosabb tartalmukat, és a törvények alkotmányossági kontrolljánál a legtöbb alkotmánybírói döntés ezekre a korábbi döntésekre alapozva mondja ki az alkotmányellenességet vagy állapítja meg az alkotmánnyal való összhangot. Kicsit kihegyezve a tételt azt lehet mondani, hogy az alkotmánybírói döntési folyamatban állandó alkotmányozás megy végbe, melyek termékei, az alkotmánybírói döntések nemcsak a konkrét esetet döntenek el, hanem rögzítik azt is, hogy a jövőben mi számít majd alkotmányosnak vagy éppen alkotmányellenesnek. A jurisztokratikus állam fogalma ezt a realitást teszi nyilvánvalóvá, és itt már az ennek középpontját jelentő alkotmánybírói döntési folyamat nem maradhat oly módon a nyilvánosság háta mögött elrejtetten, ahogy az a rendes bíróságok eseti döntéseinek megformálására irányuló döntéshozatali eljárás esetében létezik. A valamilyen formában itt is megteremtendő nyilvános ellenőrzés egyrészt a társadalom számára a legnagyobb fontossággal bíró alkotmánybírói döntések megformálására irányuló motivációkat és mérlegeléseket teszi láthatóvá, másrészt a testületi döntésekben résztvevő alkotmánybírák számára a legerőteljesebb motivációkat hozzák létre a minél teljesebb felkészülésre az eldöntendő ügyekben és álláspontjaik részleteinek tiszta megfogalmazására.

A nyilvánosság megteremtésére irányuló latolgtásban két út merül fel. Az egyiket az alkotmánybírói döntéshozatal teljes megnyitása jelentené a nyilvánosság számára - mintegy a parlamenti bizottsági ülések nyilvánosságának a mintájára -, melyet az újságírók és más közéleti szereplők szabadon látogathatnának. A másik a zárt ülések fenntartásán nem

változtatna, ám ez minden teljes ülési döntés lezárulása után a döntés nyilvánosságra hozatalával egyidőben a teljes üléseken készült szószerinti jegyzőkönyv nyilvánosságra hozatalát követelné meg, például az Alkotmánybíróság honlapján. Az első megoldás túlzott lenne, és zavarná az érvelési és értelmezési vitákra való elfogulatlan figyelést, illetve negatív hatása lenne még az is, hogy az erre fogékonyabb alkotmánybírók számára a nyilvánosságnak való szerepjátszás tenné lehetővé, mely torzítaná a döntéshozatalt. Ám a másodiknak jelzett út semmilyen ilyenfajta hátránnyal nem járna, hanem csak a nyilvános kontroll előnyeit hozná létre. Minden alkotmánybíró annak tudatában szólalna meg a testületi vitában - és készülne fel erre a felszólalásra már az ülés előtt! -, hogy a döntés lezárulása után bárki megtekintheti majd a testületi ülés szószerinti jegyzőkönyvét, és mindenki kontrollálni tudja majd érveit, felkészülését, a vonatkozó alkotmányi rendelkezésekhez való viszonyát és motivációit. E megoldás technikai hátterének megteremtése nem jelenthet problémát, és a parlamenti üléseknél már kialakult, szószerinti jegyzőkönyvvezést végző apparátusból beszerezhető az ehhez szükséges állomány, de ma már egyre inkább bevethetők erre a beszédet automatikusan írássá formáló algoritmusok robotjai is. Az állandóvá váló alkotmánybíróági szószerinti jegyzőkönyvek nyilvánossága által az előbb érintett alkotmánybíróági figyelő központ számára is megteremtődne a folyamatos ellenőrzés bázisa, és az alkotmánytól való elszakadás jelei már a testületi vitákban felmerült érvek és ellenérvek segítségével is könnyebben láthatóak lennének.

A mozgalmi jogász képződmények kiválasztása a civilszervezetektől

A demokráciákban az állampolgárok milliói pártokra és pártképviselőkre szavaznak, és így igyekeznek meghatározni az állami politika irányát illetve a társadalomra vonatkozó alapkérdések meghozatalát. Ezzel szemben a jurisztokratikus állam jogi-alkotmányjogi alapra helyezett döntési mechanizmusában a főbb állami döntések meghozatala jórészt áttolódik a legfőbb jogi testületek döntési eljárásába - főként az alkotmánybíróági és a legfőbb rendes bírói fórumokba -, így ezek befolyásolására és meghatározására nem elegendő az állampolgárok csoportjai számára a választási eljárásokon fellépés és a pártok, pártképviselők befolyásolása, hanem közvetlenül e jogi-alkotmányjogi eljárásokban kell megjeleníteniük, vagy legalább ezt befolyásolni ahhoz, hogy a főbb állami döntésekre behatást tudjanak tenni. Ez okozta az elmúlt évtizedekben a civil szervezeteken belül a - bevett szóhasználattal - "jogvédő" egyesületeknek, szervezeteknek nevezett képződmények ugrásszerű elterjedését és a napi politika szintjén való aktív működésük fokozódását. Amit a pártok jelentenek a demokráciában, azt jelentik a mozgalmi jogász-harcos szervezetek a jurisztokratikus államban.

Tevékenységük egyrészt a politikai cézzal kiválasztott ügyek perlésén keresztül történik, és az ilyen ügyek mögötti társadalmi csoportérdekek perlés és alkotmányjogi panaszok útján való a nyilvánosságba való bevitelére irányulnak, és így az állami döntések kialakítását ezen az úton igyekeznek meghatározni. Másrészt közvetlen utcai akciók szervezésében is részt vesznek, melyeken aztán nem érvekkkel vívnak a képviselt csoportérdekek érvényesítéséért, hanem a nemes, jogért való küzdelem morális pátozzásával - ahogy azt Rudolf von Jhering másfél évszázada körvonalazta.⁵³ A két út közül eleinte csak az első volt bevett - ahogy az 1960-as években az amerikai alapjogi forradalom megszerveződött a "jó ügy jogászata" által

⁵³ Lásd Rudolf von Jhering: *Der Kampf um's Recht*. Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung Wien. 1872. Ám hogy a mai mozgalmi jogászok jogfelfogása milyen távol esik ténylegesen Jhering jog- és társadalomfelfogásától - és maga a jogért való küzdelem is -, azt Irredel Jenkins finom elemzése jól feltárta, lásd Jenkins: Rudolf von Jhering. *Vanderbilt Law Review* 1960, No. 1. 160-190 p.; Jhering teljes jog- és társadalomfelfogásához lásd korábbi elemzésemet: Pokol Béla: Jhering jog- morál és társadalomelmélete. *Jogelméleti Szeme* 2009/1. sz. 2-38. p.

(cause lawyering) –, ám az utóbbi években az USA-ból kiindulva és az ottani jogi küzdelmekre szakosodott alapítványok technikáinak világ számos országába való exportálásával az utcai összecsapásokra szakosodott mozgalmi jogászrészlegek is megjelentek. Ezek eleinte a környezetvédők “jó ügy” érdekében kialakított erőszakos tüntetésformáit és a védett joggal (környezetvédelemmel) szembenálló tevékenységek erőszakos megsemmisítését jelentették – például a bálnavadászhajók elsüllyesztését a kikötőkben stb. –, de az itt kialakított technikákat időközben a teljes politikai küzdőterre kiterjesztették, és az utóbbi években már jogvédőként a támadott állam politikákkal szemben állva bármit meg tudnak ezzel támadni. A perlési politizálás mellett így az utcai jogvédelem is bekerült a mozgalmi jogász-harcosok eszköztárába, és az egyik forma neve erre - a régi politikai tüntetések új harci formává átalakítása mellett - a “közvetlen politikai akció”.⁵⁴

A jurisztokratikus állam megfogalmazása és a demokrácia álcája mögötti rejtett létezésének megszüntetése a nyilvánosság elé vonásával megköveteli, hogy az ennek ellenoldalát jelentő jogász-harcos szervezetek is tisztábban a nyilvánosság előtt álljanak. Ahogy a jurisztokratikus állam középpontját jelentő alkotmánybíróági döntési folyamatok nyilvánosságát is követelni kell, úgy a döntési folyamat másik oldalán központi szerepet játszó mozgalmi jogász szerveződések is a nyílt sisakos fellépésre kell kényszeríteni. Nem pusztán a civilszervezetek ezek, hanem jurisztokratikus állam döntési mechanizmusára szabott új jogász-harcos szervezetek, melyek fő célja az állami döntések meghatározása, ahogy a jurisztokratikus vonást nélkülöző demokráciákban a pártok révén történik meg.

Nem vitatható, hogy valamilyen fokozott nyilvánosság általi kontrollt kell megteremteni a mozgalmi jogász-szervezetek felett - túlmenve a civilszervezetek enyhébb kontrollján -, ahogy a politikai pártok felett is létezik ez. Ennek egyik módja lehet, hogy valamilyen parlamenti vizsgáló központ a civilszervezetek tevékenységi formáinak folyamatos figyelésével mint mozgalmi jogász-szervezetet minősíti át az ilyenféle szerveződések, és ettől kezdve ezek fokozottabb nyilvánosság előtti kontrollra kényszerülnek, például tevékenységükről időszakonként való beszámolóra, pénzügyi támogatóik részletes megnevezésére stb.

⁵⁴ Ennek részletes elemzéséhez lásd korábbi elemzésemet, Pokol Béla: Politikai agytrösztök, közvetlen akciócsoportok és a politikai akaratképzés átalakulása. Jogelméleti Szemle 2004/4. sz.

Rónay, Zoltán¹

**Ethische Führung – das Ethik der Führung:
Zusammenhänge im Spiegel der Verantwortung des Universitätsleiters**

Noch im Jahr 2014 wurde eine Vermessung von der Ungarischen Rektorenkonferenz verfertigt, mit der man ein fast genaues Bild über die Ethikregelung der ungarischen Universitäten bekommen kann. Die Zusammenfassung dieser Arbeit, die von prof. *Barna Mezey*, damaliger Präsident der Rektorenkonferenz, bekannt gemacht wurde, stellt vor, dass wir über Folgen gereifter Lösungen überhaupt nicht sprechen können.² Gleichwohl werden mehrere solche Regeln gefunden, die im Kodex verschiedener Universitäten gleich oder ähnlich sind, besonders in Beziehung mit der ethischen Verantwortung der unterschiedenen Leitern. Wer die Theorien der modernen Sozialpsychologie über die sogenannte ethische Führung kennt, kann sehen, dass viele Anforderungen, die durch diese Wissenschaft bestimmt werden, als konkrete Vorschreibung des Ethikkodexes erscheinen. Ob bedeutet es das, dass die Sozialpsychologie die Verfassung der Ethikkodexe gegründet hat? Oder ist es genau umgekehrt? Und wenn die Perspektive weiter geöffnet wird, kann sie bis zur rechtlichen Verantwortung führen? In der nachfolgenden Studie suchen wir die Antworten auf diese Fragen.

1. Die Approximation der Führungsethik von der Sozialpsychologie: von der Attribution von Verantwortung nach der ethischen Führung

Forschungen beweisen das Ergebnis der sogenannten ethischen Führung, die eine Methode ist, mit der die Organisation wirkungsvoller und erfolgreicher sein kann. Sprechen wir über irgendwelchen Stil der ethischen Führung: entweder über das „*Transformational Leadership*“ und „*Servant Leadership*“ oder über das „*Level 5 Leadership*“, können wir alle Formen von der sogenannten *despotischen Führung*³ abgrenzen.

Der Begriff, „*Transformational Leadership*“ wurde von *James McGregor Burns* und *Bernard M. Bass* eingeführt.⁴ Dieser Stil der Führung drückt die Bestrebung des Leiters aus, dass die Angestellten zum ganzen Spektrum der Prozesse hinzugezogen werden sollen, infolgedessen sollen sich die Ziele des Leiters und der Mitarbeiter miteinander verschmelzen. So können die Teilnehmer in den Arbeitsprozessen sowohl für einander, als auch für das Ziel der Firma engagiert sein. So müssen sie einander unterstützen, was führt zu ihrer ethischen Rolle, weil diese Mitarbeiter die gemeinsame – noch dazu die gesellschaftliche – Interessen in den Vordergrund stellen. Dieses Verhalten und diese Motivation helfen um die Entwicklung des Charakters der Teilnehmer.⁵

¹ PhD., Berater, Eötvös-Loránd-Universität

² Mezey, Barna: A tudományetikai felelősség kérdései a magyar felsőoktatásban. Az egyetemi és tudományos élet etikai szabályozása – az egyetemi etikai kódexek. In *Magyar Tudomány*, 2014/6. pp. 655–664.

³ De Hoogh, Annabel H. B. – Hartog, Deanne N. Den: Ethical and despotic leadership, relationships with leader's social responsibility, top management team effectiveness and subordinates' optimism: A multi-method study. In *The Leadership Quarterly*. 2008/3. pp. 297–298.

⁴ Burns, James M.: *Leadership*. Harper & Row, New York, 1978., Bass, Bernard M.: *Leadership and performance beyond expectations*. The Free Press, New York, 1985.

⁵ Bakacsi, Gyula: *A szervezeti magatartás alapjai*. AULA, Budapest, 2010. pp. 150–151.

Der Begriff, „*Servant Leadership*“ - das heißt *Dienende Führung* - verknüpft sich mit dem Gesamtwerk von *Joe Ballen*.⁶ Der Dienst drückt in diesem Zusammenhang aus, dass der Leiter auf die Mitarbeiter konzentriert, die eine Vorrang gegen die Organisation genießen, deshalb sind die charakteristische Eigenschaften dieser Art der Führung die Liebe, der Altruismus, die Fähigkeit von Vision, das Vertrauen, die Entwicklung und der Dienst.⁷

Die Führungswissenschaft teilt die Leiter auf fünf Grad. Diese Einteilung hängt von der Wirksamkeit der Organisation, und der Wirkung der Führung auf die Organisation, die der Leiter führt. Der höchsten Grad ist der fünfte, auf dem der Leiter nicht nur gut (wie auf dem vierten Grad), sondern auch etwas großartig schaffen kann. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen zwei Grad ist, dass der Leiter zwar auf dem vierten Grad zuerst die Aufgabe bestimmt, und danach die Mitarbeiter, die die ermöglichen können, auswählt, der Leiter aber auf dem fünften Grad die Arbeit mit der Anwerbung der Mannschaft anfängt, und die Ziele, die die Organisation ausgezeichnet machen können, mit diesen Menschen gemeinsam setzen.

Es ist ersichtlich, dass der „*Level 5*“ und der „*Servant*“ (dienende) Leiter über beinahe gleiche Kennzeichen besitzen. Die Eigenartigkeit von beiden, dass sie gleichermaßen demütig sind. Denen ist die Person, mit der das Ziel erreicht werden kann, wichtiger, als selbst das Ziel. Es ist wesentlich eine gute Mannschaft auszuwählen, und die Ziele gemeinsam zu bestimmen. Ein Leiter kann nur so „*Level 5*“ werden, wenn er auch ethische und dienende Leiter ist, und umgekehrt: wenn jemand diesen Führungsstil wählt, kann den fünften Grad erreichen.

Wenn ein Leiter alle Mittel, die dazu geeignet ist, die negativen Eigenschaften der Angestellten auszunutzen, und die Funktion der Organisation sich an das Interesse des Vorgesetzten anwenden verwendet, sprechen wir über die despotische Führung. Das Gepräge der Führung hängt von dem Charakter der Teilnehmer, sowohl des Leiters, als auch der Mitarbeiter ab. Ein Arbeitsplatz kann zwar mit Menschen voll mit Gutwilligkeit funktionieren, aber ein despotischer Leiter kann die Atmosphäre vergiften. Wir können es so sagen, dass ein Vorgesetzter fähig ist, die Schlechteste aus den besten Arbeitnehmern hervorzurufen. Diese komplexen Zusammenhänge zu verstehen, sollen wir die Beziehung zwischen der Persönlichkeit, der Verantwortung und der inneren (seelischen) Verläufe beobachten, und deshalb den Grund der Attribution von Verantwortung kurz durchschauen.

Die Attribution von Verantwortung selbst beruht auf der Theorie von *Fritz Heider*, der als erste nachgewiesen hat, dass die Menschen im Allgemeinen für die Folgen ihres Verhalten verantwortlich gehalten werden: grundsätzlich sind sie verantwortlich für die Wirkungen, die sie direkt und persönlich verursacht haben.⁸ Dieses sogenannte Heider-Modell liegt an einer Forschung, mit der Heider die Verantwortungsauffassung der Kinder erforscht hat, und deren Ergebnis fünf Verantwortungsgrade definiert wurde: 1. „*Association*“: die Folgen können in irgendeiner Weise mit einer konkreten Person in Verbindung gebracht werden; 2. „*Commission*“: die Folgen werden von einer konkreten Person direkt verursacht; 3. „*Foreseeability*“: die Folgen waren zwar vorabsehbar, aber die wurden von einer konkreten, das umsichtige Verfahren verpassenden Person verursacht; 4. „*Intention*“: die konkrete Person hat vorsätzlich die Folgen verursacht; 5. „*Justification*“: die konkrete Person hat aus Zwang

⁶ Ballen, Joe: *Servant Leadership: A passion to serve*. In: Larry C. Spears (ed.): *Insights on Leadership: Service, Stewardship, Spirit and Servant Leadership*. John Wiley and Sons Inc. New York, 1998. Den Begriff ist detaillierter überarbeitet im folgenden Werk: Patterson, Kathleen: *Servant leadership: A theoretical model*. Unpublished doctoral dissertation. Regent University, Virginia Beach, 2003. Es ist angeführt hier: Patterson, Kathleen – Redmer, Timothy A. O. – Stove, A. Gregory: *Transformational Leaders to Servant Leaders versus Level 4 Leaders to Level 5 Leaders: The Move from Good to Great*. CBFA Annual Conference, 2003. 10. (<http://www.cbfa.org/Patterson.pdf>, 2016.08.11.)

⁷ Patterson – Redmer – Stove: 2003 p. 4.

⁸ Heider, Fritz: *The Psychology of Interpersonal Relations*. Wiley, New York, 1958. Zitiert: Hastorf, Albert H. – Schneider, David J. – Polefka, Judith: *Person Perception*. Addison-Wesley Publishing Company, Reading, Menlo Park, London, Don Mills, 1970. pp. 78–79.

gehandelt. Dieser fünfte Grad führt uns erst zu einem folgenden Element: wie kann man sich selbst von der Verantwortung entschuldigen, wie kann die Verantwortung teilen werden?⁹ Natürlich, unter Berücksichtigung auf den Umständen der Forschung, die zur Erschaffung des Heider-modells geführt haben, war diese Theorie nicht geeignet, die Verantwortung gegenständlich zu bestimmen. Die Attribution von Verantwortung war aber der erste Schritt zur Bestimmung. Die Attribution von Verantwortung stellt vor, wie die Menschen die anderen beurteilen, wenn sie handeln. Zwar können wir hier keine beeinträchtigte Rechtsfolge finden, aber die Attribution ist anwesend im Verlauf sowohl der moralischen und ethischen, als auch der rechtlichen Verantwortungsbestimmung. Wir müssen aber betonen, dass die Attribution von Verantwortung keine Direktive für den Gesetzgeber oder den Rechtsanwender ist. Deshalb war es nötig, eine neuere Theorie zu erschaffen, wie wurde es von *V. Lee Hamilton* geäußert.¹⁰ Er hat gemeint, dass die Psychologie nur auf die Absicht konzentriert, aber es unbedingt nötig ist, die Erwartungen zu untersuchen. Die Soziologie kann nämlich erforschen, was die anderen von dem handelnden Individuum erwarten. Das Urteil liegt an der konkreten Tat, an deren Folgen, und dem erwarteten Benehmen, beziehungsweise an der Beziehung dieser Elemente. Die Frage ist, wie kann die Erwartung das Verhalten beeinflussen. Die Antwort führt uns zur Untersuchung der Motivation. Wie große Rolle hat die Erwartung im Entscheidungsverlauf? Wenn jemand den anderen konvenieren muss, oder die vermutliche Richtung der Tat der Mehrheit folgt, kann eine sich später auf die gleiche oder ähnliche Tat der anderen berufen. Dieses Verhalten wird von der Soziologie als Konformismus genannt. Der Konformismus ist ein typisches Mittel, die Verantwortung zu vermeiden.¹¹ Die Erwartung erscheint aber nicht nur an der Seite der Motivation des handelnden Individuums, sondern auch an der Seite der betrachtenden Gesellschaft. Die Menschen beurteilen nämlich nicht nur auf einem kausalen Grund, wenn sie die Verantwortung von einem feststellen wollen. Die rechtliche Regelung durchwebt die Alltage nicht, die meisten Tätigkeiten verbunden sich nicht mit rechtlichen Sanktion zusammen, doch die Gesellschaft beansprucht die Folge. Die Verantwortung als Erwartung gegen das Verhalten des handelnden Individuums wird von den Mitgliedern der Gesellschaft definiert. Das Urteil von diesen Mitgliedern richtet sich nach der Rolle, welche die einzelnen Mitglieder spielt. Deshalb ist es wichtig, diese Rolle zu klären, wenn wir die Verantwortung von sozialpsychologischen Aspekten verstehen möchten. Es ist nötig zu betonen, dass diese Rolle weder nicht bewusst aufgenommen wird, noch es keine Zwangsläufigkeit ist.¹² Die Rolle ist ein abstrakter Begriff, was zeigt, wie das Individuum tun muss oder soll.¹³ Zwar der Theorie, die auf dem Heider-modell liegt sagt, was wir machen können, wollen und müssen, aber sie reflektiert nicht darauf, was wir machen sollen, wenn wir richtig handeln wollen. In dieser Theorie ist immer die Rolle – und nie das konkrete Individuum – die den Folgen nach sich zieht, während die schließt unterschiedliche Rolle an unterschiedliche Folge an: die Untersuchung bezieht sich nicht nur im Allgemeinen auf die Tat des Individuums, sondern auch auf die Tat des

⁹ Siehe noch: Hamilton, V. Lee: Who is responsible? Toward a Social Psychology of Responsibility Attribution. In *Social Psychology*. 1978/4. pp. 317–318.

¹⁰ Hamilton: 1978. p. 316.

¹¹ Hamilton V. Lee – Sanders, Joseph: Crimes of Obedience and Comformity in the Workplace. Surveys of Americans, Russans and Japanese. In *Journal of Social Issues*, 1995/3. p. 69., Kelley, Harold A. – Michela, John L.: Az attribúció elmélete és kutatása. In: Hunyady, György (ed.): *Szociálpszichológia*. Gondolat Kiadó, Budapest, 1984. pp. 58–59., p. 64.

¹² Hamilton: 1978. pp. 316–320. Hamilton äußert hier auch das, dass der Widerspruch zwischen der sprachlichen und rechtlichen Deutung des Begriffs aufgelöst werden muss, kann man nämlich nur so die gesellschaftliche Rolle verstehen, weil das Heider-modell auf der Analogie der rechtlichen Verantwortung gründet. Siehe noch: Twenge, Jean M. – Freeman, Elise C. – Campbell, W. Keith: Generational differences in young adults' life goals, concern of others, and civic orientation, 1966–2009. In *Journal of Personality and Social Psychology*, 2012 /5. pp. 1045–1062.

¹³ Hamilton: 1978. p. 321.

Individuums, das gleichzeitig in einer bestimmten Rolle war.¹⁴ Genauso verfassen verschiedene Erwartungen sich in Beziehung mit den unterschiedlichen Rollen. Das heißt, dass gleiche Tat in verschiedenen Rollen anderes moralische Urteil ergeben kann, infolgedessen ist die Verantwortung auch anders.¹⁵ Die modernen Gesellschaften, besonders die Welt der Arbeit bieten weites Spektrum der unterschiedlichen gesellschaftlichen Rollen. Es, dass jemand gerade welche Rolle spielt, ist von dem Prestige der Arbeit beeinflusst. Je höher das Prestige der Arbeit ist, desto mehr größer ist die Verantwortung. Die Arbeiten, die über höhere Anerkennung verfügen, z.B. die intellektuellen Arbeitskreise, besonders die an den Universitäten gefunden werden können, verbinden sich mit strengen Erwartungen. Die Menschen, die an solche Arbeitsplätze tätig sind, ziehen Beispielen. Wenn jemand von denen mit schlechtem Beispiel vorangeht, kann es später verursachen, dass mehr Menschen ihn folgen. Ein anderer Aspekt ist die Verantwortung der Vorgesetzten, weil sie nicht nur auf der Erwartung vom Leiter, sondern auch auf alle bei ihm führenden Personen besteht. Deshalb hängt das Urteil vom Niveau der Rolle ab. Folglich fällt die Verantwortung eines Leiters unter eine andere Beurteilung. In diesem Fall ist die Verantwortung größer.¹⁶

Es gibt ein anderer Fall, wenn wir die Verantwortung der Angestellten untersuchen. Sie sind an erster Stelle ihren Vorgesetzten verantwortlich und weniger für die Folgen. In dieser Rolle begegnet sich man oft mit dem Konflikt, in dem man zwischen der Durchführung einer Anweisung und der Einhaltung der Rechtsnormen wählen muss. Die Situation ist schwerer, wenn die Kollision zwischen der Erwartung des Leiters und der Moral auftaucht. Zwar sind die Angestellten verantwortlich für die Ausführung und nicht für den Inhalt von der Anordnung, aber sie dürfen nicht ihre Gewissen umgehen. Während des Verantwortlichmachens verteidigen sich die Angestellten damit, dass sie Befehl ausgeführt haben. Die Fachliteratur nennt dieses Problem als „*Crimes of Obedience*“.¹⁷ Dadurch, dass die Rollen differenziert sind, entstehen die auskristallisierten Verhaltensmuster der Flucht vor Verantwortung. Diese sogenannte Flucht begleitet die ganze Entstehung der Verantwortungsbewusst. Sie werden erst in den einzelne Grundformen der Attribution entdeckt: die Übertreibung der Bedeutung der Umstände,¹⁸ oder die Unvorhersehbarkeit der Folgen.¹⁹ Unter allem ist die Rolle der Gesellschaft nicht vernachlässigbar, die ein Richtungspunkt sein kann. Die Gesellschaft verfasst nämlich nicht nur die Erwartungen, sondern bedeutet auch ein Mittel der gleich oder ähnlich handelnden Menschen, das das Individuum motivieren kann, und in dem die selbständige Tat weniger tolerant oder unterstützend ist. Und dann sind wir zum Konformismus zurückgekehrt. Sowohl der Konformismus (wie es früher erwähnt wurde), als auch das „*Crimes of Obedience*“ sind ein typisches Mittel die Verantwortung zu vermeiden. Zwar kann die ausgesprochene oder unausgesprochene Anweisung, Erwartung oder Druck des Vorgesetzten die Quelle der Folgsamkeit sein, aber der Konformismus trifft unabhängig von einer konkreten zwanghaften Person oder von einer Macht ein. Die Eigenartigkeit einem Arbeitsplatz ist, dass beide anwesend sind: der Konformismus verstärkt die Folgsamkeit.²⁰ Den Unterschied unter diese zwei Begriffe zu übersehen, ist es zweckdienlich die Methode von *V. Lee Hamilton* und *Joseph Sanders* zu verwenden. Sie haben die folgenden Elemente als Vergleichspunkt gewählt: die Hierarchie, die Nachahmung, die Bestimmtheit und die Absichtlichkeit.

¹⁴ Hamilton: 1978. pp. 321–322.

¹⁵ Hamilton: 1978. ebd.

¹⁶ Hamilton – Sanders: 1995. pp. 78–82.

¹⁷ Hamilton: 1978. pp. 316–324.

¹⁸ Fiske, Susan T.: *Társas alapmotivumok*. Osiris Kiadó, Budapest, 2006. pp. 177–179.

¹⁹ Markman, Keith D. – Tetlock, Philip E.: „*I couldn't have known*”: *Accountability, foreseeability and counterfactual denials of responsibility*. In *British Journal of Social Psychology*, 2000. pp. 315–317., 319–322.

²⁰ Hamilton – Sanders: 1995. pp. 69–70.

Bei der Folgsamkeit ist die Hierarchie anwesend, der Vorgesetzte hat Recht den Angestellter anzuweisen, das Letztere nimmt diese Tatsache zur Kenntnis, und folgt sie. Der Status ist hier untergeordnet. Bei dem Konformismus stehen die tätigen Personen auf dem gleichen Grad der Hierarchie. Die Nachahmung ist die Quelle der gemeinsamen Tätigkeiten. Diese Menschen fangen an, einander zu folgen, einander Verhalten kopieren. Dagegen ist die Folgsamkeit keine Nachahmung, besonders wenn die Anweisung direkt von dem Vorgesetzter kommt. Es ist wichtig zu betonen, dass die Durchführung der Anordnung indirekt auch mit Nachahmung erfüllt werden kann. Wenn jemand nach der Anweisung bekommen hat, die Ausführung anfängt, und die Kollegen ihn folgen. In diesem Fall schließen die Folgsamkeit als eine direkte Beziehung zwischen dem Vorgesetzte und dem Angestellter, und die Nachahmung als Kopierung des Verhaltens dieser Angestellte an. Sowohl die Bestimmtheit, als auch die Absichtlichkeit sind Elementen der Folgsamkeit. Selbst die Anweisung ist immer bestimmt, der Vorgesetzte setzt genau seine Erwartungen fest. Demgegenüber enthält der Konformismus die Bezeugung der Haltung aus seiner Natur. Der Konformismus schließt die selbständige Tat der Individuen aus, deshalb können wir über keine Absichtlichkeit sprechen. Die Folgsamkeit kann als Erklärung der Taten funktionieren. Die Folgsamkeit kann Pflicht sein, der Konformismus ist aber nie eine Pflicht.²¹

Wir können sehen, dass die menschliche Natur tendiert, die Verantwortung zu vermeiden. Besonders wichtig ist es an einem Arbeitsplatz, wo das Verhalten der Mitarbeiter geeignet ist, die Funktion der ganzen Organisation zu beeinflussen, und indirekt sich auf die Gesellschaft auszuwirken. Insbesondere wahr ist es in Beziehung mit den Hochschulwesensinstituten. Hier erscheint die Aufgabe des Leiters. Er muss diese Verhaltensmuster behandelnd. Die Richtung der Entwicklung einer Organisation hängt teilweise von den Entscheidungen des Leiters ab. Wenn ein Leiter nur auf seine Macht konzentriert, verstärkt er die negativen Antriebe der Angestellten, aber wenn er die erhabeneren Ziele bevorzugt, versucht er, die Folgsamkeit ohne Denken und den Konformismus zu verringern. In dem ersten Fall sucht der Leiter die Möglichkeiten, mit denen er erreichen kann, die Angestellte von ihm Angst zu haben, und er vergrößert die Isolierung. Die Aufgaben der Mitarbeiter werden nicht genau festgestellt, die Arbeitskreise werden nicht geeignet bestimmt. In solcher beruflichen Umgebung erhöht sich die Zahl der Möglichkeiten der Fehler. Deshalb haben der Angestellten kein Ziel etwas gut zu machen, sie versuchen die Arbeitstage zu überleben. So haben sie keinen Mut zu fragen, noch dazu zu widersprechen, sie führen die Anweisungen ohne Denken durch. An solchen Arbeitsplatz findet man weder keine Begeisterung, noch keine Innovation.²² Solche Organisation ist eine Industrie, wo nur Roboter arbeiten. Es ist kein Zufall, dass dieser Leiter von den Forschern, als despotisch beschrieben wird.

Sowohl die Organisation, als auch die Mitarbeiter, noch dazu – besonders im Fall der Universitäten – die Gesellschaft hat Interesse, gegen die erwähnten Dränge aufzutreten. Deshalb hat die Führungswissenschaft, gemeinsam mit der Psychologie, solchen Methoden ausgearbeitet, mit denen das Gesamtinteresse sich statt des Privatinteresses der Leitern durchsetzen kann. Diese Methoden werden zusammenfassend, als ethische Führung genannt. Die einzelnen verschiedene Methode sind die schon erwähnte folgende Begriffe: „*Transformational Leadership*“, „*Servant Leadership*“ und „*Level 5 Leadership*“.

Der ethische Führungsstil demonstriert, dass einerseits wie man die Organisation der Regeln gemäß kann, durch die personell und interpersonell Beziehungen leiten, andererseits wie man die Angestellte mit zweiseitiger Kommunikation, Befestigung und Entscheidung führen

²¹ Hamilton – Sanders: 1995. ebd.

²² Fiske: 2006. pp. 164–166.

kann.²³ Deshalb ist der ethische Leiter moralisch, anständig, ehrlich, Vertrauen anlegend und fürsorglich, infolgedessen ist seine Funktion transparent, er kommuniziert mit seinen Angestellten deutlich, erklärt seine Erwartungen und die Verantwortung, so wissen seine Kollegen ihre Aufgaben, die Anforderungen, die sie gewachsen sein müssen. Solche Leiter zieht die Mitarbeiter zum Verlauf von Entscheidungen hinzu, erbittet ihre Meinungen und Vorschläge.²⁴ Diese Kennzeichen erscheinen in den Methoden solcher Leitern, die die Mittel von „*Transformational Leadership*“ oder „*Servant Leadership*“ verwenden. Diese Führungsstile sind eher ähnlich als verschieden, und der Unterschied unter denen ist der Betonung an den einzelnen Eigenartigkeiten. Beide sind menschenorientiert: ihr Charakteristikum ist, dass sie den Menschen Achtung erweisen, die Kollegen unterstützen, lehren, und ihre Entwicklung fördern. Gleichwohl ist es wichtig zu erwähnen, dass die Freiheit der Mitarbeiter ist größer, wenn sie unter einem dienenden Leiter arbeiten. Dann werden ihre Interessen und Rollen betonter anerkannt, und sie bekommen mehr Möglichkeiten ihre Fähigkeiten sich zu entfalten. Folglich ist der Grad des Vertrauens vom Leiter viel höher. Zwar sind diese Kennzeichen bei dem Leiter, der nach dem „*Transformational Leadership*“ funktioniert auffindbar, aber es ist für sie noch wichtiger, das Interesse der Organisation gegen die Mitarbeiter zu bevorzugen. Die Freiheit, die von diesem Leiter gesichert wird, konzentriert auf die Entwicklung der Organisation, und lässt das Interesse der Mitarbeiter außer Acht. Dagegen kümmert der dienende Leiter sich um die einzelnen Individuen, die die Organisation bilden. Er kann das Individuum in der Gesamtheit beachten, weil er meint, wenn das Individuum zufrieden mit ihrem Platz und ihrer Umgebung in der Organisation ist, es sie erfolgreich macht und die Verwirklichung der Ziele garantiert.²⁵ Nach meiner Meinung sind diese Führungsstile, besonders die sogenannte dienende Führung für die Leiter der Hochschulwesensinstitute mögliche und geeignete Mittel, die Funktion der Universitäten wirkungsvoller und erfolgreicher zu machen. Zwar werden die Möglichkeiten der ethischen Führung von den Rechtsnormen begrenzt, aber zwischen diesen Rahmen können sie den fast ganzen Instrumentenbestand, den von der Sozialpsychologie und der Führungswissenschaft geboten wird verwenden. Bei der sogenannten akademischen Leitung, besonders bei den Instituten und den Lehrstühlen, kann die dienende Führung auch ermöglicht werden. Die geistige Werkstätte, die Forschungsgruppe sind typische Orten, wo die Aushebung, die Unterstützung und die Anregung des Individuums möglich sind, und wo eine hochgradige Freiheit für eine Angestellte versicherbar ist. Der ethische Leiter ist zuverlässig, fühlt sich seine innere Pflichten mit, weiß, was richtig ist, hat die Fähigkeit, Selbstkontrolle zu üben, ist mit der Folgen ihrer Taten im Klaren, kann die Verantwortung nicht nur über sich selbst und seine Angestellte, sondern auch über anderen übernehmen, und so gestaltet sich seine eigene Verantwortung zu gesellschaftliche Verantwortungsübernahme.²⁶ Die Verantwortung der Leitern begrenzt sich nämlich nicht auf die Tätigkeit der führenden Organisation, sondern erstreckt sich auch auf ihre Wirkung und ihren Einfluss auf die Gesellschaft ein.²⁷ Hinsichtlich dessen, wie bedeutend die Rolle der Hochschulwesensinstituten in der Entwicklung einer Gesellschaft ist, können wir, nach

²³ Brown, Michael E. – Trevino, Linda K. – Harrison, David A.: Ethical leadership: A social learning perspective for construct development and testing. In *Organisational Behaviour and Human Decision Process*. 2005/2. pp. 117–134. Zitiert: De Hoogh – Den Hartog: 2008. p. 298.

²⁴ De Hoogh – Den Hartog: 2008. pp. 297–298.

²⁵ Patterson – Redmer – Stove: 2003. pp. 5–8.

²⁶ De Hoogh – Den Hartog: 2008. pp. 298–299.

²⁷ Pless, Nicola M. – Maak, Thomas – Waldman, David A.: Different Approaches Toward Doing the Right Thing: Mapping the Responsibility Orientations of Leaders. In *Academy of Management Perspectives*, 2012/11. p. 53. Die Autoren schreiben zwei Modells der gesellschaftlichen Übernahme von Verantwortung, die sich aufeinander bauen: „corporate social performance (CSP)“ und „corporate social responsibility (CSR)“. (Pless – Maak – Waldman: 2012. pp. 52–54.)

meiner Meinung, äußern, dass die Eigenartigkeiten der ethischen Führung, weder die sogenannte akademische Leiter, d.h. die Rektoren und Dekanen, noch die administrative Leiter, d.i. die Kanzler nicht außer Acht lassen dürfen.

2. Lösungsversuchen die ethischen Anforderungen zu kodifizieren: die ethische Regelung

Wenn wir die Notwendigkeit der ethischen Führung akzeptieren, müssen wir die Frage stellen: wer, wann und wie kontrolliert, ob diese Anforderungen erfüllt werden? Den ersten Teil dieser Frage kann leicht beantwortet werden. Alle Leiter haben einen Vorgesetzten, oder es gibt entweder innerhalb oder oberhalb der Organisation eine Körperschaft, die Recht hat den Leiter auszuwählen. Wenn der Auswahlprozess beruflich und tiefgründig ist, und daran geeignete Experten teilnehmen, kann es möglich sein, dass auf die Anforderungen des ethischen Führungsstils Rücksicht genommen werden. Demgegenüber werden sie außer Acht lassen, wenn der Prozess nur formell ist. Diese Standpunkte sind wichtig, weil ein gründlicher Verlauf der Auswahl das Legitimationsniveau eines Leiters bedeutend erheben kann. Es ist allgemein bekannt, dass die akademischen Leitern, sowohl die Rektoren, als auch die Dekane, und die Lehrstuhlleiter usw. in Ungarn von keinem der erwähnten Expertengremium ausgewählt werden. Aber dadurch, dass die Körperschaften, die in Beziehung mit den Bewerbungen dieser Leitern ihre Meinung äußern oder sich für oder gegen entscheiden, aus die Abgeordnete der sogenannten Universitätsbürger stehen, besitzt ein akademischer Leiter hochgradige Legitimation. Sowohl der Senat, als auch der Fakultätsrat ist der Hüter der Demokratie. Dagegen kann man kein solches Instrument der Legitimation bei den Kanzlern in Ungarn finden. Die Auswahl der Kanzler passiert unter Ausschluss der Öffentlichkeit, im Wesentlichen wird eine politische Entscheidung getroffen. Es ergibt ein sehr niedriges Niveau der Legitimation.

Die andere Frage ist, ob es Folgen gibt, wenn ein Leiter den Anforderungen der ethischen Führung schadet. Und wenn es gibt, mit welchen Folgen muss er zählen. Werden überhaupt diese Anforderungen im Verlauf der Tätigkeit der Führung untersucht? Diese Frage zu beantworten, müssen wir zuerst bestimmen, dass die Theorie der ethischen Führung keine Regel ist. Auch dann, wenn die Person oder Körperschaft, die den Leiter zu kontrollieren berechtigt ist, die Erwartung hat, dass der Leiter nach der ethischen Führung verfährt, gibt es keine direkte Folge, wenn jemand eher despotischer Leiter ist. Jedoch wurde früher erwähnt, dass die despotische Führung negative Wirkungen auf die Leistung der Organisation ausübt. Diese Eigenschaft kann ergeben, dass der Vorgesetzte des Leiters die nötigen Anordnungen trifft, und es kann auch zur Wiederruf der Ernennung des Leiters führen. In diesem Fall ist der Grund dieser Entscheidung selbst das Problem der Organisation. Dann kann der Berechtigte zwar die originale Ursache untersuchen und bewerten, aber die Folgen sind, die die Anordnung begründen. Diese Anordnung fällt außer der Welt der Moral oder der Ethik, aber es hat im Wesentlichen auch keine rechtliche Natur. Es ist ein humanpolitisches Verfahren für die die Rechtsnormen Rahmen bieten. Dennoch beanspruchen die Organisationen, dass die Anforderungen, die durch die ethische Führung gehalten werden, auch unter geregelten Umständen existieren. Diese erstreckt sich schon über, die durch die Psychologie und Führungswissenschaft verfasste Erwartungen, aber erreicht noch nicht die Lage der Rechtsnormen. So gelangen wir bis der Ethik und schließlich bis der ethischen Regelung. Deshalb können wir erfahren, dass zahlreiche Elemente der Theorie der ethischen Führung, als Regel einzelner Ethikkodexe erscheinen. Bevor wir diese untersuchen, sollen wir einen Blick auf die Natur der Ethik werfen!

Die Anforderungen der ethischen Führung reflektiert auf die psychischen und seelischen Vorgänge, die die Taten und den Verantwortungsbewusst eines Leiters beeinflusst. Das eine Element dieser psychischen Vorgänge ist das Verhältnis des tätigen Individuums zu den

verantwortlichen Anforderungen. Die Taten der Menschen, so auch die Taten der Leitern werden nicht auf dem Grund der in den sich abspielenden seelischen Vorgänge beurteilt (sie werden oft nicht erkannt), und die rechtliche Beurteilung ist während des Werturteils der Gemeinschaft weder nicht notwendig, noch primär. Wenn die sittlichen Anforderungen zu einer Vergleichsgrundlage werden, und ihre Verletzung mit Folgen zusammengeht, sprechen wir über schon keine Moral, aber noch nicht über Recht, weil die Folgen keine rechtlichen Eigenschaften haben. Zwischen der Moral und dem Recht, als zwei äußeren Polen ist die Ethik ein vermittelndes Moment. Es wird die Einzelartigkeit der Moral mit der Allgemeinheit des Rechts von der Ethik verbunden.²⁸ Das Objekt der Psychologie und der Ethik ist ebenso die menschliche Tat, an die sich von den zwei Wissenschaften von zwei Richtungen angenähert wird, während werden die psychologische Dynamik der sittlichen Phänomene und den sittlichen Inhalt der psychologischen Phänomene untersucht.²⁹

In einer anderen Näherung soll es so bewertet werden, dass die Sitte und das positive Recht solches Verhältnis haben, wie eine Gesamtheit der imperativen Normen, die von einer äußeren Autorität aufgestellt werden, und auf dem Grund ihrer hierarchischen Beziehung ist es einerseits von der klassischen Rechtspositivisten die unbedingte Begrenzung des positiven Rechts von der Sitte bedeutet, andererseits betonen anderen Richtungen die Eingrenzung durch die sittliche Idealen.³⁰ Auch solcher Standpunkt ist bekannt, dass die Sitte immer in den unsicheren Lebenssituationen die Richtungsangabe noch gegen das positive Recht ist.³¹ Die Grenze zwischen der ethischen und rechtlichen Verantwortung ist sehr dünn, und oft durchdringlich, sie wenden sich oft ineinander, bedingen einmal einander, bestehen ein andermal ohne einander.³² Heutzutage muss man auf der zahlreichen Gebiet des Lebens mit solcher Situationen entgegensehen, wo das Recht und die Moral oder das Recht und die Ethik miteinander konkurrieren, und dann soll man sich zur Richtungsangabe der Moral oder der Ethik – es hängt von den Umständen ab – wenden.³³ Anders glauben, dass die Rolle der ethischen Normen anfangen, wo die Wirkungskraft der rechtlichen Normen beenden.³⁴ Diese Frage zeigt uns, dass es oft nötig ist, nachzudenken, ob es richtig oder in jedem Fall verbindlich ist, die ethische Verantwortung zu untersuchen, wenn die Bestimmung der rechtlichen Verantwortung begründet wird ist. Mit diesen Problemen schauen wir sofort entgegen, wenn wir die an die Führungstätigkeit anknüpfende ethische Verantwortung zu bestimmen versuchen.

Beispielweise muss (kann oder darf) es nicht unbedingt sein, gegen einen Universitätsleiter wegen einer fahrlässigen Begehung vom Verkehrsverbrechen ein ethischen Verfahren anzustrengen. Hingegen kann die freiwillige Amtsniederlegung eine moralische Anforderung sein. Dagegen kann den Standpunkt, wonach die Bestimmung der ethischen Verantwortung vermeidbar ist, kaum geschützt werden, wenn jemand, als Leiter ein Verbrechen begangen hat. Und es ist unnötig zu erklären, dass das ethische Verantwortlichmachen in zahlreichen Fällen mit keiner Rechtsfolge verbunden, weil die Tat zwar möglich ist, ethisch zu verurteilen, aber keine Rechtsverletzung verwirklicht. Hieraus ist zu entnehmen, dass die Ähnlichkeit und die Abweichungen der ethischen und der rechtlichen Verantwortung außerordentlich mancherlei und mit differentem Maß sein können. *Vilmos Peschka* weist

²⁸ Peschka, Vilmos: *Az etika vonzásában*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980. pp. 179–180.

²⁹ Hársfai, Katalin: *Etika*. Szent István Társulat, Budapest, 2015. p. 30.

³⁰ Kreutz, Karl-Heinz: *Ethik im ungarischen rechtsphilosophischen Denken*. In *Jogelméleti Szemle* 2000/2. (<http://jesz.ajk.elte.hu/kreutz2.html> 2017.04.03.)

³¹ Haakonssen, Knud: *Natural Law and Moral Philosophy*. In Cambridge University Press, 1996. p. 307.

³² Mezey: pp. 655–656.

³³ Hagen, Johann J.: *Zur Ethik des Rechtsstabs*. In: Fischer, Michael – Strasser, Michaela (ed.): *Rechtsethik*. Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2007. pp. 160–161.

³⁴ Józsa, Zoltán: *A jó közigazgatás alapelvei és a Ket*. In: Gerencsér, Balázs – Berkes, Lilla – Varga Zs., András (ed.): *A hazai és az uniós közigazgatási eljárásjog aktuális kérdései*. Pázmány Press, Budapest, 2015. p. 80.

darauf hin, dass diese Unterschiede begründen, dass über die moralische, ethische und rechtliche Verantwortung, als separate Kategorien gesprochen werden sollen, welchen Standpunkt durch den Begriff des Verschuldens spektakulärste ersichtlich ist: diese Kategorie erscheint in alle drei Verantwortungsformen, jedoch sie wird zwar in der ersten zwei Fälle durch ihre Eigenartigkeit, aber in letzterem Fall durch ihre Allgemeinheit bestimmt, deshalb versteht Peschka die Erscheinung des Verschuldens in der rechtlichen Verantwortung mit einem Fragezeichen.³⁵

Wenn wir den Begriff des ethischen Vergehen im Zusammenhang mit der Tat der Leiter verfassen wollen, können wir die Bestimmung vom öffentlich-rechtlichen Gesetz in Anwendung bringen, wonach ist es, die bezüglich der gegebenen Tätigkeit anwendbaren ethischen Prinzipien oder Regeln (gegebenenfalls die Normen, die im Ethikkodex der Universität festgesetzt werden) verletzende, schuldige Tat, die weder gegen keine (strafrechtliche, ordnungswidrigkeitenrechtliche, zivilrechtliche, arbeitsrechtliche) Rechtsnorme, noch keine Universitätsordnung verstößt.³⁶ Es ist nämlich möglich und begründet im vorstehenden Fall strafrechtliche oder arbeitsrechtliche (entweder mit Entschädigungs- oder mit anderer Sanktion bestrafende), in letzterem Fall arbeitsrechtliche und – wenn es durch den Kollektivvertrag ermöglicht wird – disziplinarische Rechtsfolge anzuwenden. Die ethische Verantwortung der Universitätsleitern zeigt in anderer Hinsicht eine Ähnlichkeit der im Staatsdienst funktionierenden Regeln. Wie unter dem Verhältnis des Staatsdiensts und der Bürger, so in der Beziehung zwischen den Universitäten und den Universitätsbürger ist es recht, dass – gegen die zivilrechtliche Rechtsverhältnisse, aus die der Vertragspartner mit einer einseitigen Rechtserklärung austreten kann, wenn er unethisches Verhalten erfährt – sie keine billige Weise hat, aus das Rechtsverhältnis auszuschneiden.³⁷ Unter „billige Weise“ verstehe ich, dass den Angestellten im Falle von unethischem Verhalten des Universitätsleiters zwar im Allgemeinen die Möglichkeit hat, das Arbeitsverhältnis niederzuschlagen, und auch das Studentenverhältnis von den Studierenden einseitig niederschlagbar ist, aber diese Situation nicht billig ersichtlich ist, weil in beiden Fälle der passive Teil nur auf eine die eigene Lebensumstände ungünstige beeinflussende Weise die schädliche Wirkung des Leiters loswerden kann. Deshalb können solche ethischen Erwartungen gegen die Universitätsleiter formulierbar sein, in folgedessen müssen sie während ihrer Entscheidung auf die Lage der ausgelieferten Personen Rücksicht nehmen.³⁸ Besonders ist es richtig im Laufe der Beurteilung der sogenannten Billigkeitsgesuche der Studierenden, während derer – im Hinblick auf die große Zahl der Gesuche – werden oft formalisierte, „auf Band gelegte“ positive (dem Gesuch stattgebende) Entscheidungen gefallen. Infolgedessen kommen die Studierende, die kein solchen Gesuch eingereicht haben, gegenüber andere, die durch der nicht unbedingt begründete, von Pflichten befreit wurden, in Nachteil. Nur, weil sie die aufgenommene Eigenschaft der Billigkeit ernst genommen haben. Natürlich ist es sowieso unbillig, wenn die abweisenden Entscheidungen auf Routine, ohne sachliche Überlegung getroffen werden. Dieses Problem kann selbstverständlich mit Regelung behandelt werden: entweder mit Wirkungskreisnormen oder mit Prozessnormen, ebenso mit der Verengung der Billigkeitsmöglichkeiten, aber solange, bis das Rechtsinstitut der führenden Billigkeit fortbesteht, gibt die normative Regelung keine voll detaillierte Direktive daran, was für ein Verhalten während der Entscheidungsfindung zeigen werden muss. An dem Gebiet, die von den Regelungen nicht abdeckt ist, können die ethischen Erwartungen zur Geltung kommen.

³⁵ Peschka: 1980. p. 182.

³⁶ Kártyás, Gábor (ed.): Bevezetés a közszolgálati munkajogba. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2015. p. 132.

³⁷ Józsa: 2015. p. 82.

³⁸ Juhász, Andrea – Torma, András: A közszolgálati etika jogharmonizációja. In Miskolci Doktoranduszok Jogtudományi Tanulmányai. Tomus: 14. Gazdász-Elasztik Kft., Miskolc, 2014. p. 195.

Nach meiner Meinung, deshalb hat die ethische Regelung ausgesetztere Bedeutung, weil zwar die ethischen Anforderungen allgemein gültig sind, aber die Beurteilung ihrer Verletzung sich solange in Rahmen der gegebenen Gemeinschaft geltend macht, nachdem das moralische Inhalt sich aus das gemeinschaftliche Inhalt erwachsende pluralische Eigenart in sich tragende an das Ethik wendet.³⁹ Es ist hier von großer Wichtigkeit, dass die ethische Normen, die von der Gemeinschaft erschafft werden, allgemein gültig sind, anderenfalls kommt derer maßgebende Rolle nur in Rahmen der Organisation zur Geltung, und es kann ermöglichen, die Verhalten im Verhältnis der Institution und den äußeren Personen auf verschiedene Weise zu beurteilen.⁴⁰ Wegen der im Vorstehenden geschriebenen Feststellungen habe ich es für wichtig gehalten, zu untersuchen, wie detaillierte schriftliche ethische Normen die ungarischen Universitäten verfasst haben. Für diese Untersuchung hat die, in der Einleitung schon erwähnte Vermessung Beihilfe gewährt, wonach hat in 2014 Ethikkodex von 26 einheimischen Universitäten nur in 11 existiert.⁴¹ Nachdem ich in dieser Studie die ungarische Hochschulwesensinstituten im Allgemeinen nach den ethischen Regelungen nicht einer Analyse unterziehen möchte, deshalb habe ich stichprobenweise einzelne bedeutende Institutionen⁴² aus führungsethische Sicht untersucht. Sie haben gewiesen, dass alle die führungsethischen Regeln sehr detailliert, manchmal gleich verfasst haben, nur die Eötvös-Loránd-Universität (ELTE) eine Ausnahme bildet.⁴³ Der Ethikkodex von ELTE ist keine klassische Ordnung, eher eine kurze ethische Direktive, obwohl das Sanktionssystem gründlich ausgearbeitet ist. Aber dieser Kodex regelt auch die ethische Verantwortung der Leitern, und verfasst die Anforderungen ähnlich wie die anderen. Es ist keine ungarische Eigenartigkeit. Die Vermessung von der Ungarischen Rektorenkonferenz stellt auch vor, dass die Praxis der Westen-europäischen Universitäten auch vielfarbig ist: es gibt bedeutende Unterschiede hinsichtlich der Tiefe und die Ausführlichkeit der Regelungen.⁴⁴ Die Erwartungen gegenüber den Leitern bestimmen im Allgemeinen das richtige Verhältnis gegen die Kollegen, besonders die Angestellte, bzw. legt die Verhaltens fest, welche zu vermeiden sind. Es steht im Einklang mit der internationalen Forschung der Führungsethik, die betonend die Beziehung mit den Angestellten (z.B. Zufriedenheit, Kommunikation, Transparenz) untersuchen.⁴⁵ Aber wir müssen bemerken, dass diese Elemente sind nicht nur

³⁹ Peschka: 1980. p. 181.

⁴⁰ Frey, Dieter: Ethische Grundlagen guter Führung. Roman Herzog Institut, München, 2015. pp. 58–59. http://www.romanherzoginstitut.de/uploads/tx_mspublication/RHI_ETHISCHE_GRUNDLAGEN_web.pdf (2016.07.01.)

⁴¹ Mezey: pp. 655–656. Die Vermessung hat untersucht, ob die ethische Regelung die wissenschaftsethische und lehrethische Frage beinhaltet. Zwischen den untersuchten 11 Universitäten waren 9 staatliche und 2 private Institutionen, inbegriffen zwei staatliche Universitäten (Eötvös-Loránd-Universität, Universität Pécs), in der der Ethikkodex vor Verabschiedung gestanden hat. Seitdem haben beide Universitäten den eigenen Kodex verabschiedet.

⁴² Eötvös-Loránd-Universität, Universität Szeged, Universität Debrecen, Universität Miskolc, Universität Pécs, Technische und Wirtschaftswissenschaftliche Universität Budapest.

⁴³ A Budapesti Műszaki és Gazdaságtudományi Egyetem Etikai Kódexe: http://www.bme.hu/sites/default/files/IFT/bme_etikai_kodex.pdf (2016.07.01.)

A Debreceni Egyetem Etikai Kódexe: http://www.unideb.hu/portal/sites/default/files/szabalyzatok/Etikai_Kodex_160211.pdf (2016.07.01.)

Etikai Kódex az Eötvös Loránd Tudományegyetem polgárai számára: http://www.elte.hu/file/ELTE_Etikai_Kodex.pdf (2016.07.01.)

A Miskolci Egyetemi Etikai Kódexe: http://web.uni-miskolc.hu/files/2213/Etikai%20Kodex%2024_2015.pdf (2016.07.01.)

A Szegedi Tudományegyetem Etikai Szabályzata: <https://www.u-szeged.hu/download.php?docID=22839> (2016.07.01.)

⁴⁴ Mezey: p. 663.

⁴⁵ Kerschreiter, Rudolf – Eisenbeiss, Silke Astrid: Ethische Führung. In: Felfe, Jörg (ed.): Trends der psychologischen Führungsforschung: Neue Konzepte, Methoden und Erkenntnisse. Hogrefe Verlag, Göttingen,

in der Festsetzung der Führungsethik anwesend, sondern auch in den früher erwähnten Theorien der ethischen Führung, besonders bei der dienenden Führung, erscheinen. Es gibt auch eine andere grundlegende Forderung, dass der Leiter sich enthalten, seine Position für Vorteilverschaffung zu nutzen. Noch dazu, in Beziehung mit den Kollegen erscheint die ethische Anforderung, die die Ausnützung des Abhängigkeitsverhältnisses zu privatem Zweck nicht nur am Arbeitsplatz, sondern auch unabhängig vom Arbeitsverhältnis streng verbietet. Der Leiter darf mit Bezug auf, dem Abhängigkeitsverhältnis, oder durch dessen Ausnutzung die politische oder weltanschauliche Überzeugung der Angestellten nicht beeinflussen, und er darf auch nicht dahinstreben. Die Kodexe regeln, als ethische Erwartung auch, dass der Leiter seine Angestellte nur mit solchen Aufgaben betrauten darf, deren Erfüllung hinsichtlich des Wissens, der Position und der aktuellen Arbeiten des Kollegs rechtlich zumutbar ist. Der Leiter muss voll Chancengleichheit, die nötige und mögliche Öffentlichkeit – besonders während der Entscheidungen in Beziehung mit den Bewerbungen, Publikationen, wissenschaftlichen Qualifikation – für die Angestellte sichern. Die Fachliteratur hat vor 25 Jahren auf das Problem aufmerksam gemacht, dass das Umstand, in dem die Leiter nach vorheriger Überlegung die Forschungsthemen teilen, erregt den Verdacht der Subjektivität, unabhängig von der Tatsache, dass die ausgewählte Person der Arbeit auch ohne eigene Sympathie wert ist.⁴⁶ In diesen Normen der Ethikkodexe können die durch die Führungswissenschaft und Sozialpsychologie verfasste Erwartungen zurückgespiegelt werden. Alle Forderungen, die gegen die sogenannte despotische Führung festgesetzt wurden, erscheinen in den Kodexen.

Die Ethikkodexe zählen die sittliche Unterstützung und Anregung der Angestellten auf ihren fortlaufenden Selbstunterricht und Weiterbildung ein in den Kreis der ethischen Führung. Ebenfalls gehört der Anspruch des höflichen Verhaltens und der genauen Arbeitsverrichtung, in diesem Zusammenhang die Beschaffung und die Beistellung der nötigen Informationen zu den Gunsten der Mitarbeiter, die Förderung der inneren Lösung der eventuell sich entfaltenden beruflichen Problemen her. Diese Letztere beinhaltet einerseits, dass der Leiter den Angestellten mitteilen soll, wenn er in ihrer Arbeit Fehler findet, andererseits, dass er auf die beruflichen und menschlichen Probleme der Kollegen aufmerksam sein soll, und letztendlich während ihrer Anhörung geduldig und taktvoll sein soll. Die führungsethische Verantwortung enthält auch die Enthaltensamkeit davon, dass die Angestellte sowohl von ihrem Vorgesetzten, als auch von anderen in schlechtem Licht erscheinen lassen werden. Wenn der Leiter diese letzte Bestrebung wahrnimmt, muss er dagegen tatkräftig auftreten. Es ist betont nötig, darauf hinzuweisen, dass es während des Entscheidungstreffens auch erwartete Verhalten ist, für die gründliche Entscheidungsvorbereitung zu sorgen. Im Laufe derer muss der Leiter nicht nur die Meinung der Kollegen erbitten, sondern auch während der Entscheidungen unter gleichzeitige Berücksichtigung der Interessen, sowohl der Universität, als auch der Organisationseinheit verfahren. Ferner muss der Leiter während der Durchführung die nötige Freiheit und die selbstständige Entscheidungskompetenz zur Verrichtung der beruflichen Arbeit der Angestellten versichern. In Beziehung mit dieser Letztere kann es festgesetzt werden, dass die Folgerung, die aus eine in der öffentlichen Verwaltung gemachte Vermessung abgezogen wurde, gültig ist, wonach die Angestellte statt eine Anordnung sich lieber gefallen ließ, wenn sie zur Entscheidungsfindung hinzugezogen werden.⁴⁷ Diese Bestimmung wird auch von einer Studie, die im Kreis der deutschen Universitätsleitern gemacht wurden, untergestützt. Sie konkludiert eindeutig, dass das Pfand der wirkungsvollen Funktion in einer modernen Universität solcher Führungsstil ist, in dem die Entscheidungen

2015. pp. 27–37., Schetter, Franziska: Ethische Führung und Arbeitgeberattraktivität: Zusammenhänge. Disserta Verlag, Hamburg, 2014. pp. 80–83., 92–95.

⁴⁶ Ertl, István: Etikai kérdések – más tudományterületről nézve. Magyar Tudomány, 1992/ 6. p. 711.

⁴⁷ Gellén, Márton: Közigazgatás: reform után, átalakítás közben. Patrocinium Kiadó, Budapest, 2015. p. 125.

unter je weitere und effektive Hinzuziehung der vom Leiter geführten Personen verwirklichen.⁴⁸ Es ist wirklich, dass dieser Stil auch dann zur Geltung kommen soll, wenn den von keiner rechtlichen Norme vorgeschrieben wird. Hier können wir uns auch mit der Theorie der dienenden Führung treffen. Da sind auch wesentlich Erwartungen, sowohl die Achtung der Kollegen, als auch ihre Hinzuziehung zum Entscheidungstreffen.

Die Ethikkodexe der untersuchten Universitäten bestimmen, dass die Verantwortung der Leiter ebenfalls ist, ausschließlich solche Angestellten in eine Körperschaft der Universität vorzuschlagen, die auf dem Grund ihrer Fachkenntnis und Ausbildung die nötige Fähigkeit besetzen. Es ist gleichfalls wesentlich, dass diese Kollegen die mit der Mitgliedschaft zusammengehende Aufgabe neben dem Arbeitsbereich versorgen können, und sie fähig zur Vertretung des Interesses der sie delegierende Organisation und allen der Mitarbeiter sein sollen. Nebenbei muss der Leiter nach die Sicherung der entsprechenden Personalbedienungen und des Berufsnachwuchses streben, die nötig zur Arbeitsverrichtung ist. Wir müssen bemerken, dass diese ethische Anforderung eher theoretische Direktive, als konkrete Verantwortung ist, weil die Beurteil der Bestrebung als Tat und Auslegung nicht eindeutig ist, noch dazu hat der gegebene Universitätsleiter im meisten Fall wenige Einwirkung auf die Sicherung des entsprechenden Nachwuchses. Diese theoretische Natur der einzelnen Normen der Ethikkodexe bestätigt die mehrmals oben erwähnte Festsetzung, wonach die wissenschaftlich verfasste Eigenartigkeiten der ethischen Führung überall in den Ethikkodexen anwesend sind. Dennoch ist es der Bereich, woraus die Gültigkeit der Festsetzung ersichtlich ist, wonach die Ethik da anfängt, wo die Wirkung des Rechts schon nicht gelangt, weil diese Anforderungen zwar normativ vorgeschrieben werden können, aber ihre Rechenschaftsforderung durch rechtliches Verantwortlichmachen im Wesentlichen unausführbar ist.⁴⁹

Die ethische Regelung, als alle normative Vorschriften kann nur allgemeine Anforderungen bestimmen, die Beurteilung des konkreten Verhalten hängt immer von den gegebenen Umständen ab. Eben deshalb ist die auf dem ethischen Grund untersuchte Tat nie selbst, sondern im Verhältnis der Vorgeschichte, Folgen, Einwirkung, Ursache und Wirkung bewertbar, führt zur Verurteilung oder Entbindung, zu schwerem oder milderem Beurteil. Besonders anregt die Frage mit grundsätzlicher Bedeutung, wonach wofür sind die ethische Regeln, wenn sie auf dem Papier, nur theoretisch existieren, und für ihr Subjekt kein reale (sittliche) Richtschnur bedeuten.⁵⁰ Dieses Dilemma ist oft während der Führung einer Universität nicht vermeidbar, wie es durch zwei Beispiele von *Barna Mezey* ersichtlich ist: wie kann man ethisch bewerten, einerseits wenn die Unterrichtsbelastung der Dozenten, besonders der Jüngeren so erhöhen werden muss, dass ihre Berufsentwicklung schwer bedroht, andererseits der Leiter im Interesse der Ungestörtheit der Forschung solche Lösung wählen muss, mit der die Grenzen der Rechtlichkeit rührt.⁵¹ Dieses letztere Dilemma beleuchtet die früher erwähnte Eigenartigkeit, wonach die ethische und rechtliche Bewertung einzelnes Verhaltens ineinander rutschen kann.

⁴⁸ Püttmann, Vitus: Führung in Hochschulen aus der Perspektive von Hochschulleitungen. Eine explorative Untersuchung einer befragung von Präsident(inn)en und rektor(inn)en deutscher Hochschulen. pp. 14–26. (http://www.che.de/downloads/CHE_API173_Fuehrung_in_Hochschulen.pdf 2016.06.09.)

⁴⁹ Józsa: 2015. p. 80., und detaillierter: Peschka: pp. 108–126.

⁵⁰ ⁵⁰ Hazard Jr., Geoffry C. – Dondi, Angelo: Legal Ethics. A Comparative Study. Stanford University Press, Stanford, California, 2004. p. 293.

⁵¹ Mezey: p. 656., 660.

3. Fazit

Im ersten Teil dieser Studie haben wir einen Einblick bekommen: wie stellt die Führungswissenschaft und die Sozialpsychologie den idealen Leiter vor. Während des Erkenntnisses der Methoden und Kennzeichen der ethischen Führung wurde es ersichtlich, dass mit diesen Mittel ein Leiter die von ihm geführte Organisation viel wirkungsvoller machen kann, die Atmosphäre am Arbeitsplatz viel angenehmer wird. Die Frage ergibt sich, ob diese Methoden bei der Führung einer Universität verwendet werden können. Im glücklichen Fall haben sowohl der Rektor, als auch der Kanzler die Möglichkeit, sein Team zu erwählen. Es ist allgemein bekannt, dass der Rektor oft unter Zwang der inneren Verhältnisse seine Prorektoren auswählt, im Wesentlichen begrenzt die Rangordnungsbefugnis des Senats auch seine Freiheit in der Auswahl. Schließlich ist es doch möglich, der Rektor ein Team zu bilden, und die Zukunft der Organisation gemeinsam zu erfinden. Heutzutage wertet sich diese Möglichkeit auf. Der Kanzler muss mit je weniger Gebundenheit zahlen. Folglich ist der Weg getrennt gegeben, beide Leiter als dienende zu funktionieren, aber sie können zusammen nur dann erfolgreich sein, wenn sie zu zweit mit der zwei Teams das Ziel setzen können. Aber die Universitätsleitung möchten sich irgendwelche zwar frei emporschwingen, wird ihr Spielraum nicht nur durch die Rechtsnormen, sondern auch durch die Teilnahme der anderen im Entscheidungstreffen begrenzt. Diese Personen haben nämlich an die Verantwortung teil, und dieser Umstand ergibt das, dass die Erzielung sich in gemeinsamem Interesse und im Teil des kollektiven Bewusstseins verwandelt.⁵² Dieses Ziel wird doch durch die rechtliche Umgebung erschwert, obwohl nur ein dienender Leiter die Organisationsänderung durchführen kann.⁵³ Deshalb wertet sich die Rolle dieser Methoden auf. Die Organisationen, sprechen wir über entweder im Allgemeinen eine Gemeinschaft am Arbeitsplatz, oder über eine Forschungsgemeinschaft, finden selbst die Bedeutung der Erwartungen gegenüber diesem Führungsstil auf. Nachdem die Möglichkeit seiner Rechenschaftsforderung problematisch ist, wenden die Betroffenen sich an die weniger strenge Regelung an, sie bevorzugen statt der Rechtsordnungen die ethischen Normen. Es erklärt, warum erscheinen die Anforderungen der ethischen Führung zwischen den Regeln, bezüglich der Leitern. Wir müssen betonen, dass es vielmehr instinktive Empfindung, als eine bewusste, auf dem wissenschaftlichen Grund gebildete Regelung ist. Dieser Anspruch, und die Erkennung, dass die Grenze zwischen der ethischen und rechtlichen Verantwortung schmal und durchdringlich ist, weisen darauf hin, dass es notwendig wäre, die Anforderungen der Führung der Hochschulwesensinstitute umfassender zu untersuchen, und für entweder die Regelung, oder die praktische Verwendung einen wissenschaftlich begründeten Anhalt zu bieten. Die Tendenzen, die sich darauf richten, sind schon ersichtlich: nicht nur die einzelne Wissenschaftsgebiete, sondern auch die Vertreter der einzelnen Fächer denken neuerdings an der spezifisch ethischen Beurteilung und Bewertung der Verhaltens, die auf ihren Fachgebieten gezeigt werden, und auch an der Grenzen der Handlung.⁵⁴ Infolgedessen wird die Rolle der sogenannten angewandten Ethik, die sich an den einzelnen Berufen und Taten anknüpft, immer stärker sein. Während ist die dynamische Spezialisierung der ethischen Regelungen an die Medizin- und Naturwissenschaftsforschungen anknüpfend angefangen und dauert auch noch heute, und die Ausarbeitung in Beziehung mit der ethischen Erwartungen einzelner Berufsordnungen war früher in der Verfassung der medizinischen, anwaltlichen

⁵² Kováts, Gergely: Az egyetem mint szervezet. In: Drótos, György – Kováts, Gergely (ed.): Felsőoktatás-menedzsment. AULA Kiadó Kft., Budapest 2009. p. 64.

⁵³ Patterson – Redmer – Stove: 2003 p. 19.

⁵⁴ Boros, János: Időszerű etika. Esszék a felelősségről. Iskolakultúra, Veszprém, Gondolat Kiadó, Budapest, 2013. p. 9., Rózsa, Erzsébet: Személy, felelősség, morális fantázia. In: Loboczky, János (ed.): Tanulmányok a filozófia köréből. EKF Líceum Kiadó, Eger, 2010. pp. 6-7.

Ethikkodexe auch wahrnehmbar,⁵⁵ heutzutage erscheint die Führungsethik grundlegend in der wirtschaftlichen und sanitäre Sphäre.⁵⁶ Demgegenüber ist die sich emanzipierte wissenschaftliche Untersuchung der Erwartungen gegen die Universitätsleiter noch nicht weitbekannt geworden.

Nach meiner Meinung ist es notwendig, die Forschung der wissenschaftlichen Tätigkeit baldmöglichst sachlich auszuweiten, weil die umfassende methodische Bearbeitung der Funktion und Führung von Hochschulwesen Instituten sich so verwirklichen kann.

⁵⁵ Juhász – Torma: p. 180.

⁵⁶ Einiges zusammenfassende Werk der angewandten Ethik führt mehr als zehn Gebiete der angewandten Ethik an, aber sie breitet sich getrennt über die Führungsethik nicht aus. Siehe: Nida-Rümelin, Julian (ed.): *Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung*. Alfred Kröner Verlag, Stuttgart, 2005. An diese anknüpfende müssen wir bemerken, dass der (Hinter)Grund der angewandten Ethik gegen die Vielfältigkeit der von ihr unterstützenden Berufen ähnlich ist. Und wie ist es sagbar im Fall der Sanitär-, Finanziell- und Großunternehmungsethik und der Berufsordnung für Juristen, so ist es stichhaltige bei der Führungsethik, in Beziehung mit der Leiter nicht nur dieser Gebiete, sondern auch der Universitäten. (Zu den gemeinsamen ethischen Gründe der juristischen und anderen Berufen, siehe: Titz, Andrea: *Richtereid und richtliche Ethik*. Deutsche Richterzeitung, 2009/2. p. 32.)

A történelmi/ történeti és a kartális alkotmány teljességéről és jogalkalmazási kérdéseiről

I. *Az Alaptörvény és a történelmi alkotmány- a kontinuitás és diszkontinuitás diskurzusa*

A kihirdetése óta² többször módosított Alaptörvényről a pozitív, *elfogadó* állásfoglalások mellett, a magyar és külföldi alkotmányi jogi irodalomban előfordulóan, *egyes részeiben, elmarasztaló*, vagy, sőt, *horribile dictu*, a *jogállamiság* egyes elemeinek hiányát felróvó, vagy megkérdőjelező kételyeket, vitákat³ tartalmazó álláspontok is megjelentek, újabban Vörös Imre akadémikus akadémiai székfoglalójában.⁴ Vörös Imre felrója, hogy az Alaptörvény Preambulumában elrendelte, hogy „szabályait a már nem hatályos történeti (írott és szokásjogi, nem kartális alkotmány) ún. vívmányaival összhangban kell értelmezni”. /Alaptörvény R) cikk (3) bekezdése/.⁵

¹ DSC (MTA), egyetemi tanár, KRE ÁJK, Budapest

² Az Alaptörvény kihirdetésére 2011-ben került sor; a módosítások sorjában: első módosítás, mely az átmeneti rendelkezések inkorporálását irányozza elő: 2012. január; második módosítás, mely a bírák nyugdíjkorhatárát szabja meg: 2012. június; harmadik, termőföldre vonatkozó módosítás: 2012. december; negyedik, különösképpen a házasság és a családra vonatkozó módosítás és kiegészítés: 2013. április. Ld. *Szente Zoltán*, Az Alaptörvény (2012-2015), in: A magyar jogrendszer állapota (szerk. *Jakab András-Gajdusчек György*, Magyar Tudományos Akadémia - Társadalomtudományi Kutatóközpont, Jogtudományi Intézet), Budapest, 2016, 213-242. old.

³ A hazai és külföldi jogirodalomban a politikai és szakmai jellegű kritikákat alapvetően jól foglalja össze: *Szente Zoltán*, Az Alaptörvény (2012-2015), in: A magyar jogrendszer állapota (szerk. *Jakab András-Gajdusчек György*, Magyar Tudományos Akadémia - Társadalomtudományi Kutatóközpont, Jogtudományi Intézet), Budapest, 2016, 222-227. old. Egyébként a „politikai államiság” „vádját” maga az Alaptörvény cáfolja. Így az Alaptörvény már az Alapvetés B) cikkének (1) bekezdése szerint „Magyarország független, demokratikus jogállam”. C) cikkének (1) bekezdése szerint: „A magyar állam működése a *hatalom megosztásának* elvén alapszik”. Az Alaptörvény bíróságokra vonatkozó rendelkezéseinek körében a 26. cikk (1) bekezdése kimondja a bírói függetlenség és az utasíthatóság tilalmának elvét: „A *bírák függetlenek*, és csak a *törvénynek vannak alá rendelve*, ítélezési tevékenységükben *nem utasíthatóak*.” Maga az új Ptk. (2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről) is a jogállamiság talaján áll. A Ptk. 1:2 paragrafusába foglalt értelmezési alapelv szerint e törvény rendelkezéseit *Magyarország alkotmányos rendjével* összhangban kell értelmezni. Ugyanakkor a jogállamiságra való törekvést megerősítve a Ptk. 6:548-6:549. paragrafusaiban a *közhatalom gyakorlásával* (bírói, közigazgatási, ügyészségi, közjegyzői és végrehajtói jogkörben) *okozott károkért polgári jogi kárfelelősséget* irányoz elő, feltéve, hogy a károsult az adott eljárásban a kár elhárítása céljából rendes perorvoslással élt.

⁴ *Vörös Imre*: A történelmi Alkotmány az Alkotmánybíróság gyakorlatában, Jogtudományi Közlöny 2016/10., 491-500. E székfoglaló egyes kérdéseire jogelméleti-jogdogmatikai oldalról már történt reflexió. *Szmodis Jenő*: Az alkotmányos történelmi vívmányok szerepéről a normakontrollban – Széljegyzetek Vörös Imre akadémiai székfoglaló előadásához. Jogelméleti Szemle 2016/4. 176-183.

⁵ A szóban forgó rendelkezés, azaz az Alaptörvény R) cikkének (3) bekezdése szerint: „Az Alaptörvény rendelkezéseit azok céljával, a benne foglalt nemzeti hitvallással és történelmi alkotmányunk vívmányaival összhangban kell értelmezni.” Hogy közelebről mit ért az Alaptörvény e vívmányok alatt, erre a Preambulum jellegű Nemzeti Hitvallás nyújt támaszpontot, 18-ik bekezdésében, amely szerint ez az érték nem más, mint az „*alkotmányos állami jogfolytonosság*” és „*a nemzet egysége*.” Úgy tűnik, historikus voltánál fogva, elsősorban ünnepi, intencionális, deklaratív normáról van szó, mely nem a közvetlen, szószerinti alkalmazhatóságra utal. Ebben benne van a tényszerű megállapítás is, azon alapvető érték, mely az *állami kontinuitásra* utal. Fontos része a Preambulumnak a *totalitárius* (megszálló jellegű) hatalmak által *Magyarországra oktrojált törvények tagadása*. (Nemzeti Hitvallás, 18., 19.,20. bekezdések).

II. A sarkalatos törvények kérdése

Vörös Imre akadémikus érvelése első olvasatra meggyőzőnek tűnik, abban a tekintetben, hogy kérdéses lehet, hogy a történeti alkotmány *mely vívmányáról* van szó. További találó észrevétele szerint a gond abban van, hogy a történelmi (nyilván nem történeti) alkotmányra való hivatkozási lehetőség tekintetében *nincs időelhatárolás*, pedig szerinte kellene legyen. Leegyszerűsített lenne a válasz, hogy a történelmi alkotmánynak alapvető fogalmi jegyét képezi, hogy benne nincs időelhatárolás, hiszen egy *folyamatról* van szó. Másfelől, a lehetséges válaszadás az időelhatárolás helyett, hátha az lehetne, hogy a történelmi alkotmány egyes szakaszainak eredményeit, vívmányait, nem szó szerint kell értelmezni, hanem csupán *értelemszerűen*. Például a történelminek és sarkalatosnak nevezhető az 1848-as VIII. törvénycikk a közteherviselésről. Mai értelmezése ennek a törvénynek az, hogy az offshore cégeknek és a bankoknak is kötelezettségük hozzájárulni az (itthoni) közterhek viseléséhez.

Vörös Professor által egyes hivatkozott szerzők azt írják, az alkotmányi jellegű törvényekről nem lehet beszélni olyan múltbéli korra vonatkozóan, amikor *nem is volt alkotmány*. Ez is jól hangzó, első szempillantásra jogos észrevétel. A problémamegoldás azonban abban kereshető, hogy egyáltalában *mit értünk az alkotmány* fogalma alatt. Való igaz, hogy formális (*kartális*) értelemben az alkotmány majd csak a *polgári korszakban* jött létre. Akkor, amikor egyfelől a jogforrások csúcán levő chartális alkotmányok egy időben történő megalkotására került sor. Azzal, hogy egyfelől az egyéb (törvényi és más) általános jogforrások összhangban kell álljanak vele, másfelől ez az aktus, vagyis az alkotmány, a legtágabb értelmében, alapvetően a *hatalomkorlátozást* és a *hatalommegosztást* jelentette⁶, azaz *szemben* állt és áll az *abszolút* hatalommal. Ilyen abszolút hatalom Európa országaiban így Magyarországon is, előfordult akár a polgári korszak előtt, de utána is.

Az európai jogfejlődésben, a *korai rendi korszakban* abszolút hatalma az uralkodónak (királynak, császárnak) volt mindaddig, amíg egyszerre kezében tartotta a törvényhozási, legfelsőbb igazságszolgáltatási és kormányzati funkciót (*abszolút monarchia*). Az uralkodó késői rendi társadalomban történő hatalmi korlátozását jelentette az, hogy az Országgyűlés átvette tőle a törvényhozói hatalmat. A tradicionális (magyar) rendi jogtörténetben a Diéta a királyi ítélkezési hatalmat fokozatosan vette át. A korabeli nyelvhasználat és gyakorlat szerint előbb az uralkodónak, majd a Diétának törvénykezési hatalma volt. Ám ez nem jelentett törvényalkotást, hanem jogalkalmazást, mai szóhasználattal, legfelsőbb bírósági ítélkezést. Majd csak a Széchenyi korszakban országgyűléssé alakuló Diéta (a XIX. sz. első évtizedeiben) vette át végül is fokozatosan a törvényhozási, azaz törvényalkotási hatalmat, az igazságszolgáltatási funkció pedig a bíróságokra hárult. Amint a három hatalomág egymástól elvált, már a rendi korszakban, „relatív monarchiáról” beszélünk, annál fogva, hogy az uralkodónak nem volt már a „kezében” az összes hatalmi ág. Magyar vonatkozásban az 1848-as polgári és függetlenségi forradalom bukása (1849) után egészen az Országbírói Értekezletig (1861) a császári pátensek megszüntették az ország önálló törvényhozását, tehát egy időre beállt az abszolutizmus, majd 1867-es évi, Deák Ferenc közreműködésével és a császári jóváhagyással kialakult kiegyezés helyreállította az Országgyűlés törvényhozási

⁶ V. ö., Schwarz Gyula, a XIX. sz. végén, a Magyar Jogi Lexikonban, megállapítja, hogy az alkotmányosság azt jelenti, hogy „az államhatalom” (...) törvényeivel (...) „magának korlátokat állít fel” (...) s „az államhatalmat, az állam fő cselekvési körében, a törvényhozásnál, a kormányzásnál, igazgatásnál, bíraskodásnál külön fő szervek kezelik” /in: Márkus Dezső (szerk.), Magyar Jogi Lexikon, I. kötet, Pytheas, 1898, 206. old./

funkcióját, továbbá az önálló bírósági hatalom gyakorlását.⁷ Ezzel jött létre az Osztrák – Magyar Monarchia, mely jellegénél fogva alkotmányos jogállam volt⁸, relatív monarchia. Ha arról a kérdésről van szó, hogy *volt-e alkotmány a polgári korszak előtt*, talán a helyes válasz az lehetne, hogy *volt*, feltéve, hogy az alkotmány alatt nemcsak a chartális alkotmányt értjük, hanem egyáltalában a hatalomkorlátozást és a hatalom-megosztást, pontosabban az abszolút hatalom relatívra tételére irányuló normatív törekvéseket.⁹ Így pl. a magyar történelmi alkotmányozás szerves fejlődési szakaszát képezi és hatalomkorlátozási jellegű volt II. András korában (XIII. sz. második évtizede) meghozott Aranybulla, ami a nemességnek a *királyi hatalommal szembeni büntetlen ellenállási jogot* biztosított. Nem nevezték alkotmánynak, de hatalomkorlátozó, sarkalatos törvény volt. Persze, fogas kérdésnek tűnhet, hogyan értelmezzük a „történelmi alkotmányt.” Először is figyelembe kellene venni, melyek is ezek. A vonatkozó jogirodalom csak az ún. *sarkalatos törvények*¹⁰ tekinthetők ilyeneknek, amelyek sorsfordulókon alakultak ki, és amelyek az

⁷ Ld. pl. Mezey Barna (szerk.), Magyar jogtörténet, Osiris Kiadó, Budapest, 1996, 117. old. Ugyanis Ferenc József „uralkodói legfelsőbb elhatározásával”, 1861.-ben, visszaállította a magyar bírósági szervezetet (kivéve az úriszéket).

⁸ Ld. Gábor Máthé, Der ungarische Rechtsstaat in der Zeit der Doppelmonarchie (in: Gábor Máthé- Barna Mezey, Hrsg., Kroatisch-ungarische öffentlich rechtliche Verhältnisse zur Zeit der Doppelmonarchie, Budapest-Zagreb, 2015, 105-185. old.

⁹ V.ö., Földi András (szerk.) Összehasonlító jogtörténet, ELTE Eötvös Kiadó, Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest, 2012, Alkotmányosság és jogállamiság, a jogállamiság kritériumai, kormányzás és közigazgatás, 173-198. old.

¹⁰ Ld. Trócsányi László (in: Trócsányi László - Schanda Balázs - Csink Lóránt (szerk.), Bevezetés az alkotmányjogba, Az Alaptörvény és Magyarország alkotmányos intézményei, HVG/ORAC, Budapest, 2012, 43., 62.,70.,73. old.), állapítja meg, hogy „a XIX. században az alkotmány-fogalom a sarkalatos törvényekhez kapcsolódott, a törvények között tartalmuk szerint tettek különbséget. Azokat a törvényeket nevezték sarkalatos törvényeknek, amelyek az államszervezet felépítését és működését szabályozták.” Ld. továbbá: Szalma József, A „sarkalatos” törvényekről a magyar jogfejlődésben, Jogtudományi Közlöny, 2012/11-12. sz., 499-505. old. Ibid (uő), A sarkalatos törvényekről a magyar jogrendszerben, Jogtudományi Közlöny, 2002/9. sz. 378-386. old. A hatályos Alaptörvény újra bevezeti a sarkalatos törvények fogalmát és körét. Ezek a törvények, habár nem nyertek az Alaptörvényben definíciót, úgy minősíthetők, mint az *Alaptörvény „folytatásai”*, vagyis, amelyek a társadalomra, szervezésére és működésére nézve lényeges kérdéseket az alaptörvényi felhatalmazás alapján hoz meg az Országgyűlés, minősített kétharmados többséggel. (Ld. Alaptörvény, T) cikk, (4) bekezdés). Az Alaptörvény *eklektikus* a sarkalatos törvények felsorolása során. Így pl. az Alaptörvény sarkalatos törvénynek tekinti a *választójogot* szabályozó törvényt (Alaptörvény, XXIII cikk, (4) bekezdés). Az Alaptörvény, amellet, hogy megállapítja azt, hogy a *nemzetiségek államalkotó tényezők* (XXIX. cikk (1) bekezdés), a nemzetiségek jogainak közelebbi, részletes szabályozását sarkalatos törvényre bízta (XXIX. cikk (3) bekezdés). Úgyszintén, az Alaptörvény XXXI. cikkének (3)-(6) bekezdései szerint (rendkívüli állapot idején) a *katonai szolgálat* teljesítésének formáit, a honvédelmi munkakötelezettséget, a honvédelmi és katasztrófavédelmi kötelezettségeket, azaz ezeknek részletes szabályait sarkalatos törvény határozza meg. Az Országgyűlésről szóló fejezetben, a 4. cikk (5) bekezdésében előírányozottak szerint az *országgyűlési képviselők jogállását* is sarkalatos törvény szabályozza. Az 5. cikk (8) bekezdése pedig előírányozza, hogy az Országgyűlés rendszeres ülésézését biztosító rendelkezéseket sarkalatos törvény határozza meg. Az Alaptörvény 12. cikkének (5) bekezdése szerint a *köztársasági elnök* és a volt köztársasági elnök jogállásának részletes szabályait sarkalatos törvény határozza meg. A 17. cikk (4) bekezdése szerint sarkalatos törvény minisztérium, miniszter vagy közigazgatási szerv megjelölésére vonatkozó rendelkezéseit törvény módosíthatja. Az Alaptörvény 23. cikkének (1)-(4) bekezdései szerint az Országgyűlés sarkalatos törvényben a *végrehajtó hatalom* körébe tartozó egyes feladat- és hatáskörök ellátására és gyakorlására *önálló szabályozó szervezet* hozhat létre. Az önálló szabályozó szerv vezetője törvényben kapott felhatalmazás alapján, sarkalatos törvényben meghatározott feladatkörében rendeletet ad ki. Az *Alkotmánybíróság* az Alaptörvényben, továbbá a sarkalatos törvényben meghatározott feladat- és hatásköröket gyakorol (24. cikk, (2) bekezdés, g) albekezdés), továbbá a megállapíthatja a sarkalatos törvényben előírányozott jogkövetkezményt (24. cikk, (3) bekezdés c) albekezdés). Az Alaptörvény 24. cikkének (7) bekezdése szerint az Alkotmánybíróság sarkalatos törvényben meghatározottak szerint a jogsabály megalkotóját, a törvény kezdeményezőjét vagy képviselőjüket meghallgatja, illetve véleményüket eljárása során beszerzi, ha az ügy személyek széles körét érinti. Az Alaptörvény 25. cikkének (8) bekezdésében, továbbá 26. cikkének (1) -(2) bekezdésében foglaltak szerint, a *bíróságok* szervezetének, igazgatásának és központi igazgatása felügyeletének, a bírák jogállásának részletes szabályait, a bírák kinevezésének részletes szabályait,

addigi jogfelfogáshoz képest merőben újat, tartós és jogi értékeket alakítottak ki, azaz olyanokat, amelyek a mai jogfelfogásnak is megfelelő és vállalható általánosan elfogadott értékeket (mint pl. a jogállamiság, emberi jogok stb.) tartalmaznak.

Szerintem ezek (a történelmi sarkalatos törvények) közvetlenül nem alkalmazhatóak, csupán áttételesen, különösképpen *az új sarkalatos törvények fényében*. Más szóval, nekem úgy tűnik, az Alaptörvény nem is szól a közvetlen alkalmazhatóságukról, hanem áttételes, gyakran *morális* értelemben.¹¹ Például, bármily régen volt, az ún. királytükörök, a királyi rendeleti jog körében, mely a XI-XIV. sz. során szinte konvergensek voltak a korabeli európai országokban, így Magyarországon is, morális értékeiknél¹² fogva, maradandóaknak mutatkoztak. Szt. István törvényei, intelmei (1003-1036), melyek a nők, gyermekek, időskorúak fokozott oltalmát helyezték előtérbe, továbbá az idegenek iránti toleranciát, befogadást. Egyes későbbi értelmezői ez utóbbi tekintetében megtalálták azt a bekezdést is, mely szerint volt egy feltétel, az, hogy az „idegenek” tiszteletben tartják az „ország fenségét”, azaz törvényeit.

Végül is, a történelmi alkotmány mint különböző korszakokban folyamatosan egymásra épülő sarkalatos törvények sora, tartalmának és értelmezésének módja, szerintem nem lehet szószerinti lexikális, hanem *értelem szerinti*, intencionális, a *mai jogfelfogásnak is megfelelő*, vagy ezt megerősítő tartalommal. Werbőczy Tripartitumát (1517) ugyan meghaladta a polgári korszak törvényhozása, de e kódex tartalmaz olyan morális értékeket, illetve olyan értékekre való utalást (pl. Mózes törvényei), amely a mai korban is elfogadható. Ilyen pl., hogy ne

kivételes elmozdítását, valamint a bírák javadalmazását sarkalatos törvény határozza meg. Az Alaptörvény 29. cikkének (7) bekezdése szerint az *ügyészség* szervezetének és működésének, a legfőbb ügyész és az ügyészek jogállásának részletes szabályait, valamint javadalmazásukat sarkalatos törvény határozza meg. Úgyszintén, a helyi *önkormányzatokra* vonatkozó szabályokat, sarkalatos törvény határozza meg (Az Alaptörvény, 31. cikkének (3) bekezdése és 33. cikkének (3) bekezdése szerint). Az Alaptörvény 41. cikkének (6) bekezdése értelmében a *Magyar Nemzeti Bank* szervezetének és működésének részletes szabályait, nemkülönben a 43. cikkének (4) bekezdése szerint az *Állami Számvevőszék* szervezetének és működésének részletes szabályait, továbbá a 44. cikk (5) bekezdése szerint a Költségvetési Tanács működésének részletes szabályait, sarkalatos törvény határozza meg. A 45. cikk (2) bekezdése szerint a *Magyar Honvédség* irányítására, az Alaptörvényben és sarkalatos törvényben meghatározott keretek között az Országgyűlés, a Köztársasági Elnök, a Honvédelmi Tanács, a Kormány, valamint a feladat- és hatáskörrel rendelkező miniszter jogosult. A 45. cikk (6) bekezdése szerint a *rendőrség és a nemzetbiztonsági szolgálatok* szervezetére, működésére vonatkozó részletes szabályokat, a titkosszolgálati eszközök és módszerek alkalmazásának szabályait, valamint a nemzetbiztonsági tevékenységgel összefüggő szabályokat sarkalatos törvény határozza meg. A 49. cikk (3) bekezdése c) albekezdése szerint a *Honvédelmi Tanács* dönt a sarkalatos törvényben meghatározott rendkívüli intézkedések bevezetéséről. Az Alaptörvény G) cikkének (4) bekezdése szerint az *állampolgárságra* vonatkozó részletes szabályokat sarkalatos törvény határozza meg. Az Alaptörvény L) cikkének (4) bekezdése szerint a *családok védelmét* sarkalatos törvény szabja meg. Az Alaptörvény p) kénék (2) bekezdése szerint a *termőföld* és az erdők tulajdonjogának megszerzése, valamint a hasznosítás korlátait és feltételeit, valamint az integrált mezőgazdasági termelés-szervezésre és a családi gazdaságokra, továbbá más mezőgazdasági üzemekre vonatkozó szabályokat sarkalatos törvény határozza meg.

¹¹ V. ö.: Herbert Küpper, A kétharmados/sarkalatos törvények jelensége a magyar jogrendszerben, MTA Law Working Papers, 2014/46, 2-5. old.; Jakab András-Szilágyi Emese, Sarkalatos törvények a magyar jogrendben, in: a magyar jogrend állapota (szerk. Jakab András, Gajduschek György), MTATKJKI, Budapest, 2016, 243-31. old.

¹² Elemezvén a jog és az erkölcs viszonyát Somló Bódog (ld. Felix Somló, Juristische Grundlehre, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1917, 69. old.) rámutat arra, hogy különbség egymagában nem abban mutatkozik meg, hogy a morális szabályok csupán egy gondolati értéket, a jogi normák pedig cselekvést tartalmaznak, hiszen a morális szabályok és a jogi szabályok egyaránt tartalmazhatják mind az értéket, mind a cselekvést. A morális normák azonban keresik a cselekvés indítékát, amiből cselekvés bekövetkezett. Hivatkozik Bierlingre (Juristische Prinzipienlehre, Kritik der juristischen Grundbegriffe, 154. old 147. lj.) aki szerint a jogban a jogosultságok indítékai gyakran vétetnek figyelembe, mint pl. a dolus és a culpa, mint indítékek a büntetőjogban, a bona fides követelménye pedig a birtokszerzős feltételeként a polgári jogban.

tegyél másnak olyat, amit magadnak sem kívánsz.¹³ Vagy az sem mondható (értelemszerűen szemlélve) túlhaladottnak, ahogyan Werbőczy a *törvény és a szokás viszonyát, alkalmazási prioritását* elemezte. Akkoriban, a korabeli európai jogfelfogással összhangban, a *helyi szokások* előnyben részesültek a királyi rendeletekkel (mai értelemben, törvényi jogszabályokkal) szemben.¹⁴ Már a polgári korszakban fogant szokásjog jogforrási jelentőségére vonatkozó 1869: IV. tv. szerint a bíróságot jogalkalmazási szemszögből kötelezi a törvény és a törvénnyel összhangban meghozott rendelet, valamint a vele összhangban levő szokásjog.¹⁵

A mai jogban, számos esetben, *maga a törvény (Ptk) ad helyet a jó szokásoknak* szokványoknak, a jó erkölcsnek és a szakmai szabályoknak¹⁶, tehát az állami jogalkotáson kívüli normatív és értékítéleti rendszereknek, mivel az illető emberi kapcsolatok - mint az állami jogalkotói tevékenységen kívüli szabályozási rendszerek – természetüknél fogva helyesebbnek és hatékonyabbnak mutatkoznak. Igaz, ezek esetében a törvény utal rájuk, és minimálisan „közrendszűrői” (l’ordre public) alkalmaz.¹⁷ Más szóval, az alaptörvényben jogalkotással felruházott szervek (Országgyűlés, Önkormányzatok, Köztestületek, vállalkozási státusznormák) által meghozott normákon kívüli normatív jogrendszerek, csak a törvény és a közrend (l’ordre public, die gute Sitten – jó szokások és közérdek) szűrőjén¹⁸ keresztül kerülhetnek alkalmazásra.

A sarkalatos törvények figyelembe vételével szemben álló újabb magyar jogirodalmi álláspontok érve szerint a *történelmi értelemben vett sarkalatos törvények formálisan nem voltak külön választva az egyszerű törvényektől*. Ami igaz. Nem annyira a törvény, mint inkább a korabeli kísérő jogirodalom választotta el egymástól a sarkalatos törvényeket, a nem ilyenek minősíthető egyszerű törvényektől, attól függően, hogy adott (új) törvény törvényhez képest az új törvény, *korszakváltó* megoldást tartalmazott-e. Ilyen kontextusban, csupán példaként, újból utalhatunk az 1848. évi XV. törvényre, mely, mai minősítés szerinti meghozatalának quoruma¹⁹ szerint „egyszerű” törvény volt ugyan, de korszakváltó volt a jogforrások tekintetében, hiszen előre jelezte a *precedensjogról a kódexjogra* való áttérést.

III. Alapelvek, jogintézmények, joghézag

Pontos megfogalmazású, jogintézményekben „gondolkodó” törvényi jogszabályokhoz „szokott” polgári jogásként magam is ózdkodom a generálklauzuláktól (gegen Flucht in

¹³ Ld. Werbőczy István, Tripartitum – a dicsőséges Magyar Királyság szokásjogának hármaskönyve, Téka Könyvkiadó, Budapest, 1990, 30. old., Bevezetés, 2. cím, 5. paragrafus: „Mindenki köteles úgy viselkedni mással szemben, amint akarja, hogy más viselkedjék ő irányában.”

¹⁴ Ld. Werbőczy szerint (in: Werbőczy, Tripartitum, Téka, Budapest, 1990, 47-48. old., XII. cím), ha a törvény és a szokás ellenkezik egymással, amennyiben a szokás általános, legyőzi a törvényt általánosan és egészében. Ha azonban a szokás résszerű, nem semmisíti meg a törvényt általánosan, hanem csak azon a helyen ahol a szokás él. Amennyiben a szokás régebbi, mint a törvény, eltöröltetik az utána következő törvény által. Werbőczy hivatkozik a kánonjogi felfogásra, mely szerint, ha valamely állam vagy helyi közösség helyi szabályt alkot a maga szokásjoga ellenében, az által eltöröltetik a szokás, még ha arról nem történt is említés. Lásd még Szmodis Jenő: Werbőczy jogbölcseleti koncepciójáról. Publicationes Universitatis Miskolciensis Series Juridica et Politica 2013. 31. évf. 1. 163-179.

¹⁵ Ld. Hamza Gábor, Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition, Eötvös Universitätsverlag, Eötvös Loránd Universität, Budapest, 2009, 377. old.

¹⁶ Ld. a Ptk. 6:96. paragrafusát (jó erkölcsbe – ütköző szerződések); 6:63 paragrafusának (5) bekezdését (üzleti szokások alkalmazása) pl. in: Polgári törvénykönyv, Patrocínium, Budapest, 2015, 228. old., 222. old.

¹⁷ Ld. a francia jogra vonatkozóan, ld. a közrend (l’ordre public) állami jogalkotáson kívüli normák iránti szűrőszerepéről, ld., X. *Lagarde*, Transaction et ordre public, Requeil Dalloz, 2000, Chron. 214, ibid, Office de jure et ordre public de protection, Juris-classeur périodique, édition Entreprise, 2001, I. 312.

¹⁸ Ld. Szalma József: A jó szokások (jó erkölcs) és a közrend megsértésének jogkövetkezményei a magyar jogban, Magyar Jog, 2011/11. sz. 37-41. old.

¹⁹ Quorum: határozatképességhez szükséges legkisebb létszám.

Generalklauseln), ami bizonyos módon az Alaptörvény történelmi alkotmányra való általánosító utalására is jellemző. A polgári jog hazai és külföldi jogirodalma igencsak strict, restriktív módon viszonyul a tág és illetően bizonytalan jelentéstartalmú jogszabályokhoz. A polgári jogi doktrína a generálklauzulák, őket érintő, „feldolgozó” jogintézmények nélkül történő közvetlen alkalmazását a jogbiztonság érdekében nem, vagy csupán kivételesen, és ekkor is csupán a törvénnyel szabályozott mércék alapján „engedélyezi”.²⁰ Akkor, pl., ha *joghézag* áll elő, *csupán a polgári jogi* kapcsolatokra vonatkozó érvennyel, alkalmazható az *analógia* (tényállásban hasonló, szabályozott jogviszony szabályainak értelemszerű alkalmazása a szabályozatlan tényállásra).²¹

Az általános normák alkalmazása azért „veszélyes”, mert tág jelentéstartalmuk folytán akár egymással kontrárius, ellentétes szabályokat is érvényre juttathatnak. (Szimbolikusan: A szín fogalmába akár a fehér és a fekete is belefér). Ezért kell a fogódzó, pl. a „világos” attribútum, mert akkor egyértelmű, hogy ebbe nem fér bele a „fekete”.

A közjogi jogértelmezésnél mindenképpen figyelembe kell vennünk a polgári jogban általánosan elfogadott jogértelmezési tapasztalatokat. Ennél fogva Vörös Imre akadémikus érvelésének egy részét, ami a jogbiztonság követelményét illeti, maradéktalanul elfogadom. De a történelmi alkotmány tekintetében nem volnék, ha szabad így mondanom, ironikus. Nemcsak az illendőség miatt.

Az alkotmány, az Alaptörvény a polgári jogi jogértelmezéshez képest, sajátosságokat is tartalmaz, hiszen a közjog egyfajta „világító tornya” a törvényhozásnak, legyen szó közjogról, vagy magánjogról. Ennél fogva szinte elengedhetetlen, hogy a közjog, elsősorban az Alaptörvényben absztrakt normákat tartalmazzon. A közjog egyéb részei, mint pl. a büntető jog a nullum crimen elve miatt nem fogadja el az absztrakt normákat, legalábbis ún. inkriminációs részében. (Más szóval: nem lehet bűncselekményt előírni absztrakt módon, azt csakis az inkrimináció pontosítása útján lehet előírni).

IV. Az Alaptörvény „Preambuluma” és „normatív” része, a sarkalatos törvények értelemszerű alkalmazása

Az új magyar Alaptörvény kihirdetését követően, figyelemmel ennek mind „preambulumára” mind „normatív” részére, alapvetően pozitív volt álláspontom.²² Azt voltam szabad kifejtteni, hogy az Alaptörvény sajátos kombinációja a történelmi (nem történeti) és chartális alkotmányozásnak, lehet ugyan nem tökéletes, de azért tiszteletre méltó kísérlet. A történelmi alkotmányozás (figyelemmel az angol és magyar példára) alapvető jellemzője, hogy nem egyszerre, egy időben létrejövő, minden ország-szervezési kérdést egyaránt és egyszerre, szisztematikusan felölelő alkotmány. Inkább olyan, amely sorskérdések kapcsán jelenül meg, új válaszokat keresve. A magyar alkotmánytörténetben nem egyszer fordult elő ilyen „alkotmányozási helyzet”. Hivatkozzunk még az 1848.-as évi XV. törvényre, ezúttal arra a rendelkezésre, mely meghirdeti az állampolgárok törvény előtti jogegyenlőségét, azaz megszünteti az aviticitást, a rendi privilégiumokat. Az ilyen törvényeket a magyar

²⁰ Szmodis Jenő: A jogelvek néhány jogelméleti kérdéséről, Jogtudományi Közlöny, 2015/ 4. sz. 206-217. old. Szmodis itt többek között arra mutat rá, hogy a jogelvek csak a szabályokkal összefüggésben fejtik ki hatásukat, jogviszonyok keletkezésére, módosulására, megszűnésére önmagukban nem vezetnek. Szmodis Francesco Galgano nyomán máshol arra mutat rá, hogy a morális tartalmat hordozó alapvető jogelvek és generálklauzulák jelentős hatást gyakorolnak Kína mai jogára. Ld. Szmodis Jenő: A nyugati jog alkonya? Állam és Jogtudomány 2007. 1. 69-97. Vö. Francesco Galgano: Globalizáció a jog tükrében. A gazdaság jogi elemzése. HVG-ORAC, Budapest, 2006.

²¹ Ld. Szalma József, A jogtudományok kutatási módszerei (Kutatásmódszertan), Patrocínium Kiadó, Budapest, 2016, (joghézag és analógia), 117-119. old.

²² Ld. Szalma József, Magyarország Alaptörvényéről, Magyar Jog, 2011, 651-658. old.

alkotmánytörténet tudománya sarkalatos törvényeknek tekinti. Ezek a törvények időtállóaknak mutatkoztak.

A sarkalatos törvények tehát olyanok, amelyek sorsfordulókon nyertek általánosan elfogadott érvényt. Ezek nem voltak íratlanok, hanem írottak. Az 1848.-as évi törvényhozás, többek között, azért volt „sarkalatos”, mert a korábban, az „Aranybullában” meghirdetett nemesi adómentesség, mint privilégium, kifejezetten megszűnt.

Egyébként, általában, a történelmi alkotmányozás nem szünteti meg a korábbi törvényt, mert az új sarkalatos törvény rendszerint, vagy adódóan másról szól, mint az őt időben megelőző, korábbi sarkalatos törvény, s így egymással rendszerint nem ütköznek. Ebben, el kell ismerni, hogy a kódexjoghoz szokott kontinentális jogfelfogás értelmében, előfordulhat jogbizonytalansági tényező: „Sohasem tudni, hogy egy korábbi törvény hatályban van-e vagy sem.” Azt tudjuk, hogy a II. VH.-t követően az ún. szocialista törvényhozás, pontosabban az 1959. évi Ptk., hatályon kívül helyezett minden írott és íratlan jogszokást, Curiális álláspontot, stb. Ennél fogva volna az, hogy az Alaptörvény megszüntetett sarkalatos törvényekre utal(hat). A korabeli kuriális praxis, melynek a polgári jog területén, pl. a veszélyes üzemi felelősség a XIX. sz. második felében kialakult akkori Európa-konform gyakorlata is egy tollvonással méltánytalan hatálytalanítást nyert. Pedig ebben áttételesen, mára nézve is akadnak jó példák.

V.A precedensjog és a törvényi jog

A (magyar) történelmi alkotmányozáshoz fűződik a *precedensjog*.²³ Vagyis az a jog, mely a jog forrását nem a törvényben, hanem a bírósági határozatban láttatja. Azzal, hogy ebben a jogban a legfelsőbb bírósági álláspont, legyen az akár jóval korábbi, a tárgyalta jogeset időpontjához képest, analóg módon kiterjeszthető az új, tárgyalta, hasonló jogesetre. (Mint pl., azaz hasonlóképpen mint az angol jogban Common Law, Equity, Cays Law, Statute Law).²⁴ Nem utolsó sorban a „jogfolytonosság” elve értelmében. Ami az angol elvben „törésmentes” jogban lehetséges volt. Magyarországon az 1848. évi XV. törvény második bekezdése kifejezte szándékát, hogy ezen túl meghozzák a polgári törvénykönyvet. Ami jelzést jelentett az addigi precedensjogról kódexjogra való áttérés irányába.²⁵ Igaz, ennek ellenére, az alkotmányi jogi körülmények miatt, a kuriális bírói gyakorlat, mint jogforrás, hosszú ideig megmaradt, az időközben magyar törvényvel nem szabályozott jogviszonyok tekintetében, akár a XX. század első felének végéig.

A kódexjogról azt tartja a jogirodalom, hogy előnyére szól a *jogbiztonság*, pontosabban az, hogy a jogkövetők előre tudhatják mi a megengedett, mi a tilos. A kódexjog nem a múltba, hanem jövőbe néző, de mindenképpen az addigi hazai és külföldi tapasztalatra való tekintettel. Előnye az is, hogy nem lehet visszaható, hanem csupán *jövőbeni hatálya*. A hátránya az, hogy előfordulhat benne a joghézag. Annál fogva, hogy a kódexet a múlt és a jelen tapasztalata

²³ Ld. a magyar precedensjogra vonatkozóan: *Csizmádia* László, *Consuetudo*, Coings Handbuch, II/2. 582; *Zlinszky* János, *Die Rolle der Gerichtsbarkeit des ungarischen Privatrechts vom 16. bis 20. Jahrhundert*, in: *Ius Commune*, 10, 1983, 49. old.; *Wenzel* Gusztáv, *A magyar magánjog rendszere*, Pest, 1871; *Asztalos* László, *Entwicklung des ungarischen Privatrechtswissenschaft im Zeitalter des Dualismus*, EZM, Budapest, 1970; *ibid*, *A burzsoá magánjog rövid története*, Budapest, 1970; *ibid*, *a magyar burzsoá magánjogtudomány fejlődése a kiegyezéstől az I. világháborúig*, Budapest, 1968; *Schwarz* Gusztáv, *Magánjogunk felépítése*, MI, Budapest, 1883; *Wenzel* Gusztáv, *Az 1848 előtti magyar magánjog*, Budapest, 1885; *Dell' Adami* Dezső, *Magánjogi codificatiók és régi jogunk*, Pest, 1865; *Zlinszky* János, *Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im XIX. Jahrhundert*, Verlag Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, 7-59. old.

²⁴ Ld. pl. *Badó* Attila, *Bencze* Mátyás, *Bóka* János, *Mezei* Péter (szerk.), *A jogrendszerek világa*, Pro Talentis Universitas Alapítvány, 2012, *Az angol jog vázlatja – folytonossága, történeti fejlődése, a precedensjog, a törvényi jog*, 19-46. old.

²⁵ Ld. a XIX.-XX. századi magyar kódextervezetekről, pl. *Horváth* Attila, *A magyar magánjog történetének alapjai*, Gondolat, Budapest, 2006, 97-113. old.

fogalmazza meg, ily módon *konzerválva* a múlt és a jelen tapasztalatait, a jövőbeni hipotetikus jogviszonyokra is vonatkozó érvénnyel. A jövőbeni jogviszonyok, a nem mindig előirányozható, előre látható jogfejlődésre tekintettel, nem mindig szabályozhatók maradéktalanul. Ennek a hiánynak pótlása céljából a kódexek *generálklauzulákat* irányoztak elő. A generálklauzulák egyfelől a kódex részletező normáinak értelmezése céljából, mintegy világító toronyként, másfelől az előforduló joghézagok lefedése céljából születtek meg.

A precedensjog előnye a *flexibilitás*, az új esethez való, jogfejlődést figyelembe vevő alkalmazkodás, adaptálás, azonban nem minden, analóg múltbéli mérce és példa nélkül. Kutatván a magyar XIX. század második felében kialakuló, kártérítési jogra vonatkozó curiális precedensjogot, ennek eredményeképpen állapítottam meg, a magyar precedensjog jogépítő flexibilitását, mely maradéktalanul kifejezésre jutott és minden elfogultság nélkül, a korabeli európai jogfejlődés legmagasabb színvonalán volt²⁶, beleértve a kreatív doktrínát is.²⁷

VI.A hatalommegosztás és a jogállamiság, a kuriális jogegységi határozatok

A kontinentális jogban, a polgári korszaktól kezdődően, a jogállamiság meghirdetésével, a jogalkotói, jogalkalmazói és közigazgatási hatalom egymástól való elválását követően, a jogalkotóként, kizárólag az Országgyűlés maradt, a bíróság csupán jogalkalmazó és nem jogalkotó funkcióval rendelkezett, a közigazgatás pedig csupán a jog alkalmazásának feltételeit biztosító rendeltetéssel, hatáskörrel bírt. Ennél fogva, pl. a francia jogban a Cour de Cassation-nak csupán jogorvoslással - eléje tárt egyedi esetekre vonatkozó döntéshozatali joga maradt. Ez a döntés nem volt és ma sem terjeszthető ki más jogesetre. Ez egyaránt érvényes a német jogra nézve is (Bundesgerichtshof).²⁸ A kontinentális nemzeti jogrendszerekben főszabályként kizárt a bíróság jogalkotói tevékenysége. Ezzel párhuzamosan azonban megnövekedett a bíróság (kreatív) jogértelmezési funkciója, a tételes jog jelentéstartalmának a belterjes jogértelmezési módszer alkalmazása útján történő. lehetséges mélyítését előirányzó rendeltetése.

²⁶ Ld., Szalma József, A precedensjogról, Jogtörténeti Szemle, MTA folyóirata, 2012/4. sz. 34-39. old.; *ibid* (*uő*), A precedensjogról, Új Magyar Közigazgatás, 2011/11. sz. 37-41. old.; *ibid*, A jogtudományok kutatási módszerei (Kutatásmódszertan), Patrocínium, Budapest, 2016, (ebben: a Kódexjog és a precedensjog, 62-66. old.); József Szalma, Der Einfluss des ABGB in der Rechtsprechung des ungarischen obersten Gerichtshofes (Curia) - Präzedenzien zum Schadenersatzrecht in der zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Gerald Kohl, Christian Neschwara, Tomas Simon (Hrsg), Festschrift für Wilhelm Brauner zum 65. Geburtstag – Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive, Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2008, 671/686. old.; *ibid*, Haupttendenzen in ungarischen Deliktisrecht, in: The legal Development in th former Socialist Countris and the Challenges of the European Union, Szeged, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2007, 321-335. old.; *ibid*, Haupttendenzen im ungarischen deliktischen Haftpflichtrecht in der zweiten Hälfte des 19. bis 20. Jahrhunderts mit besondere Berücksichtigung der österreichische Einflüsse, Rechtsgeschichtliche Vorträge, Jubiläumband, Nr. 50, Rechtsgeschichtliche Forschungsgruppe der UAW an der Lehrstuhl für ungarische Rechtsgeschichte der Eötvös Lóránd Universität, Budapest, 2007, 362/375. old.; *ibid*, Entwicklungstendenznen bei der Abgrenzung der zivilrechtlichen von der strafrechtlichen Haftung, Journal on European History of Law, Brünn- Brno, 2012/1. sz. 32-43. old.

²⁷ Ld. pl. Marton Géza, Versuch eines einheitlichen Systems der civilrechtlichen Haftung, Archiv für die civilistische Praxis, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, Bd. 163, 1963, 14. old. és a köv.

²⁸ Herbert Küpper írja (A magyar jogi kultúra jellegzetességei jogösszehasonlító perspektívából, in: A magyar jogrendszer állapota, szerk. Jakab András, Gajduschek György, Magyar Tudományos Akadémia Társadalomtudományi Kutatóközpont, Budapest, 2016, 131. old.): „Magyarországon csak egy felsőbíróság van: a Kúria. Ez nemcsak végső szinten dönti el a jogvitákat, hanem konkrét jogvitákon kívül olyan normatív eszközökkel is rendelkezik, amellyel eltérő alsóbírósági jogalkalmazás esetében helyreállítja a fontos értéknek számító egységes joggyakorlatot. Ilyen jogegységi eljárások Németországban nincsenek, a legfelsőbb szövetségi bíróságok csak konkrét jogvitákban dönthetnek.”

A francia jogtól némiképpen eltérően, a bíróság jogértelmező tevékenysége ma is jelentős a magyar jogban. Mégpedig a Kúria (kötelező) jogegységi álláspontjai révén.²⁹ Ezek nem konkrét, hozzá perorvoslat útján eléje tárt jogesetek, hanem olyanok, amelyek egyazon pertípusokra (pontosabban, azonos tényállásra) vonatkozó, alsóbb fokú, azonos jogszabály alkalmazása során, egymástól eltérő bírósági álláspontokat kíván, a helyes jogértelmezés útján, „közös nevezőre” hozni. Ezek a jogegységet szolgáló, jogértelmezési jellegű álláspontok, a hatályos magyar jogban kötelezőek az alsóbb fokú bíróságokra.

A mai magyar jogtól, tehát ilyen értelemben nem idegen a precedensjog, igaz, úgy tűnik, strictu censu szemlélve, csupán (akár az elsőbb fokú bíróságokra nézve kötelező) jogértelmezés útjain. Ha a bíróságot - a hatalomági elválasztás rendszerében, amihez az új Alaptörvény helyeselhetően ragaszkodik³⁰, - csupán a törvény köti, talán feltehető a de lege ferenda kérdés, hogy a kúriai jogegységi határozatok kötelezőek kellene-e legyenek az alsóbb fokú bíróságok számára, vagy fakultatívak, s „csupán” meggyőző érvelésük mentén, betartandóak.

VII. *Az alkotmánybíróság és a jogállamiság*

A rendszerváltás során a magyar Alkotmánybíróságnak mintegy negatív törvényhozói szerep jutott, azáltal, hogy kiiktatta azokat a törvényeket, jogszabályokat, amelyek akadályait képezték a „tervirányításos” gazdasági rendszerről a (szerintem a törekvések szerint szociális) piacgazdálkodási rendszerre való áttérésnek. Ez mindenképpen pozitív és kreatív szerep volt. Igaz, helyesebb lett volna, ha ezt a szerepet a törvényhozó, az Országgyűlés valósította volna meg.

A rendszerváltás annyi elmúlt éve, negyed évszázada után, felmerülhet a kérdés, hogy az alkotmánybíróságnak az új Alaptörvény közzé tétele után felmerülő jogértelmezése során, a történeti alkotmány tekintetében, van-e „jogválasztási” szerepe. (Pl. abban a tekintetben, melyik korábbi törvény tekinthető sarkalatosnak). Ebben a tekintetben úgy tűnik, az új Alaptörvény, nem hagy kétséget, ugyanis egyértelműen a történeti alkotmány értékeinek betartására utal.

Egyértelmű az is, hogy az új Alaptörvény az Alkotmánybíróságra, az alkotmányossági panaszok eldöntése mellett, a törvények alkotmánnyal való (hatályos törvény szerint előzetes és utólagos) összhangjának vizsgálata maradt. (Szerintem inkább csupán az utólagos volna indokolt, ha abból indulunk ki, hogy az Alkotmánybíróságnak a törvények kihirdetése előtti kontrollja indokolatlanul, továbbra is meghagyja, lehetővé teszi, a negatív jogalkotási funkciót).

VIII. *A történelmi alkotmány idő-kérdése, a bírói út*

Vörös Imre professzor kollégám és – ha szabad mondanom – régi jó Barátom, hivatkozott értekezésében, jogfelfogásával összhangban, joggal teszi fel a kérdést, - időben meddig haladjunk vissza (szavai szerint) történeti alkotmányba nézően. A kérdés jogos, ám Vörös Imre válaszai, szerintem nem mindig elfogadhatóak. Ugyanis, amennyiben figyelembe vesszük a sarkalatos törvények doktrínáját, semmiképpen sem fogadható el, a mindenkori józan ésszel mérve, azoknak a múltbéli törvényeknek alkalmazása, amelyek „megvesszőztetik azokat a bírókat, akik nem hoztak harminc napon belül ítéletet.” Ugyanis ez, egyszerűen szólva, nem volt sarkalatos törvény. A törvénynek nyilván akkor és most is negatív,

²⁹ Az Alaptörvény, 25. cikkének (3) bekezdése szerint a Kúria, többek között, biztosítja a bíróságok jogalkalmazásának egységét, a bíróságokra kötelező jogegységi határozatot hoz.

³⁰ Ld., Alaptörvény, Alapvetés, C) cikk (1) bekezdés, B) cikk (1) bekezdés, pl. in: Magyarország Alaptörvénye, Patrocínium, Budapest, 2013, 8. old.

konnotációjú, elfogadhatatlan tartalma volt. Ez a törvény a sarkalatos törvények doktrínájában nem volt sarkalatos. Érdekes hozzá fűzni, hogy az angolszász precedensjogban ma is záros határidőn belül ítéletet kell hozni. Világos, hogy a mai modern kontinentális európai jogrendszerekben ilyesmi el nem képzelhető, bár az európai közösségi doktrína meghirdeti az ítélet belátható időben történő meghozatalának szükségét. A záros határidőben való ítélethozatal, a kontradiktórus eljárás követelményeinek megfelelően, ki nem tárgyalt ügyekben el nem képzelhető, a mai magyar jogban sem. Más kérdés, hogy a bírói úthoz való fordulás (az európai közösségi processzuális jogban és a magyar jogban is) azt jelenti, azt kell jelentse, hogy belátható időn belül, a tárgyalás hozzon eredményt, azaz az ítélet, a döntés, határozat, ésszerű időn belül történjék.³¹

Ami minden bizonnyal megfontolandó dilemma, az nem más, mint a törvény, azaz a jogszabály egyértelműségének követelménye. Ha a történelmi alkotmányt a sarkalatos törvények körében keressük, az egyértelműség követelménye sérülhet. Kételyeket okozhat ugyanis, ha két különböző, de ugyanazon materiára, jogviszonytípusra vonatkozó sarkalatos törvény netán más-más, egymástól eltérő válaszokat adna, abban a tekintetben, hogy közülük melyet kell alkalmazni. Felmerül továbbá a kérdés, az új sarkalatos törvények, amennyiben ugyanazt a materiát szabályozzák, amit már egy korábbi sarkalatos törvény, esetleg másként szabályozott, kizárható-e a korábbi sarkalatos törvény, annak ellenére, hogy *expressis verbis* az új sarkalatos törvény a korábbi nem hatálytalanította. Úgy tűnik, itt is érvényes, hogy a történelmi alkotmány sarkalatos, ország-szervezési törvényeit intencionálisan (célja, rendeltetése szerint) kell értelmezni. Ha a történelmi alkotmány új sarkalatos törvénye a korábbi azonos materiára nézve más intenciót tartalmaz, akkor az időben későbbit kellene figyelembe venni. Ha a történelmi újabb keletű sarkalatos törvény a korábbi szó szerint nem helyezte hatályon kívül, az új tartalmánál fogva, értelemszerűen megszünteti a korábbi. Ugyanakkor a történelmi sarkalatos törvények intencionális értelmezését a kartális jellegű új sarkalatos törvények függvényében kellene elfogadni.

IX. Összefoglaló helyett

A jogos kételyek ellenére, az új Alaptörvényben, lévén, hogy ez kombinációja a kartális és történelmi alkotmánynak, több pozitív vonást vélek „felfedezni” mint negatívát. Beleértve a „Premabulumot” és a „normatív” részt. A magyar Alaptörvény egyik rendelkezése joggal szól arról, hogy az ítélezés során a jogalkotónak és a bíróságnak a „józan ész” kell követnie.³²

Ez szerintem azt is tartalmazza, hogy az ún. történelmi alkotmányból csupán a sarkalatos törvények „szelleme” és nem a szava az irányadó. Vagyis ennek a ma is általánosan elfogadható szabályait kell (intencionálisan) figyelembe venni. Továbbá mérvadóak az Alaptörvényben felsorolt modern sarkalatos törvények. Ezek az Alaptörvény folytatásai. Mérvadóak továbbá az Alaptörvényben, ennek normatív részében, a modern európai és magyar jogfejlődésben elért és felsorolt alapjogok, emberi jogok, jogegyenlőségi szabályok. Ezek szerintem kiiktatják a nem sarkalatos jellegű és a magyar történelmi alkotmányozáshoz nem tartozó jogszabályokat.

³¹ Az Alaptörvény az európai közösségi normákkal összhangban, XXIV. cikkének (1) bekezdésében, és XXVIII. cikkének (1) bekezdésében (a büntető eljárásra vonatkozóan) megszabja, hogy mindenkinek joga van ahhoz, hogy ügyeit a hatóságok részrehajlás nélkül, tisztességes módon és ésszerű határidőn belül intézzék, azaz vádemelés esetén a vád indokoltságát, alaposágát a bíróság ésszerű határidőn belül bírálja el.

³² Az Alaptörvény 28. cikkének értelmében a bíróságok a jogalkalmazás során a jogszabályok szövegét elsősorban azok céljával és az Alaptörvénnyel összhangban értelmezik. Az Alaptörvény és a jogszabályok értelmezésekor azt kell feltételezni, hogy a józanésznek és a közjónak megfelelő, erkölcsös és gazdaságos célt szolgálnak. (In: Alaptörvény, Patrocinium, Budapest, 2013. 31. old.)

Az orosz-grúz háború információs dimenziói

Absztrakt

Az információ megszerzés, az információs fölény kialakítása mindig a hadviselés kulcsfontosságú része volt. A technológiai fejlődés lehetővé teszi, hogy az információ minél több emberhez eljusson, lehetőleg minél gyorsabban. Ma már államok nem működhetnek jól fejlett információs rendszer nélkül.

Az információs művelet új dimenziókat nyitottak meg a hadviselésben. Az orosz-grúz háború az első feljegyzett információs háború. A hagyományos műveletek mellett az orosz részről információs támadások is zajlottak grúz kormányzati oldalak ellen.

I. Bevezetés

Az orosz-grúz háború során teljesedett ki először a két ország közötti információs hadviselés. Ebben a háborúban (még) megjelentek konvencionális elemek is. Kutatási témám központjában a nemzeti és etnikai konfliktusok állnak és az információs hadviselés új dimenziót hoz a konfliktusokba. Az információs műveletek célja, az információs fölény megszerzése és megtartása, illetve az információn keresztüli közvetlen vagy közvetett befolyásolás fenntartása. Az információs műveletek egyik felosztása szerint lehetnek: kulcsfontosságú eszközök és technikák, pszichológiai műveletek, megjelenés, viselkedés és arculat, műveleti biztonság, információ biztonság, katonai megtévesztés, elektronikai hadviselés, vezetési objektumok fizikai pusztítása, kulcsfontosságú vezetők kezelése, számítógép-hálózati hadviselés, polgári - katonai együttműködés.² Az orosz-grúz háború során az információs műveletek több típusa is alkalmazásra került: számítógép-hálózati hadviselés, pszichológia műveletek. A cikk célja, hogy átfogó képet adjon az orosz-grúz háborúról és a hozzá kapcsolódó információs hadviselésről.

Az információ megszerzésére való törekvés egyidős az emberiséggel, de az igazi robbanásszerű áttörést az a XX. század második felében lezajló technikai és gazdasági fejlődés tette lehetővé, melyben lehetővé vált a tömegek számára hozzájutni a kommunikációs eszközökhöz (a televízióhoz, majd a számítógéphez és internethez). Egyre több ember jutott hozzá, egyre több információhoz. Az internetet katonai célokra hozták létre, az 1960-as években. Célja az volt, hogy egy olyan kommunikációs rendszert hozzanak létre, mely egy esetleges nukleáris támadás esetén is működőképes marad. Kezdetben az eszközt kizárólag katonai célra használták. Polgári célú használata új dimenziókat hozott az élet minden területén.

Az internet és egyéb telekommunikációs eszközök térnyerése hatására az USA-ban már az 1960-as években elkezdett kialakulni az információs társadalom. Ezt követte bő egy évtizeddel később Japánban, és kialakulása folyamatos Földünk különböző pontjain.

A médiára már sokan, mint negyedik hatalmi ágra tekintenek. Valóban, aki a médiát uralja, az uralja a társadalmat is. Az információs társadalom kialakulása, az emberek mindennapjának része lett az internet használat. Az állami és kormányzati szervek működésének alapjait is az információs rendszerek adják.

¹ PhD hallgató, NKE-HDI

² NATO AJP-3.10 ALLIED JOINT DOCTRINE FOR INFORMATION OPERATIONS 2009 nov. (Section V-VI)

Ez előre vetítette, hogy információs rendszerek elérhetlenné tétele, dezinformációkkal való ellátása katonai téren is egyre nagyobb méreteket ölthet. Más szempontból pedig egyre fontosabbá vált az információbiztonság, az állam és kormányzati szervek saját informatikai rendszereinek védelme.

Az információs hadviselés fogalmát először 1992-ben alkották meg az Egyesült Államok Védelmi Minisztériumának egy szigorúan titkos utasításában. A fogalom első nyílt használata 1992. szeptemberére tehető.

„Az információs fölény kivívása a szemben álló fél információs, információs folyamatai és információs rendszerei befolyásolására, illetve a saját információk, információs folyamatok és információs rendszerek védelmére irányuló tevékenységek összessége.”³

Már a balkáni háború idején is zajlott információs hadviselés a szerb és orosz hackerek, valamint az albán és NATO informatikusai között.

Az orosz hackerek célpontjai között voltak az amerikai katonai intézmények weblapjai. Szerb hackerek pedig vírusokkal árasztották el az amerikai haditengerészet weblapját. Sikertelenül a NATO hálózatát is egy napra lefagyasztani a hackereknek. Természetesen az amerikaiak részéről is volt ellentétevényesség, fantomrepülőgépek jelentek meg a szerb légvédelem monitorain, és ezekre a szerbek hiába lötték ki rakétáikat.

2001. szeptember 11-én történő terrortámadás is sokban köthető az internethez. A terroristák az interneten keresztül, kódolt üzenetekkel tartották a kapcsolatot. Másik fontos aspektusa volt a terrortámadásnak az úgynevezett Al-Jazeera effektus. Mindig találni egy olyan médiát, ami úgy mutatja be az eseményt, ahogy mi szeretnénk.⁴

2007-ben történt az első olyan támadás, amit ország ellen indítottak. Észtország volt a kibertámadás célpontja. Tallinnban eltávolították a szovjet hősi emlékművet, amit zavargások követtek.⁵

Az első túlterheléses támadások jelei néhány nappal az első tüntetések után jelentkeztek a parlament, kormányhivatalok, minisztériumok, bankok, telefonszolgálatok és médiacégek szerverei ellen.

Az ország online adatforgalmát irányító kulcsfontosságú szerverek naponta omlottak össze, sok állami intézmény hálózatát kénytelenek voltak ideiglenesen leválasztani az internetről. Az elektronikus banki forgalom és kereskedelem részint megszűnt, részint erősen akadozott. A hackerek jelentős gazdasági károkat okoztak Észtországnak.

II. Orosz-grúz konfliktus

Az orosz-grúz konfliktus eredete a múltba nyúlik vissza, aminek megértéséhez szükséges, hogy képet kapjunk a grúz államról.

Grúzia történelme összefonódott Oroszországgal, de mára ez a kötelék terhes az ország számára. Az orosz-grúz kapcsolatok egészen addig alakultak jól, amíg 1991-ben függetlenedett Grúzia a Szovjetuniótól.

Grúzia nem tekinthető egységesnek, se területileg, se etnikailag, se felekezetiileg. Grúzia területét felszabdalják az etnikai és felekezeti törésvonalak. Dél-Oszétia, Adzsária és Abházia Grúzia területéhez tartozó, de elszakadni vágyó területek.

³ Munk Sándor: Az információs műveletek típusai és modelljei – Hadtudomány 2002. (12. évf.) 1. sz. 45-56. o.

⁴ Megan E. Zingarelli: The CNN effect and Al Jazeera effect in global politics and society, Georgetown University, Washington 2010. p. 7.
<http://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/553423/zingarelliMeganElizabeth.pdf>
(2016.12.16.)

⁵ Fekete Csanád: A kiberhadviselés fejlődése <http://biztonsagpolitika.hu/publikaciok-2015/fekete-csanad-a-kiberhadviselés-fejldese-es-az-ukran-valsag-2> (2016.12.16.)

II.a. Dél-Oszétia

Oszétia két részből áll: az északi terület Észak-Oszétia-Alánia Köztársaság az OroszFöderációhoz tartozik, míg Dél-Oszétia de jure Grúzia része, de facto pedig független állam. Dél-Oszétia és Grúzia 1801-ben lett az Orosz Birodalom része.

A Szovjetunió felbomlásáig viszonylagos béke uralkodott a térségben. 1988-tól erősödtek meg újra az oszét nacionalista törekvések, miközben a grúzok is törekedtek arra, hogy Grúzia egyre függetlenebb legyen. A két nép nacionalista törekvései fokozták az ellentéteket. 1990 nyarán a Grúz Legfelsőbb Tanács törvényt fogadott el, ami betiltotta a regionális pártokat. Válaszul 1990. szeptember 20-án kikiáltották a Dél-Oszét Demokratikus Köztársaságot a Szovjetunióon belül. A rákövetkező grúz parlamenti választásokat az oszétok bojkottálták, decemberben saját választásokat tartottak. A grúz kormány ezt törvénytelennek nyilvánította, 1990. december 11-én pedig megszüntette Dél-Oszétia autonómiáját. Válaszképpen Moszkva rendkívüli állapotot hirdetett ki Dél-Oszétiában és szövetségi belügyi erőket vezényelt Chinvaliba. Miután az orosz csapatok kivonultak Dél-Oszétiából, a grúzok fegyveres támadással reagáltak. A fegyveres küzdelem másfél évig tartott, amit tűzszünet követett. A tűzszünet ideje alatt sem volt teljes a béke, gyakoriak voltak a tűzszedések vagy a lövöldözések. A grúzok folyamatosan erősítették hatalmukat a térségben. Ugyanakkor a 2006-os dél-oszét népszavazáson az oszétok a függetlenségre voksoltak.

A 2008-as grúz-dél-oszét háború kitörésében szerepet játszott több nemzetközi esemény is. 2008-ban Koszovó függetlenedett Szerbiától, ami motiválóan hatott más függetlenségre, elszakadásra vágyó területekre is. Többek közt Dél-Oszétiára és Abháziára is.

Az addigi orosz-grúz jó viszony megromlani látszott, Grúzia egyre jobban kereste a Nyugattal való együttműködést. Az USA-val kezdett egyre jobb kapcsolatot kialakítani és 2008 áprilisában NATO tagjelölti státuszt is kapott Grúzia. Abháziában orosz ENSZ békefenntartók állomásoztak, akik a Grúziában bekövetkezett változások hatására Dél-Oszétiába is bevonultak. 2008 augusztusára a grúz-dél-oszét viszony egyre jobban elmérgesedett a grúz-dél-oszét határon fegyveres konfliktus robbant ki. Augusztus 7-én tűzszüneti tárgyalások kezdődtek, kevés gyakorlati sikerrel. A grúz haderő el akarta foglalni Chinvalit és megtámadták az orosz békefenntartókat is. Ez jó indokként szolgált arra, hogy Oroszország ténylegesen is belépjen a háborúba. Az orosz és dél-oszét csapatok a grúz csapatokat meghátrálásra kényszerítették. Az oroszok Abházia felől is támadtak és az abházok is csatlakoztak az orosz erőkhöz. Céljuk volt a grúzok teljes kiszorítása az országból.⁶

II.b. Adzsária

Adzsária 1878-ban lett az Orosz Birodalom része. Az I. világháború során brit és török katonák szállták meg Adzsária területét. 1920-ban Grúzia része lett. A törökök próbálták visszaszerezni a területet, de miután a muszlim lakosság megfelelő autonómiát kapott a törökök lemondtak a terület iránti igényükről. Létrejött az Adzsar Autonóm Szovjet Szocialista Köztársaság.

A Szovjetunió felbomlása utána Grúzia része lett. Abasidze elnök vezetése alatt Adzsária Grúzia egyik legfejlettebb része lett és jelenetős függetlensége volt a grúz vezetéstől.

A 2003-as grúz rózsás forradalom után Szaakasvili lett Grúzia új elnöke, aki próbálta helyreállítani Grúzia egységét. Ennek hatására 2004.májusában Abasidze elnök lemondott és elmenekült. A grúz elnök pedig közvetlenül a grúz kormányzás alá vette Adzsáriát.

⁶ Kiss Adrienn – Konfliktusok a Kaukázusban – Hadtudomány
http://real.mtak.hu/37522/1/11_Kiss20Adrienn_u.pdf (2016.11.25.)

II.c Abházia

Az oroszok 1829 és 1842 között foglalták el Abházia területét, de csak 1864-ben ismerték el az oroszok hatalmát. Abházia az 1917-es orosz forradalom után Grúzia része lett. 1921-ben a Vörös Hadsereg megszállta Grúziát. 1931-ben Sztálin Abháziát autonóm köztársasággá alakította Grúzián belül. Az abházok jelentős elnyomásban éltek az autonómia ellenére. A 1980-as években felerősödtek az abház függetlenségi törekvések. A legvéresebb esemény 1989. július 16-án Szuhumiban zajló zavargásokon történt, ahol 16 grúz megölték és 137 megsebesült, amikor egy abház el akartak távolítani egy grúz egyetemről. A Szovjetunió felbomlása után az abházok ellenezték a független Grúzia létrejöttét, ami további feszültséghez vezetett a grúzok és az abházok között. 1992-ben a grúz nacionalista vezetés érvénytelenítette a szovjet időszak alkotmányát és az 1921-es még független Grúzia alkotmányát helyezte hatályba. Az abházok autonómiájuk elvesztését látták a cselekedetben és 1992. július 23-án kikiáltották Abházia függetlenségét. Sem Grúzia, sem más országok nem ismerték el a független Abháziát és 3000 grúz katonát vezényeltek a térségbe. Harcok alakultak ki a grúz és abház erők között. Végül a grúz hadsereg ellenőrzése alá vonta a térséget.

1993 nyarán a konfliktus felélénkült, amikor az abházok támadást indítottak Szuhumi városa ellen. A harcok szeptemberben folytatódtak és az abház lázadók szeptember 27-én elfoglalták Szuhumi városát, a városban maradt grúzokat pedig megölték. Később elfoglalták Abházia többi részét is.

2004-ben tartottak elnökválasztást Abháziában, amin Szergej Bagapssal győzött, a Putyin által támogatott Raul Khadjimba ellenében. A választási eredményeket végül a Legfelsőbb Bíróság semmisnek nyilvánította.

A 2008 augusztusában zajlott grúz–dél-oszét háború pozitív hatással volt az abház függetlenségre. Oroszország megnövelte a térségben állomásozó haderejének létszámát. A grúz csapatok 2008. augusztus 12-én hagyták el Abházia területét és függetlenségét augusztus 26-án ismerte el Oroszország.

III. Az orosz-grúz konfliktus információs dimenziói

Putyin elnök 1999-es beiktatása egy új irányvonalat hozott az orosz külpolitika területén. Nem titkolt célként fogalmazódik meg az ország egyre csorbuló geopolitikai szerepének helyreállítása és egy Eurázsia Unió létrehozása. Oroszország felismeri, hogy a konvencionális hadviselés mellett, egyre jelentősebb szerepet kell szánni az információs műveletekre. Ennek az orosz nagyhatalmi törekvésnek az egyik állomása, míg az orosz információs hadviselésnek az első állomása volt az orosz-grúz háború.

III.a. Információs hadviselés

Az Öböl-háborúk tapasztalatai hatására az orosz katonai gondolkodásban erősödött az a felfogás, hogy az információ fontos erőforrás és az információs fölény előre eldöntheti egy fegyveres konfliktus kimenetelét. Viszont az orosz-grúz háború során, a grúz kormányzatot ért információs hadviselés esetén nem bizonyítható, hogy az orosz kormányzatnak köze lett volna a támadásokhoz. De elemzések szerint, erre épült a konfliktus forgatókönyve, amely Szakasvili akkori grúz elnök személyiségrajza alapján előre vetített döntéseit is figyelembe vette. A konfrontáció információs kampányának célkitűzései voltak: a grúz erők műveleteinek

hiteltelenné tétele és kriminalizálása; Szakasvili elnök szavahihetőségének aláásása; a Dél-Oszétiába bevonuló orosz erők legitimálása és a grúz kommunikációs csatornák elvágása.⁷

Az orosz-grúz konfliktus során a fegyveres cselekményekkel közel egy időben elindult egy kiberhadviselés is. Kezdetnek orosz hackerek Grúzia internetforgalmát ellenőrzés alá vonták. Megtámadták az ország kormányzati oldalait, többek között az elnök saját weblapját, a grúz külügy és hadügyminisztérium weblapjait. Az oldalak tartalmát vagy elérhetlenné tették vagy tartalmukat megváltoztatták. A leglátványosabb akciók az elnök, Mihail Szakasvili személyéhez kötődtek. A támadók az elnök képével minél több kompromittáló és nevetséges dolgot próbáltak tenni. Többek között párhuzamba állították Hitlerrel. Több kép megjelent az elnökről Hitler-bajusszal és több olyan képet is mutattak, melyen hasonló pózban van vagy hasonlóan szónokol, mint a Hitler. Az elnököt Hitleren kívül a történelem más negatív szereplőivel is együtt ábrázolták.⁸

A grúz kormány kezdetben nem tudott mit tenni a támadások ellen. A külügyminisztérium honlap nélkül maradt, ezért elindított egy nem hivatalos blogot, a Google Blogspoton keresztül. A blog célja az volt, hogy tudósítsa a világot az országban zajló eseményekről.

Mivel Lengyelország Grúziát támogatta Oroszországgal szemben, ezért a grúz elnök a lengyel államfőhöz, Lech Kaczynskihez fordult segítségéért. A lengyelek segítettek a grúzoknak, elsősorban azzal, hogy angol nyelven tájékoztatást adtak a Grúziában zajló eseményekről.

A hackerek készítettek weblapokat, olyanokat, mintha a Grúz állam készítette volna őket. Természetesen a weblapok tartalma hamis információkkal volt ellátva.

Az országban a.ru végződésű webcímeket a grúz kormányzat leállította, hogy az orosz propaganda ne tudjon tovább terjedni. Az orosz nagykövetség munkatársai szerint a mobil és vezetékes telefonszolgáltatásban is fennakadások voltak a túlterhelés miatt (igaz, ennek inkább a katonai offenzívához lehetett köze).

III.b. Média

A konfliktus másik információs dimenziója az egyik legfontosabb tömegkommunikációs eszközhöz, a televízióhoz kapcsolódik. Az orosz vezetés felismerte (már az orosz-grúz háborút megelőzően), hogy kell egy állami televízió, mely a kormányzat propagandáját sugározza.

A Russia Today (RT) televízió csatornát 2005-ben alapította az orosz kormány. Több nyelven (oroszul, angolul, spanyolul, arabul, franciául és németül) is elérhető, így elég sok emberhez eljut.

A 2008-as orosz-grúz konfliktus során a tévécsatorna feladata a háború orosz fél érdekeinek megfelelő bemutatása volt. Az újságírók, tudósítók követték az orosz csapatokat. Pszichológiai nyomásgyakorlásként megmutatták, hogy milyen erős és nagy az orosz hadsereg. Videókat készítettek a csapatokról a félelemkeltés érdekében. A híreket nem mindig a valóságnak megfelelően interpretálták, hanem a Kreml érdekeinek megfelelően. A grúz kormányzatot a média genocídium elkövetésével vádolta. Az orosz propaganda hatására a grúz kormányzat korlátozta az orosz csatornák elérhetőségét.

Az orosz fél nyilvánvaló célja volt, hogy a lakosság szemében minél jobb színben tüntesse fel Oroszországot és a társadalmi támogatottsága is minél nagyobb legyen a beavatkozásnak. A grúz fél pedig a lehető legrosszabb színben tűnjön fel.

Bár a grúz információs rendszerek elleni támadások megtervezettek voltak és a kormányzat számára sok bosszúságot okoztak, ugyanakkor a 2008-as Grúzia nem rendelkezett olyan

⁷ Rózsa Tibor - Az információs műveletek alkalmazásának lehetőségei a Magyar Honvédség feladatrendszerében
Doktori értekezés (2016) http://hbk.uni-nke.hu/uploads/media_items/rozsa-tibor-ezredes-az-informacios-muveletek-alkalmazasanak-lehetosegei-a-magyar-honvedseg-feladatrendszerében.original.pdf (2016.12.16.)

⁸ Berki Gábor: A kibertéri konfliktusok változásai - Hadmérnök – Hadmérnök 2013. (8. évf.) 1. sz. 173-185. old

méretű és jelentőségű információs rendszerrel, mint amekkora hatást tulajdonítottak neki. Az információs műveletek annál hatékonyabbak, minél fejlettebb egy adott ország információs rendszere. Észtország esetében az információs hadviselésnek jelentős hatása volt az észti gazdaságra, mert sokkal fejlettebb információs kultúrával rendelkezett, mint Grúzia. Az orosz-grúz háború során a konvencionális harci cselekmények hatása – hiszen városok pusztultak el a bombázások során – jelentősebb volt, mint az információs hadviselésé.

IV. Konklúzió

Véleményem szerint az orosz-grúz konfliktus információs dimenziói valószínűleg előrevetítették napjaink és a jövő új katonai és nem-katonai kihívásait, a hadviselés egy újabb generációját. A technológia egyre fejlődik és a fejlődésnek köszönhetően újabb és újabb kihívások jelennek meg.

Oroszország jelentős erőfeszítéseket tesz az információs hadviselés terén. Pár évvel az orosz-grúz háború után az orosz-ukrán válság során szinte már csak információs hadviseléssel el lehetett foglalni egy fél országot. Az orosz-ukrán konfliktusban nem került sor tényleges harci cselekményekre Oroszország és Ukrajna között, csak a kelet-ukrajnai orosz nemzetiség és az ukrán haderő között. Elég volt felvonulni az orosz csapatoknak az orosz-ukrán határon, mely jelentős pszichikai nyomást gyakorolt az ukránokra. Az orosz csapatok ukrán határon való állomásozását megelőzte egy hónapokon keresztül zajló propaganda, melyhez a média segítségét vette igénybe Oroszország. Egyfelől az Ukrajnában fogható orosz nyelvű adók próbálták hatni a jelentős számú ukrainai orosz lakosságra. Másfelől az angol nyelven is sugárzó, orosz állami televízió a Russia Today is sugározta a propagandát nyugaton. A hadviselés célja Ukrajna szétszakítása volt. Így anélkül bomlott fel Ukrajna, hogy orosz katonai beavatkozás ténylegesen megtörtént volna.

Szíria esetében is hasonló dolog történt, az orosz érdekeknek megfelelő propagandával voltak teli a médiumok. Ebben az esetben az információs műveletek a katonai műveletek előkészítésében játszottak jelentős szerepet.

Napjainkban az oroszok által manipulált amerikai választásoktól hangos a nemzetközi sajtó. Amerikai titkosszolgálati dokumentumok támasztják alá, hogy Vlagyimir Putyin rendelte el az amerikai választás elleni kampányt. Az orosz kampány célja volt, hogy aláássa az amerikaiak demokráciába vetett hitét. Sikertelen is, hiszen az amerikai elnökválasztás eredménye megfelel az orosz érdekeknek.

Ez még csak a kezdet, hiszen az információs technológia fokozatosan fejlődik, ezáltal új távlatok nyílnak meg az emberiség számára, így a hadviselés terén is. Az információs forradalom kezdetén vagyunk, még nem sejtjük igazán, hogy milyen lehetőség és milyen veszélyek várnak ránk. De már elértünk egy olyan pontra, ahol számítógépek és információs rendszerek használata nélkül már nem tudunk élni. A fejlődés ugyan nem egyenletes a Földünkön, de még a legszegényebb országok is igyekeznek kialakítani információs rendszerüket. Azok a térségek, amik nem zárkoznak fel és lemaradnak, kiesnek az országok közötti vérkeringésből, főleg ami a gazdaságot illeti.

A civil élet területein is egyre szélesebb körben van és lesz szerepe az információs rendszereknek. Ezek jelentős új felületet adnak a támadók számára és sürgeti a fejlesztőket a minél biztonságosabb rendszerek kialakítására.

Egymással soha nem találkozó emberek képesek tüntetéseket vagy demonstrációkat szervezni, vagy forradalmat elindítani (pl. arab tavasz Facebook-forradalma). Ezek a szerveződések jelentős biztonsági kockázatot jelentenek.

Egyre nagyobb figyelmet kell szentelni a kormányzati oldalak információbiztonsága mellett, a civil felhasználóira is.

Felhasznált irodalom

Berki Gábor: A kibertéri konfliktusok változásai - Hadmérnök – Hadmérnök 2013. (8. évf.) 1. sz. 173-185. old http://hadmernok.hu/2013_1_berkig.pdf (2016.12.06.)

Fekete Csanád: A kiberhadviselés fejlődése <http://biztonsagpolitika.hu/publikaciok-2015/fekete-csanad-a-kiberhadviseles-fejlodeses-es-az-ukran-valsag-2> (2016.12.16.)

Kiss Adrienn: Konfliktusok a Kaukázusban – Hadtudomány http://real.mtak.hu/37522/1/11_Kiss20Adrienn_u.pdf (2016.11.25.)

Munk Sándor: Az információs műveletek típusai és modelljei http://m.ludita.uni-nke.hu/repozitorium/bitstream/handle/11410/2220/hadtud_2002_1_munk.pdf?sequence=1&isAllowed=y (2016.12.14.)

Rózsa Tibor: Az információs műveletek alkalmazásának lehetőségei a Magyar Honvédség feladatrendszerében Doktori értekezés, 2016. http://hhk.uni-nke.hu/uploads/media_items/rozsa-tibor-ezredes-az-informacios-muveletek-alkalmazasanak-lehetosegei-a-magyar-honvedseg-feladatrendszerben.original.pdf (2016.12.16.)

Zingarelli, Megan E.: The CNN effect and Al Jazeera effect in global politics and society, Georgetown University, Washington 2010. p. 7. <http://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/553423/zingarelliMeganElizabeth.pdf> (2016.12.10.)

NATO AJP-3.10 ALLIED JOINT DOCTRINE FOR INFORMATION OPERATIONS 2009 nov. (Section V-VI)