

Jogelméleti Szemle 2021/4. szám

TARTALOM

Tanulmányok

Bán-Forgács Nóra: Az adatvédelmi hatóság függetlenségének mércéje a magyar közjogban és az európai uniós jogban.....	3
Czabán Samu: Igazságkeresés az igazság kizárásával – a tiltott bizonyíték kognitív sorsáról és a mentális reprezentációk aszimmetrikus természetének jogi kérdéseiről.....	25
Repponi Felícia Laura: A gyermekkel való kapcsolattartás mint jog és kötelezettség – a szülői attitűdök és az önhiba értelmezési lehetőségei a kapcsolódó eljárásokban.....	36
Somfay Dorottya: A luhmanni ökológiai kommunikáció.....	60
Vértesy László – Széplaki Valéria: A viszontbiztosított állományátruházás szabályozása és gyakorlata	71

Szemle

Bódi Stefánia: Az Alaptörvény kilencedik módosítása	87
Lemango, Teketel Bekalo: Local Government Autonomy and its challenges: In the Ethiopian Experience	94

Konferenciatanulmány¹

Köblös, Adél: The jurisprudence of the Constitutional Court of Hungary in the cases related to legal relationships under private law	103
Bartis, Előd: Admitted exceptions of unconstitutionality regarding to the provisions of the Romanian Civil Code: The case law of the Romanian Constitutional Court.....	113
Bektasheva, Aida: Application of the fundamental rights in EU contract law: a brief overview	125
Dacar, Rok: The Slovenian Constitutional Court as an Actor in Commercial Disputes	132
Sehnálek, David: The Interpretation and Application of Fundamental Rights in Civil Cases in the Czech Republic.....	142

¹ „Application and interpretation of fundamental rights in civil cases”, 2021, Budapest (online).

Recenzió

Malustyik Brigitta: Recenzió „A közigazgatás tudománya és gyakorlata” című könyvről 152

Vita

Cs. Kiss Lajos: Filozófiai időutazás a kriminalisztikában 157

Finszter Géza: Észrevételek Czebe András: A forenzikus azonosítás filozófiája című doktori értekezéséről..... 190

Az adatvédelmi hatóság függetlenségének mércéje a magyar közjogban és az európai uniós jogban

I. Előzmények

Az 1989. október 23-án kihirdetett alkotmánymódosítással létrejött a köztársasági alkotmány, mely Kelet-Közép-Európában elsőként alkotmányos szintre emelte [59. §, 61. §] a személyes adatok védelmét és az információs szabadságot.² Az állampolgári jogok országgyűlési biztosának intézménye szintén ezen a napon foglaltatott alkotmányunkba.³ „Az alapjogi garanciarendszer valamennyi eleme – Alkotmánybíróság, bíróság, ügyészség, és az állampolgári jogok országgyűlési biztosa – a kerekasztal-tárgyalásokon kialakult politikai kompromisszum eredményeképpen az átalakított 1949-es Alkotmányban külön-külön fejezetekben került statuálásra. E négy szerv közül a bíróságok és az ügyészség a – tartalmilag – új Alkotmány előtt is működött. A két új szerv közül a részletes szabályokat csak az Alkotmánybíróság esetében alkotta meg az Országgyűlés, az ombudsmanokra vonatkozó szabályokkal azonban adós maradt.”⁴

Az Alkotmány V. fejezete az *állampolgári jogok országgyűlési biztosa* címet kapta.⁵ Az Alkotmány 32/B. § (1) bekezdése szerint az állampolgári jogok országgyűlési biztosának feladata, hogy az alkotmányos jogokat érintő eljárásokkal kapcsolatban tudomására jutott visszasságokat kivizsgálja vagy kivizsgáltassa, és orvoslásuk érdekében általános vagy egyedi intézkedéseket kezdeményezzen. A '89-es Alkotmány 32/B. § (3) bekezdése szerint az országgyűlési biztost a köztársasági elnök javaslatára az Országgyűlés választhatta. Az Országgyűlés *egyes alkotmányos jogok védelmére* külön biztost is választhatott.⁶ Ennek megfelelően hosszas előkészítés után, 1992. XI. 17-én elfogadták az *új sarkalatos törvényt*, a *személyes adatok védelméről* és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló 1992. évi LXIII. törvényt (Avtv.). Az Avtv. rendelkezett egy új szakombudsman, az adatvédelmi biztos megválasztásáról. „A személyes adatok védelméhez és a közérdekű adatok nyilvánosságához való alkotmányos jog védelme érdekében az Országgyűlés adatvédelmi biztost választ azok közül az egyetemi végzettségű, büntetlen előéletű, kiemelkedő tudású elméleti vagy legalább 10 évi szakmai gyakorlattal rendelkező magyar állampolgárok közül, akik az adatvédelmet érintő eljárások lefolytatásában, felügyeletében vagy tudományos elméletében jelentős tapasztalatokkal rendelkeznek és köztisztelőnek örvendenek.”⁷

Az ombudsmanok munkáját (feladatait és hatáskörét részletesen szabályozó) ombudsmani törvényt az Országgyűlésnek csak egy év múlva, 1993-ban sikerült elfogadnia:

¹ Tudományos segédmunkatárs (TK JTI)

² Az Adatvédelmi Biztos Beszámolója 1995-96. ABI. Budapest, 1997.10.o.

³ Haraszi Katalin tanulmányában részletesen bemutatja az intézménytörténetet. Lásd: HARASZTI M. Katalin: A lelkiismereti és vallásszabadság az általános ombudsman vizsgálatainak tükrében. <http://www.ajbh.hu/egyeb-kiadvanyok>

⁴ Hajas Barnabás – Szabó Máté: Az alapvető jogok húsz legutóbbi évéről – Magyarországon (1988-2008).5.o. <http://www.ajbh.hu/egyeb-kiadvanyok>

⁵ A fejezet címe 1990. VI. 25-től módosult: Az állampolgári jogok országgyűlési biztosa és a nemzeti és etnikai kisebbségi jogok országgyűlési biztosa címre. A fent hivatkozott bekezdésszámok ennek megfelelően szintén módosultak. A fenti állapot 1989. I. 24--1990. VI. 25-ig volt hatályos.

⁶ Az országgyűlési biztosokra vonatkozó részletes szabályokat alkotmányerejű törvény állapítja meg. [Alkotmány 32/B. § (5) bekezdés.]

⁷ Avtv. 23. § (1) bekezdése [különállapot]

az állampolgári jogok országgyűlési biztosáról szóló 1993. évi LIX. törvény (a továbbiakban: Obtv.), néven. Az Obtv. rendelkezései *valamennyi országgyűlési biztos* számára irányadóak.⁸ Az adatvédelmi biztost végül 1995. június 30-án - a 84/1995. (VII. 6.) OGY határozattal - megválasztotta Tisztelt Ház.⁹

A magyar Parlament 2011. április 18-án – hatályon kívül helyezve a köztársasági alkotmányt - elfogadta Magyarország új Alaptörvényét, amely 2012. január elsejétől hatályos. Magyarország Alaptörvényének átmeneti rendelkezéseiről szóló 2011. december 31-én kihirdetett törvény (Árt)¹⁰ 16. cikke kimondja, hogy „a hivatalban lévő adatvédelmi biztos megbízatása az Alaptörvény hatálybalépésével megszűnik.” Az új alkotmányszöveg az adatvédelmi biztos intézményéről már nem rendelkezik.¹¹ Az Alaptörvény a VI. cikk (3) bekezdése szerint „a személyes adatok védelméhez és a közérdekű adatok megismeréséhez való jog érvényesülését sarkalatos törvénnyel létrehozott, független hatóság ellenőrzi.” Ebből következik, hogy a személyes adatok védelméről és közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló 1992. évi LXIII. törvényt (Avtv.) felváltotta egy új jogszabály, az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló 2011. évi CXII. törvény (Infotv.). Az Infotv. nem ismeri az adatvédelmi biztosi tisztséget, *helyette bevezette a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság* intézményét. Az Infotv. 38. paragrafusa értelmében az adatvédelmi hatóság autonóm államigazgatási szerv. A Hatóság feladata a személyes adatok védelméhez, valamint a közérdekű és a közérdekből nyilvános adatok megismeréséhez való jog érvényesülésének ellenőrzése és elősegítése. Az Infotv. még később tárgyalandó rendelkezése, hogy a „Hatóságot elnök vezeti. A Hatóság elnökét a miniszterelnök javaslatára a köztársasági elnök nevezi ki, azok közül a jogász végzettségű, az országgyűlési képviselők választásán választható, magyar állampolgárok közül, akik az adatvédelmet vagy az információszabadságot érintő eljárások ellenőrzésében legalább tíz¹² év szakmai tapasztalattal rendelkeznek, vagy e területek valamelyikén tudományos fokozatot szereztek” [Infotv.40. § (1) bekezdése].

Az Infotv. indokolása visszautal az adatvédelmi törvényre és elismeri a korábbi adatvédelmi törvény vívmányait: „A személyes adatok védelméhez és a közérdekű adatok nyilvánosságához fűződő alapjogok érvényesítésének kereteit mindezülig a személyes adatok védelméről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló 1992. évi LXIII. törvény (a továbbiakban: Avtv.) határozta meg. Ez a minősített többséggel elfogadható törvény rögzítette a különböző adatkezelések jogszerűségének általános feltételeit, ezen belül egyrészt a személyes adatok kezelésének garanciális szabályait és az érintett információs önrendelkezési jogait, másrészt a közérdekű adatokhoz való hozzáférés módját, valamint az e jogok érvényesítésére rendelkezésre álló jogorvoslati lehetőségeket, létrehozva az adatvédelmi biztos jogintézményét és szabályozva hatáskörét. Az Avtv. által meghatározott magyar adatvédelmi rendszer európai összevetésben is kimagasló, csakúgy, mint az a

⁸ Az adatvédelmi biztost - az állampolgári jogok országgyűlési biztosáról szóló 1993. évi LIX. törvény alapján - 1993. október 1-jéig kellett volna megválasztani. A többpárti egyeztetést követően (kétharmados törvény a kisebbség szavazatához is kötött) a köztársasági elnök 1993. szeptemberében meghallgatta az általános ombudsman, az adatvédelmi biztos és az általános biztos helyettesének tisztségeire jelöltek, ám a jelöltek megválasztására nem került sor.

⁹ Ugyanekkor az állampolgári jogok országgyűlési biztosát és a nemzeti és etnikai kisebbségek jogainak biztosát is megválasztotta az Országgyűlés. Lásd: 84/1995. (VII. 6.) OGY határozat az országgyűlési biztosok választásáról. „Az Országgyűlés dr. Gönczöl Katalint az állampolgári jogok országgyűlési biztosának, dr. Polt Pétert az állampolgári jogok országgyűlési biztosa általános helyettesének, dr. Majtényi Lászlót adatvédelmi biztosnak, dr. Kaltenbach Jenőt a nemzeti és etnikai kisebbségi jogok országgyűlési biztosának megválasztotta.”

¹⁰ Az Árt. alkotmányosságával foglalkozó 45/2012. (XII. 29.) AB határozat a törvényt több ponton alkotmányellenesnek találta, de az adatvédelmi biztosra vonatkozó szabályokat nem semmisítette meg.

¹¹ Az Alaptörvény 30. cikke már nem biztosít önálló közjogi státuszt a nemzeti és etnikai kisebbségek biztosának sem a jövő nemzedék országgyűlési biztosának.

¹² A 10 éves gyakorlatot a 2012. évi XXV. törvény 4. § (1) bekezdése vezette be a korábbi öt év helyett.

nyilvánosságparti megközelítés, amelyet a közérdekű adatok megismerhetősége kapcsán alkalmaz[..]”.

Felmerül a kérdés, hogy ilyen előzmények után miért volt szükség új törvényi szabályozásra. A jogalkotó négy indokot talált ennek alátámasztására. Az első ok a jogalkotó azon aggodalma, hogy az adatvédelmi biztos *alkotmányos státuszát* az 1949. XX. törvény, tehát a rendszerváltás alkotmánya nem deklarálta. „Erre ad lehetőséget az Alaptörvény elfogadása, amelynek VI. cikke - a vonatkozó alapjogok biztosítása mellett - rendelkezik arról is, hogy a személyes adatok védelméhez és a közérdekű adatok megismeréséhez való jog érvényesülését sarkalatos törvénnyel létrehozott, független hatóság ellenőrzi, *alkotmányos szintre emelve*¹³ ezzel az említett alapjogok ellenőrzésére hivatott szerv függetlenségét. Az adatvédelmi biztosi intézményt ugyanis az Alkotmány kifejezetten nem szabályozta, ellentétben az állampolgári jogok országgyűlési biztosával és a nemzeti és etnikai kisebbségek jogainak felügyeletével megbízott országgyűlési biztossal”¹⁴. A jogalkotó így kívánta tehát alkotmányos szintre emelni az adatvédelem ügyét. Megjegyzendő, hogy az előterjesztőnek az adatvédelmi biztos helyzete iránti aggodalmát *enyhítette volna az a kézenfekvő megoldás is*, hogy az Alaptörvényben – pótolva a korábbi mulasztást – kodifikálják az adatvédelmi biztos közjogi helyét. Feleslegesnek tűnik ezért magas költségen új hatóságot létrehozni.

A második érv a miniszteri indokolás szerint, hogy „időszerű az információs önrendelkezési jogról, valamint az információs szabadságról új törvényt alkotni”. Mivel annak okát, hogy mennyiben időszerűtlen a korábbi Avtv. rendelkezése a jogalkotó nem fejt ki, (elmulasztotta meghatározni), ezért ezzel a kérdéssel többet nem foglalkozunk. Meg kell azonban jegyezni, hogy a korábbi adatvédelmi törvény (Avtv.) mindenben megfelelt a jogterületet irányító 95/46/EK¹⁵ adatvédelmi irányelv követelményeinek.¹⁶ A harmadik érv, hogy a megváltozott körülmények, az új Alaptörvény fogalomtára szükségessé tették a változásokat: „Az új körülmények szükségessé teszik, hogy az Alaptörvény koncepciójába illeszkedő és az európai uniós elvárásoknak megfelelő új szabályozás és szervezet jöjjön létre ezen a területen”. Arra azonban nem kapunk választ, hogy mennyiben idegen az Alaptörvény koncepciójától egy független adatvédelmi biztosi intézmény, hiszen számos európai országban működik az adatvédelmi biztoshoz hasonló független adatvédelmi ombudsman. Arra nem is érdemes gondolni, hogy az Alaptörvény demokratikus jellegét kérdőjelezi meg a jogalkotó, amikor a klasszikus ombudsman-típusú adatvédelmi biztosi modellt idegennek tartja az új alaptörvénytől. Végül a jogalkotó kitér arra, hogy „a biztosi intézmény működése során bebizonyosodott, hogy az ombudsmani hatáskör és eszköztár nem nyújt megfelelő mozgásteret és lehetőséget a jogsértések kivizsgálására és szankcionálására.

Az információtechnológia elterjedése, az ennek nyomán változó társadalmi szokások folytán, illetve a globalizáció által teremtett új helyzetben a '90-es évek közepén létrehozott ombudsmani rendszernél lényegesen hatékonyabb hatósági fellépésre van szükség. Erre a szerepre megfelelőbb szervezeti forma a hatóság, így az ombudsmani intézmény helyett az új kihívásokkal szembenézni képes hatóságot kell kialakítani”.¹⁷ Az adatvédelmi biztos

¹³ Kiemelés tőlem, Fn.

¹⁴ Lásd: Infotv. Miniszteri Indokolása, Általános Indokolás.

¹⁵ Az Európai Parlament és a Tanács 95/46/EK irányelve (1995. október 24.) a személyes adatok feldolgozása vonatkozásában az egyének védelméről és az ilyen adatok szabad áramlásáról. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:hu:HTML>

¹⁶ Sőt, több ponton magasabb védelmi szintet képviselt az irányelv követelményeinél. Például a sajtó adatkezelése területén.

¹⁷ „Az adatvédelmi biztos jellemzően nem reparálta a jogsértést. Amellett, hogy fellépett a jogszabályok megsértőivel szemben, elsősorban alapjogvédelemmel foglalkozott, azt tartotta szem előtt, hogy a magánszféra minél zavartalanabb, a közhatalom pedig minél átláthatóbb legyen. Az információs jogi szakombudsmant kifejezett alap- jogvédelmi rendeltetéssel választotta meg a parlament.” SZABÓ Máté Dániel. Az információs

intézményének fennállása alatt három hivatalban lévő ombudsman működött.¹⁸ Az adatvédelmi biztos fellépésének, szankciórendszerének természetét a három adatvédelmi biztos eltérően ítélte meg. A klasszikus ombudsmani felfogás közel állt az első adatvédelmi biztos munkásságához,¹⁹ míg a hatósági típusú fellépéssel szimpatizált a második és a harmadik adatvédelmi biztos is.²⁰

Összefoglalva tehát, bizonytalan, hogy milyen valós jogpolitikai okok vezettek a korábbi Avtv. hatályon kívül helyezéséhez és egy új adatvédelmi hatóság felállításához.²¹ Törvényes akadálya nem volt annak sem, hogy – a jogalkotó erre irányuló szándéka esetén, követve több európai ország joggyakorlatát²² – a meglévő adatvédelmi biztos intézményhez telepítsen kikényszeríthető, hatósági jogköröket is.²³ Tulajdonképpen az Infotv. sem tesz mást, mint hogy a klasszikus jogorvoslati lehetőségeken túl bizonyos adminisztratív, hatósági jogosítványokkal ruházza fel a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóságot. Erre utal, hogy a NAIH teljes mértékben megtartotta ombudsman-típusú jogköreit, melyeket az Infotv. VI. fejezetének 52. – 58. § rendelkezései részletesen szabályoznak.

II. Baljós árnyak: az Európai Alapjogi Ügynökség, a Velencei Bizottság és az Európai Bizottság érvelése

II.1. Az Európai Alapjogi Ügynökség álláspontja az adatvédelmi hatóság függetlenségéről

Az ügyben kötelezettségszegési eljárás indult Magyarország ellen 2012-ben. Ezt megelőzően, 2010-ben az Európai Alapjogi Ügynökség²⁴ összefoglaló jelentést készített,

hatalom alkotmányos korlátai. 176.o.

¹⁸ Majtényi László: 1995.06.30-2001.06.30; Péterfalvi Attila: 2001.12.12 - 2007.12.11; Jóri András: 2008.09.29. - 2011. 12.31.

¹⁹ Az ombudsman „csak tanácsot ad, véleményt nyilvánít, figyelmeztet” MAJTÉNYI László: *Ombudsman, állampolgári jogok biztosa*. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1992, 26. Lásd még: MAJTÉNYI László: Az adatvédelmi ombudsman – az adatvédelmi törvényhozás. *Magyar Közigazgatás*, 1990/8.

²⁰ Jóri András véleménye szerint „Az információs biztosnak mind az adatvédelem, mind az információs szabadság terén hatékony hatósági eszközrendszerrel kell rendelkeznie. Ez nem jelenti a „formátlan” ombudsmani eljárás lehetőségének feladását.” In: JÓRI András: Az adatvédelemért és az információs szabadságért felelős biztos intézményéről. *Fundamentum*, 2010/2. 20-29.o; „A hatósági jogkörök kérdéséhez: bar jómagam javasoltam először a magyar jogirodalomban a hatósági jogkörök erősítését, nagyon fontosak a biztos azon jogkörei is, amelyek nem hatóságra, inkább jogvédő szervre jellemzők [...]. Az európai fejlődés iránya éppen a közigazgatási hatóság felől a parlamenti biztos irányába vezet. Ezért a megoldás egy nem ombudsman jellegű parlamenti információs biztos: tehát országgyűlési biztos, hatósági hatáskörökkel, saját hivatali szervezettel”. In: Az Adatvédelmi Biztos Beszámolója, 2010. 18.o.

²¹ Túl azon, hogy a döntés következtében a hivatalban lévő adatvédelmi biztos elvesztette mandátumát.

²² A volt kelet-európai országok között ezt a modellt erősíti legjellemzőbb módon Szlovénia. <http://www.ip-rs.si/index.php?id=325>.

²³ A hatósági jogköröket a korábbi Avtv. is ismerte szűk körben. Az Avtv. 25. § (4) bekezdése szerint abban az esetben, ha „az adatkezelő vagy adatfeldolgozó a személyes adatok jogellenes kezelését (feldolgozását) nem szünteti meg, az adatvédelmi biztos határozatban elrendelheti a jogosulatlanul kezelt adatok zárolását, törlését vagy megsemmisítését, megtilthatja a jogosulatlan adatkezelést vagy adatfeldolgozást, továbbá felfüggesztheti az adatok külföldre továbbítását. A határozat ellen közigazgatási úton jogorvoslatnak nincs helye.” A határozat felülvizsgálatát „az adatkezelő, az adatfeldolgozó vagy az adatkezeléssel érintett személy a határozat kézhezvételét követő 30 napon belül - jogszabálysértésre hivatkozással kérheti a bíróságtól. [Avtv. 25. § (5) bekezdés]. Megjegyzendő, hogy ezt a szabályt az Avtv. 2003-as és 2005-ös módosítása pontosította, majd 2010-ben egy újabb rendelkezéssel egészítette ki: Ha az adatvédelmi biztos a (4) bekezdésben szabályozott eljárásában határozatot hoz, az e törvényben nem szabályozott kérdésekben a közigazgatási hatósági eljárásról szóló törvényt alkalmazni kell. [Avtv. 25. § (6) bekezdés]. Ezen felül, az adatvédelmi biztosnak a titokfelügyelet körében a kezdetektől fogva jogosultságai voltak, de ezek terjedelmét befolyásolta az a körülmény, hogy titokfelügyeleti jogkörével ritkán élt. Lásd: JÓRI, im: 24.o.

²⁴ Az Európai Alapjogi Ügynökség [The European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)] az Európai

„Adatvédelem az Európai Unióban: a nemzeti adatvédelmi hatóságok szerepe címmel”²⁵. A jelentés külön fejezete foglalkozik a nemzeti adatvédelmi hatóságok függetlenségével.²⁶ Ebben az Alapjogi Ügynökség megállapítja, hogy „az EU tagországok pozitív erőfeszítéseket tettek, hogy megfeleljenek az Adatvédelmi Irányelv 28. paragrafus (1) és (2) bekezdésének, amely megköveteli a tagállamoktól, hogy a nemzeti adatvédelmi hatóságaik ’teljes függetlenségben’ működjenek mikor a felruházott hatásköreiket gyakorolják”. Az ügynökség megállapítja, hogy számos tagországban „aggályos jogszabályi és gyakorlati akadályok merülnek fel a nemzeti adatvédelmi hatóságok valódi függetlenségével kapcsolatban”, a függetlenség sérelme a politikai hatalmi ágakkal szemben áll fenn²⁷. A „függetlenség garanciája”, az Alapjogi Ügynökség szerint, „elsősorban a hatóság kinevezése és az elmozdításának” eljárási szabályaival függ össze.²⁸

Számos tagállamban, jegyzi meg az Ügynökség, (ilyen Németország és Szlovénia például), az adatvédelmi hatóságot a törvényhozás választja, gyakran olyan eljárásban, amely a többség és az ellenzék között megállapodást kíván. (Például Görögországban). Néhány kivétellel, ez a rendszer – tehát a parlament által választott adatvédelmi hatóság - biztosítja a megválasztott közjogi tisztségviselők valódi önállóságát. Több országban ellenkező gyakorlat alakult ki, az adatvédelmi hatóságot közvetlenül a kormány nevezi ki (ilyen Írország vagy Luxemburg) a parlamenti ellenzék bevonása nélkül. Sok esetben ez az eljárás erőteljesen megkérdőjelezte az adatvédelmi hatóság valódi függetlenségét. „Ugyan ezeket az aggályokat vethetjük fel azon országokkal szemben, ahol az adatvédelmi hatóság az igazságügyi minisztérium alá van rendelve.” Végül, vannak olyan tagállamok, amelyek egy úgynevezett „vegyes rendszerben” bevonják a jelölési folyamatba a végrehajtó hatalmat, a törvényhozást, a bírói hatalmi ágot vagy egyéb társadalmi csoportokat. (Például Spanyolországban az Egyetemek Legfőbb Tanácsát). „Ezekben az esetekben fontos, hogy a kormányzat direkt vagy indirekt eszközökkel ne befolyásolja a jelölt személyét”, ezzel tulajdonképpen ellehetetlenítve a sokoldalú választási eljárást. Számos tagállamban (ilyen például Olaszországban), az adatvédelmi hatóság mandátuma hét évre szól, az újraválasztás pedig ki van zárva. Más országokban - ilyen Szlovénia vagy Lengyelország - az adatvédelmi hatóság tagjainak visszahívására csak hivatali kötelezettségmulasztás esetén van lehetőség és csak ugyan olyan eljárásban, ahogy az illetőt kinevezték. Ez a technikai megoldás az adatvédelmi hatóság magas szintű függetlenségét biztosítja a politikai befolyással és nyomásgyakorlással szemben. Más tagállamokban - például Írországban - az ellenkezőjét látjuk, a kormány közvetlenül elmozdíthatja az adatvédelmi biztost a hivatalából, ami aggályokat vet fel a valódi függetlenséggel kapcsolatban, különösen akkor, amikor a kormányzatot kell ellenőriznie az adatvédelmi hatóságnak a hatályos törvények szellemében.

Az adatvédelmi hatóság autonómiája különösen ott erős, ahol, mint Portugália vagy Görögország esete mutatja, a hatóság felállítását és működését kifejezetten az alkotmány szabályozza. Másik fontos garanciája az intézményi függetlenségnek, ha az adatvédelmi hatóság önálló jogi személy (például Spanyolországban és Máltán) és ha a hatóságnak joga van az alkotmánybíróság előtt eljárást kezdeményeznie. Mint ismeretes, sem a magyar Alaptörvény sem az új adatvédelmi hatóságról szóló Infotv. nem biztosít lehetőséget az

Unió decentralizált ügynöksége. Az Alapjogi Ügynökség segít biztosítani az Európai Unió tagállamaiban az alapjogok érvényesülését.

²⁵Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities. http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/815-Data-protection_en.pdf

²⁶Im. 19.o.

²⁷„In several countries, however, normative or practical obstacles raise concern as to the effective independence of the national supervisory bodies from the political branches of government.”

²⁸„The guarantee of independence is, in fact, primarily assured by the procedure of nomination and removal of the officers of the Data Protection Authorities.”

adatvédelmi hatóság számára, hogy az Alkotmánybírósághoz forduljon, annak ellenére, hogy az adatvédelmi biztosnak ezen jogosultságát a korábbi szabályozás garantálta.

II.2. A Velencei Bizottság álláspontja az adatvédelmi biztos függetlenségéről

Az Európa Tanács Parlamentjének Ellenőrző Bizottsága²⁹ 2012. február elsején felkérte a független alkotmányjogászokból álló tanácsadó testületét, a Velencei Bizottságot,³⁰ hogy véleményezzen néhány újonnan elfogadott magyar sarkalatos törvényt, köztük az Információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló 2011. évi CXII. törvényt (Infotv.) A Velencei Bizottság 2012. szeptember 25-én elkészítette jelentésének tervezetét³¹. A Velencei Bizottság 92. ülésén, 2012. október 12-13-án elfogadta a jelentés végső szövegét³². Az elfogadott jelentés szövege a magyar hatóságok észrevételeit is figyelembe veszi. A Velencei Bizottság megfogalmazásában „az adatvédelmi ombudsmani intézmény átalakítása adatvédelmi hatósággá sok kritikát kapott,”³³ mert így a felügyelő hatóság jobban függ majd azoktól, akiket ellenőrizni hivatott.³⁴ A Velencei Bizottság jelentése rámutat, hogy a magyar kormány szerint az átalakítás szükségszerű volt, mivel az új információs technológiák hatékony választ igényelnek, és egy közigazgatási típusú adatvédelmi hatóság hatékonyabb az ombudsmannál. Ugyanakkor a Bizottság ezen érvet nem találja „teljesen meggyőzőnek.”³⁵ A hatékonysága egy „intézménynek a hozzáértésén” (kompetenciáján) és mindenek előtt az „emberi és pénzügyi erőforrásain” alapul.³⁶ A Bizottság szerint hogy egy hatóság fel van-e ruházva kellő erőforrásokkal, az végső soron a döntéshozó politikai szereplők akaratán múlik. Semmi nem gátolja őket, hogy „felruházzák az ombudsmant mindazokkal a forrásokkal, amelyek a feladatai ellátásához szükségesek.”³⁷

A Velencei Bizottság utal az ügyben időközben indult Magyarország elleni kötelezettségszegési eljárásra. A kötelezettségszegési eljárás bizottsági szakában³⁸ 2012. januárban Magyarország módosította az új adatvédelmi törvényét, az Információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló 2011. évi CXII. törvényt (Infotv.) és ez – a Velencei Bizottság szerint - javított az adatvédelmi hatóság függetlenségének az általános megítélésén.³⁹ A Velencei Bizottság jelentése részletesen kitér az új adatvédelmi

²⁹Az Európa Tanács tagjainak kötelezettségeit és elkötelezettségét értékelő bizottság [Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee)]

³⁰ Hivatalos nevén: European Commission for Democracy through Law (Európai bizottság a demokrácia érvényesítésére a jog eszközeivel). A Velencei Bizottság ajánlásai nem kötelezőek a nemzetközi jog szerint, de a tagállamok általában követik azokat.

³¹ Melyet a magyar kormánynak is módja volt véleményezni. Az elfogadott jelentés végső szövege a magyar hatóságok észrevételeit is figyelembe veszi.

³² Opinion 672 / 2012. CDL-AD(2012)023. A teljes szöveg megtalálható: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)023-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)023-e)

³³ Jelentés 28. pont

³⁴ „[...]the new Authority seems more dependent on those it is supposed to control than the old Ombudsman.” Jelentés 36. pont

³⁵ „The Commission does not find that argument fully convincing”. Jelentés 29. pont.

³⁶ „The efficiency of an authority depends on its competencies and above all on its human and financial resources.” Jelentés 29. pont

³⁷ „Whether an authority is equipped with sufficient resources in the end depends on the will of the deciding political actors. Nothing prevents them from endowing an ombudsman with the resources which are required to accomplish its tasks.” Jelentés 29. pont.

³⁸ Lásd a következő pontban: II. 3. az Európai Bizottság álláspontja az adatvédelmi biztos függetlenségéről.

³⁹ „Following infringement proceedings launched by the European Commission in January 2012, Hungary amended the Act and the amendments have restored the independence of the Authority to a considerable extent.” Jelentés 30. pont. A jelenleg hatályos szövege a törvénynek különösen részletes szabályokat tartalmaz, hogy

szabályozás értékelhető részeire: elemzi a formális függetlenség garanciáját, miszerint a hatóság nem utasítható és feladata számára csak törvény állapíthat meg.⁴⁰

A törvény sokrétű, széles vizsgálati lehetőséget biztosít az adatvédelmi hatóságnak,⁴¹ a stabilitás szolgálja a hatóság elnökének hosszú időtartamú (kilenc évre szóló) kinevezése,⁴² a Velencei Bizottság megfelelőnek találja a hatóság elnökének elmozdítására vonatkozó szigorú szabályokat,⁴³ az elnök fizetésére vonatkozó szabályokat⁴⁴ és szigorú összeférhetlenségi szabályokat.⁴⁵ Az Infotv. 39. § -a pedig széles költségvetési autonómiát biztosít az adatvédelmi hatóságnak.⁴⁶ Mindezek után a Velencei Bizottság fontosnak tartja rámutatni a „megmaradt hiányosságokra”⁴⁷ is. Először, az új kinevezési rendszernek köszönhetően az adatvédelmi hatóság kevésbé független, mint a korábbi ombudsman⁴⁸. Ennek oka, hogy az Infotv. szerint a miniszterelnök javaslatára az államfő nevezi ki a hatóság elnökét, ezért a végrehajtó hatalomnak erős beleszólása van a kinevezésbe. Pontosabban, a kritika tárgya, hogy a törvényhozást teljesen kizárják az eljárásból.⁴⁹

Ugyanakkor, emlékeztet a Velencei Bizottság, Magyarország korántsem az egyetlen ország, amely ezt a jogkört inkább a végrehajtó hatalomhoz telepíti. „Az adatvédelmi hatóság vezetését vagy a parlament vagy a kormány nevezi ki” emlékeztet a Velencei Bizottság, utalva a Bizottság kontra Németország⁵⁰ (2010) per megállapítására⁵¹. A Velencei Bizottság jelentése hangsúlyozza, hogy az adatvédelmi hatóság elnöke hivatalvesztésének feltételeit csak azután módosította a magyar kormány, hogy ellene az Európai Unió Bizottsága kötelezettségzegési eljárást kezdeményezett. További két kritikai megjegyzése van a jelentésnek: az Infotv. értelmében az adatvédelmi hatóságnak adatvédelmi és információszabadság ügyekben jogszabály-veleményezési joga van. Az azonban nem egyértelmű, hogy közvetlenül a Parlamentnek nyújtja-e be a Hatóság a javaslatait, amely szintén egy többletgarancia lenne, vagy a kormány, illetve más csatornákon át gyakorolhatja a Hatóság jogszabály-veleményezési jogkörét.

közvetlenül és sok esetben indirekt módon biztosítsa az új adatvédelmi hatóság függetlenségét.

⁴⁰ Infotv. A Hatóság autonóm államigazgatási szerv. A Hatóság független, csak a törvénynek van alárendelve, feladatkörében nem utasítható, a feladatát más szervektől elkülönülten, befolyásolástól mentesen látja el. A Hatóság számára feladatot csak törvény állapíthat meg. [38. § (1) és (5)]

⁴¹ Infotv. 52. §.

⁴² Infotv. 40. § (3) A köztársasági elnök a Hatóság elnökét kilenc évre nevezi ki.

⁴³ Infotv. 45. § (1)-(8) bekezdése.

⁴⁴ Infotv. 43. § (1) bekezdése szerint „A Hatóság elnöke miniszteri illetményre és juttatásokra jogosult, azzal, hogy a vezetői illetménypótlék mértéke a miniszteri vezetői illetménypótlék másfélszerese”. A Velencei Bizottság jelentése – tévesen – a 40. §-hoz rendeli ezen szabályt.

⁴⁵ Infotv. 40. § (2) bekezdése értelmében „A Hatóság elnökének nem nevezhető ki az, aki a kinevezésre irányuló javaslat megtételének időpontját megelőző négy évben országgyűlési képviselő, európai parlamenti képviselő, köztársasági elnök, a Kormány tagja, államtitkár, helyi önkormányzati képviselő, polgármester, alpolgármester, főpolgármester, főpolgármester-helyettes, megyei közgyűlés elnöke vagy alelnöke, települési, területi vagy országos kisebbségi önkormányzat tagja, illetve párt tisztségviselője vagy alkalmazottja volt”. Megjegyzendő, hogy a Velencei Bizottság az összeférhetlenségi szabályoknál utal a 40. § (1) bekezdésére is, de azok csak kinevezésre vonatkozó szabályokat tartalmaznak.

⁴⁶ Infotv. 39. § (1) bekezdése értelmében „A Hatóság fejezeti jogosítványokkal felruházott központi költségvetési szerv, amelynek költségvetése az Országgyűlés költségvetési fejezetén belül önálló címet képez”.

⁴⁷ Jelentés 35. pont.

⁴⁸ Lásd Jelentés 36. pont.

⁴⁹ Jelentés 36. pont.

⁵⁰ Bizottság kontra Németország (C 518/07) 2010. március 9-i ítélete 44. §-a.

⁵¹ Az Európai Bizottság annak megállapítását kérte az EU Bíróságtól 2010-ben, hogy a Német Szövetségi Köztársaság – mivel a személyes adatoknak a nem állami szektorban történő kezelését ellenőrző hatóságokat egyes tartományokban állami felügyelet alá vonta - ezzel a tagállami adatvédelmi hatóságok „teljes függetlenségét” elvonta a 95/46/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv 28. cikke (1) bekezdésének értelmében.

Végül, kifogás emelhető az adatvédelmi hatóság köztisztviselői és munkavállalói jogviszonyának létesítésével kapcsolatban. „A Velencei Bizottság sajnálatosnak találja, hogy a Törvény [Infotv]. nem mondja ki explicit – ugyan a 38. §-ban garantált autonóm közigazgatási szerv státuszából ez levezethető –, hogy a hatóság elnöke, 'aki munkáltatói jogokat gyakorol a köztisztviselők és a munkavállalók felett', szabadon dönthet az alkalmazottak felvételéről”.⁵² A Bizottság javaslata, hogy módosítsák a jogszabály úgy, hogy az egyértelműen kimondja, hogy a „hatóság munkatársait a hatóság elnöke nevezi ki, minden külső befolyástól mentesen”.⁵³

II.3. Az Európai Bizottság álláspontja az adatvédelmi biztos függetlenségéről

Az Európai Unió Bizottsága 2012. január 17-én felszólító levélben kérte Magyarországtól, hogy indokolja három intézkedését: először is Magyarország idő előtt megszüntette a biztos megbízatását. Másodszor, a Bizottság megítélése szerint, a kormány nem folytatott konzultációt a biztossal az új adatvédelmi törvény tervezetéről, pedig köteles lett volna. Harmadszor, a Bizottság úgy vélte, hogy az új adatvédelmi törvény túl tág lehetőséget teremt az új adatvédelmi Hatóság elnöke megbízatásának idő előtti megszüntetésére, illetve a köztársasági elnök és a miniszterelnök szerepe a megbízatás megszüntetésével kapcsolatban lehetővé teszi, hogy az ország végrehajtó hatalma befolyásolja az új Hatóság elnökét. Magyarország 2012. február 17-i válaszában vitatta a jogsértést, arra hivatkozott, hogy az adatvédelmi biztos megbízatásának a megszüntetése a magyar *közjogi modell átalakításának következménye* volt. Magyarország arra is hivatkozott, hogy a korábbi adatvédelmi biztos a *sajtóban közzétett nyilatkozatai* alapján nem kívánt az új adatvédelmi Hatóság elnökévé válni. Ezenkívül hozzátette, hogy már sor került *az új elnök*, Péterfalvi Attila kinevezésére, mandátuma 2020. december 31-ig tart, és a jelenlegi elnök megbízatásának idő előtti megszüntetése – mint tudjuk - ellentétes lenne a függetlenségét biztosító jogszabályokkal. Magyarország *egyértelműen* vitatta az adatvédelmi biztos elmozdításának *jogszerűtlenségét*, de módosította az Infotv.-t annak megfelelően, hogy eleget tegyen a kritikai észrevételeknek az új adatvédelmi hatóság elnökének hivatalvesztésével kapcsolatban. A Bizottság 2012. március 7-én újabb véleményt küldött Magyarországnak, amelyben megismételte a biztos megbízatásának idő előtti megszüntetésével kapcsolatos aggályait, és felkérte Magyarországot, hogy tegyen eleget az uniós követelményeknek. Az Európai Unió Bizottsága ugyanakkor *visszavonta állítását* a biztossal az új törvény tervezetéről folytatott előzetes konzultáció hiányáról.

Az Európai Unió Bizottsága 2012. május 24-én keresettel fordult az Európai Unió Bíróságához annak megállapítására, hogy Magyarország, mivel idő előtt *megszüntette az adatvédelmi felügyelő hatóság megbízatását*, ezért megsértette a 95/46/EK irányelvből fakadó kötelezettségeit, különösen az adatvédelmi felügyelő hatóság függetlenségét, amelyet az irányelv 28. cikke (1) bekezdésének második mondata ír elő. A Bizottság szerint megalapozatlan a magyar érv, miszerint a Bizottság keresetének elfogadása az adatvédelmi Hatóság új elnöke mandátumának idő előtti megszüntetését *vonná maga után*, ami egyúttal alaptörvény-ellenes helyzethez vezetne. A Bizottság leszögezi, hogy az uniós jog *elsőbbségének elve* érvényesül, tehát az uniós jog elsőbbséget élvez a tagállamok alkotmányos rendelkezéseivel szemben. Ezenkívül, a Bizottság szerint az adatvédelmi felügyelő hatóság reformja egyáltalán *nem indokolta* az adatvédelmi biztos megbízatásának idő előtti *megszüntetését*. „Tökéletesen lehetséges lett volna, hogy Magyarország belső jogában előírja

⁵² Az Infotv. 50. § -a csak annyit mond, hogy „a Hatóság köztisztviselői és munkavállalói felett a munkáltatói jogokat a Hatóság elnöke gyakorolja”.

⁵³ Jelentés 40. pont.

akár azt, hogy az új rendszert csak az akkor hivatalban lévő [adatvédelmi] biztos megbízásának lejártá után kelljen alkalmazni, akár azt, hogy az új [adatvédelmi] Hatóság elnöke az [adatvédelmi] biztos legyen a megbízás idejéből hátralévő időtartamra”, ami megőrizte volna az adatvédelmi felügyelő hatóság függetlenségét.

Magyarország a keresetlevélre adott írásos válaszában kifejti, hogy a Bizottság keresete elfogadhatatlan. Magyarország hangsúlyozta, hogy az adatvédelmi hatóság Magyarországon minden külső befolyástól mentesen gyakorolja működését és minden ponton megfelel az irányelv 28. cikke szerinti, függetlenséggel kapcsolatos követelménynek.

III. Az Európai Unió Bíróságának főtanácsnoki álláspontja a Bizottság kontra Magyarország ügyben

A luxemburgi Bíróság főtanácsnoka, Melchior Wathelet, 2013. december 10-én benyújtotta⁵⁴ írásbeli indítványát az Európai Bírósághoz. A főtanácsnok indítványában rámutat, hogy az adatvédelmi biztos megbízásának 2011. december 31-i idő előtti megszüntetése elválaszthatatlanul kapcsolódott az új adatvédelmi Hatóság elnökének 2012. január 1-jei kinevezéséhez. „Ennélfogva, ha a Bíróság azt állapítaná meg, hogy a biztos megbízásának idő előtti megszüntetésével Magyarország megsértette az irányelv 28. cikke (1) bekezdésének második albekezdését, abból az következne, hogy a Hatóság elnökének kinevezése szintén jogellenes”, amint azt a Bizottság helyesen állítja. „Így az is következne belőle, hogy az [új adatvédelmi] Hatóság jelenlegi *elnöke* 2012. január 1-je óta az uniós jog megsértésével tölti be tisztségét”.

Azok a kérdések, hogy az új adatvédelmi törvény *megfelel-e* az irányelvben támasztott feltételeknek, vagy sem, illetve hogy az új adatvédelmi Hatóság funkcionális értelemben *függetlenül jár-e el*, vagy sem, nem érinti azt a kérdést, hogy Jóri András adatvédelmi biztos elmozdítása jogszerű volt-e.⁵⁵ A Bíróság korábban az esetleges joghatások *ellenére is* megállapította, hogy a Német Szövetségi Köztársaság - a Bizottság kontra Németország ügyben (2010). március 9-én hozott ítéletben⁵⁶ - és az Osztrák Köztársaság - Bizottság kontra Ausztria ügyben 2012. október 16-án hozott ítéletben⁵⁷ - *nem tett eleget* az irányelv 28. cikke (1) bekezdéséből fakadó kötelezettségeinek. Ennek következtében a joghatások a szóban forgó hatóságok által hozott intézkedéseket is érinthették.

A főtanácsnok érvelésében nem vitatja Magyarország azon jogát, hogy átalakítsa az adatvédelmi felügyelő hatóság szervezeti modelljét, és az egyszemélyi vezetés alá rendelt struktúráról testületi szervre térjen át. Ugyanakkor, álláspontja szerint, Magyarország az erre vonatkozó döntés meghozatala során nem tett eleget a felügyelő hatóságnak a megbízás ideje lejártáig megillető függetlenséggel kapcsolatos kötelezettségnek. „Bár elfogadható, hogy minden tagállamnak joga van olyan intézményrendszer kialakítani, amelyet saját országában a legmegfelelőbbnek tart, következésképpen azt utóbb át is alakíthatja, mindennek azonban az a feltétele, hogy az intézményrendszer kialakítása vagy utólagos átalakítása nem sértheti az

⁵⁴C-288/12.

sz.

ügy.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145407&pageIndex=0&doclang=HU&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76712#Footref16>

⁵⁵ Nem vizsgálta a főtanácsnok azt az érvet, hogy valóban a kötelezettségszegés megállapítása esetén érvénytelen-e az új [adatvédelmi] Hatóság által meghozott valamennyi aktus, mert nem az Európai Unió „Bírósága, hanem esetlegesen a magyar nemzeti bíróságok feladata, hogy a konkrét ügyekben ezen elv esetleges megsértését megállapítsák, és hogy meghozzák a megfelelő intézkedéseket, anélkül hogy akadályoznák a Bíróság ítéletének hatékony végrehajtását”. Az EUMSZ 258. cikkben létrehozott eljárás keretében a Európai Unió Bíróságának hatásköre csupán az esetleges kötelezettségszegés megállapítására terjed ki.

⁵⁶ A C-518/07. sz. ügyben hozott ítélet (EBHT 2010., I-1885. o.)

⁵⁷ A C-614/10. sz. ügyben hozott ítélet

irányelv 28. cikk (1) bekezdésének második albekezdése szerinti „teljes függetlenség” alapvető követelményét.”⁵⁸ A főtanácsnok megállapítja, hogy e hatóság függetlenségének „elengedhetetlen előfeltétele egy előre meghatározott időtartamú megbízás”⁵⁹, illetve a hatóság vezetőjének elmozdíthatatlansága e megbízási idő lejártáig, kivéve ha a megbízás megszüntetését a magatartásával vagy hivatali feladatai ellátásának képességével kapcsolatos, törvényben előre meghatározott, objektíve ellenőrizhető súlyos okok indokolják. „Ezért vitán felüli, hogy a megbízás végéig tartó elmozdíthatatlanság elválaszthatatlanul összefügg a „teljes függetlenséggel.”⁶⁰ „Hasonlóképpen, nem tekinthető úgy, hogy tiszteletben tartják a bírói függetlenséget, ha a bírót a részvételével működő bírói tanács megszüntetése és egy másik, akár független bírói tanáccsal való helyettesítése ürügyével tisztségéből idő előtt elmozdítják.”⁶¹ Tehát önmagában a hatóság megbízásának idő előtti megszüntetésével kapcsolatos *kockázat* az, amely folytán a hatóság „jogellenes beavatkozásnak vagy nyomásnak”⁶² lehet kitéve, és amely a hatóság vezetőjénél az „előzetes megfelelés” valamely formájához vezethet.

A főtanácsnok véleménye szerint a Bizottság „kellően bizonyította, hogy a biztos megbízásának megszüntetésére 2011. december 31-én az 1993. évi LIX. törvény 15. §-ában foglaltak megsértésével került sor,”⁶³ és hogy az e törvényben létrehozott, a megbízás védelmére szolgáló eljárási garanciákat nem tartották tiszteletben. Ezen túlmenően, 2012-ben az intézményi módosítások kapcsán „Magyarország nem fogadott el semmilyen átmeneti rendelkezést a biztos megbízási idejének – és ily módon a függetlenségének – a tiszteletben tartása érdekében.”⁶⁴ A főtanácsnok véleménye szerint nem releváns Magyarország azon állítása, hogy az adatvédelmi biztos az új hivatal elnökévé történő kinevezésére nem kerülhetett sor az általa nyilvánosan, a sajtóban tett kijelentések okán, miszerint a tisztséget nem fogadná el. A sajtóban megjelent ilyen kijelentések jogi kötőerővel nem bírnak. Az irányelv 28. cikkében, illetve az 1993. évi LIX. törvény 15. §-ában foglalt szigorú követelmények szabályozzák az adatvédelmi biztos hivatali tisztségének megszűnését.⁶⁵

IV. Az Európai Unió Bíróságának ítélete

IV.1. Elfogadható-e a kereset, avagy a jogbiztonság kérdése

A luxemburgi bíróság végül 2014. április nyolcadikán meghozta ítéletét.⁶⁶ A Bíróság előbb a kereset elfogadhatóságáról, utána az ügy érdeméről döntött. Az elfogadhatóság kapcsán a Bíróság alaposan megvizsgálta Magyarország azon érvét, miszerint a kereset azért elfogadhatatlan, mert a kötelezettségszegést „esetleg megállapító ítéletet nem lehetne

⁵⁸ Főtanácsnoki indítvány 70. pont.

⁵⁹ Lásd a Bizottság keresetlevelének 66. pontját.

⁶⁰ Lásd analógia útján Emesa Sugar ügyben (2000) hozott a C17/98. számú végzés (EBHT 2000., I-665. o.) 11. pontját.

⁶¹ Főtanácsnoki indítvány 72. pont

⁶² Lásd a Syfait és társai ügyben (2005) hozott a C 53/03. számú ítélet (EBHT 2005., I-4609. o.) 31. pontját.

⁶³ Főtanácsnoki indítvány 76. pont

⁶⁴ Főtanácsnoki indítvány 76. pont

⁶⁵ Az 1993. évi LIX. törvény 15. § a alapján a biztosnak a lemondást írásban kell közölnie az Országgyűlés elnökével. A Bíróság előtti iratokból kitűnik, hogy Jóri András e rendelkezésnek megfelelően nem mondott le a biztosi tisztségről.

⁶⁶C-288/12. sz. ügy. Lásd: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6af337f07297e4f58a6be9a6518736f86.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOb3r0?text=&docid=150641&pageIndex=0&doclang=hu&mode=lst&dir=&oc c=first&part=1&cid=188768>

végrehajtani.”⁶⁷ Ugyanis – szól Magyarország érvelése-, ha az EUB „megállapítja, hogy Magyarország a 95/46 irányelv megsértésével szüntette meg a biztos megbízatását, ezt a jogellenességet csak úgy lehetne orvosolni, hogy az [új adatvédelmi] Hatóság elnökét visszahívják, és a korábbi biztossal töltik be helyette ezt a tisztséget, ami az állítólagos kötelezettségszegés megismétlését jelentené.”⁶⁸ Márpedig Magyarország álláspontja szerint a Bíróság ítéletben nem állapíthatja meg a kötelezettségszegést, ha az érintett tagállam ezt az ítéletet csak az uniós jog megsértésével tudja végrehajtani. „Ráadásul a Hatóság elnöke megbízatásának idő előtti megszüntetése sértené az [új adatvédelmi] Hatóság függetlenségének Alaptörvényben foglalt elvét.”⁶⁹

Az Európai Unió Bírósága nem osztotta Magyarország érveit. Álláspontja szerint a kereset elfogadható. Ugyanis, ha bizonyítást is nyerne az ítéletben, hogy Magyarország a kötelezettségszegést csak a „95/46 irányelv, illetve a jogbiztonság elvének megsértésével lenne képes orvosolni”,⁷⁰ akkor is ez a tény „mindenképpen a kötelezettségszegést megállapító ítélet végrehajtása körébe tartozik, ennél fogva nem befolyásolja a jelen kereset elfogadhatóságát.”⁷¹ Magyarország azon „érvére hogy az állítólagos jogsértést esetleg megállapító ítélet végrehajtása alaptörvény-ellenes helyzetet teremtene, meg kell állapítani,”⁷² – hangsúlyozza a Bíróság - „hogy az állandó ítélkezési gyakorlat alapján az uniós jogból eredő kötelezettségek nem teljesítésének igazolása végett a tagállam nem hivatkozhat kifogásként nemzeti jogrendszerének rendelkezéseire, még az alkotmányos rendelkezésekre sem.”⁷³ Pontosan az uniós jog szupremáciája miatt.⁷⁴

A jogbiztonság kérdését a főtanácsnoki indítvány is megvilágítja. A főtanácsnok érvelésében két dolgot állít a jogbiztonsággal összefüggésben: az egyik szerint vitatható, hogy az új adatvédelmi hatóság valamennyi aktusa érvénytelen lenne azáltal, hogy az EUB megállapítja a kötelezettségszegést, de ennek megítélése – szól a második érv - a nemzeti bíróság kompetenciájába tartozik.⁷⁵

Melchior Wathelet főtanácsnok rámutat: „Nem győzött meg Magyarország azon érve sem, amely szerint a jelen kereset elfogadhatósága ellentétes a jogbiztonság elvével, mivel az állítólagos kötelezettségszegés megállapítása nyomán a jelen ügyben [az új adatvédelmi] Hatóság elnökének 2012. január 1-jét követően meghozott valamennyi aktusát az uniós joggal összeegyeztethetetlennek kellene tekinteni. A jogbiztonság elve valamennyi tagállam jogrendszerének közös elve, [...] amelyet minden körülmények között tiszteletben kell tartaniuk. Ugyanakkor anélkül, hogy állást foglalnánk azon érv megalapozottságával kapcsolatban, amely szerint az állítólagos kötelezettségszegés megállapítása folytán érvénytelen [az új adatvédelmi] Hatóság által 2012. január 1-jét követően meghozott valamennyi aktus, elegendő rámutatni arra, hogy nem a Bíróság, hanem esetlegesen a magyar nemzeti bíróságok feladata, hogy a konkrét ügyekben ezen elv esetleges megsértését

⁶⁷ C-288/12. sz. ügy 26. pont.

⁶⁸ Ítélet 26. pont.

⁶⁹ Ítélet 26. pont.

⁷⁰ Ítélet 34. pont

⁷¹ Ítélet 34. pont

⁷² Ítélet 35. pont

⁷³ Ítélet 35. pont

⁷⁴ Lásd többek között a Bizottság kontra Belgium ítélet, 102/79, EU:C:1980:120, 15. pontját, valamint a Bizottság kontra Portugália ítélet, C-70/06, EU:C:2008:3, 21. és 22. pontját.

⁷⁵ Mellesleg a Bíróság az esetleges joghatások ellenére is megállapította, hogy a Német Szövetségi Köztársaság (A C-518/07. sz. ügy) és az Osztrák Köztársaság (C-614/10. sz. ügy) nem tett eleget az irányelv 28. cikke (1) paragrafusának második bekezdéséből fakadó kötelezettségeinek, amely joghatásokat a szóban forgó hatóságok által hozott intézkedések tekintetében előidézhettek.[Lásd: Főtanácsnoki indítvány 51. pont.]

megállapítsák,⁷⁶ és hogy meghozzák a megfelelő intézkedéseket, anélkül hogy akadályoznák a Bíróság ítéletének hatékony végrehajtását.”⁷⁷

IV.1.2. Elfogadható-e a kereset avagy a joghatás problémája

Nem lehet azonban figyelmen kívül hagyni, hogy az Európai Unió Bírósága már korábban kimondta, hogy elfogadhatatlan a kötelezettségszegés megállapítása iránti kereset, ha az indokolással ellátott véleményben megállapított határidő lejártát követően a kötelezettségszegés a továbbiakban már nem keletkeztetett joghatásokat.⁷⁸ Kérdés tehát, hogy az adatvédelmi biztos leváltása keletkeztet-e máig ható joghatásokat. Magyarország e tekintetben arra hivatkozott, hogy a 2011. évi CXII. törvénnyel beiktatott új adatvédelmi hatóság mindenben eleget tesz a 95/46/EK irányelv garanciális szabályainak. Ha a Bíróság a kötelezettségszegést megállapítaná, ez „egyébiránt azzal járna, hogy az [új adatvédelmi] Hatóság jelenlegi elnökének valamennyi aktusa összeegyeztethetetlen lenne az uniós joggal, mivel azokat olyan felügyelő hatóság fogadta el, amely nem felel meg a 95/46 irányelv követelményeinek, ami sértené a jogbiztonság elvét.”⁷⁹

Az EUB szerint a jelen ügyben a kötelezettségszegés⁸⁰ abban áll, hogy a biztos nem láthatta el az eredetileg megállapított megbízatási idő végéig a megbízatását, és nem vitatott, hogy ez az időtartam az indokolással ellátott véleményben megállapított határidőig nem telt le⁸¹ Ilyen körülmények között „nem lehet úgy tekinteni, hogy az állítólagos kötelezettségszegés az indokolással ellátott véleményben megállapított határidő lejártát követően már nem fejtett ki joghatásokat.”⁸² A Főtanácsnoki indítvány hasonló érvelést alkalmaz: „azok a kérdések, hogy az új adatvédelmi törvény megfelel-e az irányelvben támasztott feltételeknek, vagy sem, illetve hogy az [új adatvédelmi] Hatóság függetlenül jár-e el [...] semmilyen módon nem befolyásolják azt a kérdést, hogy a biztos megbízatásának megszüntetése sérti-e az irányelv 28. cikke (1) bekezdésének második albekezdését.”⁸³

A főtanácsnok – megerősítve az ítélet érvelését - rámutat, hogy kötelezettségszegésnél az „eredendő bűn” a tagállam jogsértése. Az eredeti jogsértés megállapítását nem lehet azért kizárni, mert a jogsértés nyomán keletkezett újabb határozatok már megfelelnek a közösségi jognak. A főtanácsnok úgy véli „az ettől eltérő következtetés lehetővé tenné, hogy a tagállam elkerülje annak megállapítását, hogy egyes határozatai összeegyeztethetetlenek az uniós joggal, azzal az ürüggyel, hogy más, későbbi határozatai, amelyek meghozatala csak a

⁷⁶ A főtanácsnok hozzáteszi, hogy az Európai Unió Bírósága azon esetleges joghatások ellenére is megállapította, a fent idézett Németország és Auszria elleni ügyben az Irányelv 28. cikke (1) bekezdésének második bekezdéséből fakadó kötelezettségszegést, „amely joghatások [...] a szóban forgó hatóságok által hozott intézkedések tekintetében előidézhettek” [Bizottság kontra Németország ügyben hozott C 518/07. sz. ítélet és a Bizottság kontra Ausztria ügyben hozott C 614/10. sz. ítélet]

⁷⁷ Főtanácsnoki indítvány 49-50. pont.

⁷⁸ Lásd: Bizottság kontra Spanyolország ítélet, C-221/04, EU:C:2006:329, 25. és 26. pontját, valamint a Bizottság kontra Portugália ítélet, EU:C:2011:214, 33. pontját.

⁷⁹ Ítélet 27. pont

⁸⁰ Az elfogadhatóságról szóló fejezet – helyesen – állítólagos kötelezettségszegésről beszél, mert ennek tényleges tartalmát csak az ügy érdemében hozott döntés tartalmazza.

⁸¹ A Bíróság állandó ítélkezési gyakorlata értelmében a kötelezettségszegés fennállását a tagállamnak az indokolással ellátott véleményben rögzített határidő leteltének időpontjában fennálló helyzete alapján kell megítélni. Lásd: Bizottság kontra Portugália ítélet, C-20/09, EU:C:2011:214, 31. pont és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat. Magyarország számára ez a határidő 2012. április 7-én járt le.

⁸² Ítélet 31. pont

⁸³ Főtanácsnoki indítvány 47. pont.

jogsértés nyomán vált lehetségessé, az uniós joggal összeegyeztethetőek, és azokat csak úgy lehetne módosítani, ha ugyanazt a jogsértést ismét elkövetnék.”⁸⁴

IV.1.3. Elfogadható-e a kereset vagy lehetetlen végrehajtani az ítéletet?

Hogy Magyarország miként tud jogszerűen eleget tenni az ítéletben foglaltaknak, az a Bíróság érvelésében nem képezi az ítélet tárgyát. Ha „egy tagállam nem teljesítette a Szerződésekből eredő valamely kötelezettségét, az adott államnak⁸⁵ [...] meg kell tennie az Európai Unió Bíróságának ítéletében foglaltak teljesítéséhez szükséges intézkedéseket, és annak eldöntése, hogy melyek a kötelezettségszegést megállapító ítéletben foglaltak teljesítéséhez szükséges intézkedések, nem képezi az EUMSZ 258. cikk alapján meghozott ítélet tárgyát.”⁸⁶

E tekintetben a Bíróság érvelésén túlmegegy a főtanácsnoki indítvány, amely kimondja, hogy az ítélet végrehajtható. A főtanácsnok „nem tud[...] egyetérteni Magyarországgal azzal kapcsolatos érveléssel, hogy lehetetlen végrehajtani az állítólagos kötelezettségszegést esetleg megállapító ítéletet”⁸⁷

A főtanácsnok idézi, hogy „Magyarország arra tekintettel hivatkozik a bizottsági kereset elfogadhatatlanságára, hogy csak úgy lenne képes végrehajtani a kötelezettségszegést megállapító ítéletet, ha megismételné az ítéletben megállapított kötelezettségszegést.”⁸⁸ A főtanácsnok így fogalmaz: „A jelen ügyben a kötelezettségszegés megállapítása, deklaratív jellege ellenére, fontos joghatásokkal bírna, amelyek szükségképpen kihatnának az [új adatvédelmi] Hatóság jelenlegi elnökének jogállására, amint azt egyébként Magyarország is hangsúlyozza (noha a jogsértés esetleges megállapításával szemben felhozott érveként.⁸⁹ [...] A biztos megbízatásának [...] idő előtti megszüntetése elválaszthatatlanul kapcsolódott az [új] Hatóság elnökének 2012. január 1-jei kinevezéséhez. Ennélfogva - folytatja érvelését a főtanácsnok - ha a Bíróság azt állapítaná meg, hogy a biztos megbízatásának idő előtti megszüntetésével Magyarország megsértette az irányelv 28. cikke (1) bekezdésének második albekezdését, abból az következne, hogy az [új adatvédelmi] Hatóság elnökének kinevezése szintén jogellenes. Így az is következne belőle, hogy a [új adatvédelmi] Hatóság jelenlegi elnöke 2012. január 1-je óta az uniós jog megsértésével tölti be tisztségét.”⁹⁰

Ezért – fogalmaz a főtanácsnok - „megalapozatlanok az esetleges kötelezettségszegést megállapító ítélet végrehajtásának lehetetlenségével kapcsolatos érvek, mivel – amint azt a Bizottság jelzi – a jelen ügyben az állítólagos kötelezettségszegést megállapító ítélet végrehajtása lehetséges lenne akár úgy, hogy Jóri Andrászt visszahelyezik biztosi tisztségébe az eredeti megbízatási idejéből hátralévő időtartamra, akár úgy, hogy kinevezik az [új adatvédelmi] Hatóság elnökévé.”⁹¹

⁸⁴ Főtanácsnoki indítvány 48. pont

⁸⁵ az EUMSZ 260. cikk (1) bekezdése értelmében

⁸⁶ „Az EK 226. cikk szerinti tagállami kötelezettségszegés megállapítása iránti eljárásban a Bíróságnak ugyanis csak a közösségi rendelkezés megsértését kell megállapítania. Ezt követően az EK 228. cikk (1) bekezdése szerint az adott tagállamnak meg kell tennie a Bíróság ítéletében foglaltak teljesítéséhez szükséges intézkedéseket [...]. Annak eldöntése tehát, hogy melyek az EK 226. cikk alapján kötelezettségszegést megállapító ítélet teljesítéséhez szükséges intézkedések, független az ilyen ítélet tárgyától, és e kérdés nem lehet az említett ítélet értelmezése iránti kérelem tárgya.” Bizottság kontra Németország ítélet, 2007. július 18. C-503/04, EU:C:2007:432, 15. pont.

⁸⁷ Főtanácsnoki indítvány 36. pont.

⁸⁸ Főtanácsnoki indítvány 40. pont.

⁸⁹ Magyarország érvelésében sérti a jogbiztonság elvét a kötelezettségszegést megállapító kereset, mert az kihatással lenne az új adatvédelmi Hatóság jogszerűen megválasztott elnökének státuszára.

⁹⁰ Főtanácsnoki indítvány 44-45. pontja.

⁹¹ Főtanácsnoki indítvány 46. pont.

A főtanácsnok érve a Bizottság érvelését külön is megerősíti: a Bizottság „véleménye szerint semmiképpen nem lehetetlen a kötelezettségszegés orvoslása, és úgy véli, hogy Magyarországnak meg kell tennie a szükséges intézkedéseket annak érdekében, hogy megbízatási idejének rendes lejártáig, azaz 2014 szeptemberéig ismét Jóri András töltsse be az irányelv 28. cikke szerinti tisztséget. A Bizottság szerint az, hogy Magyarország hogyan orvosolja a kötelezettségszegést, e tagállam hatáskörébe tartozik, és a jelen kereset szempontjából irreleváns.”⁹²

IV.2. A jelen ítélet időbeli hatályának korlátozásáról

Magyarország határozott kérelme volt, hogy ha a Bíróság helyt adna a Bizottság keresetének, korlátozza az ítélet időbeli hatályát az új adatvédelmi Hatóság jelenlegi elnökének a megbízatása végéig.⁹³ „Magyarország a [...] jelenlegi eljárásban egyértelműen jelezte arra irányuló kérelmét, hogy a kötelezettségszegés esetleges megállapítása ne érintse a Hatóság jelenleg hivatalban lévő elnökének megbízatását, még ha az 'időbeli hatály korlátozása' kifejezés nem is szerepel az ellenkérelemben.” Magyarország tehát kifejezetten a bírósági ítélet következményeire tekintettel kérte az ítélet időbeli hatályának korlátozását. Az időbeli hatály korlátozásának lényege ugyanis, hogy a kormányzat által kinevezett új adatvédelmi hatóság elnökének a megbízatása végéig korlátozva legyenek az ítélet jogkövetkezményei. A kérelem alátámasztására Magyarország előadta az új adatvédelmi jogszabály, az Infotv. teljes összhangját a 95/46/K irányelvvel „valamint a jelen ügy által felvetett kérdés újdonságára” hivatkozott. Az EUB az időbeli hatály korlátozására vonatkozó kérelmet elutasította. A luxemburgi Bíróság szerint, ha feltételezzük is, hogy „a jogbiztonsággal kapcsolatos megfontolások kivételesen szükségessé tehetik [az ítélet] időbeli hatályának korlátozását, [...] Magyarország nem bizonyította meggyőzően, hogy e feltételek teljesülnek. [...] ugyanis az uniós jogot nem lehetett ésszerűen úgy értelmezni, hogy az lehetővé teszi, hogy Magyarország idő előtt megszüntesse a biztos megbízatását.”⁹⁴

IV.3. Az ügy érdeméről az EUB álláspontja

A Bíróság megállapította, hogy Magyarország, mivel idő előtt megszüntette a személyes adatok védelmét felügyelő hatóság megbízatását, nem teljesítette a 95/46/EK irányelvből eredő kötelezettségeit.⁹⁵ „Tény, hogy a tagállamok szabadon határozhatják meg és módosíthatják azt az intézményi modellt, amelyet a felügyelő hatóságaik tekintetében legalkalmasabbnak vélnek. Ennek során azonban figyelemmel kell lenniük arra, hogy nem sérthetik a felügyelő hatóság függetlenségét, amely a 95/46 irányelv 28. cikke (1)

⁹² Főtanácsnoki indítvány 30. pont

⁹³ „Magyarország a [...] jelenlegi eljárásban egyértelműen jelezte arra irányuló kérelmét, hogy a kötelezettségszegés esetleges megállapítása ne érintse az [új adatvédelmi] Hatóság jelenleg hivatalban lévő elnökének megbízatását, még ha az 'időbeli hatály korlátozása' kifejezés nem is szerepel az ellenkérelemben.” [Ítélet 63. pont] A főtanácsnoki indítvány szerint: „Magyarország azt javasolja, hogy a Bíróság korlátozza ítéletének időbeli hatályát, és rendelkezzen úgy, hogy a megállapított kötelezettségszegés nem érinti a Hatóság elnökének megbízatását. Kérelme alátámasztása érdekében e tagállam a 2011. évi törvénynek a 95/46 irányelvvel való összeegyeztethetőségére, valamint a jelen ügy által felvetett kérdés újdonságára hivatkozik.” [Főtanácsnoki indítvány 28. pont.]

⁹⁴ Az időbeli hatály korlátozása rendkívül összetett kérdés a bíróság joggyakorlatában.

⁹⁵ „A fenti megfontolásokra tekintettel meg kell állapítani, hogy Magyarország, mivel idő előtt megszüntette a személyes adatok védelmét felügyelő hatóság megbízatását, nem teljesítette a 95/46 irányelvből eredő kötelezettségeit.” Ítélet 62. pont

bekezdésének második albekezdéséből következik [...]”⁹⁶ Ha valamennyi tagállam számára megengedett lenne, hogy a felügyelő hatóság megbízatását az eredetileg megállapított megbízatási idő lejárta előtt megszüntessék, anélkül hogy tiszteletben tartanák az e célból előzetesen meghatározott szabályokat és garanciákat, akkor e hatóság fölött megbízatásának gyakorlása közben végig ott lebegne a megbízatás idő előtti megszüntetésének fenyegetése, ami e hatóság politikai hatalomnak való megfeleléséhez vezetne, és ez önmagában megkérdőjelezi az adatvédelmi hatóság teljes függetlenségét.⁹⁷

Ahogy a Bíróság esetjogában megállapította⁹⁸ „önmagában az a kockázat, hogy az adatkezelést ellenőrző hatóságok döntéseire az őket felügyelő állami hatóságok politikai befolyást gyakorolhatnak, már elegendő akadályát jelenti annak, hogy az előbbiek független módon láthassák el feladatköriüket.”⁹⁹ Az egyik ilyen kockázat a Bíróság érvelésében a független hatóságnak az öt felügyelő (politikai) szervhez történő ’idő előtti igazodás’.¹⁰⁰ Másrészt a magánélethez való jog őrzője, mint adatvédelmi biztosi szerep, megköveteli, hogy az adatvédelmi hatóságok „mentesek legyenek a részrehajlás legcsekélyebb gyanújától is”.¹⁰¹ „Ellentétben Magyarország állításával az adatvédelmi hatóság „funkcionális függetlensége” „önmagában nem elegendő ahhoz, hogy a felügyelő hatóságok védve legyenek bármilyen külső befolyástól.”¹⁰² Ugyanis „a felügyelő hatóságok által élvezett funkcionális függetlenség abban az értelemben, hogy tagjai feladatköriük ellátása során senkitől nem fogadhatnak el utasítást, szükséges,”¹⁰³ de korántsem elégséges feltétele annak, hogy e hatóságok megfeleljenek¹⁰⁴ az irányelv értelmében a teljes függetlenség követelményének.¹⁰⁵

A jelenlegi „helyzetben nem tekinthető úgy, hogy a felügyelő hatóság a részrehajlás legcsekélyebb gyanújától mentesen működhet. A 95/46 irányelv 28. cikke (1) bekezdésének második albekezdésében szereplő függetlenségi követelményt ennél fogva szükségképpen úgy kell értelmezni, hogy az magában foglalja azt a kötelezettséget is, hogy a felügyelő hatóságok megbízatásának időtartamát annak leteltéig tiszteletben kell tartani, és a megbízatást csak az alkalmazandó jogszabályokban foglalt szabályok és garanciák tiszteletben tartása mellett lehet idő előtt megszüntetni.”¹⁰⁶

A Bíróság állandó esetjogában már megállapította, hogy a 95/46/EK irányelv 28. cikke (1) cikkének második bekezdését „úgy kell értelmezni, hogy a személyes adatok védelmét felügyelő hatóságoknak olyan függetlenséggel kell rendelkezniük, amely lehetővé teszi számukra, hogy feladataik ellátása során külső befolyástól mentesen járjanak el. E

⁹⁶ Ítélet 60. pont.

⁹⁷ Ítélet 54. pont. Lásd még: Bizottság kontra Ausztria ítélet, EU:C:2012:631, 51. pontját.

⁹⁸ Bizottság kontra Németország C-518/07. sz. ítélet, EU:C:2010:125, 36. pont és Bizottság kontra Ausztria C-614/10 sz. ítélet, EU:C:2012:631, 52. pont.

⁹⁹ Ítélet 53. pont.

¹⁰⁰ Ítélet 53. pont. A Bizottság és az öt támogató európai adatvédelmi biztos szerint elengedhetetlen, hogy miután a tagállam megállapította a hatóság megbízatásának időpontját, tiszteletben tartsa azt, anélkül hogy lehetősége lenne azt idő előtt megszüntetni, kivéve, ha azt súlyos és objektíve ellenőrizhető okok indokolják. A megbízatás idő előtti megszűnése megteremti a felügyelő hatóság jogellenes befolyásolásának kockázatát feladatai gyakorlása során, ami sérti a függetlenségét. [Lásd: Fótanácsnoki indítvány 55. pont].

¹⁰¹ Ítélet 53. pont.

¹⁰² Ítélet 52. pont.

¹⁰³ Ítélet 52. pont.

¹⁰⁴ Magyarország érve ugyanis az, hogy a „95/46 irányelv 28. cikkének (1) bekezdésében foglalt függetlenségi követelmény a felügyelő hatóságot a feladatköri ellátása során megillető függetlenséghez kapcsolódik”, vagyis „funkcionális függetlenséget” jelent. A magyar szabályozás pedig „mind 2012. január 1-je előtt, mind azt követően teljes mértékben megfelelt ennek a követelménynek.” Az Irányelv „28. cikkéből nem lehet levezetni olyan követelményt, hogy az említett hatóságot vezető személy számára alanyi jogot kell biztosítani e feladatkör ellátására.” Amennyiben [...] funkcionális függetlenség biztosított, csekély a jelentősége annak, hogy a hatóság vezetőjének személye akár eredeti megbízatásának lejártát megelőzően megváltozik.” [Ítélet 42. pont].

¹⁰⁵ Lásd: Bizottság kontra Ausztria ítélet, EU:C:2012:631, 42. pont.

¹⁰⁶ Ítélet 55. pont.

függetlenség kizár többek között bármilyen összefonódást vagy bármely más formában jelentkező, akár közvetlen, akár közvetett külső befolyást, amely hatással lehetne határozataikra, és így akadályozhatná az említett hatóságoknak a magánélet védelméhez való alapvető jog és a személyes adatok szabad áramlása közötti helyes egyensúly létrehozásában¹⁰⁷ álló feladatuk teljesítését.”¹⁰⁸

Az új adatvédelmi hatóság és a korábbi adatvédelmi biztos „feladatköre lényegében azonos, azaz a 95/46 irányelv alapján a nemzeti felügyelő hatóságokra ruházott feladatokat látják el, [...] a 2011. évi törvény 75. §-ának (1) és (2) bekezdése biztosítja köztük a folytonosságot¹⁰⁹ az ügyek intézése tekintetében. Önmagában az intézményi modell megváltoztatása tehát nem igazolhatja objektív módon a biztosi tisztség ellátásával megbízott személy megbízatásának olyan átmeneti intézkedések nélkül történő megszüntetését,¹¹⁰ amelyek alapján biztosítható a megbízatása időtartamának tiszteletben tartása.”¹¹¹

„Emlékeztetni kell arra, hogy Magyarországon az 1992. évi törvény alapján a hat évre megválasztott, egy alkalommal újraválasztható biztos látta el a személyes adatok védelmének felügyeletéért felelős, 95/46 irányelv szerinti hatóság feladatát, amit Magyarország nem vitat.”¹¹² A Főtanácsnoki indítvány ezen érvelés mellett oszítja az Európai Bizottság álláspontját: „a magyar felügyelő hatóság reformja nem indokolja a biztos megbízatásának megszüntetését. Tökéletesen lehetséges lett volna, hogy Magyarország belső jogában előírja akár azt, hogy az új rendszert csak az akkor hivatalban lévő biztos megbízatásának lejártá után kelljen alkalmazni, akár azt, hogy a Hatóság elnöke a biztos legyen a megbízatási idejéből hátralévő időtartamra, ami megőrizte volna az adatvédelmi felügyelő hatóság függetlenségét.”¹¹³

A jelen ügyben az adatvédelmi biztosra az állampolgári jogok országgyűlési biztosáról szóló 1993. évi LIX. törvény 15. §-ának (1) bekezdését, illetve a személyes adatok védelméről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló 1992. évi törvény 23. §-ának (2) bekezdését kell alkalmazni. Eszerint a biztos megbízatása csupán a megbízatási időtartam leteltével, halállal, lemondással, az összeférhetetlenség kimondásával, felmentéssel és a tisztségtől való megfosztással szűnhet meg.¹¹⁴ Az utóbbi három esetben a megszűnéshez az országgyűlési

¹⁰⁷ Magyarország érvelésében ugyanis a „95/46 irányelv nem határozza meg sem a felügyelő hatóságok felépítését és szervezetét, sem pedig a hatóságot vezető személyek megbízatásának időtartamát, ezért a tagállamok szabadon dönthetnek e hatóságok intézményi felépítéséről. Ez a szabadság kiterjed a felügyelő hatóság” vezetőjének „megválasztására, illetve modellváltás esetén” a megválasztott személy „leváltására” akkor is, „ha erre a hivatalban lévő felügyelő hatóság megbízatásának idő előtti, ex lege megszüntetése eredményeként kerül sor.” [Ítélet 43. pont].

¹⁰⁸ Ítélet 51. pont Lásd továbbá: Bizottság kontra Németország ítélet, EU:C:2010:125, 30. pontját és a Bizottság kontra Ausztria ítélet, EU:C:2012:631, 41. és 42. pontját.

¹⁰⁹ A Bizottság rámutat, hogy Magyarország más szempontból – nevezetesen a folyamatban lévő ügyek és az adatkezelés tekintetében – biztosította a régi és az új hatóság közötti folytonosságot. [Lásd: Főtanácsnoki indítvány 56. pont]

¹¹⁰ Magyarország érvelésében arra hivatkozott, hogy az intézményi modell „ megváltoztatása [...] olyan objektív ok, amely igazolja a biztos megbízatásának idő előtti megszüntetését. [Ítélet 45. pont] A Bizottság szerint „jelen ügyben Magyarország nem bizonyította olyan objektív ok fennállását, amely igazolja a biztos megbízatásának idő előtti megszüntetését.” A „felügyelő hatóság átalakítása nem lehet elfogadható igazolás, még akkor sem, ha Magyarországnak jogában áll megváltoztatni felügyelő hatóságának intézményi modelljét.” [Ítélet 39. pont]. „Ezenkívül a Bizottság szerint az adatvédelmi felügyelő hatóság reformja egyáltalán nem indokolja a biztos megbízatásának idő előtti megszüntetését. Hozzáteszi, és ezt Magyarország ellenkérelmében nem vitatta, hogy tökéletesen lehetséges lett volna belső jogszabályban előírni, hogy az új modellt csak az akkor hivatalban lévő biztos megbízatásának lejártát követően kelljen alkalmazni, vagy hogy a Hatóság első elnöke a biztos legyen a megbízatásából hátralévő időtartamra.” [Főtanácsnoki indítvány 32. pont]

¹¹¹ Ítélet 61. pont.

¹¹² Ítélet 49. pont.

¹¹³ Főtanácsnoki indítvány 56. pont.

¹¹⁴ Ezt az értelmezést tükrözik – analógia útján - az európai adatvédelmi biztos megbízatásának megszűnésére vonatkozó szabályok is. A 45/2001/EK rendelet V. fejezet, különösen a 42. cikk (4) és (5) bekezdései szigorúan szabályozzák azokat a körülményeket, amelyek között az európai adatvédelmi biztos megbízatását idő előtt meg

képviselők kétharmadának szavazatával meghozott határozat volt szükséges.¹¹⁵ „Márpedig – fogalmaz a luxemburgi Bíróság – nem vitatott, hogy a biztos megbízásának megszüntetésére nem e rendelkezések valamelyikének alkalmazásával került sor, és nem vitatott különösen az, hogy a biztos hivatalosan nem mondott le.”¹¹⁶

A Bíróság az adatvédelmi biztos lemondása körüli vitára ítéletében nem tér ki, erről a főtanácsnoki indítvány azonban részletesen beszámol: Magyarország leszögezte, hogy a hivatalban lévő adatvédelmi biztos, Jóri András, a magyar sajtóban, illetve a kormánnyal folytatott levelezésben utalt rá, hogy az intézményi változásokat szükségtelennek tartja. Egyik sajtónyilatkozatában az adatvédelmi biztos kifejezetten elhárította, hogy az átalakított intézményt vezesse. Ezért a „biztos ezen új tisztségre való kinevezése indokolatlan és értelmetlen lett volna, tekintettel az általa tett több nyilvános nyilatkozatra, amelyek szerint alapvetően nem ért egyet az új intézményi modellel, és egy ilyen kinevezést nem fogadna el.”¹¹⁷ A főtanácsnoki indítvány szerint¹¹⁸ Magyarország nem bizonyította, hogy a biztos visszautasította volna az új adatvédelmi Hatóság vezetésének tisztségét, a sajtóban megjelent interjúkban a biztos által ezzel kapcsolatban tett megnyilatkozások irrelevánsak. Az Obtv. 15.§-ának (3) bekezdése alapján az adatvédelmi biztos a lemondását írásban kell közölnie a magyar Országgyűlés elnökével. Minthogy nem ez volt a helyzet, Magyarország nem alapozhat a sajtóban megjelent homályos nyilatkozatokra olyan feltételezést, amely szerint a biztos már ne lett volna hajlandó ellátni az 95/46/ EK Irányelvben meghatározott feladatait. A főtanácsnoki indítvány – elfogadva az ügyben a bizottsági álláspontot - hozzáteszi, hogy Magyarország soha nem ajánlotta fel Jóri András számára az új tisztséget, és soha nem biztosította őt arról, hogy átmeneti rendelkezéseket fogadnak majd el annak érdekében, hogy lehetővé tegyék számára a megbízása meghosszabbítását annak rendes lejártáig.¹¹⁹ A főtanácsnok „Rámutat egyébként, hogy a Magyarország által az indokolással ellátott véleményre adott, 2012. március 30-i válaszában foglaltaknak létezik egy olyan olvasata, amely szerint Jóri András biztos éppen azért fejezte ki egyet nem értését az új adatvédelmi törvénnyel kapcsolatban, hozzátéve, hogy nem fogadná el a Hatóság elnökévé történő kinevezését, amennyiben ezt felajánlanák számára, mert úgy vélte, hogy a Hatóság létrehozásával nem tartották tiszteletben a függetlenségre vonatkozóan az irányelv által előírt követelményt.”¹²⁰

Összefoglalva az ügy érdemét, a jelen ügyben Magyarország nem bizonyította olyan objektív ok fennállását, amely igazolja a biztos megbízásának idő előtti megszüntetését.¹²¹ A fenti megfontolásokra tekintettel, fogalmaz az európai bíróság „meg kell állapítani, hogy Magyarország, mivel idő előtt megszüntette a személyes adatok védelmét felügyelő hatóság megbízását, nem teljesítette a 95/46 irányelvből eredő kötelezettségeit.”¹²²

lehet szüntetni, hogy az európai adatvédelmi biztos függetlenségének alapvető feltétele, a megbízásának tiszteletben tartása, a megbízás időtartamának leteltéig biztosítva legyen, kivéve a súlyos és objektíve ellenőrizhető okon alapuló megszüntetés esetét. [Lásd: Ítélet 56. pont.]

¹¹⁵ Ítélet 57. pont.

¹¹⁶ Ítélet 58. pont.

¹¹⁷ Főtanácsnoki indítvány 63. pont.

¹¹⁸ Elfogadva a Bizottság ügyben képviselt álláspontját. A főtanácsnok szerint: „nem hiszem, hogy releváns lenne Magyarország azon állítása, hogy a biztos elnökké történő kinevezésére nem kerülhetett sor az általa arra vonatkozóan tett nyilvános kijelentések nyomán, [...] Azon kívül, hogy a sajtóban megjelent ilyen kijelentések jogilag nem értékelhetők [...] Magyarország nem állította, hogy a szóban forgó tisztséget hivatalosan felajánlotta volna a biztosnak.” [Főtanácsnoki indítvány 81. pont.]

¹¹⁹ Főtanácsnoki indítvány 58. pont.

¹²⁰ Főtanácsnoki indítvány 81. pont.

¹²¹ Lásd Ítélet 39. pont

¹²² Ítélet 62. pont.

VI.4. A Magyarország elleni kötelezettségszegést megállapító ítélet után

Az Európai Unió Bíróságának kötelezettségszegést megállapító jogerős ítéletét - 2014. április 8 - követően több hónapig látható közjogi változás az adatvédelem területén nem történt Magyarországon az ítéletben foglaltak teljesítésére.¹²³

A kötelezettségszegés megállapító jogerős bírósági ítélet után három hónappal, 2014. július 8-án az igazságügyi-miniszter az alábbi közleményt adta ki: „Az Európai Unió Bírósága a C-288/12. Bizottság kontra Magyarország ügyben hozott ítéletében megállapította, hogy Magyarország nem teljesítette a személyes adatok feldolgozása vonatkozásában az egyének védelméről és az ilyen adatok szabad áramlásáról szóló, 1995. október 24-i 95/46/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvből eredő kötelezettségeit azzal, hogy dr. Jóri András adatvédelmi biztosi megbízatását idő előtt megszüntette. Az ebből eredő sérelemért az igazságügyi miniszter dr. Jóri András elnézését kéri és sajnálatát fejezi ki. Az igazságügyi miniszter meggyőződése, hogy a magyar adatvédelem magas színvonalának előmozdítása közös cél, amelynek eléréséhez hozzájáruló további szakmai munkásságához dr. Jóri András részére sok sikert kíván.”¹²⁴

A bocsánatkérés mellett dr. Jóri András leváltott adatvédelmi biztos – a sajtó értesülése szerint – az a központi költségvetés terhére hatvankilenc millió forint kártérítést kapott¹²⁵ - amely, egyebek mellett, tartalmazza az adatvédelmi biztos hátralevő, de ki nem töltött hivatali ideje alatt járó fizetését és egy kártérítési összeget. (A megállapodást követően Jóri András Strassbourgban indított eljárását megszüntették, az visszavonásra került. Így jelentős presztízsveszteségtől kímélte meg magát a magyar kormány. Ugyanis az adatvédelmi biztossal kötött megállapodást közvetlenül megelőzően döntött - nagyon hasonló ügyben - a Strasbourgi Bíróság dr. Baka András idő előtti elmozdításáról, és megállapította, hogy sérti az Emberi Jogok Európai Egyezményét, különösen a tisztességes eljáráshoz való jogot, hogy a közjogi méltóság (LB. elnöke) megbízatását megszüntető döntés ellen nem állt rendelkezésre jogorvoslat. Az EJEB kifejtette, hogy a megbízatás megszüntetésének oka, nem a Magyarország által hivatkozott modellváltás, hanem az elnöknek a közjogi változásokat kritizáló véleménye miatt kellett távoznia, így sérült a szabad véleménynyilvánításához való joga is).¹²⁶

Úgy tűnik, a jelen ügyet a magyar kormány ezzel lezártnak tekintette. (Megjegyzendő, hogy külön tanulmány témája lehet, hogy egy tagállam alapjogi kötelezettségei elmulasztása miatt, amikor kártérítésre kötelezetté válik, akkor kétszeresen is kárt okoz a tagállam választópolgárainak, hiszen nemcsak a helytelen jogi döntés következményeit kell mindenkinek viselnie (jelen esetben egy megcsontított adatvédelmi biztosi intézményt, illetve egy költséges új hatóság felállításának a költségeit), hanem a központi költségvetésből – minden állampolgárnak – kell helytállnia a helytelen döntésért. Ily módon minden ilyen kötelezettségszegési ügy jelentős károkat okoz az adott tagállam polgárainak.)

A tanulmány központi állítása az, hogy 2014 óta semmilyen érdemi intézkedés nem történt az EUMSZ 260. cikkének¹²⁷ megvalósulása érdekében, különösen pedig a 260. cikk (1) bekezdésének és a hozzá tartozó e fejezetben ismertetett bírósági gyakorlatnak a megvalósítása érdekében: „az Európai Unió Bírósága megállapítja, hogy egy tagállam nem teljesítette a Szerződésekből eredő valamely kötelezettségét, az adott államnak meg kell

¹²³ Ugyanakkor nem lehet figyelmen kívül hagyni, hogy az eljárásban kötelezett fél, a magyar állam 2014. április 6-át követően ügyvivő kormányként működött.

¹²⁴ http://os.mti.hu/hirek/98715/az_igazsagugyi_miniszterium_kozlemenye

¹²⁵ <http://nol.hu/belfold/bocsanatkeres-es-69-millio-errol-szolt-a-megallapodas-1473191>. Ugyanakkor a megállapodás teljes szövege nem ismert.

¹²⁶ Lásd részletesen: Case of Baka v. Hungary (Application no. 20261/12).

¹²⁷ az EKSz. korábbi 228. cikke

tennie az Európai Unió Bíróságának ítéletében foglaltak teljesítéséhez szükséges intézkedéseket.”

A tagállami kötelezettségszegés Bíróság általi megállapítása az EUMSZ 260. cikkének a szövege alapján arra kötelezi az érintett tagállamot, hogy tegye meg a luxemburgi bíróság ítéletében foglaltak teljesítéséhez szükséges intézkedéseket.¹²⁸ Ugyan a luxemburgi bíróság tisztán megállapítási ítéletében nem kötelezheti a kötelezettségszegést elkövető tagállamot,¹²⁹ hogy meghatározott intézkedéseket tegyen,¹³⁰ az érintett tagállam minden szerve – köztük a jogalkotó, az igazságszolgáltatási és a közigazgatási szervek is – köteles saját hatáskörében biztosítani a Bíróság ítéletének végrehajtását,¹³¹ ami többek között magában foglalja az uniós joggal összeegyeztethetetlen jogszabály alkalmazásának teljes tilalmát, valamint minden olyan rendelkezés elfogadásának kötelezettségét, amely az uniós jog teljes érvényesülését megkönnyíti.¹³² Ezenkívül a Bíróság ítéletében az uniós joggal ellentétesnek nyilvánított rendszer fenntartása az EUSZ 4. cikk (3) bekezdése alapján a tagállamokat terhelő lojális együttműködési kötelezettség durva megsértését jelenti, amely kötelezettségből többek között az következik, hogy a tagállamoknak tartózkodniuk kell minden olyan intézkedéstől, amely veszélyeztetheti az Európai Unió célkitűzéseinek megvalósítását.¹³³

Ugyanis a kötelezettségszegés – természeténél fogva - akkor is megvalósul, ha a magyar kormány bocsánatot kér ezért és akkor is, ha nem kér bocsánatot. Három civil szervezet, köztük egy közpolitikai intézet, kifogásolta a Igazságügyi Minisztérium közleményét, mert „a független adatvédelmi biztosi intézményhez nem dr. Jóri Andrásnak, hanem Magyarországnak polgárainak volt joga. Az adatvédelmi biztos függetlensége nem a tisztséget betöltő személy előjoga, így a függetlenség megsértése sem az ő személyes sérelme.” Ennélfogva „az, hogy dr. Jóri Andrásról elnézést kér és sajnálatát fejezi ki” az igazságügyi miniszter, „elégtelen lépés. Jogaik megsértéséért minden magyar állampolgártól kell elnézést kérnie.” A tanulmány álláspontja ezzel szemben, hogy a civilek tévesen ítélték meg a fennálló közjogi helyzetet: indifferens ugyanis, hogy a miniszter kitől kér bocsánatot, a magyar választóktól, Jóri Andrásról vagy Özsépségétől a Dalai Lámától. Azt viszont lehetett volna, sőt szükséges lett volna sérelmezni, hogy mind a mai napig semmilyen érdemi intézkedést nem tett a tárca, hogy eleget tegyen a luxemburgi bíróság C-288/12. sz. ítéletben foglaltak teljesítésére. A magyar kormány kötelezettségszegésben „kormányoz”.¹³⁴

Az a körülmény, hogy a menesztett adatvédelmi biztos fizetését utólagosan kifizetik, vagy egyéb anyagi kompenzációban részesítik nem változtat azon, hogy a kormány közjogi kötelezettségének megszegése folytán az unios joggal összeütközésben van a mai napig.

¹²⁸ Főtanácsnoki indítvány 41. pont.

¹²⁹ Lásd Főtanácsnoki indítvány 42. pont.

¹³⁰ „Az EK 226. cikk alapján benyújtott kereset célja annak megállapítása, hogy valamely tagállam megszegte-e közösségi kötelezettségét. Az ilyen kötelezettségszegés megállapítása az EK 228. cikk szövege szerint arra kötelezi az adott államot, hogy tegye meg a Bíróság ítéletében foglaltak teljesítéséhez szükséges intézkedéseket. A Bíróság azonban e tagállam részére nem írhatja elő, hogy egyes meghatározott intézkedéseket tegyen meg.” [C-104/02. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 2005. április 14-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-2689. o.) 49. pontja.]

¹³¹ „Meg kell jegyezni, hogy az olyan megállapítás [megállapítási ítélet], amely szerint egy tagállam nem teljesítette a közösségi jogból fakadó kötelezettségét, maga után von egy automatikus tiltását a kérdéses rendelkezésnek mind a tagállami bíróság mind a közigazgatási hatóság vonatkozásában [...] másrészt pedig egy kötelezettséget, hogy a tagállam hatóságai minden szükséges intézkedést megtesznek a közösségi jog teljes érvényre juttatásáért” [Bizottság kontra Olaszország C-101/91 ügyben 1993. január 19-én hozott ítélet (EBHT 1993., I-191. o.) 24. pontja. Lásd még: Bizottság kontra Olaszország 1972. július 13-án hozott 48/71 számú ítélet 7. pontja. (EBHT 1972., 529. o.); Fratelli Costanzo kontra Comune di Milano 1989. június 22-én hozott 103/88 számú ítélet (EBHT 1839. o.); 33 pont]

¹³² Főtanácsnoki indítvány 42. pont

¹³³ Bizottság kontra Olaszország C-101/91 ügyben hozott ítélet 23. pontja.

¹³⁴ <http://ekint.org/ekint/ekint.news.page?nodeid=682>.

Ennek a magatartásnak a kötelezettségszegés pillanatában az Európai Unió Bírósága ítéletben megállapított – és kifogásolt - körülményei változatlanul fennállnak. Másként fogalmazva: az ítéletben megállapított jogsértés továbbra is fennáll. A jelenlegi adatvédelmi hatóság elnöke ugyanis az uniós jog megsértésével tölti be tisztségét. „A kötelezettségszegés orvoslása történhet úgy, Magyarország az adatvédelmi biztos visszahelyezi tisztségébe a mandátumának lejártáig, de történhet úgy is, hogy a hátralévő hivatali idejét az adatvédelmi biztos az új hatóság élén tölti be.”¹³⁵ – hangsúlyozza a Főtanácsnoki indítvány.

A kötelezettségszegést megállapító ítélet jogkövetkezményei az uniós jog megsértése miatt álltak be. Ezen jogkövetkezmények nem elkerülhetőek, különösen pedig nem lehet polgári jogi megállapodással – a kormány és a volt adatvédelmi biztos által - felülszerződni. Álláspontunk szerint nincs olyan érvelés, és nincs olyan uniós joggyakorlat, amely az uniós jogból adódó kötelezettségszegés orvoslásának kielégítő módját látja a bocsánatkérésben. Ezen a logikán haladva bármilyen jogellenesen megszüntetett közjogi tisztség esetén – nem beszélve az igen heterogén egyéb kötelezettségszegési ügyekről – az elmarasztalt tagállam kellő jogorvoslata lenne, ha sajnálatát fejté ki a történekeért. Természetesen Magyarország tisztában van az ítélet következményeivel. Éppen ezért hivatkozik arra az eljárás korai szakaszában, hogy a kötelezettségszegést „megállapító ítéletet nem lehetne végrehajtani.”¹³⁶ Ugyanis, ha a az EUB „megállapítja, hogy Magyarország a 95/46/EK irányelv megsértésével szüntette meg a biztos megbízását, ezt a jogellenességet csak úgy lehetne orvosolni, érvel Magyarország, hogy az [új adatvédelmi] Hatóság elnökét visszahívják, és a korábbi biztossal töltik be helyette ezt a tisztséget, ami az állítólagos kötelezettségszegés megismétlését jelentené.”¹³⁷ Következésképpen – fogalmaz a főtanácsnoki indítvány - a jelen ügyben a kötelezettségszegés megállapítása, deklaratív jellege ellenére, fontos joghatásokkal bírna, amelyek szükségképpen kihatnának az [új adatvédelmi] Hatóság jelenlegi elnökének jogállására [..]”¹³⁸

Szintén Magyarország érve, az ítélet huszonhetedik pontja szerint, hogy ha Bíróság a kötelezettségszegést megállapítaná, ez „egyébiránt azzal járna, hogy az [új adatvédelmi] Hatóság jelenlegi elnökének valamennyi aktusa összeegyeztethetetlen lenne az uniós joggal, mivel azokat olyan felügyelő hatóság fogadta el, amely nem felel meg a 95/46/EK irányelv követelményeinek, ami sértene a jogbiztonság elvét.”¹³⁹

Magyarország pontosan a bírósági ítélet jogkövetkezményeire tekintettel kérte az ítélet időbeli hatályának korlátozását. Az időbeli hatály korlátozásának lényege ugyanis nem más, mint, hogy a kormányzat által kinevezett új adatvédelmi hatóság elnökének a megbízása végéig korlátozva legyen(ek) az ítélet jogkövetkezménye(i). Mint ismeretes, Magyarország határozott kérelme volt, hogy ha a Bíróság helyt adna a Bizottság keresetének, korlátozza az ítélet időbeli hatályát az adatvédelmi az adatvédelmi Hatóság jelenlegi elnökének [Péterfalvi Attila] megbízása végéig. „Magyarország a [..] jelenlegi eljárásban egyértelműen jelezte arra irányuló kérelmét, hogy a kötelezettségszegés esetleges megállapítása ne érintse a Hatóság jelenleg hivatalban lévő elnökének megbízását [..].”¹⁴⁰

¹³⁵ Főtanácsnoki indítvány 46. pont.

¹³⁶ Ítélet 26. pont.

¹³⁷ Ítélet 26. pont.

¹³⁸ „Magyarország szerint az állítólagos jogsértés orvoslásának egyedüli megfelelő módja a Hatóság elnöke megbízásának idő előtti megszüntetése, illetve az lenne, ha e tisztséget helyette a biztos töltené be [..]. Főtanácsnoki indítvány 44. pont.

¹³⁹ Ítélet 27. pont.

¹⁴⁰ „Magyarország azt javasolja, hogy a Bíróság korlátozza ítéletének időbeli hatályát, és rendelkezzen úgy, hogy a megállapított kötelezettségszegés nem érinti a Hatóság elnökének megbízását. Kérelme alátámasztása érdekében a tagállam a 2011. évi törvénynek a 95/46 irányelvvel való összeegyeztethetőségére, valamint a jelen ügy által felvetett kérdés újdonságára hivatkozik. A Bizottság ezzel szemben e kérelem elutasítását kéri.” [Ítélet 63. pont]

A kötelezettségszegést megállapító ítélet jogkövetkezményeit – meglepő módon - a Főtanácsnoki indítvány megengedőbben látja, mint a pervesztes magyar fél: „a kötelezettségszegés orvoslása történhet úgy, Magyarország az adatvédelmi biztos visszahelyezi tisztségébe a mandátumának lejártáig, de történhet úgy is, hogy a hátralévő hivatali idejét az adatvédelmi biztos az új hatóság élén tölti be.”¹⁴¹

V. Összefoglalás

Összefoglalva, a Magyarországgal szembeni kötelezettségszegést megállapító ítélet végrehajtására 2014 óta *a mai napig nem került sor*. Mint ahogy korábban idéztük „A tagállami kötelezettségszegés Bíróság általi megállapítása az EUMSZ 260. cikk¹⁴² szövege alapján arra kötelezi az érintett tagállamot, hogy megtegye a Bíróság ítéletében foglaltak teljesítéséhez szükséges intézkedéseket¹⁴³ [...] Az érintett tagállam minden szerve [...] köteles saját hatáskörében biztosítani a Bíróság ítéletének végrehajtását, ami többek között magában foglalja [...] minden olyan rendelkezés elfogadásának kötelezettségét, amely az uniós jog teljes érvényesülését megkönnyíti.”¹⁴⁴ Ha az Európai Unió Bizottságának megítélése szerint az érintett tagállam nem teszi meg az Európai Unió Bíróságának ítéletében foglaltak teljesítéséhez szükséges intézkedéseket, a Bizottság – miután a tagállamnak lehetőséget biztosított észrevételei megtételére – az Európai Unió Bíróságához fordulhat. A Bizottság meghatározza az érintett tagállam által fizetendő átalányösszeg vagy kényszerítő bírság összegét, amelyet az adott körülmények között megfelelőnek ítél.¹⁴⁵ Ha az Európai Unió Bírósága megállapítja, hogy az érintett tagállam nem tett eleget az ítéletében foglaltaknak, a tagállamot átalányösszeg vagy kényszerítő bírság fizetésére kötelezheti.¹⁴⁶

Elméleti a kérdés, hogy az adatvédelmi hatóság vezetőjének jogszerűtlen leváltása esetén az uniós jog szempontjából van-e jelentősége annak, hogy a volt adatvédelmi ombudsman – esetlegesen – már nem kíván a megváltozott helyzetben korábbi tisztségébe visszatérni. A luxemburgi bíróság ítélkezési gyakorlata szerint a kötelezettségszegés fennállását a tagállamnak az indokolással ellátott véleményben rögzített határidő leteltének időpontjában fennálló helyzete alapján kell megítélni.¹⁴⁷ E határidő 2012. április 7-én járt le. Tehát a Bíróság ezen időpont szerint fennálló jogviszonyokat veszi figyelembe. Eszerint magánjogi megállapodással, szerződéssel az igazságügyi miniszter nem mondhatja le a regnáló adatvédelmi biztost. Az egyetlen lehetőség ilyenkor, hogy a luxemburgi ítéletben foglaltaknak megfelelően restaurálják azokat a közjogi viszonyokat, amelyekben az adatvédelmi biztos az állampolgári jogok országgyűlési biztosáról szóló 1993. évi LIX. törvény alapján jogszerűen benyújthatja lemondását. Ebben az esetben is komoly közjogi kételyek merülhetnek fel – amely egy újabb kötelezettségszegési eljárást eredményezhetnek - ugyanis ha az adatvédelmi hatóság vezetőjét hátralévő fizetését kétszeresen meghaladó anyagi

¹⁴¹ Főtanácsnoki indítvány 46. pont. A főtanácsnoki indítvány utal a Bizottság érvelésére: a Bizottság „véleménye szerint semmiképpen nem lehetetlen a kötelezettségszegés orvoslása, és úgy véli, hogy Magyarországnak meg kell tennie a szükséges intézkedéseket annak érdekében, hogy megbízatási idejének rendes lejártáig, azaz 2014 szeptemberéig ismét Jóri András töltsen be az irányelv 28. cikke szerinti tisztséget.” [Főtanácsnoki indítvány 30.pont]

¹⁴² EKSz. korábbi 228. cikke

¹⁴³ Még ha a Bíróság tisztán megállapítási ítéletében nem is kötelezheti a kötelezettségszegést elkövető tagállamot, hogy meghatározott intézkedéseket tegyen, akkor is érvényesíteni kell a bírói ítéletben testet öltő közösségi jogi normákat.

¹⁴⁴ Főtanácsnoki indítvány 42. pont.

¹⁴⁵ EUMSZ 260. cikk (2) bekezdés

¹⁴⁶ EUMSZ 260. cikk (2) bekezdés 2. albekezdése.

¹⁴⁷ Ítélet 29. pont. Továbbá Bizottság kontra Portugália ítélet, C-20/09, EU:C:2011:214, 31. pont.

kompenzációval kényszerítik távozásra, akkor ismét felmerül a 95/46/EK irányelv 28. cikkében foglalt „teljes függetlenség” elvének a sérelme. Nyilvánvalóan az Unió nem támogat egy olyan közjogi rendszert, ahol a független alkotmányos szervek vezetőit idő előtt távozásra lehet, bírni anyagi előnyök mellett. Ilyen elven meneszthető az alkotmánybíróság elnöke, bármely alkotmánybíró, a legfőbb ügyész vagy a Kúria elnöke is. „Hozzáteszem, hogy a Bíróság kötelezettségzegést megállapító ítéletének a jelen ügyben nagyon nagy jelentősége lenne, nemcsak az irányelv 28. cikkének (1) bekezdése alapján létrehozott hatóságok szempontjából – fogalmaz a Főtanácsnoki indítvány - hanem minden egyéb, az uniós jog alapján létrehozott független hatóság szempontjából is. Mivel egy ilyen ítélet biztosítaná a független hatóságok számára az elmozdíthatatlanságot megbízatásuk előre meghatározott lejártáig, kivéve, ha arra törvényben előzetesen meghatározott és objektíve ellenőrizhető súlyos okból kerül sor, ezen ítélet azzal a hatással járna, hogy jelentősen csökkentené e hatóságok esetében a közjogi vagy magánszemély külső szereplőknek való „előzetes megfelelés” nemkívánatos kockázatát. Egy ilyen tartalmú ítélet elhárítaná „Damoklész kardját”, azaz a megbízatás idő előtti megszűnésének bénító kockázatát.”¹⁴⁸

¹⁴⁸ Főtanácsnoki indítvány 88. pont.

Igazságkeresés az igazság kizárásával – a tiltott bizonyíték kognitív sorsáról és a mentális reprezentációk aszimmetrikus természetének jogi kérdéseiről

„Oldd meg ezt a feladatot: próbálj meg ne gondolni egy jegesmedvére, és látni fogod, hogy az átkozott dolgok minden percben eszedbe fognak jutni.”

Fjodor Mihajlovics Dosztojevszkij

I. A gondolatelnyomás ironikus természete

A tárgyalás az igazság keresésének folyamata, egyes igazságok kizárásával.² Mire is utal ez a látszólag ellentmondásos mondat? A bíróság a lehető legtöbb tény feldolgozásával a legpontosabb döntésre törekszik, de különböző természetű megfontolásokból bizonyos információk nem, vagy csak korlátozottan használhatók fel a jogi eljárás során. Így például főszabályként csak a tárgyaláson hivatalosan bemutatott bizonyítékok vehetők számba, de sok jogrendszer kizárja a jogellenesen megszerzett bizonyítékok felhasználását, vagy ad limitációkat meghatározott tényekhez. Amerikában sok helyen az esküdtszékek nem használhatják fel a tanú kriminális előéletét vallomásuk szavahihetőségének megítélésénél, illetve nem vehetnek számításba olyan „irreleváns” tanúvallomásokat, amik az adott ügy egy tényét sem cáfolják vagy erősítik meg.³ A szövetségi bizonyítási szabályok főszabályként szintén tiltják például a „mendemonda” (*hearsay*) típusú, azaz hallomáson alapuló vallomások felhasználását.⁴ Ráadásul a mérgezett fa gyümölcse doktrína (*fruit of the poisonous tree*) szerint nemcsak a jogellenesen szerzett bizonyíték, de az annak folyományaként eljárásba került további bizonyítékok sem használhatók fel.⁵

A magyar büntető eljárási törvény is kimondja például, hogy „nem értékelhető bizonyítékként az olyan bizonyítási eszközből származó tény, amelyet a bíróság, az ügyész vagy a nyomozó hatóság bűncselekmény útján, más tiltott módon vagy a résztvevők eljárási jogainak lényeges korlátozásával szerzett meg.” (2017. évi XC. törvény 167. § (5)) Így például a gyanúsított vallomásmeztagsággal kapcsolatos jogára való figyelmeztetés kihagyása, abszolút tanúzási akadály megsértése, egyéb súlyos eljárási hibák itthon is bizonyítási tilalmat képeznek.⁶ Hasonló jogkövetkezményekhez vezethet általában is egyes alkotmányos jogok, a tisztességes eljárás követelményeinek megsértése, különösen az emberi méltóság, személyiségi és kegyeleti jogok vagy a magántitokhoz való jognak a megsértése.⁷ De vajon mennyire vagyunk képesek egy ismert információt nyomtalanul eltávolítani a

¹ A szerző az ELTE Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola doktorandusza

² Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1952

³ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1954

⁴ FEDERAL RULES OF EVIDENCE: 801-03 - <https://www.rulesofevidence.org/article-viii/rule-802/> - utolsó letöltés, 2019.11.21

⁵ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)

⁶ Zsigmond, C. (2019). Bizonyítási tilalmak gyakorlati kérdései a nyomozási gyakorlatban. *Belügyi Szemle*, 67 (7-8), 177-188. p.

⁷ Összefoglaló vélemény – Az ítéleti bizonyosság elméleti és gyakorlati kérdései, Dátum: 2018. január 29. Kollégium: Polgári Kollégium – 99. p.

tudatunkból? Egy tanú által előadott mendemondát kivehet a bíró a bizonyítékok sorából, de vajon ki tudja-e venni saját elméjéből?

Megismerési rendszerünknek nem csak a releváns információk fenntartását és szervezését, de az irreleváns információk kiszorítását is meg kell oldania.⁸ Arra kell emlékeznünk, ma merre parkoltuk le az autónkat, nem arra, hogy tegnap hol. Ha nem lennénk képesek erre a mentális műveletre, összevissza bolyonganánk az utcán, mire sokadára megtalálnánk a kocsinkat. Felejtenünk kell ahhoz, hogy egészségesen funkcionáljunk. Bizonyos frontális agyi sérüléseknél jelentkező végrehajtási zavarok hátterében egyesek ennek a gátló kontrollnak a kiesését látják. A végrehajtási zavar abból fakad, hogy az ember ilyenkor nem tudja blokkolni a belső vagy külső ingerek által aktivált irreleváns vagy hibás keresési stratégiákat.⁹ Hasonló jellegű kihívás a depressziós betegeké, akik a negatív gondolataik gátlására lesznek képtelenek cselekedni.¹⁰ Utóbbi példával könnyen tudunk azonosulni, hiszen mindenkit árasztanak el néha szorongást keltő, negatív gondolatok. Ettől önmagában senki se diagnosztizálja magát depressziósnak! Többek között meditációs technikák, a légzésre fókuszáláson keresztül a gondolati folyamat megszakítása; az elmetudatosság, azaz a gondolati folyamatok azonosítása és a velük való nem azonosulás gyakorlása mind gyors javulást hozó praktikák tudnak lenni hétköznapijainkban.

De milyen hibahatáron belül funkcionálnak a hétköznapi emberek, és mennyire tudjuk tudatosan irányítani a gondolatelnyomást? Gyakran megesik velünk, hogy spontán módon elfelejtünk vagy figyelmen kívül hagyunk fontos információkat döntésink során. Ez látszólag senkinek sem okoz különösebb nehézséget. Bezzeg amikor szándékosan akarjuk megtenni ugyanezt, jóval nehezebben fog menni! Egy újabb tervezői fricska. A hétköznapi jelenséget, amely szerint egy tudattartalom tudatos elnyomása csak erősíti a tartalom felszínre törésének esélyét, „ironic process theory”-nak hívja a pszichológia.¹¹ Ennek az egyik oka, hogy a tudatos gondolatelnyomás közben monitorozzuk mentális terünket, hogy lecsapjunk a felbukkanó tartalomra. Ehhez azonban az összehasonlítás céljából fenn kell tartani a hozzáférést a tiltott gondolathoz is, hisz így tudjuk csak megállapítani, melyik tartalom van tiltólistán.¹² Hogy tudná a rendőr felismerni és lekapcsolni a körözött személyt, ha nem lenne a kezében legalább egy portré róla. Paradox módon ezzel a hozzáférhetőséggel nagyon közel kerül az elnyomott gondolat a tudatos síkhoz, gyakran betörve oda és elárasztva a gondolkodásunkat.¹³

Vegyünk például egy leszokó alkoholistát, aki próbál nem gondolni egy jó pofa hideg sörre. Néha a következő megállapítást teszi: „már öt órája nem is gondoltam a sörre”.¹⁴ A nem kívánt tartalom monitorozása az ellentétét éri el, újra eszünkbe juttatja az ínycsiklandó hideg sör belső reprezentációját. A bíró ráadásul esküdtszékek esetén, amikor bizonyos

⁸ Racsmány, M., & Szendi, I. (2001). „Ne gondolj a fehér medvére!” Az emlékezeti gátlás neuropszichológiája. *Magyar Pszichológiai Szemle*, 55(4), 417-434. – 420. p.

⁹ Racsmány, M., & Szendi, I. (2001). „Ne gondolj a fehér medvére!” Az emlékezeti gátlás neuropszichológiája. *Magyar Pszichológiai Szemle*, 55(4), 417-434. – 419. p.

¹⁰ Racsmány, M., & Szendi, I. (2001). „Ne gondolj a fehér medvére!” Az emlékezeti gátlás neuropszichológiája. *Magyar Pszichológiai Szemle*, 55(4), 417-434. – 422. p.

¹¹ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1960

¹² Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1962

¹³ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1962

¹⁴ Anita E. Kelly & Margaret M. Nauta, Reactance and Thought Suppression, 23 *PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. BULL.* 1123, 1123 (1997) (emphasis omitted). idézi: Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1962-63

bizonyítékok figyelmen kívül hagyására instruálja őket, külön felhívja a figyelmet az adott információra, amit így még nehezebb lehet elfelejteni.

Az egyik kísérletben esküdszéki szolgálatra jogosult felnőtteknek kellett egy baleset feltételezett tárgyalásának kazettás felvételét meghallgatniuk, majd dönteniük az ügyben.¹⁵ A vizsgálati alanyokat három esküdszéki csoportra osztották. A három csoport ugyanazt a tárgyi anyagot vizsgálta felül, kivéve az alperes biztosítási fedezetének kérdését. A felelősség minden esetben egyértelmű volt; a harminc különböző esküdt közül huszonnyolc a felperesnek adott igazat.¹⁶ Az első csoportnak azt az információt adták, hogy az alperesnek nincs biztosítása, itt átlagban 33.000 dollár kártérítést ítélték a felperesnek. A második csoportnak azt mondták, hogy az alperesnek van biztosítása. Ezek az esküdszékek 37.000 dollárt ítélték a felperesnek. A harmadik csoportba tartozók megtudták, hogy az alperes biztosított, de a benyújtott kifogás alapján itt kizárták a bizonyítékok közül ezt a tény, és a bíró utasította az esküdteket, hogy hagyják figyelmen kívül az információt. Ebben az esetben a felperesnek átlagosan 46.000 dollárt ítélték meg, tehát 13.000 dollárral többet, mint amikor nem volt biztosított, és 9.000 dollárral többet, mint amikor kiderült, hogy biztosított, de nem emeltek kifogást.¹⁷ A figyelmen kívül hagyandó információ pont azzal került a figyelem középpontjába és befolyásolta a döntést, hogy kizárták. De vajon a bírák képzettségüknek és tapasztalatuknak hála védettek-e ezektől a befolyásoktól? A gondolat elnyomása ráadásul csak a probléma egyik dimenziója. Elképzelhető ugyanis, hogy a tudatos térből sikeresen kiűzünk egy tartalmat, az azonban különböző pszichés mechanizmusokon keresztül továbbra is szennyezi az új információk megismerését és tárolását. Hogyan lehetséges ez?

A tanulmányban leginkább arról lesz szó, hogy a tiltott illetve korlátozott információk jogi szabályozása mennyire rezonál pszichológiai architektúránkkal. Ennek a megválaszolásához visszamegyünk a kezdetekig. Egyáltalán mi történik akkor, amikor a tudatunkba behatol egy információ? Hogyan jönnek létre és viselkednek a mentális reprezentációk elménkben? Az emberi kogníció alapvető mechanizmusainak megértése nemcsak a fenti szabályozási kérdésekben, hanem általánosságba is hasznos adalék a jogi gondolkodás fejlődése tekintetében.

II. Descartes vagy Spinoza: ki volt a jobb intuitív kognitív pszichológus, azaz hogyan alakul ki a hitünk egy tudattartalommal kapcsolatban?

Egyértelműnek látszik, hogy van különbség valamilyen tartalom, gondolat, információ puszta feldolgozása, illetve megértése, és a között, hogy ugyanezeket valaki el is hiszi, igaznak tartja.¹⁸ Logikusnak tűnik az is, hogy először meg kell értenünk valamit, hogy utána dönteni tudjunk annak igazságtartalmáról. A modern kognitív pszichológia azonban itt is a fentieknek ellentmondó, elsőre kontraintuitív állításokat tesz: egy gondolat reprezentálása és elfogadása pszichológiailag sokszor nem különíthető el, a megértés mozzanata magában foglalja az igazságtartalom feltételezését is.¹⁹

Mit jelent az, hogy hiszünk valamiben? Egy hit két elemből áll össze: van egy mentális reprezentáció a fejünkben, és van a hozzá kapcsolódó pozitív értékelés, azaz annak elfogadása, hogy a szimbolikus reprezentáció tartalmilag helyes.²⁰ Egy hit kialakulásának

¹⁵ Dale W. Broeder, The University of Chicago Jury Project, 38 NEB. L. REV. 744, 753-54 (1959)

¹⁶ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. University of Pennsylvania Law Review, 1251-1345. – 1970

¹⁷ Dale W. Broeder, The University of Chicago Jury Project, 38 NEB. L. REV. 744, 753-54 (1959) – 754

¹⁸ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 107. p.

¹⁹ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 107. p.

²⁰ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 107. p.

ismeretelméleti kérdéseit a filozófia már évszázadok óta boncolgatja. Az intuitív megérzésünket Descartes szépen és logikusan dolgozta ki. Szerinte axiómának kell lennie, hogy egy gondolatot előbb meg kell értenünk, mielőtt feldolgozzuk, aminek eredményeként végül elfogadjuk vagy elvetjük.²¹ A reprezentáció tehát megjelenik, mi pedig később eldöntjük, hogy az a valóságra nézve igaz-e vagy sem. A megértés teljesen passzív, és nem hagy nyomot az elmében, míg az értékelés akaratlagos cselekvés, amit mi irányítunk. Ez az alapvető karteziánus megkülönböztetés és logikai egymásutánosság a megértés és az értékelés viszonyában máig meghatározza a közgondolkodást.

Spinoza, egy másik jelentős filozófus azonban szembeszállt ezzel az elképzeléssel. Ő ugyanis azt állította, az emberi gondolkodás alapvetően más természetű. Egy dolog megértése és elfogadása valójában ugyanazt jelenti.²² Minden proposíciót implicit módon elfogadunk, és ha az esetleg később ütközik más proposícióval, elvetjük. Automatikusan hiszünk mindenben, maximum a későbbi információfeldolgozása során – ha eljutunk oda – elvetjük az adott hitet. Daniel Gilbert a két gondolkozó közötti különbséget a következő példával szemlélteti: képzeljük el, hogy van egy óriási könyvtárunk, amiben vannak fiktív regények és a valóságon alapuló ismeretterjesztő könyvek.²³ Szeretnénk őket megkülönböztetni. Az egyik megoldás, hogy piros cédulát teszünk a fiktív könyvekre, és kék cédulát teszünk az ismeretterjesztő írásokra. A másik, hogy a fiktív könyveket felcímkézzük pirossal, az ismeretterjesztőkre pedig nem rakunk semmit. Spinoza könyvtárában egy új könyv, ami még nincs feldolgozva, elolvasása pillanatáig jelöletlen, tehát úgy fog kinézni, mint egy ismeretterjesztő könyv. Amennyiben végtelen feldolgozási kapacitással rendelkezünk, mindkét rendszer hasonlóan hatékony. Ha viszont nincs időnk az összes könyvet elolvasni, Spinoza könyvtárában az olvasatlan könyvek automatikusan besorolódnak ismeretterjesztőnek, Descartesnál a polcra sem kerülhetnek értékelés híján. Hogy néz ki a mai kognitív idegtudományok könyvtára?

Daniel Gilbert a Harvard pszichológus professzora úgy látja, a legtöbb érv a Spinoza féle gondolkodást támasztja alá.²⁴ Minden információt igaznak fogadunk el, amint mentálisan reprezentáljuk, akár igaz, akár nem – a kételkedés pedig egy nehezebb, bonyolultabb és időben későbbi mentális folyamat. Ezt többek között a következők támasztják alá:

Modularitás: ha nem is ez a hétköznapi tapasztalatunk, a gondolkodás sok kognitív tudós szerint nem egységes folyamat, hanem számtalan mentális modul összehangolt működésének eredménye.²⁵ A bemeneti információ feldolgozása során sokféle mentális modulon áthalad, míg el nem jut valamelyik kimenetig. Ha az erőforrások elfogynak, előfordulhat, hogy az információ nem halad végig az összes modulon, csak a kezdeti feldolgozás szakaszáig jut el. Tulajdonképpen félkész marad. Stressz vagy énkimerülés esetén ez könnyen bekövetkezhet. Képesek vagyunk reprezentálni korai modulok segítségével az információt, de már nem vagyunk képesek értékelni. Amikor elfogy a kognitív kapacitásunk, mindig marad az alapbeállítás: elfogadjuk, amit hallunk.²⁶ Gilbert szerint ezt a pszichológiai folyamatot az átnevelő táborok üzemeltetői is tudják, kifárasztják és kegyetlen nyomás alatt

²¹ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. *American psychologist*, 46(2), 107. – 108. p.

²² Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. *American psychologist*, 46(2), 107. – 108. p.

²³ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. *American psychologist*, 46(2), 107. – 108-109. p.

²⁴ Descartes folyamatosan keresttűzben van a különböző pszichológusok és agykutatók által. Érdekesség, hogy a híres kognitív idegtudós, Antonio Damasio is a két filozófus elméleteire húzza fel modern neuropszichológiai kutatásait. Végeredményben ő is arra jut, hogy Spinoza ösztönös protobiológus és kognitív tudós volt, míg a karteziánus gondolatok nem állják meg helyüket a modern idegtudományok mellett: Damasio, A. R. & Descartes, R. (1996). *Descartes tévedése: Érzelem, értelem és az emberi agy*. AduPrint. ; Damasio, A. (2004). *Looking for Spinoza: Joy, sorrow, and the feeling brain*. 2003. London: Vintage.

²⁵ Fodor, J. A. (1983). *The modularity of mind*. MIT press.; Csépe, V., Gyóri, M. & Ragó, A. (2008). Általános pszichológia 3. Nyelv tudat, gondolkodás. Osiris Kiadó, Budapest. – lásd a „*A modul fogalma, a modularitás kérdésköre, érvek és ellenérvek*” fejezetet, https://regi.tankonyvtar.hu/hu/tartalom/tamop425/2011_0001_520_altalanos_pszichologia_3/ch10s05.html

²⁶ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. *American psychologist*, 46(2), 107. – 111. p.

tartják a rabokat, míg elhisznek szinte mindent, amit a hatalom az elméjükbe projektál. Ugyanez a mechanizmus veszélyes lehet – vagy hasznos, kinek mi az érdeke – egy hosszú rendőrségi kihallgatás során.

Pszicholingvisztikai érvek: a jelöltségelmélet szerint a nyelvben vannak jelöletlen (neutrális) elemek és jelölt elemek. A jelöletlen elemek általánosabbak, és kognitíve — azaz a figyelem, a mentális teljesítmény és a hozzá szükséges idő tekintetében — kevésbé komplexek, mint a jelöltek.²⁷ A boldogság jelöletlen, fel tudjuk tenni, hogy „mennyire vagy boldog” anélkül, hogy utalnánk a boldogság konkrét szintjére, míg például a boldogtalansággal nem tudjuk ezt megtenni, a „mennyire vagy boldogtalan” automatikusan implicálja a boldogtalanságot. Ha megnézzük az igazságtartalommal foglalkozó kifejezéseinket, azt látjuk, mindig a cáfolatra utaló szavak a jelöltek, ezáltal a pszicholingvisztika szerint komplexebb kognitív folyamatokra utalnak: elfogadható (jelöletlen) – elutasítható (jelölt), valós (jelöletlen) – hamis (jelölt), pontos (jelöletlen) – pontatlan (jelölt).²⁸

Fejlődéslélektani érvek: ezt a kognitív komplexitást tükrözi az emberi egyedfejlődés is. A gyerekek nyelvi képessége, a proposíciók tagadására későn fejlődik ki, és bár a gyerekek használják a „nem”-et mint kifejezést, a valódi tagadás, mint funkció, aránylag későn jelentkezik. A nyelvi kompetenciák fejlődésének mintázatából és a gyerekek meglepő szuggesztibilitásából pedig következtetni lehet a mögötte meghúzódó kognitív funkciók súlyára.²⁹ Úgy tűnik, hinni általában is sokkal kisebb mentális erőfeszítés, mint tagadni.

Logikai érvek: egy tagadó mondat megértéséhez előbb el kell képzelnünk az állítást, és utána elvégeznünk a tagadását, míg fordítva, egy állító mondatnál nem kell elképzelnünk annak tagadását. Az „ez nem kék” állításnál előbb el kell képzelnünk, hogy az kék, majd tagadnunk azt.³⁰ Ezt empirikusan is kimutatták, az emberek egyszerűen gyorsabban dolgozzák fel az állító, mint a tagadó mondatokat.³¹

Egy gondolat elfogadása és elvetése tehát nem egyenértékű, alternatív kimenetek. Aszimmetria áll fenn köztük, az elfogadás pszichológiailag elsőbrendű, és az időleges (vagy épp végleges) elfogadás a megértés része.³² Ráadásul a kétely nem elég, hogy később jelenik meg a folyamatban, általában illékony természetű, hamar el is tud tűnni.³³ Evolúciós pszichológiai logikával vizsgálva nincs abban semmi furcsa, hogy így dolgozzuk fel a szimbolikus valóságot. A fizikai valóság érzékelésénél is automatikusan igaznak fogadjuk el percepcióinkat. Ha látunk egy fát, hiszünk a létezésében. Azok a szkeptikus élőlények, akik kérdőre vonták minden észleletüket, már mind kihaltak. Ha jön a vonat, nem optimális kételkedni az audiovizuális élményben. A kogníció pedig, ami absztrakt gondolatok reprezentálása, a percepcióból, azaz a valóság tárgyainak reprezentálásából – fejlődött ki.³⁴

Evolúciós alapelv, hogy a nulláról kifejleszteni egy mechanizmust mindig kevésbé éri meg, mint egy létezőt módosításokkal használni.³⁵ Ha teljesen a semmiből indulnánk, a kartézianus mechanika lenne a legmegfelelőbb. De ha tolerálható keretek között tud működni egy régi rendszer, miért ne használjuk azt?³⁶ Ez a gazdaságosság nyomja rá pecsétjét kognitív

²⁷ Marianne, B. N. (1999). Fonémakölcsönzés és jelöltségelmélet. Magyar Nyelv, 95, 282-289. – 282-283. p.

²⁸ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 112. p.

²⁹ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 110. p.

³⁰ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 113. p.

³¹ Gilbert, D. T., Krull, D. S. & Malone, P. S. (1990). Unbelieving the unbelievable: Some problems in the rejection of false information. Journal of personality and social psychology, 59(4), 601.

³² Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 116. p.

³³ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 110. p.

³⁴ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 116. p.

³⁵ Dennett, D. C. – Az alkalmazkodás szintjei: a fajok fejlődésétől a gondolati szelekcióig. Pléh Cs. et al. (szerk) Lélek és evolúció. Budapest: Osiris Kiadó. – 76. p.

³⁶ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. American psychologist, 46(2), 107. – 116. p.

mechanizmusaink fenti aszimmetrikus természetére. Az ember olyan lény, aki nagyon könnyen hisz, és nagyon nehezen kételkedik.³⁷ Bár míg a percepcióink általában elég pontosak,³⁸ így ott ez nem jelent komoly problémát, a szimbolikus világ absztrakt reprezentációi megbízhatatlanabb természetűek. Ez az általános elv már önmagában utal valamire: bármi, ami elhangzik a tárgyalóteremben, akármilyen alaptalan, mendemonda, irreleváns, kizárt vagy tiltott, már megértése mozzanatával igazként jelenhet meg elménkben. Jaj annak, aki valamiért nem jut el a kételkedésig.

III. Mentális szennyeződés és a hírnév jogi védelme

Egy 1975-ös újsághirdetés 2 dollárt ígért azoknak, akik részt vesznek egy, a döntéshozatalt vizsgáló kísérletben. Egy kisméretű szobába kellett bemenni, ahol elektródákat tettek az emberek csuklójára, hogy mérjék a galvanikus bőrreakciójukat a gyakorlat közben. Ezután mindenki 25 kártyát kapott, valódi és fiktív búcsúlevelekkel, amiről el kellett dönteni, melyiket írhatták valódi öngyilkosok, és melyeket hozták létre a kísérletvezetők. A résztvevők egyenként döntöttek a kártyákról, majd a legvégén kaptak egy visszajelzést teljesítményükről. Ezek a visszajelzések azonban véletlenszerűek voltak, előre hozzárendelték az adott emberekhez, tehát nem tükrözték a tényleges képességeiket. A résztvevők vagy sikeresek, vagy átlagosak, vagy rosszul teljesítők lettek, 24, 17, 10 helyes válasszal. Később elmondták a résztvevőknek, hogy az összes levél hamis volt, és megkérdezték, hogy teljesítenék a feladatot egy valódi helyzetben. A kísérlet vezetője kifejezetten hangsúlyozta, hogy az eredeti értékelés egyáltalán nem tükrözhetett semmit, ennek bizonyítékként még a kísérleti ütemtervet is megmutatta, amin az emberekhez előre hozzárendelt véletlenszerű pontszámok voltak láthatók.³⁹ Ennek ellenére, amikor a végén megbecsülték képességeiket, a kezdeti nyilvánvalóan valótlan visszajelzések kitartottak! Aki azt a hamis visszajelzést kapta például, hogy sikeresen teljesített, a kezdeti információ diszkreditálása után is úgy értékelte, hogy egy valódi feladatban jól teljesítene. Ugyanígy, aki a negatív hamis értékelést kapta korábban, később alábecsülte képességeit. Miért hat ránk és marad fenn a nyilvánvalóan hamis információ is?

³⁷ Gilbert, D. T. (1991). How mental systems believe. *American psychologist*, 46(2), 107. – 116. p.

³⁸ A „percepcióink pontosak” kifejezés nem azt jelenti feltétlenül, hogy pontosan leképezzük vele a valóságot, hanem hogy megbízhatóan tudjuk rajtuk keresztül kontrollálni azt. Donald Hoffman mutat rá, hogy az evolúció nem feltétlenül azokat az organizmusokat preferálta, akik a legjobban érzékelték a valóság „valódi” természetét. Hanem inkább azokat, akiknek olyan ún. interfésze alakult ki, amivel hatékonyan tudta kezelni azt, így növelve rátermettségét. Ezt jól el lehet képzelni egy számítógépes játék példájával: ahhoz hogy a lehető legtöbb pontot szerezz a játékban, könnyen használható felület, gyorsan kattintható ikonok kellenek, de ezek nem mondanak el semmit a számítógép működéséről. „Ugyanúgy, ahogy a számítógép interfészének ikonjai elrejtik a számítógép bonyolultságát, percepciónk hasznos módon elrejtja a világ komplexitását, és irányítja az adaptív viselkedést.” (Hoffman, 2018) Ezt az elméletet evolúciós szimulációkon is tesztelték, azaz lemérték, melyik percepció típusra összpontosító organizmusok nyernek egy versengő virtuális térben. A kísérletben szisztematikusan azok a modell organizmusok kerültek ki győztesen, akik kizárólag rátermettségük (*fitnessük*) növelésével foglalkoztak, akik pedig az objektív valóság érzékelésével, általában kihaltak. A percepciónk pontos, tehát furcsán értendő: attól még, mert a valóságot téridő szerkezetűnek érzékeljük, nem biztos, hogy tér és idő szerű, és lehet, hogy a fizikai kauzalitás, amit látunk, csak egy hasznos fikció. Ettől még ugyanúgy ki kell térni a vonat elől, mert a vonat képe pontosan jelez valamit, ami veszélyes. Robert Wright hasonló következtetést von le: az evolúció nem a valóság feltárása felé szelektált minket. – Hoffman, D. D. (2018). The interface theory of perception. *Stevens' Handbook of Experimental Psychology and Cognitive Neuroscience*, 2, 1-24. , Wright R. (2019). A buddhizmus élő igazsága. Partvonal Kiadó

³⁹ Ross, L., Lepper, M. R. & Hubbard, M. (1975). Perseverance in self-perception and social perception: biased attributional processes in the debriefing paradigm. *Journal of personality and social psychology*, 32(5), 880.

Már egyik korábbi írásomban volt róla szó, hogy az információt nem elszigetelten, hanem asszociációs hálózatok és történetek sokaságába ágyazva tároljuk.⁴⁰ A tudatos oldalon egy adott információ feldolgozása során automatikusan magyarázatokat, értelmezéseket hozunk létre, amik aztán beépülnek hitrendszerünkbe.⁴¹ Elkezdjük megmagyarázni, miért teljesítettünk jól vagy rosszul, ezek a létrejött magyarázatok pedig szilárd rendszerre állnak össze, ami megmarad az eredeti visszacsatolás hiteltelenné válása után is.⁴² Például valaki, akinek azt mondták, jól teljesített, megmagyarázza azzal, hogy ő sok Sylvia Plath verset olvasott, aki pedig öngyilkos lett.⁴³ Ez a kis, személyre szabott elmélet pedig megmarad azután is, hogy az azt létrehozó értékelés eltűnik. Az információk tehát az egyik oldalon gyorsan összekapcsolódnak egy koherens történetté, amely így visszahat későbbi elképzeléseinkre.⁴⁴

A másik oldalt, a kitaró szennyeződést erősíti tudat alatti, első rendszerünk⁴⁵ természete. Bizonyos szavak és események ugyanis, mivel bonyolult hálózatokban tárolunk mindent elménkben, asszociatív aktivációs folyamatokat indítanak el. Ezt vizsgálja a pszichológia priming (előfeszítés) kísérletekkel. A priming elsőre nem tűnik olyan nagy számnak, egy inger előzetes észlelése előhangol egy rá következő ingert.⁴⁶ Tetten érhető nem annyira megdöbbentő formában, akár házilag elvégezhető szókísérletekben. Például ha az „enni” szót halljuk, utána a „Hú_” szótöredéket nagyobb valószínűséggel „Hús-ra” fogjuk kiegészíteni, mint „Húr-ra”.⁴⁷ Ez azért van, mert egy érzékelt fogalom aktivál más fogalmakat, amelyek majd további fogalmakat aktiválnak.⁴⁸ Az így létrejövő mentális láncreakció során az azt elindító tudattartalom nemcsak eseményeket hív elő, hanem az ahhoz kapcsolódó érzelmeket is mozgósítja, majd belső mintákat és reakciókat hív elő, hullámszerűen terjedve az asszociatív pályákon keresztül.⁴⁹ Mindezen fizikai, érzelmi és kognitív reakciók pillanatok alatt, automatikusan és öntudatlanul zajlanak le, egymással összefüggésben és kölcsönhatásban (asszociatív koherencia).⁵⁰

Ha megnyomok egy csomópontot az egyszerűen magával rántja a hozzá kapcsolt fogalmakat, és mivel minden fogalom asszociatív rendszerbe van ágyazva, mindegyik fogalom csomópont is lesz. Ezért is van olyan nagy hatása az elsőként kapott információknak egy adott személy megítélése során. A kezdeti információk magával rántanak egy adag meg

⁴⁰ Czabán, S. (2020). Horgonyhatás és jog – tudunk-e megbízható numerikus ítéleteket hozni az igazságszolgáltatás kontextusában? *Themis*, 29.

⁴¹ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1966

⁴² Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1966

⁴³ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1966

⁴⁴ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1969

⁴⁵ A modern kognitív pszichológia az érthetőség kedvéért az ember mentális folyamatait két nagyobb rendszerbe gyűjti. Az egyik a gyors gondolkodás, azaz az első rendszer: ez az automatikus, tudat alatti, intuitív és asszociatív részünk. A másik pedig a lassú gondolkodás, azaz a második rendszer. Ez a racionális, logikus, problémamegoldó énünk. Bár a második rendszerünkkel azonosítjuk magunkat, ezért azt gondoljuk, a tudatos gondolkozásból származnak meggyőződéseink, döntéseink leginkább az automatikus és tudat alatti információfeldolgozás, azaz az első rendszer csapongó benyomásainak és asszociációinak eredménye. Ezeket később a tudatos gondolkodás magáévá teszi és racionalizálja.

⁴⁶ Kahneman, D. (2019). *Gyors és lassú gondolkodás*. HVG Kiadó Zrt – 63. p.

⁴⁷ Kahneman, D. (2019). *Gyors és lassú gondolkodás*. HVG Kiadó Zrt – 65. p.

⁴⁸ Kahneman, D. (2019). *Gyors és lassú gondolkodás*. HVG Kiadó Zrt – 63. p.

⁴⁹ Kahneman, D. (2019). *Gyors és lassú gondolkodás*. HVG Kiadó Zrt – 63. p.

⁵⁰ Kahneman, D. (2019). *Gyors és lassú gondolkodás*. HVG Kiadó Zrt – 63. p.

nem érdemelt automatikus következtetést és fogalmat, ami fertőzi a későbbi megismerést. Erre leginkább Solomon Ash klasszikus kísérletét szokták felhozni: ⁵¹

A. intelligens – szorgalmas – impulzív – kritikus – makacs – irigy (Alan)

B. irigy – makacs – kritikus – impulzív – szorgalmas – intelligens (Ben)

A két leírás tartalmilag pontosan ugyanaz, csak sorrendileg fordított. Alannek először a pozitív tulajdonságaival találkozunk, Bennek a negatívval. Egy racionálisan működő ember (*homo economicus*) nem alakítana ki különböző benyomásokat Benről és Alanról, mi azonban úgy tűnik, itt is eltérünk a normatívától. Amikor felolvassák embereknek a két leírást, Alanról egy néhány hiányossággal rendelkező, de tehetséges ember képe villan fel, míg Bent kifejezetten negatívan értékeljük. A makacs jelző teljesen mást fog jelenteni úgy, hogy az intelligens előzi meg, valamiféle jogos kitartást és erőt fog jelképezni. Míg az intelligencia inkább veszélyesnek fog tűnni, ha előtte egy makacs, irigy emberre hangolnak minket elő.⁵² Khaneman a kísérlet kapcsán arra hívja fel a figyelmet: hogy egy személy tulajdonságaival milyen sorrendben találkozunk, általában a véletlen függvénye, ami nem túl szerencsés, tekintve hogy mekkora hatalma van felettünk a sorrendiségnek. Ez a tárgyalóteremben sincs máshogy.

A fentiek miatt minden információ mentális szennyeződést hoz létre, ami akkor is fennmarad, ha már tudjuk, hogy az eredeti információ félrevezető vagy pontatlan volt.⁵³ Az agy nem elkülönített egységekben tárolja az tudáselemeket, hanem egy összekapcsolt rendszerben, ezért a meglévő információink befolyásolják az új ingerek feldolgozását. Ez a tudattalan vagy ellenőrizetlen mentális feldolgozás a régi tudattartalmak lehorgonyozása miatt nem kívánt ítéleteket, érzelmeket vagy magatartást eredményezhet, ráadásul a legveszélyesebb módon, a tudatos gondolkodáson kívülről operálva.⁵⁴ Nemcsak magát az információt, de az információ tudat alatti hatását is el kellene tudni nyomnia egy bírónak ahhoz, hogy megfeleljen a jog elvárásainak a tiltott információkkal kapcsolatban. Ez igen nehéz, mivel egy információ működésbe hoz mélyen helyezkedő sémákat és organizációs alapelveket, amelyek aztán beszínezik a gondolkodás minden aspektusát.⁵⁵ Egyes emlékek és hiedelmek elérhetőbbé válnak, míg mások távolabb kerülnek a tudatunktól, a figyelmünket pedig tematizálja egyes ingerek felé. Sőt, az információt kísérő és magyarázó következtetéseket is el kell nyomnunk, ha teljesen meg akarunk szabadulni a hatásától.

A fejezetekben tárgyat pszichológiai tudás erőteljesen megjelenik a kortárs politikai kommunikációban is. Egyre kevésbé számít egy információ hitelessége vagy valóságtartalma. Miért is számítana? Mire kijön egy esetleges korrekció, az eredeti hamis tudattartalom már akarva akaratlanul is beépült az emberek mentális rendszerébe. Fenti annyira meghatározóvá vált, hogy éránkat sokan ezen jellegzetességet kiemelve post-truth korszaknak nevezik. Ahogy Khaneman írja:

„Az első rendszer elnyomja a kétértelműséget és spontán módon megalkotja a lehető legkoherensebb történetet. Hacsak nem születik meg az üzenet cáfolata azonnal, az általa elindított asszociációk elterjednek, mintha az üzenet igaz lenne”⁵⁶

⁵¹ Asch, S. E. (1946). Forming impressions of personality. *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, 41(3), 258.

⁵² Kahneman, D. (2019). *Gyors és lassú gondolkodás*. HVG Kiadó Zrt - 98-99. p.

⁵³ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1964

⁵⁴ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1964

⁵⁵ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1965

⁵⁶ Kahneman, D. (2019). *Gyors és lassú gondolkodás*. HVG Kiadó Zrt – 133. p.

Ez a sajtóhelyreigazítási eljárások tekintetében fontos szerkezeti kérdést vet fel. A pszichológiai kutatásokból az következik, hogy messze nem nevezhető szimmetrikusnak a „*a közlemény sérelmezett részéhez hasonló módon és terjedelemben*” történő közlés kötelezettsége. Ugyanigy, a jó hírnév védelmében felállított büntetőjogi szabályok és civiljogi reparációs eljárások is átértékelendők. Az első információ rosszsziszemű kihasználásának kárai sokkal nagyobbak lehetnek, mint azt gondoljuk. Az anyagi és az eljárásjogi szabályozásnak tekintettel kell lennie a modern kognitív pszichológia által fentiekben feltárt sajátosságokra. Az arányosság eléréséhez a jognak kompenzálnia kell az információfeldolgozás aszimmetrikus természetet.

IV. Figyelmen kívül tudják-e hagyni bírók a kizárt információkat?

Fentiekben érintettünk több jogi kérdést is, de nem volt szó arról, végül képesek-e a bírók ténylegesen figyelmen kívül hagyni az eljárásból száműzött információkat. Azt már elég biztosan állíthatjuk, hogy az esküdtek nem tudnak ezektől az információktól elvonatkoztatni. A témával foglalkozó, együttesen 8474 személy részvételével lefolytatott 48 tanulmányt vizsgáló metaanalízis arra jutott, a kizárt információk hatása az ítéletekre kimutatható és szignifikáns.⁵⁷ Továbbiakban egy átfogó, Amerikai Egyesült Államokbeli, helyi illetve szövetségi, civil és büntető ügyekben is ítélkező bírákkal végzett, empirikus kutatássorozat mutat be, amelyben a kizárt információk különböző típusainak hatását tesztelték.⁵⁸

IV.1. Az áldozatok szexuális előélete és a „rape-shield” törvények

Az áldozatok szexuális előélete és annak jelentősége szexuális jellegű bűncselekmények esetén régóta vita és jogi reform tárgya az Amerikai Egyesült Államokban.⁵⁹ A cross-examination során a felek gyakran próbálnak láthatóvá tenni vagy bizonyítékként felhozni olyan információkat, amik az áldozat szexuális múltjával kapcsolatosak. A törvények hagyományosan elő is írták, hogy a sértett szexuális élete fel legyen tárva, ezt ugyanis releváns ténynek tekintették a vád hitelessége tekintetében.⁶⁰ Abban ma nincs egyetértés, hogy az aktív múlt milyen asszociációkat indít el az emberekben. Az ódivatú nézet szerint egy „tisztá” előéletű nő például inkább állt ellen a vádlottnak és rendelkezik hihető igényekkel a per során. De a promiszkuitásból ennek pont az ellenkezőjére is következtethetünk. Ha valakinek sok partnere volt, és korábban egyik ellen sem emelt vádat, talán sokkal logikusabb, hogy az aktuális együttlétnél tényleg hiányzott a konszenzus.⁶¹ Ezeket a nem túl ízléses spekulációkat elkerülendő számos tagállam hozott úgynevezett „rape-shield” törvényeket, amelyek limitálják vagy tiltják a szexuális előélet bizonyítékként való felhasználását.⁶² Mennyire tudnak vajon a bírók megfelelni a „rape-shield” kitételeknek és elvonatkoztatni az előélettől?

⁵⁷ Steblay, N., Hosch, H. M., Culhane, S. E., & McWethy, A. (2006). The impact on juror verdicts of judicial instruction to disregard inadmissible evidence: A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 30(4), 469-492.

⁵⁸ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345.

⁵⁹ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1298. p.

⁶⁰ Anderson, M. J. (2002). From chastity requirement to sexuality license: Sexual consent and a new rape shield law. *Geo. Wash. L. Rev.*, 70, 51. – 1. p.

⁶¹ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1299. p.

⁶² Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The

Ms. Smith egyetemi hallgató, egy kollégiumi buliban állítása szerint erőszak érte. Az esemény után két órával feljelentést tesz. A lányt kikérdező rendőr jelentésében az állt, miközben elmesélte a történetet láthatóan ideges volt, emellett az orvosi vizsgálat során sérüléseket találtak a sértett combján. A vádlott nem túl meglepő módon azt vallotta, hogy az együttlét konszenzuális volt. Noha korábban volt része pár egyéjszakás kalandban, soha nem volt senkivel erőszakos. Az ügy sok más ténye mellett a vádlott az ítélkező bírók egy részénél kérvényezi több tanú meghallgatását is, amivel bizonyítani szeretné, hogy Ms. Smithnek jól megérdemelt hírneve volt a promiszkuitás terén. Korábbi szobatársa szerint már „pár sörtől elvesztette a gátlásait és lefeküdt az első sráccal, aki szembejött”, egy másik barátja szerint pedig „minden vasárnap más koliban ébredt föl”. Az ügyre az Arizonai Rape Shield státutum volt alkalmazandó, ami szexuális bűncselekmények esetén tiltja az áldozatok tisztaságával kapcsolatos bizonyítékok értékelését. Vajon, befolyásolta-e a bírák döntését érdemben, a kizárandó információ?

A bírák legnagyobb része helyesen alkalmazta a törvényt, és az alapján ki is zárta a tanúvallomások felvételét a per hivatalos iratai közül.⁶³ A kérdés az volt, a szexuális előéletnek való kitettség hatott-e a végső döntésre, illetve hatott-e a kizárás ellenére is? A válasz mindkét kérdésre az, hogy igen, szignifikánsan befolyásolta az ítéleteket. Míg a sértett szexuális előéletének ki nem tett bírák 49,1%-a, tehát a fele elítélte a vádlottat, a kísérleti csoportban lévő, azaz a szexuális előéletet ismerő bíróknak csak a 20%-a ítélte el a vádlottat.⁶⁴ Tették ezt úgy, hogy a bírák kizárták a szexuális előéletre vonatkozó tanúvallomásokat, mint bizonyítékot, tehát végeredményben ugyanazon tények alapján ítélkeztek; az elítélés aránya mégis közel 30%-al csökkent. Itt úgy néz ki, a bírák a törvény előírásai ellenére sem tudtak ellenállni a mentális szennyeződésnek.

IV.2. Tiltott bizonyítékok kizárása

Hasonlóan végződött több kísérlet is. A bíráknak egy kártérítési ügyben kellett volna elvonatkoztatni a felperes bűnügyi előéletétől, főszabályként azt egy 10 éves elévülési típusú határidő miatt nem vehették volna figyelembe. A kísérleti csoportban lévő bírák ennek ellenére tendenciózan alacsonyabb kártérítési összeget ítéltek meg, amikor tudtak az illető bűnügyi előéletéről.⁶⁵

Ugyanígy hatással volt egy bűnüldöző szervekkel kötött együttműködési megállapodás alapján fel nem használható információ is. Míg a kontrollcsoportban lévő bírák majdnem egyöntetűen a minimum büntetést, azaz 78 hónap szabadságvesztést szabták ki 150 gramm metamfetamin birtoklásáért. Addig a fel nem használható információk tudatában lévő bírák (a dealer nem csak árult, de az előállításban is segített és egy kiskorún tesztelték a drogot) sokkal szigorúbban ítélkeztek, és átlag 85,9 hónap börtönre ítélték a vádlottat.⁶⁶ Ezen bírák képe valószínűleg akaratlanul is megváltozott a vádlotról, már nem egy pitiáner drogdílert, hanem egy kiskorút is veszélyeztető komolyabb bűnözőt láttak benne.

difficulty of deliberately disregarding. University of Pennsylvania Law Review, 1251-1345. – 1299. p.

⁶³ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. University of Pennsylvania Law Review, 1251-1345. – 1301. p.

⁶⁴ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. University of Pennsylvania Law Review, 1251-1345. – 1302. p.

⁶⁵ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. University of Pennsylvania Law Review, 1251-1345. – 1304-1308. p.

⁶⁶ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. University of Pennsylvania Law Review, 1251-1345. – 1309-1312. p.

IV.3. Kognitív kizárás a polgári perekben

Szintén nem tudtak az alperes polgári jogi felelősségével kapcsolatos döntésükben elvonatkoztatni a bírák egy, az ügyvédi titoktartás által védett információtól. Míg az ügyvédi titoktartás által védett telefonbeszélgetés leiratát nem ismerő bírók 50%-a a felperesnek adott igazat, az ezen, egyébként nem felhasználható bizonyítékot ismerő bírák kevesebb, mint 30%-a tette ugyanezt.⁶⁷

Egy másik kutatásban egy képzeletbeli termékfelelősségi ügyben kellett laikusoknak és bírának döntést hozniuk, ehhez azonban olyan tényeket is adtak az embereknek, amiket egy jogi eljárásban nem használhatnak fel.⁶⁸ Ezek a bevezetett tiltott tények itt is negatívan befolyásolták az eset kimenetelét a kontroll csoporthoz mérten, akik ilyen bizonyítékoknak nem voltak kitéve.

A tény, hogy egy bizonyíték nem felhasználható, a legtöbb vizsgált esetben nem számított. A kizárt, tiltott információk ugyanannyira befolyásolták a képzett bírakat, mint a laikusokat vagy az esküdteket. Ebből az feltételezhető, hogy a bírák általában nem tudják elvégezni azt a nehéz kognitív feladatot, amit számos jogszabály elvár tőlük. Van azonban pár érdekes kivétel, ami színesíti a képet.

IV.3. Amikor mégis sikerül – tanulságok és kivételek

Egy fegyveres rablás gyanúsítottja kihallgatása közben egyértelműen ügyvédet kért, kétszer is, a rendőrség viszont ezt megtagadta és folytatta a kihallgatást. Két órával később az alperes bevallotta a bűncselekmény elkövetését. Írásbeli vallomása tökéletesen illeszkedett az eseményekhez. Amikor ettől a beismerő vallomástól kellett bírának elvonatkoztatni, azt hibahatáron belül meg tudták oldani. Míg a kontroll csoportban a bírák 17,7 százaléka ítélte el a vádlottat, a kísérleti csoportnál ez csak 3 százalékkal volt magasabb.⁶⁹ Nehéz lenne azt mondani, hogy ez valamiért könnyebb feladat lenne, mint elvonatkoztatni például a sértett szexuális előéletétől. Ha valami, egy hitelesnek tűnő beismerő vallomás semlegesítése nehezebb kognitív manővernek tűnik. A védelemhez való jog talán annyira fontos alapjog a bírák szemében, hogy megsértése esetén sikeresen tesznek extra mentális erőfeszítéseket? De akkor az alkotmányos szabályok más elbánásban részesülnek, mint a nem alkotmányosak? Talán a bírák képesek kompenzálni, csak nem mindig vannak tisztában annak szükségességével, illetve egyszerűen úgy döntenek, hogy bizonyos esetekben nem teszik meg azt?

A kutatók a kérdésben nem próbálnak elhamarkodott, túláltalánosító ítéleteket hozni. Elismerik, hogy jóval több kutatásra van szükség, a kérdés roppant bonyolult és számos mintázat még magyarázatra szorul. Amit a fentiekből és a szakirodalom állásából le lehet szűrni, az hozzávetőlegesen a következő:

1. Számos pszichológiai szakirodalom támasztja alá azt, hogy az emberek általánosságban nem tudnak elvonatkoztatni tiltott, kizárt, figyelmen kívül hagyandó információktól, és azok nyilvánvaló diszkreditálásuk után is szennyezik ítéleteinket.

⁶⁷ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1296-1297. p.

⁶⁸ Landsman, S., & Rakos, R. F. (1994). A preliminary inquiry into the effect of potentially biasing information on judges and jurors in civil litigation. *Behavioral Sciences & the Law*, 12(2), 113-126.

⁶⁹ Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345. – 1318-1322. p.

2. A legtöbb esküdtekkal és bírakkal folytatott kísérletből úgy tűnik, a jogi szereplők sem tudnak elvonatkoztatni az eljárásból kizárt, de ismert információk tekintetében, míg a jogszabályok ezt sokszor elvárják tőlük. Ez tehát rezonál az általános pszichológiai szakirodalommal, illetve egy ellentmondásra mutat a jogi elvárások és a pszichológiai valóság között.

3. Bizonyos alkotmányos alapjogok megsértése esetén a bírák ettől eltérő viselkedést mutattak a legátfogóbb témába vágó kutatásban, aminek magyarázatában bizonytalanok vagyunk.

4. A témában jóval több kutatásra lenne szükség. A bírakkal végzett kísérletek száma egyelőre csekély, módszertanuk pedig limitálja az azokból levonható következtetéseket. Ezek a következtetések azonban mégis hitelesebbnek mondhatók és feltehetően pontosabban orientálnak minket, mint eddigi intuitív válaszaink.

A gyermekkel való kapcsolattartás mint jog és kötelezettség – a szülői attitűdök és az önhiba értelmezési lehetőségei a kapcsolódó eljárásokban²

I. Bevezetés

A gyermekkel való kapcsolattartás a gyermekvédelmi eljárásokban és a családjogi jogvitákban szinte a leggyakrabban felmerülő kérdés, ennek megfelelően a jogszabályoknak szükséges lefektetnie a kapcsolattartás szabályozásának főbb elveit és garanciáit, továbbá a hatékonyság érdekében pedig – szükségszerűen – hatásköri elkülönülés figyelhető meg a jogintézményhez kapcsolódó eljárásokban.

A családi viszonyok összetettségére, és a folyamatosan felmerülő új helyzetekre tekintettel szinte lehetetlen feladat lenne az összes felmerülő jogvitát szabályozással rendezni, azonban a különféle döntési szintek között sokszor jelentős eltérések mutatkoznak a hasonló helyzetek megítélésében is. Polgári törvénykönyvünk keretjelleggel szabályozza a kapcsolattartással összefüggő kérdéseket,³ a jogalkalmazók mérlegelésére bízva a részletszabályok kialakítását.

Jelen tanulmányban a kapcsolattartással összefüggő gyámhatósági eljárásokat, a 2020. március 1. napjától bevezetett kapcsolattartás végrehajtására irányuló polgári nemperes eljárásokat, továbbá a bíróságok előtt folyó gyermekelhelyezéssel kapcsolatos perek szempontjait vizsgálom az eljárásrendre irányadó szabályozás, illetőleg a döntési-ítélkezési gyakorlat viszonylatában.

A kutatás szempontjából kiemelt szerepet kapnak a Kúria kapcsolódó döntései és az Alkotmánybíróság határozatai, hiszen ezek adhatnak leginkább iránymutatást a gyakorlat számára a kapcsolattartással összefüggő kérdések megítélésében.

A kutatás fő célkitűzése, hogy a szabályozási és eljárási garanciák; a gyakran előforduló esetek és az azokban hozott döntések összegyűjtésével feltárja azokat a főbb pontokat, amelyeknél a döntési mechanizmus egységes, és azokat a területeket, ahol az egységesítés szükségessé válhat.

II. A gyermekkel való kapcsolattartás jogintézményének szabályozása és főbb kérdései

A kapcsolattartási jog jelentőségét mutatja, hogy a nemzetközi és a hazai szabályozásban is számos rendelkezés jelenik meg.

II.1. A kapcsolattartási jog megjelenése a nemzetközi egyezményekben

A nemzetközi egyezményekben a kapcsolattartásra vonatkozó rendelkezések leginkább a garanciák oldaláról közelítik meg a kérdést.

¹ Károli Gáspár Református Egyetem Állam-és Jogtudományi Kar Doktori Iskola, PhD hallgató, témavezető: Dr. habil. Móré Sándor PhD

² A kutatás az Új Nemzeti Kiválóság Program 2020 pályázatának keretében készült, az Innovációs és Technológiai Minisztérium és a Nemzeti Kutatási, Fejlesztési és Innovációs Alap támogatásával.

³ Makai Katalin: XII. cím: A szülői felügyelet. In Kőrös András (szerk.): Polgári jog – Családjog – Az új Ptk. magyarázata III/IV. HVG-Orac, Budapest, 2018, 345.o.

Az 1991. évi LXIV. törvény által kihirdetett a Gyermek jogairól szóló, New Yorkban, 1989. november 20-án kelt Egyezmény (a továbbiakban: *Gyermekjogi Egyezmény*) a 9. cikkében deklarálja az államok garanciális kötelezettségeit a mindkét vagy egyik szülőjétől külön élő gyermekek esetében: biztosítani kell a bírósági felülvizsgálat lehetőségét, illetve azt is, hogy az eljárásokban minden érintett fél véleményt nyilváníthasson. A 9. cikk 3. pontja pedig kimondja: „Az Egyezményben részes államok tiszteletben tartják a mindkét szülőjétől vagy ezek egyikétől külön élő gyermeknek azt a jogát, hogy személyes kapcsolatot és közvetlen érintkezést tarthasson fenn mindkét szülőjével, kivéve, ha ez a gyermek mindenképp felett álló érdekeivel ellenkezik.”⁴ Az Egyezmény a gyermek jogaként hivatkozik tehát a kapcsolattartásra, melyet hangsúlyoz a 8. cikkben is, illetve a 10. cikkben azon esetek körében, ahol a szülők eltérő országban élnek. A gyermek mindenképp felett álló (legjobb) érdekének felméréséhez pedig az ENSZ Gyermekjogi Egyezményhez fűzött 14. számú Általános kommentárja (2013) a gyermek legjobb érdekének elsődleges figyelembevételéhez fűződő gyermeki jogról⁵ 92. pontja szerint a gyermek legjobb érdekének megállapításához megfelelően képzett szakemberek közreműködése szükséges, akik a gyermekkel mindennapi érintkezésben lévő személyek meghallgatása után a hiteles információk és tények beszerzésére törekedve igyekeznek megállapítani a gyermek legjobb érdekét.

Az *Európai Unió Alapjogi Chartájának*⁶ 24. cikke rendelkezik a gyermekek jogairól, e körben is előírja a gyermek véleményének figyelembe vételét az őt érintő ügyekben, a gyermek legjobb érdeke szerinti döntéshozatalt a gyermeket érintő eljárásokban. A kapcsolattartás tekintetében pedig a 24. cikk (3) bekezdése rendelkezik: „Minden gyermeknek joga van ahhoz, hogy mindkét szülőjével rendszeres, személyes és közvetlen kapcsolatot tartson fenn, kivéve, ha ez az érdekeivel ellentétes.” A mindkét szülővel való kapcsolattartás joga alapelveként megjelenik a legtöbb Európa Tanács által kiadott Egyezményben, iránymutatásban és az Európai Bíróság döntéseiben is.⁷

Bár jelen tanulmány vizsgálati tárgyán a jogellenes külföldre vitel kérdésköre túlmutat, ugyanakkor fontos megjegyezni a *Gyermekek Jogellenes Külföldre Vitelének Polgári Jogi Vonatkozásairól szóló 1980. október 25-én kelt Hágai Egyezmény* (melyet Magyarországon az 1984. évi 14. törvényerejű rendelet hirdetett ki) kapcsolattartás szempontjából lényeges megállapításait, miután a jogellenes külföldre vitel elleni fellépés Egyezményben is foglalt egyik fő indoka a gyermek és a különélő szülő közti kapcsolattartási jog biztosítása, és a 21. cikk szerint a visszaviteli kérelemtől függetlenül önállóan is lehet intézkedést kérni a gyermekkel való kapcsolattartás biztosítása vagy megszervezése iránt, mely kérelem alapján ugyanolyan protokoll szerint kell eljárni. Jelentős körülmény, hogy az Egyezmény szerinti eljárások a 4. cikk alapján a gyermek tizenhat éves koráig alkalmazhatóak a külföldre viteltől

⁴ A „gyermek mindenképp felett álló érdekei” a „best interests of a child” kifejezés fordítása, mellyel kapcsolatban a szakirodalomban és a szakemberek közt is szembenállás mutatkozik a „gyermek legfőbb érdeke” vagy a „gyermek legjobb érdeke” formula támogatóival. A megosztottság oka, hogy míg a „mindenképp felett álló érdek” vagy a „legfőbb érdek” tartalmának meghatározása meglehetősen absztrakt, addig a „legjobb érdek” a lehetőségekhez képesti legjobb megoldást jelöli, mely az egyes konkrét esetekben könnyebben felmérhető. Ez utóbbi állásponttal egyetértve, amennyiben nem idézetben szerepel, én is a legjobb érdek kifejezést használom a továbbiakban. A fogalomhasználatról és a gyermek legjobb érdekének definíciójáról bővebben lásd: Bereczki Ildikó: Gyermeki jogok a szülői felelősségről szóló nemzetközi magánjogi szabályozás perspektívájából. Wolters Kluwer Hungary, Budapest, 2021, 73-83. o.

⁵ *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1) (United Nations), https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (2021.07.18.)

⁶ 2016/C 202/02., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=HU> (2021.07.18.)

⁷ Bővebben lásd: Handbook on European Law relating to the rights of the child, (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Luxemburg, 2015) 78-82. o. <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/handbook-european-law-relating-rights-child> (2021.06.10.)

számított egy éven belül. Bár a nemzetközi gyakorlat szerint azon vélelem alapján kell eljárni, hogy a gyermek érdeke a visszavitel,⁸ az eljárásban kiemelt szerepe van a gyermek érdekének megállapításának, vizsgálni kell, hogy a visszavitel nem okozna-e a gyermeknek lelki vagy testi károsodást⁹, és az eljárás során környezetanulmányt kell készíteni a gyermek lakóhelyéről és vizsgálni, hogy a gyermek beilleszkedett-e a külföldi környezetébe, továbbá a visszaviteli eljárás a 13. cikk alapján megtagadható, hogyha „a gyermek ellenzi a visszavitelét és elérte már az érettségnek azt a fokát, amikor nézetei már számításba veendő”. Mindemellett kiemelt jelentőséggel bír a gyermek életkora, és az annak megfelelő társas szükségletei, közege.¹⁰ A külföldre vitellel kapcsolatos konfliktusok rendezése érdekében pedig szükséges megkísérelni a szülők közti mediációt. Mindezek alapján tehát a gyermek legjobb érdeke és a gyermek kapcsolattartáshoz való joga megelőzi a különélő szülő kapcsolattartási jogát.

Ezen szemlélethez kapcsolódva több európai országban külön protokoll alapján vizsgálják, hogy a gyermek jogellenes külföldre vitele a gyermek érdekében álló okból történt-e, például a gyermekre káros kapcsolattartás, bántalmazó szülő elől menekültek-e el külföldre a gyermekkel, illetőleg törekednek arra is, hogy ne a szülő kapcsolattartáshoz való joga dominálja a visszavitelről szóló döntést, különösen amiatt, hogy a visszavitel nélkül is elő lehet mozdítani a kapcsolattartás érvényesülését.¹¹ A gyermek megvédése a számára veszélyeztető kapcsolattartásról fontos célként jelenik meg a határokon átnyúló kapcsolattartási ügyekben, és amennyiben megállapítható, hogy a gyermek érdekeit a kapcsolattartás veszélyeztetné, a döntéshozóknak még enyhe gyanú esetén is szükséges az esetet kivizsgálni (különösen az abúzus és a szexuális abúzus esetén), illetve a gyermek védelmét szem előtt tartva dönteni,¹² hiszen ezekben az esetekben a maradás szolgálhatja a gyermek érdekét.¹³ Mindemellett pedig a gyermeket külföldre vivő szülő is hivatkozhat az eljárás során arra állításának megfelelő bizonyításával, hogy a gyermek visszavitele súlyos veszéllyel (*grave risk of harm*) járna vagy elviselhetetlen helyzetet (*intolerable situation*) eredményezne, azonban fontos a vizsgálat során megkülönböztetni, hogy a szülő nem akar vagy nem tud visszatérni a gyermekkel.¹⁴

Az Egyezményhez kapcsolódóan a házassági és szülői felelősségi ügyekben a joghatóságról, a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról, valamint a gyermekek jogellenes külföldre viteléről szóló (EU) 2019/1111 tanácsi rendelet (2019. 06.25.)¹⁵ az

⁸ Wopera Zsuzsa: Az európai családjog gyakorlata – Az Európai Unió Bíróságának családjogi tárgyú uniós rendeletekkel kapcsolatos joggyakorlata. Wolters Kluwer, Budapest, 2017, 91-93.o.

⁹ Az Alkotmánybíróság egy jogellenes elvitellel kapcsolatos ügyben kifejezi a 3375/2018. (XII.5.) AB határozatban, hogy ezen eljárásokban figyelemmel kell lenni a gyermek életkori sajátosságaira, és az eljárás során szükséges a tisztességes eljáráshoz való jog körében minél teljesebb körű bizonyítást lefolytatni, e körben pedig jelentős lehet a szakértői vélemény beszerzése.

¹⁰ Kozák Henriett: A gyermek jogellenes elvitele, szülői felügyeleti jog gyakorlása határon innen és túl. HVG-Orac, Budapest, 2020, 104.o.

¹¹ Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs: *Cross-border Parental Child Abduction in the European Union – Study for the LIBEE Committee*, (European Parliament, Brussels, 2015) 19. és 83.o. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU\(2015\)510012_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU(2015)510012_EN.pdf) (2021. 02.24.)

¹² *Transfrontier Contact Concerning Children – General Principles and Guide to a Good Practice*, Family Law – (Hague Conference on Private International Law Jordan Publishing Limited, Bristol, 2008) 31. o. <https://assets.hech.net/docs/aabaa1c1-4fb5-4c24-92bd-75a8b161e29a.pdf> (2021.06.22.)

¹³ Körmendiné Kovács Veronika: A visszavitel a gyermek érdeke. A visszavitel a gyermek érdeke? A Hágai Egyezmény 13. cikk (1) bekezdés b) pontjának érvényesülése a tagállamok gyakorlatában II. rész, In Családi Jog 2019/2. sz., 34-41. o.

¹⁴ Körmendiné Kovács Veronika: A visszavitel a gyermek érdeke. A visszavitel a gyermek érdeke? A Hágai Egyezmény 13. cikk (1) bekezdés b) pontjának érvényesülése a tagállamok gyakorlatában I. rész, In Családi Jog 2019/1. sz., 42-48. o.

¹⁵ Az Rendelet szövege elérhető:

eljárások meggyorsítása mellett a gyermek legjobb érdekének megfelelően bevezeti az ideiglenesen elrendelhető intézkedéseket, illetve hangsúlyosabbá teszi a gyermek véleményének figyelembevételét azzal, hogy a gyermek meghallgatásának elmaradása a határozat végrehajthatóságát is akadályozhatja.¹⁶

Az Európa Tanács által 2003. május 15-én elfogadott „A Gyermekeket érintő kapcsolattartásról szóló Egyezményt” (*Convention on Contact Concerning Children*¹⁷, a továbbiakban: *Kapcsolattartási Egyezmény*) bár viszonylag kevés európai állam ratifikálta formálisan (Magyarország sem részese), ugyanakkor a benne foglalt főbb alapelvek megjelennek a legtöbb ország vonatkozó szabályozásában, alapvető szinten néhány rendelkezés a magyar jogszabályokban is fellelhető. A Kapcsolattartási Egyezmény célja, hogy a szabályozási alapelvek mellett garanciákat és biztosítékokat fektessen le, továbbá a bíróságok és hatóságok közti, a kapcsolattartást érintő kérdésekben való együttműködés kialakításához adjon iránymutatást. A Kapcsolattartási Egyezmény 6. cikkében a gyermek véleményének kiemelt figyelembevételét írja elő (kivéve, ha ez a gyermek legjobb érdekével szembenálló), amelybe beletartozik, hogy a gyermek megkapja a szükséges információkat az őt érintő kapcsolattartásról, be legyen vonva a kapcsolattartási rend kialakításának rendjébe, és megoszthassa a meglátásait. Az Egyezmény emellett kiemeli, hogy mindkét szülőnek joga a gyermekkel való kapcsolattartás, és a kapcsolattartásban közreműködő szervezetnek elő kell mozdítania, hogy a szülők békés megegyezésre juthassanak. A Kapcsolattartási Egyezmény a garanciák közt említi többek közt a kapcsolattartási megállapodás betartása érdekében a felügyelt kapcsolattartás elrendelésének lehetőségét, a kapcsolattartási költségek viselésének szabályozását, a kapcsolattartást akadályozó szülő bírságolását, illetve a gyermek jogellenes külföldre vitelének a megakadályozását különféle garanciák lefektetésével, továbbá a más országokban hozott kapcsolattartási határozatok kölcsönös elfogadását.¹⁸

A fentiekből tehát az tűnik ki, hogy a nemzetközi dokumentumok a kapcsolattartást elsősorban a gyermek mindkét szülő irányában fennálló alapvető jogaként definiálják¹⁹, és a gyermek legjobb érdeke szerinti kapcsolattartási rend kialakítását irányozzák elő mind a szülők, mind a közreműködő szervek számára, a gyermek véleményének hangsúlyos figyelembevételével, és azzal az alapvetéssel, hogy a gyermek elhelyezését következményeiben is szükséges vizsgálni.²⁰ Bár a nemzetközi és európai normákat a tagállamokban eltérő fogalomhasználat és azok tartalma miatt olykor nehéz alkalmazni, különösen a határokon átnyúló kérdésekben,²¹ azonban az európai gyakorlat abban egységes,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R1111&from=HU> (2021. 06. 22.)

¹⁶ A rendelet Magyarországon a szülői felelősséget érintő nemzetközi igazságügyi együttműködésről szóló 2021. évi LXII. törvény implementálja, mely 2022. augusztus 1-től lesz alkalmazható, és amely beépíti az Alapvető jogok biztosának a gyermekek jogellenes külföldre viteléről szóló 2018-as átfogó vizsgálatának főbb – leginkább a szakmai együttműködést és egységes protokoll kialakítását célzó – javaslatait is. www.ajbh.hu/documents/10180/2805034/Jelent%C3%A9s+a+gyermekek+jogellenes+elvitel%C3%A9nek+vizsg%C3%A1lat%C3%A1r%C3%B3l+2018/def882a1-4efd-02d8-a1bd-4d25f9a1165a?version=1.0 (2021. 06.22.)

¹⁷*Convention on Contact Concerning Children*, CETS no. 192. (European Council, Strasbourg, 2003), <https://rm.coe.int/168008370f> (2021. 06.10.)

¹⁸ Összhangban a gyermekek feletti felügyeleti joggal kapcsolatos határozatok elismeréséről és a felügyelet visszaállításáról szóló Európai egyezményrel (*European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*, CETS no. 105. o., (European Council, Luxemburg, 1980.) <https://rm.coe.int/1680078b09> (2021.06.10.)

¹⁹ Szendrői Anna: A szülő és a gyermek közötti kapcsolattartás alapjogi és személyiségi jogi vetülete, In *Pro futuro*, 2019/2. sz., 82-99. o.

²⁰ Kiss Éva: A nemzetközi családjog forrásai és jogvédelmi eszközei. In Kőrös András (szerk.): *A családjog kézikönyve*. HVG-Orac, Budapest, 1995, 779.o.

²¹ Bővebben a főbb kardinális esetköröket lásd: Wopera Zsuzsa: Az európai uniós családjog érvényesülésének kritikus pontjai. In *Családi Jog* 2013/3. sz., 37-44. o.

hogy a szülői felügyeleti jog fogalma autonóm (melybe beletartozik a kapcsolattartás/láthatás joga), és azt minden tagállamnak egységesen kell érvényesíteni.²²

II.2. A kapcsolattartási jog magyar szabályozása

A jelenleg hatályos Polgári törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) kodifikációjakor a szakirodalomban vitát váltott ki, hogy a Családjogi Könyv bekerüljön-e a Ptk.-ba, illetve, hogy a családjog önálló jogágnak tekinthető-e, vagy a polgári jogba illeszkedik. Weiss Emília szerint a családjogot önálló, sajátos és egyedi szabályozás jellemzi, emellett egyes eszközök (mint például a gyermekvédelmi közbelépés, vagy az élettársi viszonyok szabályozása) speciális, a klasszikus polgári jogtól eltérő logikával bírnak, mely jellegek a családjog önállóságát erősítik,²³ álláspontja szerint ilyen „vegyes” részterület a gyermekelhelyezés kérdése is: „A szülők életközösségének megszűnése esetén – erre irányuló szülői megállapodás hiányában – a bíróságoknak a gyermek elhelyezéséről, a különélő szülő és a gyermek közötti kapcsolattartásról, a különélő szülőnek a Családjogi törvényben biztosított további jogai gyakorolhatásáról a gyermek érdekeit szem előtt tartva, emellett az ítélőképes korú gyermek véleményét is meghallgatva és lehetőleg figyelembe véve, a családi viszonyoknak ismét a polgári jogias gondolkodástól alapvetően eltérő mérlegelésével kell dönteniük.”²⁴

Schanda Balázs szerint pedig: „A jog nem pusztán konfliktusrendező szereppel bír a család vonatkozásában – sőt e szerepe másodlagos. Egy, az igazságnak jobban megfelelő tételes jog kialakítása mellett nem mellékes az sem, hogy fel tud-e kínálni olyan megoldásokat a jog, melyek előmozdítják a család egységét, érdekeit és kibontakozását.”²⁵

A kapcsolattartás vonatkozásában elmondható, hogy a magyar jogszabályok leginkább keretjellelű rendelkezéseket tartalmaznak, másfelől a szabályozás többszintű – illeszkedve a kapcsolattartás érvényesítésében közreműködő bírósági és hatósági eljárásrendhez. Így a következőkben ezen lépcsőzetességnek megfelelően és a kapcsolattartás jogintézményének célja és tartalmi elemei szerinti áttekintésre kerül sor, kiemelt figyelemmel a kapcsolódó ítélkezési gyakorlatra.

II.2.1. A kapcsolattartás joga és a szülői felügyeleti jog kapcsolata

A szülői kapcsolattartás szabályozásának szükségessége a szülők különválásakor vagy a gyermek családból történő kikerülésekor (családbafogadással vagy nevelésbe vétellel) merül fel.

A kapcsolattartást érintő alapvető rendelkezéseket a Ptk. negyedik, Családjogi Könyve tartalmazza. A kapcsolattartás rendjéről a szülők megállapodhatnak – és a kapcsolattartás tekintetében a szülők megegyezése elsődleges,²⁶ vagy kérhetik a bíróságtól vagy a gyámhatóságtól a kapcsolattartási egyezség jóváhagyását vagy a megállapodás hiányában a szabályozását házassági bontóperben járulékos kérdésként vagy szülői felügyeleti jog

²² Wopera Zsuzsa: Az európai családjog kézikönyve. HVG-ORAC, Budapest, 2012, 57-59. o.

²³ A szakirodalmi vitáról és az egyes jogintézmények szabályozási logikájáról bővebben lásd: Weiss Emília: Az új Polgári törvénykönyv és a családjogi viszonyok szabályozása. In Polgári Jogi Kodifikáció, II. évf. 2. sz., 4-13.o.

²⁴ Weiss Emília: Az új Polgári törvénykönyv és a családjogi viszonyok szabályozása. In Szeibert Orsolya (szerk.): Weiss Emília családjogi és öröklési jogi kodifikációs tanulmányai. ELTE-Eötvös, Budapest, 2017, 133-154. o.

²⁵ Schanda Balázs: A jog lehetőségei a család védelmére, 88.o. In Iustum Aequum Salutare, 2012/2. sz., 77-88. o.

²⁶ Rózsás Eszter: Gyermekjogok. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2011, 52.o.

rendezése iránti vagy a kapcsolattartás újraszabályozása iránti per keretében, vagy amennyiben nem zajlik szülői felügyeleti jogi per, a gyámhatóságtól is hozhat döntést a kapcsolattartás szabályozásáról (nevelésbe vétel során pedig minden esetben a gyámhatóság dönt). A döntés során pedig az ítélőképessége birtokában lévő gyermeket meg kell hallgatni.

A nemzetközi gyakorlat hatására hazánkban is egyre népszerűbb a közös szülői felügyelet gyakorlása mellett a váltott gondoskodás (melyet csak közös szülői felügyelet esetén lehet elrendelni²⁷), mely hasonló nevelési elveknél és amennyiben mindkét szülő megfelelően képes a gyermekről gondoskodni, úgy a gyermek legjobb érdekét szolgálhatja. Váltott gondoskodás esetén egyik szülőnél sem áll fent kapcsolattartási jog, miután mindketten együttélő szülőnek minősülnek.

A váltott gondoskodás az európai jogrendszerek többségében főszabály, az is előfordul, hogy automatikusan ez lép érvénybe a szülők különválásakor, és külön kérelmet csak abban az esetben kell előterjeszteni, ha nem így kívánnak a szülők a gyermekről gondoskodni, és mindaddig váltott gondoskodás áll fent, amíg az egyik szülőnél a gyermek legalább az idő 30%-át tölti.²⁸ Ez tehát azt jelenti, hogyha az egyik szülő egy héten 2 napot (egészen pontosan 50 órát) tölt a gyermekkel, azt már váltott gondoskodásnak tekintik. A magyar gyakorlatban azonban még az ennél lényegesen hosszabb kapcsolattartási idő esetén sem a váltott gondoskodás modellje érvényesül.²⁹ A Kúria ennek változása érdekében több határozatban is kifejtette, hogy amennyiben a gyermek a különélő szülőnél azonos időt tölt, úgy tulajdonképpen közös szülői felügyeletről és váltott gondoskodásról van szó.

A Kúria Pfv.II.20.210/2019/4. sz. határozata³⁰ szerint: „A szülői felügyelet kizárólagos gyakorlása esetén, megállapodás hiányában a kapcsolattartás ítélettel nem szabályozható olyan módon, hogy az a különélő szülőt a gondozó szülővel azonos időtartamban illesse meg. Az ilyen rendezés a közös szülői felügyeletnek a kapcsolattartás jogintézményével való pótlását, tartalmában burkolt közös szülői felügyeletet jelent.”

Azonban azokban az esetekben amikor a szülőknél a gyermek közel azonos időt tölt – például 8/6 nap vagy 9/5 nap felosztásban – a szülők és a gyermek is a váltott gondoskodásként élhetik meg ezt a felügyeleti rendet, és meglehetősen visszás helyzetet teremt az ehhez hasonló kapcsolattartások érvényesítése. Álláspontom szerint az ilyen esetek is funkcionálisan inkább a váltott gondoskodást valósítják meg.³¹

A nemzetközi gyakorlatot tekintve jelentős az Európai Családjogi Bizottság „A szülői felelősség európai családjogi elvei” elnevezésű iránymutatása³², mely a váltott gondoskodás tekintetében a 3:20. elvében a következő szempontok figyelembevételét írja elő:

a) a gyermek életkora és véleménye;

b) a szülői felelősséget gyakorló személyek képessége és hajlandósága arra, hogy együttműködjenek a gyermeket és ezen személyek személyes helyzetét érintő kérdésekben;

c) a szülői felelősséget gyakorló személyek otthona közötti, és a gyermek iskolája közötti távolság.

²⁷Gotthárdi Enikő: A szülői felelősség fogalma, valamint a gyermek személyével kapcsolatos tartalma az Európai Családjogi Bizottság elvei tükrében, 42. o. In Családi Jog 2019/3. sz., 38-43. o.

²⁸Kozák i.m. 28-31. o.

²⁹A szakirodalomban és a gyakorlatban még az is vitatott, hogy a váltott gondoskodást a szülői felügyeleti jog gyakorlásának egy módját vagy egy önálló kapcsolattartási rendet jelent. Bővebben lásd: Kozák, i.m. 37-38. o.

³⁰BH.2020.1.11.

³¹Erre enged következtetni a Kúria Pfv.20572/2019/9. számú határozata is, ahol a különélő szülőt páratlan héten csütörtök 18.00 órától hétfő 9.00 óráig tartó kapcsolattartáson túl, hétfőn, kedden és szerdán az iskolai foglalkozás végétől 19.00 óráig tartó kapcsolattartás illette meg, melyet a Kúria úgy értékelt, hogy „ténylegesen majdnem a gyermek váltott gondozását teszi lehetővé”.

³²Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf> (2021. 08.04.)

Azonban több, a gyakorlati megvalósulást vizsgáló kutatás is azt mutatja, hogy egyfelől a váltott gondoskodás a szülők kommunikációs problémáit is képes csökkenteni (így az együttműködést is könnyíti), másfelől pedig egyes részletkérdések – mint például a gyermek utaztatása – a gyermek személyiségétől is nagyban függ. Összességében a megkérdezett családok és már felnőtt gyermekek is hatékonyan találják a váltott gondoskodás rendjét.³³

II.2.2. A kapcsolattartásra irányadó határozat és a kapcsolattartási rend kialakításának szempontjai

A Ptk. 4:181. § (3) bekezdése alapján a kapcsolattartásról szóló határozatnak kötelezően kell rendelkeznie a kapcsolattartás gyakoriságáról, időtartamáról, folyamatos vagy időszakos voltáról, arról, hogy felügyelt kapcsolattartásra kerül-e sor, továbbá a gyermek átadásának és visszaadásának helyéről, idejéről és módjáról, a kapcsolattartás elmaradására vonatkozó értesítési kötelezettségről és az elmaradt kapcsolattartás pótlásáról. A Ptk. alapján követelmény, hogy a kapcsolattartás személyes és zavartalan legyen, kiterjedjen a személyes kapcsolat fenntartása nélküli kapcsolattartási formákra és a meghatározott időtartamú külföldre vitelre is.³⁴

A Kúria Pfv.II.21.575/2016/4. számú precedensképes határozata³⁵ szerint: „A Ptk. a kapcsolattartás jogi tartalmát, gyakorlásának módját keretjelleggel határozza meg. A kereset a kapcsolattartás szabályozása iránti igény, annak konkrét tartalmát - függetlenül attól, hogy a fél maga is tehet indítványt a részletekre vonatkozóan - a perben mindig a bíróság határozza meg, a gyermek érdekeinek szem előtt tartásával.”

II.2.3. A kapcsolattartás célja és viszonyrendszere

A kapcsolattartás viszonyrendszerét tekintve a szabályozás alapján legfőképpen a gyermek és a különélő szülő relációjában jelenik meg a kapcsolattartás, mint védendő jogosultság, mely a különélő szülő akkor is megilleti, hogyha szülői felügyeleti joga szünetel, illetve kivételes esetben feljogosítható akkor is, hogyha a szülői felügyeleti jogát a bíróság korábban megszüntette.³⁶ A kapcsolattartás azonban elsősorban a gyermek joga, nem pedig a szülőé³⁷ – a szülőnek joga és a szülői kötelezettségek és feladatok ellátása körében kötelezettsége is,³⁸ így túlmutat azon, hogy a gyermekkel a különélő szülő csupán „időt

³³ A kutatásokról bővebben lásd: Szeibert Orsolya: A váltott gondoskodás szabályozása, elterjedtsége és gyermekre gyakorolt hatása, In Családi Jog 2017/1., 38-43. o., a tanulmány külön hivatkozva Natalie Nikolina: Divided Parents, Shared Children. Legal Aspects of (Residential) Co-Parenting in England, The Netherlands and Belgium (Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015) c. művét, mely a kutatás fontosabb megállapításait tartalmazza.

³⁴ Ez a gyakorlat egyébként ellentétes a Kapcsolattartási Egyezmény 10. cikkével, ahol mind az okmányok átadását, mind a gyermek külföldre vitelét a jogellenesség vagy gyermekrablás megelőzése érdekében csakis a szülői felügyeleti jogot gyakorló szülő írásos beleegyezésével támogatja, és azzal a követelménnyel, hogy a kapcsolattartó szülőnek igazolnia kell, hogy kapcsolattartás keretében jár el.

³⁵ BH 2017.9.296.

³⁶ Szeibert Orsolya: Az Új Ptk. Családjogi Könyvének rendelkezései – II. rész: Szülői felelősség, örökbefogadás, gyámság, In Jegyző és közigazgatás 2013/5. sz., 30-32. o.

³⁷Ezt támasztja alá a Kúria Kfv.37277/2017/4. számú precedensképes határozata is. Továbbá az Alkotmánybíróság 3018/2016. (II. 2.) AB határozata egy védelembe vételt és ideiglenes hatályú elhelyezést érintő ügyben kiemeli: „A szülői jogosultság kizárólag a gyermek jogai és a szülőket terhelő kötelezettségek kontextusában értelmezhető.”

³⁸ Barzó Tímea: A magyar család jogi rendje. Patrocínium, Budapest, 2017, 453.o.

töltsön”, hanem aktív szerepet is szükséges vállalnia a gyermek mindennapi életében, nevelésében, a gyermekükért a szülők közösen felelősek.³⁹ „A szülői felelősség megőrzését és gyakorlati fenntartását – különösen közös szülői felelősség, illetve váltott gondoskodás hiányában – a szülő és a gyermek közötti kapcsolattartás szolgálja.”⁴⁰ Emellett a kapcsolattartásra más hozzátartozók is feljogosíthatóak⁴¹: elsősorban a nagyszülő és a testvér, másodsorban pedig amennyiben ezen hozzátartozók, illetve a szülők akadályoztatva vannak, a gyermek szülőjének testvére és szülőjének háztársa is; harmadsorban pedig további hozzátartozók is külön kérelemre, akiknek a háztartásában a gyermek huzamosabb ideig nevelkedett (például a volt nevelőszülő).

A Ptk. ezen szabályozása egyfelől szigorúbb a Kapcsolattartási Egyezményhez és több európai államhoz képest abban a tekintetben, hogy konkrét személyi kört határoz meg, miután a Kapcsolattartási Egyezmény alapján megfigyelhető tendencia, hogy a gyermek életében fontos szerepet betöltő személyek (pl. közeli családi barátok, bébisitter) is feljogosíthatóak a kapcsolattartásra a szülői felügyeleti jogot gyakorló szülő beleegyezésével⁴²; másfelől megengedőbb, mivel nem köti feltétlenül a szülők engedélyéhez/beleegyezéséhez a kapcsolattartás elrendelését, hanem ez önállóan a hozzátartozó kérelmére is elrendelhető, adott esetben a szülők akarata ellenére is. Ez azonban ellentétes a Kapcsolattartási Egyezmény és az Európai Bíróság ítélkezési gyakorlatának azon felfogásával, hogy a szülők gyermekük nevelési módjának megválasztásához való jogának körébe tartozik annak megítélése, hogy a gyermek kikkel tartson kapcsolatot, és mely személyek ártalmasak a gyermekre nézve; ezáltal tulajdonképpen a gyermek a szülő által gyakorolja kapcsolattartási jogát.⁴³ Egy másik kiindulópont pedig az, hogy a gyermeknek ahhoz is joga van, hogy a gyermek kapcsolattartási jogába az is beletartozik, hogy bizonyos személyektől távol maradjon.⁴⁴

Összességében azonban elmondható tehát, hogy a kapcsolattartás a különélő szülő tekintetében kötelezettségeket is tartalmaz, míg a hozzátartozók esetében leginkább a kapcsolattartás, mint a gyermekkel való találkozás, időöltés lehetősége jelenik meg.

„A kapcsolattartás célja a szülő-gyermek relációban elsősorban az, hogy az arra jogosult szülő a gyermek nevelését, fejlődését folyamatosan figyelemmel kíséresse, elősegítse az érzelmi kapcsolat fenntartását, a gyermek egészséges fejlődését. A nagyszülő esetében az érzelmi kapcsolat a domináló, de a gyermekre nézve hasznos, érzésvilágát tágítja, egyéniségét a minél több szeretet pozitívan befolyásolja. Nézetünk szerint tehát, amennyiben a gyermek tekintetében a szülői kapcsolattartás mellett nem zaklatásszerű e többletkapcsolattartás biztosítása, úgy arra kell törekedni, hogy e kérelmeknek az adott kereteken belül eleget tegyünk.”⁴⁵ Ezen álláspont tehát azt szabja a hozzátartozói kapcsolat feltételeként, hogy az a gyermek fejlődése szempontjából számára hasznos legyen, emellett ne irányuljon a gyermekkel – vagy a szülővel – szembeni zaklatásra.

³⁹ Katonáné Pehr Erika: Alapvető jogok és kötelezettségek, In Mattenheim Gréta (szerk.): Kommentár a gyermekvédelmi törvényhez, Wolters Kluwer Budapest, 2017, 68-97-o.

⁴⁰ Szeibert Orsolya: A családjogi harmonizáció kérdései és lehetőségei Európában. HVG-Orac, Budapest, 2014, 172.o.

⁴¹ A Ptk. 4:179. § alapján.

⁴² Adódik ez abból is, hogy a nemzetközi dokumentumok és ítélkezési gyakorlat a családi kapcsolatok fennállását is tágabban értelmezik: a törvényi viszonyok (pl. házasság, örökbefogadás) mellett a vérszerinti kapcsolatok és annak fokai, illetve a tényleges együttélés is jelentőséggel bír. Bővebben lásd: Kiss Éva i.m.

⁴³ *Children in post-modern families: the right of children to have contact with attachment figures* (European Judicial Training Network, Lisbon 2017) <https://www.ejtn.eu/Documents/Team%20Portugal%201%20Semi-Final%20B.pdf> (2021. 08. 04.)

⁴⁴ Dwyer, James G.: The moral basis of children’s relational rights. In Eekelaar, John – George, Rob (szerk.): *Routledge Handbooks of Family Law and Policy*. Taylor&Francis, London-New York, 2020, 280-286.o.

⁴⁵ Filó Erika – Katonáné Pehr Erika: *Gyermeki jogok, szülői felelősség és gyermekvédelem*. HVG-Orac, Budapest, 2015, 140. o.

Somfai Balázs meglátása szerint emellett a szülői kapcsolattartás a gyermekkel való élő, aktív kapcsolat fenntartására is kiterjed: „A kapcsolattartás célja jól érzékelteti, hogy a szülő-gyermek kapcsolat többet kell, hogy magában foglaljon, mint a kapcsolattartásra jogosult egyéb személyek és a gyermek közti kapcsolattartás. Míg az utóbbi esetben a kapcsolattartás fenntartása a cél, addig a szülők esetében a kapcsolattartáson túl a gyermek nevelésének, fejlődésének figyelemmel kísérése, segítése. Azaz a szülők részéről a gyermek további életében való aktív részvétel sokkal hangsúlyosabb. A nevelésben való segítség nézetem szerint azt jelenti, hogy a szülői felügyeleti jog e részjogosítványa – ha korlátozott mértékben is, de – gyakorolható, sőt kell gyakorolni. Nem lehet a nevelés tekintetében passzív szemlélő a szülő, hiszen a gyermeknek e tekintetben is mindkét szülőjére szüksége van, illetve lehet. A szülő joga és kötelessége gyermekének sorsát, jövőjét akkor is figyelemmel kísérni, ha gyermekétől külön él, és ha szülői felügyeleti joga részben vagy egészben szünetel.”⁴⁶

Emellett a Ptk. a kapcsolattartásra a szülők – a kapcsolattartásra kötelezett szülő (együttélő szülő) és a kapcsolattartásra jogosult szülő (különélő szülő) – viszonya tekintetében is tartalmaz rendelkezéseket – egyfelől a szülők kötelezettsége egymás családi életének⁴⁷ és nyugalmanak tiszteletben tartása mellett – az egymással való együttműködés a gyermek érdekében, emellett az együttélő szülőknek tájékoztatási kötelezettsége áll fent a gyermek fejlődéséről,⁴⁸ illetve a zavartalan kapcsolattartást biztosítani.⁴⁹ A Ptk. nagy hangsúlyt fektet „az érdekek kellő hangsúlyozására, továbbá a rugalmasabb rendezés lehetőségére. A kapcsolattartás a magyar jogi felfogás szerint védett intézmény, hiszen ennek a megfelelő működése garantálhatja azt, hogy a gyermek és a kapcsolattartásra jogosult személy közötti családi kapcsolat fennmaradjon.”⁵⁰

II.2.4. A gyermek véleményének és érdekeinek figyelembevételének követelménye

A Legfelsőbb Bíróság 24. számú Irányelvével módosított 17. számú Irányelve⁵¹ szerint: „A gyermek elhelyezésének alapvető szempontja: a gyermek érdeke. Ezért a bíróságnak a gyermek életét érintő minden körülmény feltárásával és együttes mérlegelésével kell határoznia. Egyes kiragadott körülmények túlértékelése, más szempontoknak pedig a figyelmen kívül hagyása akadályozza, hogy a gyermek elhelyezésénél a gyermek érdeke megfelelően érvényesüljön.” Továbbá: Értékes adatokat szolgáltat a gyermekelhelyezés kérdésében való döntéshez a környezettanulmány, a bölcsőde, óvoda, iskola véleménye, megfelelő esetekben a pszichológiai szakvélemény. Ennek beszerzése különösen akkor indokolt, ha a kellő alapossággal felderített tényállás alapján – az eset sajátos körülményeire (a gyermek egyénisége, érzésvilága, a családban kialakult légkör stb.) is figyelemmel – várható, hogy a pszichológiai szakvélemény elősegíti a gyermek érdekét szolgáló helyes döntést.”

Miután a gyermek elhelyezése, a szülői felügyeleti jog gyakorlása és a kapcsolattartás kérdése egymással szorosan összefügg, így az Irányelv a kapcsolattartás elbírálása kérdésében is relevanciával bír.

⁴⁶ Somfai Balázs: Kapcsolattartás, mint a gyermek emberi joga. HVG-Orac, Budapest, 2009, 78. o.

⁴⁷ A családi élet védelmének biztosítása az Alaptörvény VI. cikk (1) bekezdésében is megjelenik, illetve az Alkotmánybíróság egy apaság megállapításával kapcsolatos ügyben kifejté a 13/2020. (VI.22.) AB határozatban: „A „családi élet” a vizsgált kontextusban a tartós, kiegyensúlyozott, de facto szülő-gyermek kapcsolatot jelenti.”

⁴⁸ A Ptk. 4:174. § szerint.

⁴⁹ A Ptk. 4:178. § (1) bekezdése értelmében.

⁵⁰ Szeibert 2014 i.m. 208. o.

⁵¹ Az Irányelv szempontrendszer – a jogszabályváltozás ellenére – a szülői felügyelet rendezése körében változatlanul alkalmazható a Kúriai gyakorlat alapján.

A Kúria korábban már említett Pfv.II.21.575/2016/4. számú precedensképes határozata kiemeli: „A Ptk. a kapcsolattartási jog tartalmát, gyakorlását illetően csak keretszabályokat rögzít (4:180. §), annak konkrét szabályozásáról tehát minden esetben a bíróságnak, illetve a gyámhatóságnak kell differenciáltan, az adott eset körülményeinek megfelelően, a jogosult szülő méltányos érdekére, körülményeire, a gyermek korára, egészségi állapotára és előmenetelére tekintettel a gyermek érdekeinek szem előtt tartásával döntenie. A kapcsolattartás időtartamának, módjának meghatározása – a jogszabály rendelkezése hiányában – a bíróság mérlegelési körébe tartozik.” Emellett pedig a Kúria Pfv.20792/2018/6. számú precedensképes határozata⁵² kifejti: „A bíróságnak a kiskorú gyermek, valamint a kapcsolattartásra jogosult és kötelezett szülő érdekeit kell összeegyeztetnie, teljeskörűen értékelve a gyermek körülményeit, életkorát, a gyermeknek a szüleihez fűződő viszonyát, a felek egymás közötti kapcsolatát.”

Barzó Tímea szerint a Ptk. szempontrendszere nem a gyermek mindenek felett álló érdekének érvényre juttatását írja elő, hanem a gyermek érdekének és jogainak fokozott védelmét, miután azt szükséges összeegyeztetni a többi családtag érdekeivel is.⁵³ Ugyanakkor a Gyermekjogi Egyezményen alapuló gyakorlatban a jogi érdekek ütközése esetén is szükséges a gyermek érdekét valós módon mérlegelni és bizonyítani, hogy a gyermek érdekeit elsődlegesen vették figyelembe a megfelelő vizsgálat után.⁵⁴

A gyermek meghallgatását a gyermeket indokolt esetben, vagy külön kérésére szükséges meghallgatni, mely történhet a bíró által közvetlenül vagy pszichológus szakértő útján.⁵⁵ E körben két körülmény meghatározó: egyfelől a gyermek életkora, másfelől pedig a gyermek ítélőképességének meghatározása.⁵⁶ A tizennegyedik életévét betöltött gyermek akaratával szemben az elhelyezéséről csak akkor hozható döntés, hogyha választása a fejlődését veszélyezteti, továbbá gyámhatósági eljárásban önállóan is előterjeszthet a kapcsolattartás rendezésére vagy megváltoztatására irányuló kérelmet.⁵⁷

A szakirodalom és a gyakorlat is megosztott abban a kérdésében, hogy a gyermeket minden esetben meg kell-e hallgatni, mikortól tekinthető a gyermek ítélőképessége birtokában lévőnek, illetőleg milyen súllyal szükséges véleményét figyelembe venni.

Az ítélőképességet a szakembereknek kell megítélni a gyermek tizenéves kora alatt, nem a gyermeknek bizonyítani, emellett pedig szükséges megteremteni azokat a feltételeket, hogy a gyermek meghallgatása eredményes lehessen.⁵⁸

Szeibert Orsolya szerint a gyermeket életkortól függetlenül szükséges lenne meghallgatni a Ptk. szerint és a gyermekjogi követelmények értelmében, ugyanis ennek célja a gyermek álláspontjának megismerése. „A tág értelemben vett meghallgatás (azon felül, hogy a gyermek esetlegesen meglévő és általa közlendő álláspontját elmondhassa) ugyanis azt a célt szolgálhatja, hogy ne a gyermek feje felett történjenek a döntések, hanem aktív jogalanyként jelenhessen meg, különös tekintettel arra, hogy így (is) tanulja meg a

⁵² K-PJ-2018-879.

⁵³ Barzó i.m. 44.o.

⁵⁴ Kézikönyv a Gyermekjogi Egyezmény alkalmazásához (Egyesült Nemzetek Gyermekalapja, Család, Gyermek, Ifjúság Egyesület, Budapest, 2009., 82. o. <https://unicef.hu/wp-content/uploads/2014/10/K%C3%A9zik%C3%B6nyv-a-gyermekjogi-egyezm%C3%A9ny-alkalmaz%C3%A1s%C3%A1hoz.pdf> (2021.05.23.)

⁵⁵ A Ptk. 4:171. § előírása szerint.

⁵⁶ Bencze Lászlóné: Gyermekelhelyezés, gyermektartás. HVG-Orac, Budapest, 1998. 46-54. o.

⁵⁷ A jogosultságot a gyámhatóságokról, valamint a gyermekvédelmi és gyámügyi eljárásról szóló 149/1997. (IX. 10.) Korm. rendelet (a továbbiakban: Gyer.) 28. § (2) bekezdése mondja ki.

⁵⁸ Gyengéné Nagy Márta: A gyermek, mint érintett részvétele a közvetítői eljárásban, In Családi Jog 2018/4. sz., 2-9. o.

felnőttvilágban való részvétel szabályait, azt, hogy személye tiszteletet érdemel és fontos. Lényegesen többről szól ez, mint a szülők párkapcsolatának megszűnéséről.”⁵⁹

A szakértői közreműködés tekintetében fontos kiemelni, hogy a szülők nevelői alkalmassága, a szülők és a gyermekek közti kötődés vizsgálata, illetve a gyermek esetleges traumáinak feltárása, szakértői feladat, nem pedig jogkérdés.⁶⁰ Gyakori azonban, hogy a gyakorlatban a gyermek meghallgatásától szóló szakvéleményt is csupán egy bizonyítéknak tekintik a többi bizonyíték közül, és ezzel a súllyal is veszik figyelembe, az ügyek jelentős részében a gyermek tájékoztatása, meghallgatása meg sem jelenik.⁶¹

Azonban a gyermek ezekben a perekben és eljárásokban érdekeltként vesz részt, így pozíciója erősebb, mint egy tanúé vagy egy más bizonyítéké, ennek megfelelően a meghallgatását is ezzel a súllyal kellene kezelni a Polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény (a továbbiakban: Pp.) alapján.⁶² A szakértői vélemény abban az esetben kifogásolható, hogyha homályos, hiányos, ellentmondó vagy annak helyességéhez nyomatékos kétség fér.⁶³

A gyermekbarát igazságszolgáltatás előmozdítása jegyében a gyermek őt érintő eljárásokba való bevonásának ösztönzése célként jelenik meg. „A gyermek a jogérvényesítés kapcsán jogi és egyéb gyakorlati nehézségekkel, illetve akadályokkal szembesül. A cselekvőképesség hiánya vagy korlátozott volta miatt a gyermek helyett általában a szülők tesznek jogi lépéseket. Ez azzal járhat, hogy a gyermeket a jogi ügyekből kizárják, a felnőttek döntenek helyette, másrészt a gyermek és a szülő közötti potenciális érdekösszeütközés esetén ez kifejezetten aggályos lehet.”⁶⁴

A gyermek meghallgatása szempontjából fontos megemlíteni a Laura Lundy által kidolgozott módszert (*Lundy-modell*),⁶⁵ mely szerint négy komponens szükséges a gyermek véleménynyilvánítási jogának érvényesítéséhez: hely/tér (*space*), hang (*voice*), hallgatóság (*audience*) és a hatás (*influence*). Egyfelől tehát biztonságos környezetet kell teremteni a gyermek számára, hogy meg tudjon nyílni, érthető tájékoztatást adni számára az eljárásról és meghallgatásának fontosságáról, a megfelelő (képzett és semleges) szakember által kell meghallgatni, véleményét figyelembe venni, végül pedig ismertetni a döntés szempontjait, megjelenítve, hogy az általa elmondottak hogyan befolyásolták a döntést.

Nemzetközi tendencia továbbá a gyermekelhelyezési – családjogi perekben a gyermek, mint közvetlenül érintett személy meghallgatása külön, erre képzett szakember útján,⁶⁶ vagy a mediációs eljárásba való (akár kötelező) bevonásával.⁶⁷ Ezen módszerek

⁵⁹ Szeibert Orsolya: A gyermek meghallgatása/véleménye, a gyermektartás, az élettárs szülők helyzete és az ötéves Ptk. – vitatható gyakorlatok, 3.o. In Családi Jog 2019/3. sz., 1-8. o.

⁶⁰ Arató Balázs: A szakértői tevékenység jogi szabályozása. In Sófi Gyula – Fodor Miklós (szerk.): Igazságügyi Gyermekpszichiátria. Oriold és Társai Kiadó, Budapest, 2014, 21-29. o.

⁶¹ A következtetés megjelenik Szeibert Orsolya: A szülői felügyelet rendezése a Kúria által felülvizsgálati eljárásban elbírált ügyekben tükröződő ítélkezési gyakorlat alapján. 2. rész. c. tanulmányában, In Családi Jog 2020/2. sz., 8-13. o.; és az általam vizsgált ügyek is megerősítik az állítást.

⁶² Völcsey Balázs: A szülői felügyeleti jog megszüntetésének perjogi kérdései és a családjogi felrőhatóság, In Családi Jog 2017/2. sz., 32-38. o.

⁶³ A Pp. 316. § alapján. A szakvéleményekkel kapcsolatos vitákról lásd még a Kúria Pfv.21670/2018/11. számú (K-PJ-2019-452.) és a Pfv.II.22.004/2016/5. számú [BH 2017.10.339.] precedensképes határozatait.

⁶⁴ Bereczki i.m. 86. o.

⁶⁵ Laura, Lundy: *Voice is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, In British Educational Research Journal 2007, 33/6. sz., 927-942. o.

⁶⁶ Például Ausztráliában független gyermekjogász rendelhető ki a gyermek legjobb érdekének képviselőté a többi eljárási szereplővel szemben, aki a gyermekkel való kapcsolattartást, a gyermek tájékoztatását is ellátja. Bővebben lásd: Szeibert Orsolya: A gyermek meghallgatása és legfőbb érdeke a jogellenes elviteli ügyekben, In Családi Jog 2020/4. sz., 40-45. o. Meglátásom szerint hasonló funkciójú a magyar eljárásokban a gyermekjogi képviselő, aki a nevelésbe vett gyermekek ügyében jár el, vagy a gyermek vagyoni ügyeiben kirendelhető eseti gondnok/ügygondnok, azonban más ügýtípusokban hasonló funkciójú közreműködő nem jelenik meg.

⁶⁷ Szeibert Orsolya: Variációk a gyermeki hangra: a gyermek bevonása a szülői felügyelettel kapcsolatos

hatékonyak mondhatóak, miután alkalmasak arra, hogy a gyermek közvetlenül mondhasson véleményt, arra is van gyakorlat, hogy ezeket a beszélgetéseket rögzítsék, hogy az eljárás során a bíróság vagy a szülők is megismerhessék, illetve több reprezentatív felmérés is azt mutatta ki, hogy a gyermekek kifejezetten szívesen mondanak véleményt ezekben a kérdésekben, véleményük független a szülők közti konfliktusoktól,⁶⁸ és általában a szülők is támogatják az eredmények ismeretében. Ezen eszközök hatékony működéséhez pedig egyfelől a szakemberek szakirányú képzése és a különböző szintek közti együttműködésének erősítése szükséges.⁶⁹ Másfelől pedig, hogy a szülők is belássák, hogy a békés úton való rendezés, mediáció igénybevétele nemcsak nekik kedvez, hanem a gyermek érdekében is ez áll, és ha már csak részkérdésekben is sikerül megegyezni, jelentősen lerövidítheti az eljárások időtartamát.⁷⁰

III. A kapcsolattartás rendjének és érvényesítésének szabályozási szintjei

A kapcsolattartási jog érvényesüléséhez több garancia is fűződik. Egyfelől a gyermek oldalán olyan módon, hogy a kapcsolattartás rendjét a gyermek korának, egészségi állapotának, életkörülményeinek, a szülők személyes körülményeinek és az ítélőképessége birtokában lévő gyermek véleményének figyelembevételével kell megállapítani. Másfelől amennyiben a kapcsolattartás megvalósulása nem a gyermek érdekében áll, vagy a gyermekre nézve veszélyeztető, úgy lehetőség van a kapcsolattartás szűkítésére vagy végrehajtásának felfüggesztésére gyámhatósági eljárás keretében. A Kúria Kfv.37202/2018/8. számú precedensképes határozata⁷¹ úgy foglal állást, hogy jogszabályi követelmény a kapcsolattartás szabályozása során a kapcsolattartásra jogosult és a kapcsolattartásra kötelezett méltányos érdekére, körülményeire, valamint a gyermek korára, egészségi állapotára, tanulmányi előmenetelére tekintettel, a gyermek érdekében döntést hozni, mely elv a hatóságokat is köti kapcsolódó eljárásaik során. A határozat azt is kifejti, hogy a gyámhivatal mérlegelési jogkörében dönt.

A kapcsolattartás nem a határozatban foglalt megvalósulása – vagy esetleges elmaradása – esetköreire az irányadó szabályozás a fokozatosság elvét követi.

A kapcsolattartást akadályozó körülményekről a felek haladéktalanul kötelesek egymást tájékoztatni, és a kapcsolattartás a jogosultnak fel nem róható elmaradása esetén a pótlásnak az elmaradt kapcsolattartás időtartamával azonos időtartamban kell megvalósulnia.⁷² Meglátásom szerint a szabályozás alapján tehát az elmaradás következménye elsősorban az önkéntes pótlás, így amennyiben ez a kapcsolattartásra irányadó határozatban foglaltak szerint (vagy a Ptk.-ban foglalt hat hónapos határidőn belül) megvalósul, hatósági közbelépés nem szükséges.

A kapcsolattartási jog érvényesülésének garanciájaként a kapcsolattartás akadályozása esetén a kapcsolattartás végrehajtása érvényesíthető (2020. március 1. napját megelőzően a gyámhatóságnál, azt követően pedig bírósági polgári nemperes eljárás útján).

mediációba – álláspontjának gyermekvédelmi szakember általi rögzítése – véleménye a váltott gondoskodásról, In Családi Jog 2019/2. sz., 42-48. o.

⁶⁸ Szeibert Orsolya: Családügyi mediáció – gyakorlati tapasztalatok és a gyermek mediációba történő bevonása Finnországban és Norvégiában, In Családi Jog 2019/1. sz., 49-54. o.

⁶⁹ Gyengéné Nagy Márta: A családjogi mediáció helye az EU Gyermekbarát igazságszolgáltatásról szóló tematikájában. In Családi Jog 2019/3. sz., 32-37. o.

⁷⁰ Kerpel Éva: Nemzetközi családi mediáció – rugalmas és érzékeny eszköz a gyermek jogellenes elvitele vagy más, határokon átnyúló családi konfliktus esetén, In Családi Jog 2018/2. sz., 1-7.o.

⁷¹ K-KJ-2018-723.

⁷² Lásd: Ptk. 4:182. §

A Ptk. 4:183. § (1) bekezdése szerint a kapcsolattartás kellő indok nélküli akadályozása vagy szabályainak megszegése von maga után anyagi természetű szankciót, azaz amennyiben ez anyagi károkozással jár, a kapcsolattartást akadályozó fél köteles a másik félnek kárát megtéríteni.

Amennyiben pedig a bírságolás kiszabását követően is folytatódik a kapcsolattartás akadályozása, és ez gátolja a gyermekkel való kapcsolattartás fenntartását és kialakítását, úgy a Büntetőtörvénykönyvről szóló 2012. évi C. törvény (a továbbiakban: Btk.) 210. § szerinti kiskorúval való kapcsolattartás akadályozása tényállása állhat fent, azonban büntethetőséget kizáró ok, hogyha az elsőfokú döntés meghozataláig a kapcsolattartás pótlása megkezdődik és a kapcsolattartás megfelelően biztosítva lesz újra.

III.1. Gyámhatósági eljárások

A kapcsolattartást tekintve a gyámhatóság a különélő szülőkkel kapcsolatos helyzeteken túl speciális esetkörökben is eljár, ahol a gyermek családi kapcsolatainak ápolásához fűződő joga következtében a kapcsolattartás kérdése kardinális. Ilyen például a családbafogadás vagy a nevelésbe vétel esetei, vagy éppen a szabadságvesztésüket töltő szülők és gyermekeik kapcsolattartása, ezen esetek speciális szabályainak tárgyalására a tanulmány nem tér ki.

A gyámhatóság dönthet a kapcsolattartás rendjéről, megváltoztatásáról, vagy adott esetben pert is indíthat a szülői felügyeleti jog megvonása, illetőleg egyes jogosultságok megvonása körében a kapcsolattartás szankciójellegű korlátozása iránt.⁷³ Minden kapcsolattartási forma esetében a gyámhatóságtól kérhetőek a kapcsolattartás korlátozására irányuló eljárások, amennyiben a kapcsolattartás a gyermekre nézve veszélyeztető, vagy nem szolgálja a gyermek érdekét. Ezen eljárástípusokat az alábbi táblázat szemlélteti:

eljárás megnevezése alapja/célja	jogszabályhely	
felügyelt kapcsolattartás	a gyermek számára biztonságos körülmények között a kapcsolattartásra jogosulttal a családi kapcsolat felépítésének vagy helyreállításának elősegítése	Gyer. 27. § (4a) - (4c) bek.
kapcsolattartási jog korlátozása	ha a jogosított a jogával a gyermek vagy a gyermeket nevelő személy sérelmére visszaél ⁷⁴	Gyer. 31. § (2) - (3) bek.
kapcsolattartási jog szüneteltetése (maximum 6 hónapra vagy 1 évre)	ha a jogosított a jogával a gyermek vagy a gyermeket nevelő személy sérelmére súlyosan visszaél	Gyer. 31. § (4) bek.
kapcsolattartási jog megvonása	ha a jogosított a jogával a gyermek vagy a gyermeket nevelő személy sérelmére súlyosan visszaél, és e felróható magatartásával a gyermek nevelését és fejlődését súlyosan veszélyezteti	Gyer. 31. § (5) bek.

⁷³ Makai i.m. 352-354. o.

⁷⁴ Visszaélésnek minősül, hogyha a jogosult nem a határozat szerint tartja a kapcsolatot, vagy több, mint hat hónapig neki felróható módon nem tart kapcsolatot a gyermekkel.

kapcsolattartás végrehajtásának felfüggesztése	a gyámhatóság a bíróságnál kezdeményezheti, ha a kapcsolattartás megváltoztatására indult gyámhatósági eljárásban a rendelkezésre álló adatok szerint a kapcsolattartási jog korlátozása, szüneteltetése vagy megvonása látszik indokoltnak	Gyer. 32. § (2) bek.
--	---	----------------------

1. sz. táblázat: A kapcsolattartás korlátozására irányuló gyámhatósági eljárások

Általánosságban elmondható, hogy a gyámhivatalok a súlyosan korlátozó döntéseket vagy éppen a perindítást is ritkán kezdeményezik, pedig ezen intézkedések célja a gyermek megóvása mellett az is lenne, hogy önvizsgálatra késztessek a szülőt.⁷⁵ A Kúria Kfv.37376/2013/7. számú precedensképes határozatában⁷⁶ kifejtett álláspontja szerint a kapcsolattartás korlátozása után figyelemmel kell lenni arra a körülményre, hogy a gyermek milyen mértékben kötődik a szülőhöz és ha „a jogosult tartósan a kiskorú érdekében és a kapcsolattartási jog jogszabályi rendeltetésének megfelelően gyakorolja ezen jogosultságát, úgy a körülmények megváltozása esetén kérheti a gyámhivataltól a kapcsolattartás újraszabályozását.”

A kapcsolattartási döntések túlnyomó többségével szemben az érintett felek felülvizsgálatot kezdeményeznek. A gyámhatóság a kapcsolattartási problémák rendezése érdekében közvetítői eljárást is elrendelhet, azonban a gyakorlatban ennek hatékonysága tekintetében a gyámhatóságok megítélése vegyes.⁷⁷

A felügyelt kapcsolattartást a gyermekjóléti szolgálatok kapcsolatügyelete biztosítja szakemberek felügyeletével, a szolgálatok egyedileg kialakított házirendje által meghatározott szabályok szerint, azonban az változó, hogy aktív (azaz ténylegesen közreműködve a gyermek és a jogosult kapcsolatának elmélyítésében) vagy passzív módon (csupán csendes megfigyelőként) vonódnak be a kapcsolattartás lebonyolításába.⁷⁸

Az Egyesült Királyságban az egyéb gyermekvédelmi ügyektől elkülönült kapcsolattartó központok működnek, melyek erre a területre specializálódott szakembereikkel a válás folyamatában, mediációban is segítik a családokat, és intenzíven együttműködnek a további gyermekvédelmi szereplőkkel, bíróságokkal is.⁷⁹

III.2. Polgári nemperes eljárások

A Ptk. 4:185. § rendelkezése szerint a kapcsolattartás végrehajtása 2020. március 1. napjától bírósági nemperes eljárás keretében kérhető, melynek részletszabályait a bírósági polgári nemperes eljárásokban alkalmazandó szabályokról, valamint egyes bírósági nemperes eljárásokról szóló 2017. évi CXVIII. törvény (a továbbiakban Bnpt.) 22/A. §–22/E. § rendelkezései szabályozzák.

⁷⁵ Mentuszné Terék Irén: A szülői felügyelet megszüntetése és a gyámhatósági feladat-és hatáskörök összefüggései, In Családi Jog 2013/2. sz., 16-22. o.

⁷⁶ K-KJ-2014-315.

⁷⁷Hönigh Zsuzsanna: Kezdeti lépések visszafelé – A gyermekvédelmi közvetítői eljárás a gyámhatósági kapcsolattartási eljárások gyakorlatában, In Családi Jog 2017/1. sz., 20-26. o.

⁷⁸ Iring Zoltán: Kontroll alatt – a felügyelt kapcsolattartás jogi és pszichológiai vetületei, In Családi Jog 2019/1.sz., 26-31. o.

⁷⁹ Bővebben lásd: The National Association of Child Contact Centres (NACC) – <https://nacc.org.uk/> (2021. 07.30.)

A Bnpt. 22/B. § (4) bekezdése felsorolást ad a kapcsolattartásra vonatkozó határozatban foglaltak megszegésének kategóriáit, mely szerint: „ha a kapcsolattartásra jogosult vagy kötelezett neki felróható okból

- a) határidőben nem tesz eleget kapcsolattartási kötelezettségének,
- b) a határozatban megállapított határidő alatt nem pótolja az elmaradt kapcsolattartást,
- c) a kapcsolattartást kellő indok nélkül akadályozza vagy
- d) egyéb módon megghiúsítja a gyermekkel való zavartalan kapcsolattartást.

A felsorolás elég tág kategóriákkal operál: nem egyértelmű, hogy milyen esetek minősülnek „kellő indok nélküli” akadályozásnak, vagy a kapcsolattartás zavarásának; ezek megítélését a jogalkotó a gyakorlatra bízta,⁸⁰ mely a nagy esetszám és a konfliktusos viszonyok sokfélesége miatt meglehetősen szubjektív értelmezésekhez vezet.⁸¹

A kapcsolattartás végrehajtásának bírósági hatáskörbe kerülése egyszerűsítette az eljárásokat, egyfelől azok időtartamának lerövidülésével (miután a felülvizsgálati szakasz is kevesebb fórumra szűkül), emellett hozzájárul az egységesebb jogértelmezéshez, azonban az akadályozás, mint magatartás, továbbá az önhiba továbbra sem egyértelműen kategorizált, még ha az esetkörökből következik is, hogy a felróhatóság kérdését hangsúlyosan szükséges vizsgálni. Példának okáért arról a Bnpt. nem tartalmaz iránymutatást, hogyan lehet elkülöníteni az akadályozásra okot adó körülményeket a szándékos akadályozástól, illetve az önhiba nem büntetőjogi értelemben megállapítható-e akkor is, ha a kifogásolt/elmaradt kapcsolattartás már pótlásra került, vagy éppen akkor, ha a felek közt értelmezési vita áll fent; mindez pedig generálja a végeláthatatlan eljárások keletkezését. Emellett – bár a Pp. háttérjogszabály – a bizonyítás körében a szakértő kirendelésére is csak kivételes esetben kerülhet sor,⁸² és a gyermek meghallgatásáról külön nem rendelkezik a törvény, ugyanakkor abban az esetben, ha a kapcsolattartás a tizenegyedik életévét betöltött gyermek akaratnyilvánítása miatt marad el, a kapcsolattartási határozat végrehajtása felfüggeszthető közvetítői eljárás egyidejű elrendelésével, vagy a kapcsolattartás megváltoztatására irányuló gyámhatósági eljárás kérelmezésével.

További jogbizonytalanságot eredményez, hogy a megismételt eljárásokban a Bnpt. 25. § alapján a gyámhatóságok járnak el továbbra is, és a korábbi szabályozást kell alkalmazni, ezzel azonban a folyamatban lévő ügyek továbbra is hosszadalmasak lesznek és fenntartják a már kialakult – és nem egyértelmű – rendszert a kapcsolattartás akadályozásának esetei és az önhiba megítélése kérdésében.

Nemzetközi viszonylatban a német és osztrák jogrendszerben található hasonló rend egy reform hatására abban a tekintetben, hogy a családjogi viták nagy részét nemperes eljárások keretében külön családjogi bíróságok bírálják el a jogegységesítést célozva. Emellett fontos szerepe van az ideiglenes intézkedéseknek, melyek a családjogi viták sürgősségére reagálnak, és egyes ügytípusokban akár végleges vitarendezéshez is vezethetnek, miután az alapeljárást szükséges külön eljárásban kérelmezni, amennyiben az ideiglenes intézkedést a felek vitatják, vagy az nem érte el a célját a jogvita rendezése szempontjából.⁸³ Emellett megjelenik a mediáció fontossága, amely keretében a gyermek meghallgatása is biztosított, illetve a döntési folyamatba a bíróságok intenzíven bevonnak egyéb gyermekvédelmi szakembereket, így a több szakterület együttműködésével hatékonyabb és a jogvitát

⁸⁰ Harmat Erika – Völcsy Balázs: Új nemperes eljárás a bíróságok hatáskörében: a kapcsolattartásra vonatkozó határozat végrehajtása iránti eljárás, In Családi Jog 2020/1. sz., 23-31. o.

⁸¹ Ez az általam vizsgált döntésekben is jól tükröződik, rengeteg egymással teljes mértékben ellentmondó ítélet születik a viszonylag hasonló jogvitákat tartalmazó ügyekben.

⁸² Az igazságügyi szakértő nemperes eljárásban történő kirendeléséről és ezzel összefüggésben a Polgári Perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény módosításáról szóló 2005. évi XLVIII. törvény rendelkezései szerint.

⁸³ Bővebben a német családjogi reformokról lásd: Peter Gottwald: Reformhullámok az Egyesült Németország polgári eljárásjogában. In Harsági Viktória (szerk.): Közép-európai polgári perjogi reformok és kodifikációk az elmúlt negyedszázadban – Tradíció és megújulás. Budapest, HVG-Orac, 2014, 41-75. o.

hosszútávon rendező határozat születhet, emellett pedig a bírák és szakemberek is családspecifikus képzést kapnak, a konfliktuskezelési technikákat is beleértve.⁸⁴

IV. A kapcsolattartás megvalósulásához kapcsolódó jogviták és az ítélkezési gyakorlat főbb vizsgálati szempontjai

A kutatás során a kapcsolattartás érvényesítése és végrehajtása iránti eljárásokat vizsgáltam elsősorban a gyámhatósági ügytípusokban és a polgári nemperes eljárásokban hozott döntések alapján.⁸⁵ A továbbiakban a leggyakrabban előforduló (szinte „típusosnak” mondható) szülők közti vitákat veszem sorra a Kúria kapcsolódó (és leginkább precedensképes) határozatainak és az Alkotmánybíróság döntéseinek felvonultatásával. A döntések különös jelentőséggel bírnak, miután egyfelől a vonatkozó szabályozás keretjellegű, továbbá sok olyan fogalommal operál, melyek tartalmára nincsenek feltétlen egységesen elfogadott és alkalmazott definíciók (ilyen például az önhiba kérdése, vagy az, hogy milyen magatartás minősül a kapcsolattartás „kellő indok nélküli” akadályozásának).

IV.1. A felróhatóság és az önhiba kérdése

A gyakorlati értelmezés döntően a kapcsolattartás elmaradását szükségszerűen szülői önhibához köti, és önmagában a kapcsolattartás elmaradásához (a pótlás megvalósulásától függetlenül) már felelősségre vonást és szankcionálást fűz. Fontos lenne különbséget tenni a kapcsolattartást akadályozó körülmény felmerülése és a kapcsolattartás szándékos és ismétlődő akadályozása között.

A Kúria Bfv. I. 420/2015. számú határozata⁸⁶ úgy foglal állást, hogy a kiskorúval való kapcsolattartás akadályozásának vétsége szempontjából az önhiba vizsgálata - szemben az 1978. évi IV. törvény szerinti jogállapottal, ahol ez a büntethetőségi előfeltételként meghatározott bírságolás körében a gyámhatóság feladata volt - a bíróságra hárul a hatályos Btk. rendszerében, továbbá önhiba hiányában a cselekmény nem tényállásszerű. Mindemelllett az önhibát mindkét szülő esetében egyformán vizsgálni kell – felmerülhet ugyanis, hogy önhiba állhat fent a kapcsolattartás elmaradását vagy akadályozását nem előidéző fél tekintetében is (például, ha az együttműködési kötelezettségét megszegi). Ez alapján pedig nem egyértelmű, hogy a gyámhatóságnak vagy a nemperes eljárás körében a bíróságnak feladata-e az önhiba fennállásának vizsgálata. A Kúria Bfv.504/2018/7. számú határozata⁸⁷ pedig kifejti, hogy akkor valósulhat meg a tényállás, hogyha a kötelezett „kapcsolattartást akadályozó magatartása tudatos, szándékos szembehelyezkedés, amely jogellenes”, és ez már megalapozza az önhiba megállapítását.

Sinku Pál a tartási kötelezettség elmulasztása bűncselekmény kapcsán foglalkozik az önhiba kérdésével, és annak családjogi vonatkozásaival.⁸⁸ „A bűncselekmény alanyi oldalának, a szándékosságnak a tartalmi eleme: a kötelességek ismerete és az önhiba. Ez utóbbi annak a szükségességét foglalja magában, hogy a mulasztás a mulasztónak felróható

⁸⁴ Fazekas Ágota: A gyermeki jogok érvényesülésének új tendenciái a családjogban, In Családi Jog 2016/2. sz., 1-6. o.

⁸⁵ Saját gyűjtés alapján megközelítőleg 200 döntést vizsgáltam, a legtöbbet a fellebbezési-felülvizsgálati szakaszban is.

⁸⁶ BH 2016.1.2.

⁸⁷ K-BJ-2018-242.

⁸⁸ A tartási kötelezettség elmulasztása kapcsán az önhiba tekintetében lásd még továbbá: Hevér Tibor: „Megfizetek, ha addig élek is!” – Mi fán terem a Btk. 196. § szerinti önhiba? In Családi Jog 2013/2. sz., 32-37. o.

okra vezethető vissza. E körben indokolt szűkítő értelmezéssel élni, és csak olyan körülmények meglétét értékelni önhibaként, amelyek vonatkozásában az elkövetőt szándékosság terheli. Ha a kötelesség teljesítését az elkövetőnek ugyan felróható, de gondatlan magatartása tette lehetetlenné, a bűncselekmény megállapítása kizárt.⁸⁹

Völcssey Balázs álláspontja szerint az önhiba tulajdonképpen a Ptk. szerinti felróhatóság családjogi megfelelője. „Éppen a gyermek érdekeinek és védelmének fokozott védelmét szem előtt tartva – a családjogi jogviszonyokban eltérő tartalmat kell, hogy kapjon a felróhatóság fogalma. Nézetem szerint a családjogi viszonyokban nem a tipikus ember tipikus élethelyzetben tanúsított magatartásának kell lennie a kiindulópontnak, hanem minden egyes esetben az adott szülő szubjektív élethelyzetét kell viszonyítási pontnak tekinteni, és ehhez képest kell vizsgálnia a bíróságnak azt, hogy mi az, ami ennek megfelelően elvárható az alperestől.”⁹⁰ Tehát az önhibát a konkrét eset egyedi elbírálásával (azaz a felekkel szemben érvényesülő elvárásokhoz viszonyítva) szükséges vizsgálni, ügyelve a felek méltányos érdekeire.⁹¹

IV.2. A szülői magatartásokhoz és attitűdökhöz kapcsolódó mérlegelési szempontok a döntési-ítélkezési gyakorlatban

IV.2.1. A családjogi viták jellegzetességei

A Ptk. Családjogi Könyve – a korábbi szabályozást tekintve - két új alapelvet vezetett be a családjogi viták elbírálása tekintetében. Az egyik ilyen elv a *méltányosság elve*, mely azt célozza, hogy a vitás helyzetekben egyik fél se kerüljön a másikhoz képest méltánytalan helyzetbe. A másik elv pedig a *gyengébbik fél védelme*, a családjogi vitákban azonban mindig az adott ügy körülményeinek egyedi vizsgálatából derül ki, hogy kit tekinthető éppen gyengébbik félnek (például a gyermek a szülőkkel szemben, a háztartásbeli szülő a másikkal szemben).⁹² Ezen alelveket pedig a döntési-ítélkezési gyakorlat tölti meg tartalommal. Az általam vizsgált döntésekben azonban eltérés mutatkozik abban a tekintetben, hogy mit tekintenek méltányolható körülménynek – például abban az általában nagy számban előforduló esetben, ha a gyermek betegsége miatt marad el a kapcsolattartás, de a különélő szülő ragaszkodik a kapcsolattartáshoz, és vitatja, hogy pótlással kerüljön arra sor. Eltérő a megítélése, hogy egyfelől a gyermek betegsége megalapozza-e a kapcsolattartás elmaradását (egyes álláspontok szerint a gyermek gyógyuláshoz fűződő érdeke előrébbvaló, és a gyermek állapotát a gondozó szülő tudja megítélni, más álláspontok szerint pedig, ha a különélő szülő vállalná a kapcsolattartást így is, akkor a pótoló alkalom már sérti a különélő szülő jogait).

⁸⁹ Sinku Pál: A család és a gyermek büntetőjogi védelme. HVG-Orac, Budapest., 2000, 76. o. A szerző hivatkozza a Legfelsőbb Bíróság 5/2007. sz. büntető jogegységi határozatával hatályon kívül helyezett BK. 72. sz. állásfoglalást, mely szerint: az önhiba – köznapi értelemben azt jelenti, hogy valamely negatív értékelés alá eső magatartás, illetőleg az annak okául szolgáló állapot, történés a magatartást tanúsító személynek jogilag vagy erkölcsileg felróható. A tartás elmulasztása körében az önhiba akkor állapítható meg, ha akár maga a mulasztás (a tartásdíj nem fizetése), akár a mulasztás objektív oka a kötelezettnek felróható, és a felróhatóságnak alapja a korábbi Büntető törvénykönyv (1978. évi IV. törvény) 13. § -nak megfelel (azaz szándékosan követi el a bűncselekményt).

⁹⁰ Völcssey, i.m. 37. o.

⁹¹ Völcssey, i.m. 36-38. o. A szerző álláspontja alátámasztásául hivatkozza Bencze Lászlóné et.al.: A házasság megkötése, felbontása. A házastársi tartás (HVG-Orac, Budapest, 1999) c. művének vonatkozó részeit (175-177.o.), mely szerint: „[Az önhiba] a felelősségnek a felróhatóságot el nem érő foka: a jogos és a jogellenes magatartások közt foglal helyet.”

⁹² Weiss Emília: A Ptk. Családjogi könyvéről. In Vékás Lajos- Vörös Imre (szerk.): Tanulmányok az új Polgári törvénykönyvhöz, Wolters Kluwer -Complex, Budapest, 2014, 130-131. o.

Érdekes adalék lehet az ilyen típusú jogviták szempontjából az Alkotmánybíróság 3102/2021. (III.22.) végzése, ahol a panaszban a jogosult azt kifogásolta, hogy a gyermek betegsége miatt ő maga nem akarta a kapcsolattartásra a gyermeket átvenni, ennek folytán pedig a gondozó szülő nem biztosított neki pótlást, melyet az indítványozó felróható magatartásnak ítélt, azonban a kérelmére eljáró gyámhatóság és a felülvizsgálat körében eljáró bíróság is úgy vélte, hogy a kérelem alaptalan, és a gondozó szülő „önhibájának hiánya esetén a kapcsolattartás pótlására kötelezésnek nincs helye”. Az AB arra tekintettel utasította vissza a panaszt, hogy: „Önmagában az, hogy az indítványozó a bírósági döntés érvelését és az érdemi döntés tartalmát tévesnek tartja, nem alkotmányossági kérdés, és nem ad alapot a bírói döntést érdemben befolyásoló alaptörvény-ellenesség kételyének megállapíthatóságára.”

Gyakori eset, hogy a szülők azért kezdeményezik a kapcsolattartással kapcsolatos döntés felülvizsgálatát, mert annak tartalmával nem értenek egyet, adott esetben a döntéshozó szerv elfogultságára hivatkozással. Ezzel kapcsolatban a Kúria Kfv.37291/2015/12. számú precedensképes határozata⁹³ úgy foglal állást, hogy önmagában az a körülmény, hogy nem a fél által optimálisnak tartott döntés született, nem eredményez jogsérelmet, ezen túl „a Kúria hangsúlyozza, hogy azokban az eljárásokban, ahol van ellenérdekű fél, a mérlegelés akkor okszerű, ha annak során mindkét fél érdekeit figyelembe veszi a hatóság, nem dönthet kizárólag egyikük javára.” A Kúria Kfv.37210/2017/5. számú precedensképes határozata⁹⁴ szerint: „Önmagában az a tény, hogy a kapcsolattartás a hatóság általi szabályozásának módját egyik vagy másik fél nem kívánja elfogadni, a közigazgatási határozat jogszerűségét nem érinti.”

IV.2.2. Egyes nagy számban előforduló esetek mérlegelési szempontjai

A családjogi viták tekintetében fontos megjegyezni, hogy a bizonyíthatóság az érzelmi töltet miatt nehézségekbe ütközik, és emiatt sok vita nem is bírálható el objektíven.⁹⁵ Ebben a tekintetben pedig a végrehajtási eljárások, bírságolások, büntető eljárások nem feltétlen célravezetőek.⁹⁶ Álláspontom szerint valóban eléggé visszas helyzetet teremt, hogy egyes helyzetekben nincsenek az alapelvi szinten túl egyértelmű iránymutatások és a gyakorlati szakemberek szubjektív megítélésére van bízva, hogyan vélekednek egy-egy eset súlyosságáról, így egyes magatartások az adott szervnél akár bírságoláshoz vagy kapcsolattartás akadályozása miatt feljelentéstételhez is vezethetnek, míg más szerv előtt ugyanolyan esetben elutasítják a végrehajtási kérelmet alaptalanságra hivatkozva. Ez a kettősség a nemperes eljárásokban is megmutatkozik. Úgy vélem, így különösen fontos jelentősége van a jogegységesítésnek, e körben is a Kúria iránymutatásainak. A továbbiakban tehát néhány „tipikusan” előforduló vitás helyzetnek az elbírálási szempontjait gyűjtöttem össze.

A gyakorlatban egységesnek látszik az a vélekedés, hogy a szülők közti konfliktusok veszélyeztetőek a gyermekre nézve, így gyakori, hogy ezekben az esetekben mediációt írnak elő a szülők számára, vagy elrendelik a gyermek védelembe vételét. A Kúria Kfv.37249/2012/5. számú precedensképes határozata⁹⁷ szerint egyfelől a szülők közti *kommunikációs problémák* a gyermekre érezhető kihatással vannak, másfelől pedig vizsgálni

⁹³ K-KJ-2015-998.

⁹⁴ BH 2018.7.208.

⁹⁵ Visontai-Szabó Katalin: A bizonyítás szempontjai és nehézségei a szülői felügyelet rendezésére irányuló perekben, In Családi Jog 2015/1. sz., 24-35. o.

⁹⁶ Gyurkó Szilva: A házassági bontóperek lélektana és a gyermekjogok érvényesülése váláskor, In Családi Jog 2015/2. sz., 9-19. o.

⁹⁷ K-KJ-2013-1006.

kell a kapcsolattartásra jogosult szülő oldalán a tényleges szándékot a kapcsolattartásra, és: „[m]indenekelőtt azonban azt kell alapul venni, hogy a kapcsolattartásnak a gyermekek érdekeit kell szolgálnia, mindent ennek kell alárendelni.”

A korábban bemutatott módon a szülőknek a kapcsolattartás során kiemelt kötelezettsége a *kölcsönös együttműködés*, azonban meglátásom szerint a vizsgált esetek többségét az együttműködési szándék és a rugalmasság hiánya eredményezi. A Kúria Pfv.20572/2019/9. számú határozata⁹⁸ az együttműködési kötelezettség kapcsán az alábbiakat emeli ki: „a felperesnek az a magatartása, hogy az alperessel a kommunikáció minden formájától elzárkózik; nem köszön neki, a gyerekeket és a hatóságokat használja fel közvetítésre, a szülőknek a Ptk. 4:173. §-ban rögzített együttműködési kötelezettségének megszegését jelenti. Ezt akkor is a terhére kell értékelni, ha az alperes magatartása váltotta ki, mert ezzel megakadályozza az együttműködés lehetőségét is.”

Több végrehajtási kérelem indul amiatt, mert a kapcsolattartásra jogosult szülő sérelmezi, hogy a gyermekkel való kapcsolattartáshoz való jogát sérti, ha a gyermek iskolai programjai (pl. évnnyitó, fellépés) vagy a gyermek nevelésével kapcsolatos kötelezettségek (pl. a gyermek orvosi ellenőrző vizsgálata) a kapcsolattartás idejére esik, és nagy számban előfordul, hogy ilyen esetben kérelmezik a kapcsolattartás pótlását. Álláspontom szerint – visszautalva arra a dogmatikai alapvetésre, hogy a szülői kapcsolattartás kötelezettség is, és beletartozik a gyermek nevelésében való aktív közreműködés is – egyértelműen kötelessége a kapcsolattartásra jogosult szülőnek ezen tevékenységekben is részt vennie, illetve a gyermeket támogatnia. A Kúria Pfv.20792/2018/6. számú precedensképes határozata⁹⁹ a szülők közti abból adódó konfliktusra reagálva, melyben a kapcsolattartásra jogosult szülő kifogásolta, hogy a gyermekek szakkörei, szabadidős és barátaikkal töltött programjai sokszor a kapcsolattartás idejére esnek, az alábbiakat nyomatékosítja: „a gyermekek egészséges, lelki és érzelmi fejlődéséhez nem csupán a szülői kapcsolattartás szükséges. A gyermekek kiegyensúlyozott felnőtté válásához hozzátartozik a barátokkal, más gyermekekkel való együttlét, a játék, a szórakozás és a közös sportolás, továbbá a pihenést, kikapcsolódást, a testi és szellemi gyarapodást biztosító táborokban, egyéb rendezvényeken való részvétel és ezek élménye.”

A kapcsolattartás elmaradása és pótlása, illetve az a kérdés, hogy a pótlás intézménye egységet képez-e a kapcsolattartás idejével, vagy sem, szintén megosztja a gyakorlatot. A kérdésben iránymutatással szolgálhat az Alkotmánybíróság 3067/2021. (II.24.) AB határozata. A panaszban a jogvita alapját az képezte, hogy a gyermeket a kapcsolattartásra kötelezett és vidéken élő gondozó szülő a COVID-19 pandémia következtében frissen elrendelt veszélyhelyzet idején nem adta át a gyermeket kapcsolattartásra a fővárosban élő különélő szülőnek. Az első és másodfokú bírósági ítélet szerint nem valósult meg a kapcsolattartás akadályozása, azonban az AB szerint a bíróságok nem vizsgálták mindkét fél szempontjából kellő mértékben a helyzetet, illetve a kapcsolattartáshoz való jognak elsőbbséget kell élveznie. A döntés az AB tagjait is megosztotta, azonban néhány fontos elemre rámutat a vizsgálati szempontokat tekintve: egyfelől, a kapcsolattartás végrehajtására irányuló kérelem elbírálásakor komplex vizsgálatot kell lefolytatni, és ügyelni kell arra, hogy az adott esetben konkuráló alapjogok ne sérüljenek, másfelől a pótlásnál lényegi elem az orvosolhatóság kérdése. Az AB határozat rámutat arra, hogy a kapcsolattartás elmaradása esetén vizsgálni kell, hogy az elmaradás a pótlással orvosolható-e, és jogsérelem csak akkor következik be, ha nem. (Tehát eszerint egy rövidebb időtartamú kapcsolattartás a pótlással orvosolható, ellentétben a jogvitában megjelenő, több héten át tartó elmaradt kapcsolattartási alkalmakkal, melyeknek pótlása kevésbé kompenzálja az így kiesett huzamos időtartamot.) A határozat kimondja: „Mérlegelést igénylő helyzetben lehetőleg a szülők egyetértésén alapuló,

⁹⁸ K-PJ-2019-870.

⁹⁹ K-PJ-2018-879.

rugalmas megoldás megtalálása a legfontosabb. Amennyiben erre nincs mód, a bíróság akkor tesz eleget a konkuráló alapjogi pozíciók arányosság elvén alapuló, a kíméletes kiegyenlítésre és méltányos egyensúly kialakítására vonatkozó követelményének, ha a rendelkezésére álló tények figyelembevételével komplex vizsgálatot folytat le. Az összemérés leglényegesebb szempontja, hogy mindegyik érintett személy alapjogának védelmi igényét egyaránt el kell ismerni, egyikük alapjogai sem üresíthetők ki.” Emellett a határozathoz Szívós Mária Alkotmánybíró által fűzött különvélemény kiemeli a Ptk.-val összhangban, hogy: „Felróhatóságról akkor beszélhetünk, ha valaki nem az adott helyzetben általában elvárható magatartást tanúsítja.”¹⁰⁰

Talán a legvitatottabb kérdés mind a szakirodalomban, mind a gyakorlatban, hogy hogyan választható szét egyfelől a szülők eljárásban tanúsított magatartása, taktikai attitűdje (azaz, az eljárás olyan irányba történő befolyásolása, hogy megnyerjék az ügyet) a valóságtól, illetőleg az, hogy mely esetekben használják a szülők eszközként a gyermekkel kapcsolatos eljárások indítását az egymás elleni konfliktusok, vagy bosszú eszközeül.¹⁰¹

Meglátásom szerint ezen kérdések és attitűdök vizsgálata a nemzetközi szakirodalomban az utóbbi időben központi kérdés,¹⁰² míg a magyar közegben sok már meghaladott (vagy ellenbizonyított) jelenség és egyes alapvető magatartáskategóriák ismeretének hiánya mutatkozik meg.

Tipikusan ilyen terület az „elidegenítés” vagy „ellennevelés” kérdése. A Kúria Pfv.21670/2018/11. számú precedensképes határozata¹⁰³ szerint: „A szülők közötti érzelmi kapcsolat megszűnése nem eredményezheti azt, hogy a gyermek érzelmi kötődése megszűnjön.” Azon túl, hogy a szülőknek szükséges belátnia, hogy a gyermek joga a kapcsolattartás, és a gondozó szülőnek is szükséges biztosítania a kapcsolattartás megvalósulását, azonban véleményem szerint súlyos hiányosság, hogy elvétele találhatóak arra nézve támpontok, hogy mi a követendő protokoll abban az esetben, ha a szülő a gyermeket a veszélyeztető vagy bántalmazó szülővel való kapcsolattartástól próbálja megóvni, e tekintetben a szülő számára is hiányos eszköztár áll rendelkezésre, sőt, a legtöbb esetben ezen magatartást elidegenítésnek minősítik.¹⁰⁴ A Legfelsőbb Bíróság korábban már hivatkozott 24. számú Irányelvvel módosított 17. számú Irányelve kiemeli, hogy az a szülői magatartás, amely a másik szülő zaklatására indít eljárásokat sorozatosan, a szülői alkalmasságot csökkenti, illetve az ilyen törekvés nincs a gyermekre tekintettel, mert a konfliktusos helyzetet erősíti a szülők közt, és a bíróságtól ez a magatartás nem kaphat

¹⁰⁰ A különvélemény szerint a gondozó szülő a tőle elvárható módon és gyermeke védelmében járt el, miután az országos járványügyi tájékoztatás alapján arról volt tudomása, hogy a különélő szülő fertőzés szempontjából kockázatosabb helyen élt, és a kijárási korlátozás elrendelése is olyan élethelyzetet eredményezett, melyben nem állt rendelkezésre követendő protokoll a kapcsolattartás rendjének kezelésére.

¹⁰¹ Szeibert Orsolya: Kapcsolattartás a gyermek és a különélő szülő között, különös tekintettel az alkotmánybírói és ombudsmani gyakorlatra. In Köhidi Ákos–Keserű Barna Arnold (szerk.): Tanulmányok a 65 éves Lenkovic Barnabás tiszteletére. Eötvös József Könyv- és Lapkiadó Bt.; Széchenyi István Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Kara, Győr–Budapest, 2015, 470-490. o.

¹⁰² Lásd például: Jay Silverman et al.: Lehet-e jó apa a bántalmazó? A partnerbántalmazás hatása a szülő-gyermek kapcsolatra. Háttér Kiadó, Budapest 2013, és: Lundy Bancroft: Mi jár a bántalmazó fejében, Háttér Kiadó, Budapest, 2015

¹⁰³ K-PJ-2019-452.

¹⁰⁴ A magyar szakirodalomban és jogalkalmazói gondolkozásban is megjelenik a Richard Gardner pszichiáter által megalkotott *Parental Alienation Syndrome (PAS)*, azaz szülői elidegenítési szindróma, melyet egyébként a nemzetközi szakirodalom teljesen tudománytalanak tart, attól a legtöbb pszichológiai szövetség elhatárolódik, illetve a hivatalos szindrómák körében sem ismerték el, sőt, legtöbb esetben bizonyított, hogy az erre hivatkozó szülők partnerbántalmazás elkövetői, és a bántalmazott szülő zaklatására használja fel az effajta kategorizálást. Egyes magyar álláspontok szerint az igazságügyi szakértők külön definiálás nélkül is ki tudják szűrni az elidegenítő, ellennevelő magatartást, lásd: Kozák Henriett–Németh Rita: A PAS (*parental alienation syndrome*), a szülői tünetegyüttes aktuális státusza, In Családi Jog 2013/3. sz., 21-28. o., V.ö.: Tomaso vszki László: A szülői elidegenedés/elidegenítés szindróma, In Családi Jog, 2014/1. sz., 25-33. o.

védelmet. Hasonlóan nem szolgálja a gyermek érdekét az lehelyezését késleltetni szándékozó szülői magatartás sem.¹⁰⁵

A gyermekbántalmazást tekintve a Kúria Pfv.20959/2019/5. számú precedensképes határozatában¹⁰⁶ leszögezi: „a gyermek fizikai vagy verbális bántalmazása semmilyen formában és indokkal nem tolerálható, az a gyermek érdekét [Ptk. 4:2. § (1) bekezdés] súlyosan sérti. A bizonyított bántalmazást az elkövető szülő nevelési képességét erősen lerontó tényezőként kell értékelni”, még akkor is, hogyha a bántalmazás bizonyítottan időben régebben történt (például azóta külön költöztek a bántalmazótól a gyermekek). Ugyanakkor álláspontom szerint a döntés nem tér ki annak a körülménynek a súlyára, hogy a bántalmazó szülővel szemben a másik szülő (aki szintén partnerbántalmazás áldozata volt) azon magatartását, hogy a gyermekekkel hirtelen elköltözött, illetve a gyermekeket a bántalmazó szülőtől igyekezett megóvni, a bíróságok ellennevelésnek értékelték, holott a szülő célja a gyermekek megóvása volt, illetőleg a partnerbántalmazás megvalósítja a gyermekek tekintetében is a közvetett abúzust.

A nemzetközi szintéren többféle kutatás is foglalkozik a fenti kérdésekkel. Az egyik irányzat onnan közelíti meg a családi jogviták kérdését, hogy a szülőt milyen irányítási felfogások jellemzik a nevelés tekintetében. A hatalomgyakorlást a gyermek felett a szabályozás nem támogathatja (tehát nem érvényesülhet az, hogy a szülő a gyermeket a „tulajdonának” tekintse), ehelyett a szülői jogosultságok a főbb gyermeknevelési feladatokban megmutatkozó hitelességtől függenek, mint a nevelés, az útmutatás és az oktatás.¹⁰⁷ Elaine E. Sutherland pedig arra a tendenciára hívja fel a figyelmet több kutatás összevetése után, hogy sok szülő a gyermeket használja a másik szülő iránti haragja, utálata eszközeként, és nehéz elkülöníteni emiatt a bántalmazó szülőt, aki gyakran beállítja a bántalmazottat úgy, hogy ellene vagy utálatra neveli a gyereket, holott ebben az esetben a szülő jogosan félti a gyermeket, és az ő érdekét szem előtt tartva akarja a kapcsolattartást, felügyeleti jogot korlátozni. A jogalkalmazóknak ezen át kellene látni, és kerülni, hogy összemossák a vádaskodást a valós esetekkel, felismerni ezeket a technikákat. Továbbá a gyermek jogainak tiszteletben tartása magában foglalja a meghallgatását az eljárásban, mert ki kell deríteni, hogy a gyermek hová pozícionálja magát ezekben a konfliktusokban, mely már csak olyan szempontból is fontos lehet, hogy sokszor a gyermek jobban átlátja ezeket a családi dinamikákat, mint a szülők.¹⁰⁸ Emellett elterjedtek a szülők magatartásának és az eljárásoknak a gyermekekre gyakorolt hatásainak vizsgálata a szülők közti konfliktusok, különösen a válás tekintetében,¹⁰⁹ e körben az alábbi tényezők bírnak különös relevanciával: a gyermek fejlettségi szintje, neme, a környezetének az instabilitása, a szülők különválásával megváltozott anyagi körülmények hatása, a szülők mentális egészsége, a szülő-gyermek kapcsolat, továbbá a gyermek szülőkön kívüli kapcsolatai.¹¹⁰

Összességében tehát az ítélkezési gyakorlatban az alábbi szempontok rajzolódnak ki hangsúlyosan a kapcsolattartást érintő viták eldöntésében: egyfelől az esetek eldöntését a *méltányolhatóság* és a *gyermek érdekeinek elsődlegessége* kell, hogy meghatározzák.

¹⁰⁵ Barzó Tímea: A különélő szülő kapcsolattartási jogát ellehetetlenítő szülői magatartás polgári jogi és büntetőjogi jogkövetkezményei In Miskolci Jogi Szemle, 2009., 14. évf. 2. különszám, 1. kötet, 83-94. o.

¹⁰⁶ K-PJ-2020-114.

¹⁰⁷ Altman, Scott: Parental Control Rights. In Elizabeth Brake, Lucinda Ferguson (szerk.): Philosophical Foundations of Children's and Family Law, Oxford University Press, Oxford, 2016, 209- 226.o.

¹⁰⁸ Sutherland, Elaine E.: Child custody and cognate concepts. In Stark, Barbara – Heaton, Jacqueline (szerk.): Routledge Handbook of International Family Law. Routledge, Oxford-New York, 2019, 127-143. o.

¹⁰⁹ Lásd például: Fidler, Barbara Jo – Bala, Nicholas – Saini, Micheal A.: Children Who Resist Post-Separation Parental Contact. A Differential Approach for Legal and Mental Health Professionals. Oxford University Press, Oxford, 2013.

¹¹⁰ Nurombe, Berry – Partlett, David F.: Child mental health and the law, The Free Press, New York-Toronto, 1994., 224. o.

Másfelől ügyelni kell arra, hogy a jogvitákat minden fél tekintetében *azonos súlyú mérlegeléssel*, tényfeltárással vizsgálják, törekedve az *objektivitásra*. Továbbá tekintettel kell lenni arra, hogy a vitatott vagy nem megfelelően megvalósult kapcsolattartás esetében a kérelmezett fél törekedett-e a megalapozott sérelem *orvoslására* önkéntesen. Emellett pedig igyekezni kell a *rugalmas megoldások* megtalálására, nem támogatva a szülők visszaélészerű magatartását.

V. Következtetések

A kapcsolattartást illetően a nemzetközi trendekhez képest a hazai szabályozásban az alapelvi szinten túl mind a szabályozás, mind a jogalkalmazás terén eltérő – és sokszor hiányos – gyakorlatok találhatók, különösen a váltott gondoskodás, a gyermek meghallgatása és eljárásokba való bevonása, továbbá a szülők közti konfliktusok rendezése és a visszaélészerű magatartások kiszűrése terén.

Álláspontom szerint a magyar szabályozás – amely a vonatkozó gyakorlatban is leképeződik – a különélő szülő és a gyermek kapcsolattartási jogát egyenlő súllyal kezelik, az érvényesítés terén pedig a különélő szülőnek több eszköz van biztosítva, mely nemcsak a gyermek, de a kapcsolattartásra jogosult szülő relációjában is meglehetősen aránytalan.

Egyetértek azzal az irányzattal, mely szerint a családjog szerepe az, hogy az egyéni érdekeket védje a gazdasági fölényrel szemben, a gyermek érdekeit a felnőttek konfliktusaival szemben, és ez legalább annyira fontos cél, ha nem fontosabb, mint a családjogot intézményesített keretek közé szorítani; és éppen ezért kiemelt szerepe van az esetek egyedi vizsgálatának és elbírálásának.¹¹¹ Ezáltal különös jelentősége lenne a gyermek érdekeit is hangsúlyosabban megjeleníteni a kapcsolattartást illető jogvitákban.

A gyermek meghallgatása, érdekeinek és véleményének hangsúlyosabb figyelembe vétele a kapcsolattartást illetően is megerősítésre szorul, a gyermek életkorától függetlenül is, különösen azokban az esetekben, amikor a gyermek következetesen és befolyásmentesen nem szeretné a kapcsolatot tartani. Meglehetősen visszás helyzetet teremt, hogy sok egyéb (és a fiatal jövőjére nézve meghatározóbb döntést igénylő) jogintézmény mellett – mint például a munkavállalás, a családi ház elhagyása vagy a házasságkötés engedélyezése a gyermek tizenhatodik életévének betöltése után – arra kevésbé van ráhatása a gyermeknek, hogy hogyan szeretné a kapcsolatot tartani a különélő szülővel;¹¹² és a legtöbb esetben az ítélőképessége birtokában lévő gyermek ellenkezése esetén is az a jogalkalmazói elvárás, hogy a kapcsolattartásra kötelezett szülő mintegy „kényszerítse” a kapcsolattartásra a gyermeket,¹¹³ anélkül, hogy a vizsgálat tárgyát képezné, hogy a kapcsolattartásra jogosult szülőnek is vannak feladatai abban a tekintetben, hogy a gyermekével való viszony javuljon, és a gyermek szívesen menjen a kapcsolattartásra, vagy pedig a gyermeknek jobban megfelelő közös időtöltés kialakítására törekedjen.

A váltott gondoskodás elterjedése, illetve a nemzetközi gyakorlatnak megfelelő értelmezése jelentősen lecsökkenthetné a kapcsolattartásból adódó konfliktusokat, mely mind az ügyteher, mind a szülők közti konfliktusok csökkenését eredményezné.

A döntési mechanizmusok vizsgálatát tekintve nehezíti a kapcsolattartás érvényesítése és végrehajtása tekintetében az eligazodást, hogy a különféle döntési szinteken teljesen eltérő

¹¹¹ Leckey, Robert: Cohabitants choice and the Public Interest. In Brake, Elizabeth – Ferguson, Lucinda (szerk.): Philosophical Foundations of Children's and Family Law. Oxford University Press, Oxford, 2016, 115-133. o.

¹¹² Mentuszné Terék Irén: A kapcsolattartás végrehajtásának jogi és nem jogi eszközei a gyámhatósági munkában, In Családi Jog 2021/2. sz., 18-27. o.

¹¹³ Purda Zsuzsánna: A szülői felügyelettel és a kapcsolattartással összefüggő gyakorlati tapasztalatok a családsegítés körében megvalósuló jogi tanácsadás szemszögéből, In Családi Jog 2020/1. sz., 32-40. o.

vagy éppen egymásnak ellentmondó a megítélése az egyes szülői magatartásoknak és attitűdöknek. Véleményem szerint élesen szükséges lenne körülhatárolni az önhiba esetköreit, különválasztva a kapcsolattartás szándékos akadályozását az egyéb, ezen kívül eső magatartásoktól, az életszerűség és a családi élet tervezhetőségének figyelembe vételével.

Nagy szerepe lenne ezért a területen a jogegységesítésnek, a szakemberek képzésének, illetőleg egy, a kapcsolattartási jog lényeges kérdéseit, a kapcsolattartás akadályozásának tipikus eseteit összegző módszertan bevezetésének.¹¹⁴ Ezáltal nem csak a jogalkalmazók, hanem a kapcsolattartási jogviszony alanyai is könnyebben eligazodhatnának a „követendő” magatartást, standardokat illetően, mely szintén hozzájárulna egyfelől a kapcsolattartási jogviták csökkenéséhez, másfelől pedig a méltányolható körülmények miatti szankcionálás elkerüléséhez.

¹¹⁴ A gyermekvédelem területén bevett forma a követendő eljárást tartalmazó protokollok, módszertani útmutatók használata. Lásd például a 2020. március 22-én EMMI által kiadott „Útmutató a koronavírus terjedésének megelőzésére és a kockázatok csökkentésére szociális szakosított, gyermek átmeneti, gyermekvédelmi szakellátást biztosító intézmények és javítóintézetek részére” elnevezésű protokollt. https://tamogatoweb.hu/letoltes2020/2020_03_22_gyv_szakellatas.pdf (2021.05.23.)

A luhmanni ökológiai kommunikáció

I. A téma aktualitása

Niklas Luhmann szerint a társadalmi szintéren egyre nagyobb szerepet kapó ökológiai válság diskurzusához hiányzik a kidolgozott rendszerelmélet. Keményen kritizálja az ezzel kapcsolatos „haszontalan felfordulást” és a „beszéd nemtörődömségét”², vagyis a szakirodalom megalapozatlan szóhasználatát, premisszáinak kritikátlan elfogadását. Könyve, az *Ökológiai Kommunikáció*, többek között ezt a rendszerelméleti hiányt igyekszik pótolni, amelyben többek között arra keresi a választ, képes-e felkészülni a modern társadalom az ökológiai veszélyekre? Ahhoz, hogy minden elemében értelmezhetővé váljon Lehmann e tanulmánya, ismernünk kell valamelyest a szerző egész rendszerelméletét, hiszen csak e rendszerelmélet részleteinek egymásra vetítése által mutatkozik meg az a maga teljességében, csak ezáltal válnak érthetővé az egyes témák. Bár a szerző azt mondja, a társadalomelmélet feladata, hogy a komplex valóságot redukálja és áttekinthetővé tegye, elmélete végül mégis rendkívül komplex és bonyolult.³ Az egy rétegzett, összetett, nehezen bevehető elméleti felépítményt alkot.

Az egyik legnagyobb problémát a lumeni rendszerelmélet megértésével kapcsolatban az okozza, hogy a rendszerelmélet egyes részei egymást hivatottak magyarázni, erősíteni, és ahhoz, hogy egy részt megismerjünk, a többi megértése is szükséges. Az a paradox helyzet áll elő, hogy a szerző szerint sem érthetjük meg az egyes műveket csak a teljes életmű ismeretében. Az elméletbe tehát nem hatolhatunk be egyenes úton haladva, hanem – ahogy Lehmann is mondja – csak körkörösén, az olvasás menete azonban ezt a fajta egyszerre befogadást nem teszi lehetővé.⁴

Luhmann azt állítja, a társadalom alapja nem az egyének sokasága, hanem egy zárt, értelem nélküli kommunikációs folyamat, ennek révén jön létre evolúció során a társadalom rendszere, amely további részrendszerekre bomlik.⁵ Luhmann a rendszereket három csoportban tárgyalja, beszél biológiai rendszerekről (organizmus), pszichikai rendszerekről (tudat) és szociális rendszerekről. Ezeknek a rendszereknek mindegyike autopoietikus, ami azt jelenti, hogy mindegyik a saját műveletei által termeli újra önmagát. Ezek a rendszerek műveletileg zártak, vagyis műveleti szintű átjárás nem létezik köztük és a környezetük között. Zártságuk azonban nem jelenti azt, hogy függetlenek lehetnének egymástól, strukturális szinten kapcsolódnak egymáshoz. Az említett műveletek organizmusok esetében anyagi életfolyamatokat, tudati rendszereknél gondolatokat, míg szociális rendszerek szintjén kommunikációt jelentenek. A szociológia értelemszerűen a szociális rendszereket vizsgálja. Ezek a szociális rendszerek is továbbtagolhatóak: interakciós, szervezeti és társadalmi

¹ Doktorandusz hallgató, Budapesti Corvinus Egyetem/Társadalmi Kommunikáció Doktori Iskola; PPH Media-Business unit director

² Niklas Luhmann: *Ökológiai kommunikáció*, Képes-e felkészülni a modern társadalom az ökológiai kommunikációra? Ford.: Brunzel Balázs Gondolat Kiadó, Budapest, 2010. 8.

³ Éber Márk Áron, A komplexitás – redukálva, <https://www.epa.hu/00000/00015/00044/pdf/06eber.pdf> Utolsó letöltés dátuma: 2021. 03. 13.

⁴ Brunzel Balázs, *Niklas Luhmann társadalomelméletének felépítése és az elmélet politikatudományos és politikafilozófiai vonatkozásai*, 15., <http://doktori.btk.elte.hu/phil/brunzel/diss.pdf> Utolsó letöltés dátuma: 2021. 03. 13.

⁵ Bangó Jenő, *Niklas Luhmann rendszerelmélete és a konstruktivista nevelés* In: Századvég 2005. 4. szám, 148.

rendszer szintekre. A társadalmi rendszer szint alá pedig funkciórendszereket rendel, ilyen a gazdaság, a politika, a tudomány, a jog, a vallás stb.

II. Az ökológiai fenyegetettség

Luhmann alapvetően az egész társadalmat feldolgozó rendszerelmélet hatalmas munkáját igyekezett elvégezni, de – amint azt már korábban is említettem – egy-egy számára izgalmasnak vagy fontosnak tartott részterületre is alkalmazta elméletét. Részben azért, mert ezeket társadalmilag jelentősnek ítélte meg, részben pedig azért, mert ezeken keresztül szemléltethette valamelyest egészen elvont tételeit. Ilyen az ökológiai fenyegetettség és az azzal kapcsolatos kommunikáció is, amelynek egy egész könyvet szentelt.⁶ Nem szabad elfeledkeznünk azonban arról, hogy Luhmann könyvét 1986-ban, 35 évvel ezelőtt írta, ezért annak saját jelenére alkalmazott megállapításai mára részben idejétmúltakká váltak. Az ökológiai válság kérdései ma sokkal égetőbbek, ezért az általa is tárgyalt részrendszerekben is nagyobb jelentőséggel bírnak. Ennek ellenére rendszerelméleti szinten mindenképp érvényesek okfejtései. A szerző egyébként is deklarálja művében, hogy nem javaslatot tesz, vagy kritikát fogalmaz meg, hanem csak a kommunikáció módjának működési elveit mutatja be.

III. Szociológiai absztinencia

E hiány oka egészen prózai szerinte, hogy az ökológiával kapcsolatos kommunikáció egészen friss, mintegy húsz éves (a könyv megírásának idejében, ma már ezek szerint ötvenöt). Hiszen az a folyamat, amit az ember a Föld környezetként való használata révén végez, csak az 1960-as évekre öltött olyan mértéket, ami gyorsan terebélyesedő nyilvános vitát generált. Ezek a hatások többek között a biodiverzitás csökkenése, a leküzdhetetlen kórokozók kialakulása, a környezetszennyezés következményei és a Föld túlnépesedése, amelyek által nemcsak megváltozik, de saját fennállását ássa alá a társadalom. Ezek a jelenségek így megkerülhetetlenekké váltak, a hétköznapi kommunikációba is befurakodtak, így a szociológia is reagál, de teszi ezt anélkül, hogy meglennének a prognózisra vagy akár a gyakorlati útmutatásra elegendő kognitív eszközök.

A továbbiakban a szociológia ökológiához fűződő társadalmi viszonyát helyezi történelmi távlatokba. A szociológia saját önmeghatározásának idején az ökológiát érdeklődési területén kívül állónak definiálta, és azt átengedte a természettudományoknak. Az embert és a természetet két különálló dologként értelmezte, és csak az emberrel kívánt foglalkozni. Mindezt erősítette a keresztény vallás, amely az embert szakralizálta, a természetet pedig deszakralizálta. A *dominium terrae* (a terület feletti uralom) Bibliából eredő fogalma biztosította az ember természetfeletti hatalmát. A környezet tehát ebben az értelemben a teremtett embernek alávetett, annak szolgálatában áll, lakóhelyet és élelmet biztosít számára, s mint ilyen, szabadon kizsákmányolható.

A 18. században megváltoztak az önmeghatározáshoz kapcsolódó fogalmak a „*sacrum*” helyére a „civilizáció” lépett, a természet pedig „munkatereppé vált”. Ezen a fogalmi rendszeren belül már lehetséges lett volna lépéseket tenni a környezettudatosság felé, de elméleti megfontolásig nem sikerült jutni egészen az égető problémák megjelenéséig. Az ezzel kapcsolatos diskurzus a korábbi elvek keretein belül zajlott: ha a társadalom saját magát veszélyezteti a környezeti károkozással, akkor meg kell találni a felelősöket, megakadályozni

⁶ Niklas Luhmann: *Ökológiai kommunikáció; Képes-e felkészülni a modern társadalom az ökológiai veszélyekre?*, Ford.: Brunzel Balázs Gondolat Kiadó, Budapest, 2010. 30.

és megbüntetni őket. Ehhez erkölcsi felhatalmazást kaphatnak azok, akik a környezet rombolása ellen lépnek fel. Itt azonban összekeveredik az elméleti és a morális vita. Az eredményességhez azonban be kell látnunk, hogy „minden tényállást egyszerre kell tárgyalni az egységre és a differenciára vonatkozóan, vagyis egyszerre kell figyelembe venni az ökológiai összefüggések egységét, illetve a rendszer és a környezet ezen összefüggést felbontó differenciáját.”

Korábban, az antikvitásban és a középkorban a környezetre átfogó testként tekintettek, ez a nagyobb test tartalmazza, fenntartja és védi a kisebbet, (a rendszereket) és ez a kisebb egység nem határolja el, nem értelmezi magát különállóként. A 19. századtól azonban pont fordított az elgondolás, a rendszerek maguk definiálják határaikat, és különállóként értelmezik magukat, a környezetet pedig a határaikon túl levőként. Luhmann ezekből a megállapításokból kiindulva két javaslatot tesz. Az egyik, hogy az elméletnek át kell térni a nagyobb egységben a rendszer és környezet differenciája segítségével történő orientációra, vagy pontosabban, hogy a társadalmi rendszer és környezete differenciájának az egysége legyen a vizsgálat tárgya. A másik javaslata, hogy a rendszer elemeinek az individuumok helyett az önreferenciális műveleteket tekintsük, s erre a célra a kommunikáció művelete a legalkalmasabb. Ezt a két tézist elfogadva a társadalmat olyan rendszerként értelmezzük, amely „minden egymáshoz kapcsolódó kommunikációt felölel”.⁷

IV. Okok és felelőségek

Luhmann elmondja, szándéka nem a felelőség kérdésének megállapítása, csupán a premisszák megtisztítása, hiszen a felelős megállapítása egyszerű: a társadalom a felelős a környezeti problémákért. „Ezt pedig tudtuk eddig is.” Ezt a leegyszerűsített állítást később részletesen is kifejti. Az általa felállított társadalmi elmélet irányából vizsgálva a környezeti problémákért való felelőséget, az látható, hogy maga az érintett rendszer is közrejátszik az őt ért károk kiváltásában. Felesleges és hiábavaló igyekezet az okokat, ebben a helyzetben a felelősöket keresni, egyet kiválasztani, a többit pedig felmenteni ez alól. Példaként egy vegyi üzem szennyezőanyag kibocsátását hozza. A jog vagy a politika részrendszere megállapíthatja, hogy itt a vegyi üzem az egyetlen felelőse a szennyezésnek, őt szankcionálhatja, ezáltal megszüntetve a problémát. A tudományos vizsgálódás azonban ezt a kiválasztást értelmetlennek látja, és a komplex társadalmi rendszert látja felelősnek. Olyan tudományos módszerek következménye az ilyesfajta megállapítás, amelyek Luhmann szerint a leegyszerűsítő önmegfigyelés formái. Ilyenek a kauzalitás, a dedukció vagy az empiria. Szerinte nem erre kell a figyelmünket fordítani, hanem azt mondja – és egy később tárgyalt fogalmat vezet itt elő –, az önmagukat megfigyelő rendszerek megfigyelésére kell támaszkodnunk.

V. A megfigyelés megfigyelése

Luhmann kifejti, hogy a környezet arra ösztönzi a rendszert, hogy rezonáljon, az így nyert információk alapján pedig következtessen vissza a környezetére. A környezet határtalan, amit a rendszer ebből felfogni képes, határos, ez az a „horizont”, ami látható. A rendszer műveletei képesek kitérni ezt a horizontot, de műveletei, és a megfigyelések problémába ütköznek. Erre a problémára utaló alaptézisét wittgensteini alapokra helyezi. Eszerint a rendszer csak azt láthatja, amit láthat, nem láthatja, amit nem láthat, és azt sem látja, hogy

⁷ Niklas Luhmann: *Ökológiai kommunikáció; Képes-e felkészülni a modern társadalom az ökológiai veszélyekre?*, Ford.: Brunzel Balázs Gondolat Kiadó, Budapest, 2010. 9-17.

nem láthatja, amit nem láthat. Ez annyit tesz, hogy strukturálisan korlátozott, és saját korlátainak felismerésére sem képes saját műveleti módja miatt. Ezért a részrendszerek a környezet változásait csak részlegesen képesek megfigyelni. Ez teszi szükségessé, hogy legyen egy rajtuk kívül álló megfigyelő, aki megfigyeli a megfigyelés korlátozottságát. Ezeket nevezi Humberto Maturana alapján „második rendű megfigyelőknek”. A luhmanni rendszerelméletben ezt a korlátot az jelenti, hogy a megfigyelt rendszer önreferenciális, így tautologikus és paradox, vagyis egyaránt működhet tetszés szerint és sehogy, és ezt felismerve láthatja a megfigyelő, hogy a rendszer nem láthatja, amit nem láthat.

Konkrét példát is hoz Luhmann ennek a bonyolult elméleti problémának a magyarázatánál. Egy olyan feltételezett objektív valóságról beszél, ahol, ha épp csak megjelennek „álnokságok”, akkor elég lenne a tudományt megerősíteni ezek kiküszöböléséhez. De a többi rendszer sajátos környezeti kapcsolatait ezzel figyelmen kívül hagynánk, és a tudomány önmagában nem válhatna ki rezonanciát a társadalomban. Hiszen a tudományos megfigyelések nem bírnak semmilyen valóságértékkel a többi részrendszerben. De – és ezt Luhmann nem győzi elégszer hangsúlyozni – a második rendű megfigyelő által „láthatjuk, hogy nem láthatjuk, amit nem láthatunk”.⁸ Csak ha mindezt megértettük, válik érthetővé az is, miért esik neheze a társadalomnak reagálni a saját maga által okozott ökológiai fenyegetésre.

VI. Ökológiai tudat és társadalmi kommunikáció

A kommunikációról, mint társadalmi műveletről beszél Luhmann, és ezen belül konkrétan az ökológiai veszélyekkel kapcsolatos kommunikációról. Ezzel kapcsolatban a tudomány elsődlegességét hangsúlyozza, valamint azt, hogy a tudomány megállapításai – ha helytállóak is – nem hozhatnak létre társadalmi rezonanciát, amíg nem kommunikálnak róluk. A mégoly súlyos környezeti ártalmaknak sincsenek társadalmi hatásaik, ha nem kommunikálnak róluk, hiszen a társadalom kommunikáció révén végzi a megfigyeléseit. Mivel a társadalom tudati rendszer, a kommunikációja önmaga által szabályozott, ezért ebben a kommunikációban csak önmagát veszélyeztetheti. A környezet, mint olyan nem képes kommunikálni, csak változásai révén rezonanciára bírni a rendszereket. A környezet irritáció révén válik értelmezhetővé a kommunikáció számára, s ekkor az már saját magára reagál, s mivel a veszélyeztetettséget a társadalom magára vonatkozólag fogalmazza meg, valójában csak önmagát képes veszélyeztetni. Az ökológiáról folytatott kommunikációban ritka azonban a komplex, temporalizált, gondolati lépések által folytatott kommunikáció. Az ökológiai tudatosságban egy negatív módon determinált képzet jelenik meg, nem pedig a környezetre vonatkozó pozitív tudás. Ezáltal olyan érzelmekre apellál, mint a szorongás, lényegéből fakadóan tagad és tiltakozik, jellemzője ezen kívül az emocionális magabiztosság, így aztán – ahogy azt Luhmann erős kritikus élel megjegyzi – „alig hoz létre valami használhatót.”⁹

VI.1. A gazdaság

Luhmann arra hoz példákat, hogyan válthat ki rezonanciákat az ökológiai probléma az egyes társadalmi részrendszerekben. A részrendszerek elemzését a gazdasággal kezdi. A gazdasággal kapcsolatos alapvetésekkel indít. A gazdasághoz tartozik minden olyan művelet, amelynek közvetlenül vagy közvetve a pénzhez van köze. Ez a modern

⁸ Uo. 44.

⁹ Niklas Luhmann: *Ökológiai kommunikáció; Képes-e felkészülni a modern társadalom az ökológiai veszélyekre?*, Ford.: Brunczel Balázs Gondolat Kiadó, Budapest, 2010. 20-21.

pénzmechanizmus alapján elkülönült gazdaság a többi részrendszertől való differenciálódás révén jött létre. Korábban a gazdaság kódja a tulajdon volt, a tulajdonosnak lenni és a nem tulajdonosnak lenni binaritása által. Később ez a monetáris rendszerben a gazdaság pénz általi másodkódolása révén változott át a fizetés-nemfizetés felosztáshoz, és vezetett a gazdasági részrendszer teljes funkcionális elkülönüléséhez. A gazdaság zárt rendszerének rugalmasnak kell lennie, erre pedig a műveletek szabályozása, a fizetések programozása által képes, ez az árakon keresztül történik. A programozásnak programozásra van szüksége. Régebben ezt a kérdést az erkölcs oldaláról, az igazságos ár tanával próbálták megoldani, kiküszöbölendő az erkölcstelen gazdálkodást, vagyis a kapzsiságot. A kapitalista gazdaságban ez a fajta aggály megszűnt. A jog irányából nézve már nem létezhet „igazságtalan ár”, egy ár akkor indokolt, ha az megfelel a szerződésben foglaltaknak, emellett, mint kiderült, a gazdaság önszabályozó módon is gátat szab a nyereségvágyból adódó árképzésnek.

A gazdasági rendszer rendkívüli módon felgyorsult. Olyan gyorsan működik, hogy saját struktúráinak megfigyelésére már nem, hanem csak események megfigyelésére képes. Ez a felgyorsulás okozza, hogy a gazdasági rendszer saját időhorizontot hoz létre, saját múlt- és jövőképpel. Ez az időhorizont azonban nincs összehangolva az ökológiai és a társadalmi környezetben zajló időbeliséggel. Így például: hiába fogynak rohamosan a fosszilis tüzelőanyagok a gazdaság környezetében zajló időben, a gazdaság időszámítása ezt még nem érzékeli, az alternatív tüzelőanyagokra való átállást nem rentábilisként tartja számon a rendszer saját zártsága miatt.¹⁰

A gazdaság részrendszere csak akkor képes reagálni a környezeti változásokra, ha azok belépnek a gazdasági körforgásba: új profitlehetőségeket hoznak, új piacokat teremtenek, vásárlói motivációkat hoznak létre, vagy a másik oldalon: fizetéképtelenséget generálnak. A gazdaság tehát az ökológiai értelemben vett környezetével szemben úgy korlátozott, hogy annak kérdéseit össze kell kapcsolnia saját műveleteivel. Az ez irányú gondolkodás sugallja azt is például, hogy a hulladék is beleszámíthat a gazdasági rendszerbe, hiszen általa is haszon keletkezik.

Csak ebből az irányból közelítve válhat gazdaságilag indokolttá az, hogy gondoskodóan bánjunk a környezetünkkel. Egészen addig tehát, amíg a katasztrófák nem érintik közletről ezt a rendszert, azok térben vagy időben távoli események, a velük való foglalatosság irracionális.

Végül eme részrendszer elemzése mellett Luhmann kitér más elméleti megközelítésekre. Ezeket kritizálja, többek között azon az alapon, hogy ezek a gazdasági részrendszer céljait szándékoznak kiterjeszteni a gazdasági cselekvés ökológiai mellékkövetkezményeire is. Luhmann itt azt kifogásolja, hogy ezek az elméletek célokról beszélnek, ami téves, hiszen egy rendszernek nincsenek céljai, az zárt és autopoietikus.

A megoldás szerinte a gazdaságon belül az ökológia kérdéseire az „árak nyelvén rejlik”. A gazdaság nem képes reagálni olyan változásokra, amelyek nem ezen a nyelven fejeződnek ki. Ez a hátrány ugyanakkor lehet előny is, hiszen amennyiben a problémák kifejezhetőek az árak nyelvén, akkor azok fel is dolgozhatóak a rendszerben.

VI.2. A jog

Luhmann szerint alapvető probléma, hogy az ökológiai válsággal kapcsolatos diszkusszió azon a ponton, ahol nem tud már az árak nyelvén beszélni, ott a normák nyelvén beszél. Ha tehát a gazdaság nem teljesít önként ebben a tekintetben, ott a politikától várja a megvalósítást, mégpedig áttételesen a jog által. Így az ökológiai felelősség áthelyeződik a

¹⁰ Uo. 71.

gazdaságról a politikára. Ez azonban megoldhatatlan feladat elé állítja a politikát, ami ebben a kérdésben időt akar nyerni, és látszatsmegoldásokat kínál, félrevezet. Mindez pedig a politikában való radikális csatlódáshoz vezet ahelyett, hogy belátnánk, ez a rendszer is csak saját autopoieszisének frekvenciáin belül rezonanciaképes.

A jog és a politika szorosabb kapcsolatban áll egymással, mint a többi részrendszer, mivel a jog a politika irányában különösen rezonanciaképes, ezért ezt a két részrendszert jobban el kell különíteni egymástól. A jog ugyanakkor önreferenciálisan zárt, a jogszerű és a jogszerűtlen differenciája alapján van kódolva. Társadalmi biztonság csak akkor jöhet létre, ha egyedül ez a funkcionális részrendszer dönt arról, hogy valami jogszerű-e vagy nem, és arról, ha ez mindenképpen kívül marad a gazdaságon vagy a politikán. A jog pedig nem a társadalom számára mondja ki ezeket az ítéleteket, csak a saját maga számára, vagyis a jogrendszeren belül.¹¹ A jog részrendszere is nyitott a környezeti feltételek megváltozásának irányában, képes tanulni, de csak akkor, ha autopoieszisztét kiszolgálva egy eseményt az ő nyelvén, vagyis a jogszerű-jogszerűtlen differenciája alapján kódolunk.

A jog szabályokon keresztül, a jövőbeli feltételezett eseményeket modellezve íródik. Egyáltalán nem szándékozik befolyásolni a jövőt, azt írja le, mik lesznek a következményei annak, ha egy adott dolog bekövetkezik. Amikor aztán ezek a dolgok bekövetkeznek, maguk után vonják az ígért következményeket, amelyek aztán értelmezhetőek a rendszeren belüli problémaként, és alkalmat adnak egy új szabályozás kidolgozására. Így ez egy végtelen, cirkuláris rendszert alkot.

A jogi kategorizálás alkalmatlan a környezeti problémákra adott válaszok esetében. A jog rendszere, csakúgy, mint más részrendszerek, csak a saját struktúráin belül képes a rezonanciára. Ahogy Luhmann mondja, itt „növekednek az önkényes elemek.”¹² Az egyik probléma az, hogy a környezet nem ad támpontot mértékegységek meghatározásához, a másik a rendszer kockázati hajlandósága, a harmadik pedig a preferenciák megállapítása. Mindezek miatt a szokásos jogi esetfeldolgozásban ezek a problémák nehezen feldolgozhatóak. Itt tehát a jog a környezetvédelem irányából jövő igényeknél olyan homályos fogalmakkal találkozhat, amelyek saját rendszerén belül nem egyértelműen, hanem csak önkényesen értelmezhetőek. Az olyan fogalmak, mint a társadalmi szolidaritás, politikai aktivitás, igazságos problémamegoldás a jog szempontjából homályos fogalmak, mindezeket a környezet védelmének gondolatával egyetemben a szabályozásba csak úgy vonhatja be, ha saját fogalmaival integrálja rendszerébe. Luhmann szerint a jogban lassúak a tanulási folyamatok, évtizedekre, esetleg évszázadokra van szükség ahhoz, hogy az összegyűlt tapasztalatokat a jogban érvényesítsék. Egyelőre még csak annyi tapasztalható, hogy a környezeti problémákra a jog új kritériumokat igyekszik kidolgozni, szabályok tömkelegével reagál, valamint hogy a közigazgatás ezen a téren nagy teret enged olyan bizonytalan tényezőknek, mint a megítélés.

VI.3. A tudomány

A tudomány az ökológiai probléma tekintetében azért kap kiemelt szerepet, mert ez a részrendszer lehetne hivatott arra, hogy megoldást találjon. A politika is egyértelműen a tudományra helyezi ennek a kérdésnek a felelősségét. Ámde a tudomány önmagában mégis alkalmatlan erre a feladatra, több okból.

A tudomány kódja az igaz-hamis megkülönböztetés, kutatási programjait elméletekként tartjuk számon. Ennek egyike Luhmann szerint az, hogy a tudomány egyre inkább szétagolt, mégpedig abban való igyekezetében, hogy minél jobban feltárja a világot, így egyre apróbb résztudományokra esik szét. Ez a specializálódás „értelemvesztésben

¹¹ Uo. 79.

¹² Uo. 83.

végződik.”¹³ Így e részrendszer, bár önmagát úgy láthatja, hogy egyre közelebb jut az igazsághoz, a valóság teljes feltárásához, egyidejűleg az ökológiai válság megoldásához, ez nem így van. Nem közeledik, hanem távolodik attól, hiszen a társadalom számára a lehetőségek áttekinthetetlen sokaságát kínálja. A tudomány pedig önmagában alkalmatlan arra, hogy a saját maga által létrehozott megoldási javaslatok közül megtalálja a legjobbat. Saját belső törvényszerűségei miatt képtelen erre. A tudomány képlékeny, öntükröző világa a társadalom számára érthetetlen, így más funkcionális rendszerekre hárul az a feladat, hogy szétválogassák a használhatót és a használhatatlant a tudomány eredményei közül.

VI.4. A politika

Az eddig tárgyalt három részrendszer vizsgálatakor megmutatkozott, hogy azok rezonanciaképességének a kódok által zárt autopoietikus önreprodukció a feltétele. Nincs ez máshogy a politikai rendszernél sem. A politikának az eszmetörténeti hagyományban kiemelt jelentősége van, a társadalmat már Platónról kezdve politikailag konstituált jelenségként értelmezik, egyes metaforák szerint ez a rendszer csúcsa, mások szerint centruma.

A politika a kormányzat-ellenzék differencia sajátos kódja alapján különül el, vagyis az alapján a kérdés alapján, ki rendelkezik a szavazatok többségével, az elnöki pozícióval, a fontos pozíciókkal.¹⁴ Ezen a szintéren csak azáltal lehet döntéshelyzetbe kerülni, ha valaki elfogadja ezt az alapvető kitételt. A környezet megóvásáért küzdők sem érhetnek el társadalmi rezonanciát ennek belátása nélkül.

Azt is látni kell, hogy a politikai pártok nem veszik be a környezetvédelmet a programjukba mindaddig, amíg az ökológiai válság szavazatveszteséggel nem fenyegeti őket. Erre csak akkor kerülhetne sor, ha a helyzet annyira súlyossá válna, hogy környezetvédelem ügyét egy párt saját hatalmi pozíciójának veszélyeztetése nélkül zászlajára tűzhetné.

VI.5. A vallás

Talán a vallással kapcsolatban vannak Luhmannak a legerősebb kételyei aziránt, hogy saját részrendszerén belül igazi válaszokat adhasson az ökológiai veszélyekre, és ezáltal társadalmi rezonanciát hozhasson létre. Ezeket a kételyeit itt több okból kiindulva vezeti le.

Úgy látja ugyanis, hogy a többi rendszerben tisztán látható vezérdifferencia és az ebből levezetett bináris kód a vallás esetében nehezebben megragadható. Ennek a rendszernek versengenie kell funkcionálisan már elkülönült helyességi formulákkal, például az igazságossággal vagy a jóléttel. Problémát jelent az is, hogy a vallás alaptételei dogmatikus módon adóttak, ami egyszerűen hit kérdése, és itt a vallás dogmatizmusa összefonódik saját kontingenciájával, így ez a kettő kölcsönösen függ egymástól, és egymást teszik szükségessé.

A másik probléma ebből következik, hogy a kozmológia sem lesz vallásilag megalapozott. Az a már korábban említett vallási alaptétel, amely szerint a környezet deszakralizált, végső soron a vallási specifikáció egyik alapfeltétele. A vallás így nehezen tud a környezet védelmezőjeként fellépni a jog, a politika vagy a gazdaság ellenében, hiszen „ugyanazt a szöveget kell prédikálnia.”¹⁵ Valamiféle válaszlehetőséget kínál a Luhmann által felidézett „láthatatlan kéz” metaforájával megjeleníthető lambert-i elv, amely látszólagos rendezetlenségről és egy titkosan működő isteni rendről beszél. Ebben a felfogásban a

¹³ Uo. 94.

¹⁴ Uo. 105.

¹⁵ Uo. 116.

világban tapasztalható rendezetlenséget a rendezetlen és fájdalommal teli rend paradoxona váltja fel.

VI.6. Az oktatás

Luhmann az oktatás részrendszerrel kapcsolatban optimista: „mely részrendszer lehetne alkalmasabb az ökológiai gondoskodás felkarolására, mint az oktatás?” A fiatalok eleve nagyobb érdeklődést mutatnak e problémák iránt, mint a többi korosztály. Hol máshol, mint az iskolákban lehetne felkészíteni egy új generációt a környezeti kihívások kezelésére? Az oktatás azonban – amint az későbbi fejtegetéseiből kiviláglik – önmagában szintén nem képes erre. Feladata az, hogy olyan képességekkel ruházza fel a benne résztvevőket, amelyekkel aztán más részrendszerekben boldogulhatnak.¹⁶

Az oktatási rendszer számos problémája közül kiválaszt Luhmann egyet, amely strukturális szinten jelenik meg, ezt elemzi. Ezen a problémán keresztül érzékelteti, hogy az ökológiai érzékenyítést miért nem lehet egy gombnyomásra beemelni a rendszerbe.

Ez a részrendszer az egyetlen, amely a többi részrendszer számára való felkészítést tűzte ki feladatául, funkciója a karrier szolgálatába állított szelekció. Az oktatás elkülönült funkcionális részrendszere a helyes-helytelen válaszokért adható dicséret vagy megrovás fogalompáros bináris kódjára redukálható. Ahhoz, hogy a rendszer működni tudjon, e két végpont között kell, hogy értékelje a diákok teljesítményét. Az értékelés – bár lehet, hogy szélesebb skálán mozog – ugyanezen fogalompáros két szélső értéke között értékeli a teljesítményt. Ahhoz, hogy az oktatás működőképes lehessen egy absztrakt szinten, alanyait, a diákokat triviális gépekként kezeli, vagyis olyan elgondolás mentén értékeli őket, hogy a gépnek egy adott bemenetre (kérdésre vagy feladatra) adott kimenetet (helyes választ) kell létrehozni.¹⁷ Ennek tekintetében a diák, ha helyesen válaszol, jó gépként, ha helytelenül, rossz gépként üzemel. Ennek a szélsőséges leegyszerűsítésnek az irányából a rendszer irányítójának nem kell figyelembe vennie olyan tényezőket, mint a természetes érdeklődés, kedv vagy figyelem. A leegyszerűsítés azonban nem állja meg a helyét ebben a rendszerben sem, mert sok egyéb tényező is visszahat az oktatási rendszerre. Ilyen például a karrier struktúrája, amely igényeket ébreszt az oktatás jellegével kapcsolatban. A tananyaggal összefüggő elbizonytalanodás és csüggedtség is visszahat a rendszerre, amely igyekszik kiegyensúlyozni a problémát a programok szintjén például azáltal, hogy összehangolja az érdeklődést és a tantervet. Ennek az igyekezetnek az szabja meg a határát, hogy a kódértékek felosztását, az osztályzatokkal értékelhető követelményt mennyire lehet az „önreferenciális, nem triviális gépek”, vagyis a diákoknak azon igényeire alkalmazni, hogy mindig saját érdeklődésük és mentális állapotuk szerint oktassák őket.

Ez mutatja, hogy az oktatási rendszer sem mentes a strukturális problémáktól, és ez okozza, hogy nem lehet egyszerűen átprogramozni a környezeti problémákkal való foglalkozásra. Fontos belátnunk, hogy az oktatási rendszer csak az emberek testi és mentális állapotaira hat, ezért kommunikatív módon kapcsolódó-képesnek kell lennie, hogy hatni tudjon a környezetére. Innen látható, hogy az oktatás alkalmas leginkább arra, hogy az ökológiai kommunikációt kiterjesszük, hiszen az oktatás által léphetnek be a rendszerbe új értékek, új magatartások és újfajta problémaérzékenység.

¹⁶ Uo. 119.

¹⁷ Uo. 122.

VI.7. Korlátozás és felerősítés

Ezekon az alapokon túllépve Luhmann arra a következtetésre jut, hogy a zavarokat kanalizálni kell, vagyis a környezetszennyezésről való kommunikáció csak valamely kód alapján elképzelhető. A redundanciáról való lemondás révén azonban, bár korlátozódik a zavarokra adott reakció, egyúttal a strukturális korlátok a rezonanciaképesség növelését is jelentik. A modern társadalom ezt a funkcióorientált differenciálódási elvet választotta. Ha tehát bármely problémát akarunk vizsgálni, amely ebben a társadalomban bontakozik ki, meg kell ismernünk a differenciálódás logikáját és az abból származó nehézségeket, hogy egyáltalán beszélni tudjunk róluk. Látnunk kell, milyen következményekkel jár a kódok általi korlátozás, az éles redukció, mert emiatt van, hogy a környezeti problémák nem tudnak létrehozni a „saját magukkal elfoglalt”¹⁸ funkcionális részrendszerekben rezonanciát.

Az is nyilvánvaló az eddigiek alapján, hogy ez a redukció egyben előfeltétele is annak, hogy a környezeti változások egyáltalán érzékelhetők és feldolgozhatók legyenek a részrendszerek számára, hiszen a kód az előfeltétele annak, hogy egy esemény információként megjelenhessen egy rendszerben. Ha az ökológiai problémák is átmennek a kód és program kettős szűrőjén, akkor figyelemre tehetnek szert, ellenkező esetben nem. A probléma itt éppen az tehát, hogy a társadalom az ökológiai veszélyeztetettséggel kapcsolatban nagyobb aktivitásra hív fel, azonban ezt nem az adott funkcionális részrendszer nyelvén teszi. A másik problémát, a túl sok rezonanciát nehezebb érzékelni.

A társadalmon belül kommunikatív interdependenciák léteznek, amelynek révén az egyes részrendszerek hatással vannak egymásra. A virágzó vagy a hanyatló gazdaság hatással lehet a politikára, a tudomány eredményei a gazdaságra, stb. A közöttük való viszonyból hiányzik a hierarchia, vagy bármilyen fölérendelt entitás, minden rendszer a saját kódján keresztül képes rezonanciát létrehozni. Ebben a tekintetben azonban kiszolgáltatottak, ha az információk kódspecifikus műveletet hoznak létre. Az elkülönült részrendszerek irritálhatóak, nyugtalanok, funkcióspecifikus csúcsteljesítmények elérésére törekszenek, a társadalmon belül impulzusokat kutatnak. Ez az instabilitás a stabilitásuk alapja. A rendszer tehát saját rendszerén belül szabályozza a rezonanciát, ugyanakkor az ezt kiváltó környezeti okokat befolyásolni már nem tudja, így jelenik meg a túl sok rezonancia a rendszeren belül.

A politika kiemelt szerepét boncolgatja Luhmann, mivel az a leginkább alkalmas arra, hogy a társadalom többi részrendszerét befolyásolja saját működése által, így a politikai részrendszer lesz az ökológiai törekvések elsőszámú címzettje. A kommunikáció ide irányul, és innen szándékozik szétterjedni.¹⁹ Mivel a politika kódja a kormányzat-ellenzék bináris párja, és a szavazók figyelik és megítélik a politikai döntéseket, ezért a politika nem dönthet a gazdaság figyelembevétele nélkül ökológiai kérdésekben, mert ez a kormányzat bukásához vezethet. Ettől függetlenül a politika az illúziók és a jövőbeli ígéretek révén is működik, ezért az ökológiai törekvések átviteli rendszereként jelenik meg. Az azonban könnyen előfordulhat, hogy a politikailag egyszerű és pozitív hatások más részrendszerekben funkciózavarokat okoznak, destruktív eredményekkel járhatnak, ezért a politikának figyelembe kell venni saját hatásainak visszahatásait is.

VII. Reprezentáció és önmegfigyelés

Luhmann a korábban bevezetett másodrendű megfigyelés fogalmát fejti ki, majd a „zöld mozgalmakra” is kiterjeszti azt, méghozzá erős kritikai felhanggal. A korábban már alaposan körbejárt probléma, miszerint társadalmi önmegfigyelésről csak akkor beszélhetünk,

¹⁸ Uo. 135.

¹⁹ Uo. 138

ha a megfigyelő saját magát is bevonja a megfigyelésbe, ha nem tart távolságot a tárgytól, hanem magát is bevonja abba.

Ebben a tekintetben most a „zöldek” lesznek a másodrendű megfigyelők. A probléma itt is abban áll, hogy ők, miközben megfigyelik a társadalmat, részei is annak. Akkor járnának el megfelelően, ha önmagukat is megfigyelnék megfigyelésük közepette, ám ezt ők nem teszik. Olyan pozíciót igyekeznek elfoglalni, ami felette áll a funkcionális részrendszereknek, kívül azoknak bináris kódjain. Olyan fogalmakon keresztül igyekeznek igazságuknak hangot adni, amelyeket a többi részrendszer igyekszik kiküszöbölni saját kommunikációjából, ezért törekvéseik hiábavalók lesznek.

Az újfajta társadalmi mozgalmak alapvető problémájának tartja ezt Luhmann, egyfajta tiltakozásnak a funkcionális differenciálódás ellen, hiányzik e mozgalmakból az önmegfigyeléshez szükséges önleírás, egyszerűbben fogalmazva hiányzik a társadalmi mozgalmak elmélete. Az ő értékrendszerükben az a morális felosztás létezik, hogy vannak támogatók és ellenfelek. Súlyos következményei vannak annak, hogy e mozgalmak nem a megfelelő szemantikával operálnak. A legfőbb következmény az, hogy a megfigyelés nem képes rekonstruálni azt, ami ellen tiltakozik, így az nem lesz más, mint ellenállás az elutasított értékek alapján. Ennek kapcsán Luhmann szélsőséges értékítéletet mond. A „zöldek” kapcsán „fásult morális önteltségről” beszél, olyan mozgalomról, amely úgy akar a társadalmon belülről hatni, mintha ezt kívülről tenné. Ettől a megfigyelési pozíciójuk instabillá válik. Bár ezek a mozgalmak még ezen a kevésbé hatékony módon is eredményezhetnek változásokat, de még ekkor is tisztázatlan marad az a kérdés, hogy vajon rá van-e utalva a modern társadalom önleírása a társadalmi mozgalmak elégtelen bázisára.²⁰

VIII. Aggodalom, morál és elmélet

Luhmann az aggodalom jelenségét társadalmunkat jellemző alapvonásként írja le, „modern a priori”-ként, olyan jelenséggént, amely minden racionalitáson túl van, így Luhmann nagy politikai és morális jövőt jósol neki.

Mivel nincs már meg a mindent átfogó ethosz, és nem lehet kimondani alapigazságokat, így az önmegfigyelés az aggodalmon alapuló témákat választ. Az aggodalmat a funkcionális részrendszerek egyike sem képes kezelni. Az nem kontrollálható, mert minden funkcionális részrendszerrel szemben biztosítva van. A pánik ugyanis nem betiltható, nem lehet jogilag szabályozni. Nem lehet tudományosan cáfolni, hiszen a tudomány által felvonultatott bizonyítékok nem kioltják, hanem továbbtáplálják azokat. Az aggodalomra tehát nem kínál választ egyik funkcionális részrendszer sem. Az aggodalommal kapcsolatos kommunikáció pedig mindig autentikus, mivel saját magunk igazolhatjuk, hogy aggódunk. Mindez vonzóvá teszi az aggodalom témáit az olyan kommunikáció számára, amely úgy figyeli meg a társadalmat, hogy önmagát a megfigyelésen kívül helyezi, mondja Luhmann, és ezzel nyilvánvalóan utal az új társadalmi mozgalmakra, így a zöldekre is.

Az aggodalom retorikája régi jelenség, politikai felhasználása is ismert belső és külső ellenséggel kapcsolatban. Az ökológiai veszélyek kapcsán csupán annyi történt, hogy a vonatkozás irányát eltolták a barát-ellenség sémájából a rendszer-környezet perspektívába. Az aggodalom olyan jelenség, ami ha a kommunikáció során nem vonható kétségbe, akkor morális létre tesz szert. Innentől elvárható, hogy mások is osztozzanak benne, valamint, hogy hárítsák el az aggodalmat okozó veszélyeket. Az ökológiai kommunikáció is ezen a módon, az aggodalmon keresztül válik morálissá.²¹ Az aggodalomnak pedig nincs szüksége elméleti alapokra, mivel a tények bizonytalansága helyett az aggodalom bizonyosságáról beszél.

²⁰ Uo. 145.

²¹ Uo. 151.

IX. Az ökológiai kommunikáció racionalitásáról

Luhmann azt mutatja be, hogyan működik most a társadalom, s mik az ökológiai kommunikációt gátló tényezők. Habermas rendszerelméletének meghaladásával Luhmann azt állítja, bármiféle racionalitást keresünk a rendszerben, azt csak egy paradoxon által oldhatjuk fel, hiszen a feltételezett egység nem a részeken kívül vagy felett van, hanem egyszerre azonos is meg nem is azok összességével. Mindez ráadásul ki van téve a megfigyelésnek és az ellentmondásnak, hiszen nem létezik benne kiemelt pozíció, ami kizárja a közvetlen hozzáférést. Ezen kívül szervezeti koordináció sem létezhet, hiszen egyetlen funkcionális rendszer sincs egységként megszervezve, így külön nem is döntésképesek.

Az ösztársadalmi racionalitást sem tudjuk értelmezni Luhmann rendszerelméletében, csak akkor, ha a korábban elfogadott irányelvek alapján nem az általánosan elfogadott helyes fogalma, hanem csak a részegységeken belül keletkezett, kizárólag a számukra érvényes bináris kódrendszer alapján tesszük ezt. Ezek egységét egy ily módon felállított differencia biztosítja, ezért csak e megkülönböztetés racionalitásáról beszélhetünk.

Az elméletek megfogalmazása a rendszer rendszeren belüli újrafogalmazásaként lehetséges, s mint ilyen, az elmélet csak modellezi a rendszert, redukálja annak komplexitását, ezáltal egy újabb, önmaga és a rendszer közötti differenciát létrehozva, de minden ilyen reflexió létrehívja saját megfigyelését és saját kritikáját is.

A társadalmi racionalitás eléréséhez az ökológiai differenciát újra vissza kellene vezetnünk a társadalomba vezérdifferenciaként, ehhez azonban szükségünk lenne egy kitüntetett helyre, amely az ökológiai differenciát átalakíthatná kötelező irányelvekké, de ilyen kitüntetett hellyel nem rendelkezünk. Ezen kívül probléma az is, hogy egy ilyen törekvés a társadalmat nem mint differenciát, hanem mint egységet előfeltételezi, ez pedig az „az a helyes, ami nem lehetséges” paradoxonját okozza, így az erre való igyekezet mindenképp zátonyra fut, az utópia e megvalósítása tehát megvalósíthatatlan.²²

Luhmann végső következtetése a racionalitással kapcsolatban, hogy minden ilyen irányú törekvés alapfeltétele az, hogy megértsük, miért valószerűtlen. A lényeg tehát, hogy sosem egységről, mindig differenciáról van szó és a minden egység differenciában való feloldásáról, így a differencia eredetét kell kutatnunk, és azt, ami segítségével megjelölhető, mert ez adja a racionalitását.²³

²² Uo. 157.

²³ Uo. 152.

A viszontbiztosított állományátruházás szabályozása és gyakorlata

I. Bevezetés

A biztosítási piacon egyaránt megszokott üzletviteli jelenség a viszontbiztosítás és a állományátruházás is. A kettő közötti szoros kapcsolat azon alapul, hogy az átruházás olyan biztosítási állományra is vonatkozhat, amelyet a biztosító már korábban viszontbiztosításba adott, így felmerül, hogy az átadást követően ez a kvázi biztosíték (kockázatcsökkentő technika) osztja-e az alapszerződések sorsát. Ez természetesen egyértelmű, amennyiben a felek a viszontbiztosító bevonásával kifejezetten megegyeztek erről, de más a helyzet ha az állományátruházás során erre nem tértek ki. A jogalkotó ugyanis csak különálló rendelkezéseket határoz meg, így egy felmerülő vitás kérdés megítéléséhez szükséges a jogalkalmazó döntése. A közös uniós szabályok ellenére a viszontbiztosítással fedezett biztosítási állomány átruházása az EU- és EGT-tagállamokban is nagyon eltérő, közülük csak kevesen követelik meg törvényi szinten, hogy az átruházott biztosítási állománnyal kapcsolatos viszontbiztosítási szerződéseket tovább folytassák, és néhányukban ez csak a pénzügyi felügyelet engedélyén alapul. Ehhez jön még a harmadik államok szabályozásának sokfélesége. A tanulmány célja továbbá, hogy felhívja a figyelmet a gyakorlatban felmerülő néhány problémára, illetve ezek alapján, támogatni az egységes uniós jogszabályok szükségességét ezen a területen.

A jogtudományi, de a pénzügyi kutatásokban is egyébként viszonylag ritkán találkozhatunk a viszontbiztosítással, különösen annak kapcsolatával és felmerülő járulékos szerepével az állományátruházás esetén. Ezzel kapcsolatban azonban érdemes kiemelni, hogy ez egy dinamikusan fejlődő tevékenység, a viszontbiztosítási tőkeállomány a világon több mint 500 milliárd dollár értékű.³ Szakirodalmi alulreprezentáltsága tehát nem a közgazdasági szerep alacsony hőfokát tükrözi, hanem inkább abból adódik, hogy a viszontbiztosítás a biztosítók szakmai, vállalatközi tevékenysége, ezért az állam is kevésbé szabályozza. Valamint a piac is meglehetősen koncentrált, már-már oligopol,⁴ ugyanis az előző összeg 70 %-a mindössze tíz viszontbiztosítóhoz tartozik. Közülük sokan közvetlen biztosítási tevékenységet is folytatnak. Ezért azt is fontos kiemelni, hogy a biztosítási piacon egy esetleges egyesülés közöttük nemcsak az üzleti terv végrehajtási kockázatát, hanem a partner koncentráció kockázatát is hordozná, mert jelentős átfedéshez és ebből eredő üzleti veszteséghez vezethet egy konszolidált cégcsoport számára. Emiatt az állományátruházásra már részletesebb szabályok is vonatkoznak, továbbá a versenyszabályok mellett megjelennek a fogyasztók érdekei is, ami megalapozza az állami szabályozói és felügyeleti, engedélyezési szerepvállalást.

¹ Habilitált egyetemi docens, Budapesti Műszaki és Gazdaságtudományi Egyetem, Gazdaság- és Társadalomtudományi Kar; Nemzeti Közszerződési Egyetem, Lőrincz Lajos Közigazgatási Jogi Tanszék

² PhD hallgató, Nemzeti Közszerződési Egyetem, Államtudományi és Nemzetközi Tanulmányok Kar, Közigazgatás-tudományi Doktori Iskola

³ Carpenter, Guy: AM Best data and research. 2021. <https://www.reinsurancene.ws/dedicated-reinsurance-capacity-up-7-to-517bn-am-best>

⁴ Odínokova, Tatyana D.; Istomina, Natalia A. Transition of insurance market to oligopoly: Benefits and drawbacks. In Academy of Accounting and Financial Studies Journal, 2018, 22.3: 1-8.

Mint bármelyik pénzügyi piac, a biztosítási szektor is támogatná a laza szabályozási előírásokat és követelményeket. Egyik oldalról érvként hozható fel, hogy ez fokozná az általános nemzeti és nemzetközi biztosítási piac hatékonyságát; de másfelől megjelennek az olyan fontosabb társadalmi célok, mint például a fogyasztóvédelem, vagy az ügyfelek jóléte. Ez utóbbi érdekek érvényesülése céljával szigorú rendelkezéseket és előzetes engedélyezési eljárási szabályokat kell alkalmazni. Erre már a magyar biztosítási szakirodalom az 1930-as években is felhívta figyelmet.⁵

A tanulmány megközelítési módja elsősorban a jog és pénzügyek (*law and finance*) irányzaton alapul,⁶ a téma multidiszciplináris jellege miatt. A jogi előírások nem elhanyagolhatók, ugyanis a viszontbiztosítás is a szabályozott pénzügyi ágazatok közé tartozik, így vizsgálható, hogy a jogalkotó milyen gazdasági érdekeket vett figyelembe és határozott meg a norma megalkotása során; valamint a szabályok és a jogalkalmazói gyakorlat pénzügyi hatásai is relevánsak. A nemzetközi jogösszehasonlítás pedig Magyarország európai uniós tagsága és a viszontbiztosítási piac globális jellege miatt indokolt. Alapelveként jelentkezik, hogy az uniós egységes belső piacon érvényesül a szolgáltatások és a tőke szabad áramlása; de érdemes az egyes jogintézmények esetében a hasonlóságokra vagy éppen az eltérésekre is felhívni a figyelmet.

II. Elméleti alapozás – alapfogalmak

II.1. Állományátruházás és viszontbiztosítás

Valamennyi pénzügyi piacon lehetővé teszi a jogalkotó az állományátruházást, amely valójában a részesedésátruházás egy sajátos formája. A hazai joganyagban ez a 2014. évi LXXXVIII. törvény a biztosítási tevékenységről (Bit. 118-120.§, 167. § és 256-257. §), a 2013. évi CCXXXVII. törvény a hitelintézetekről és a pénzügyi vállalkozásokról (Hpt. 17. §), továbbá a 2007. évi CXXXVIII. törvény a befektetési vállalkozásokról és az árutőzsdei szolgáltatókról, valamint az általuk végezhető tevékenységek szabályairól (Bszt. 140-141. §) szerint lehetséges. A szabályozás közös eleme – a formai és tartalmi követelmények mellett – a Magyar Nemzeti Bank (MNB), mint felügyeleti hatóság engedélye (Felügyelet), illetve egyes nagyobb volumenű állománynál a Gazdasági Versenyhivatal (GVH) engedélye is. Hiányosságként említhető azonban, hogy egyik jogszabály sem definiálja az állományt, valamint az állományátruházás fogalmát.

Legegyszerűbb megfogalmazásban az állományátruházás során egy biztosító átadja egy másik biztosító pedig átveszi részben vagy teljes mértékben a biztosítási szerződéseket, illetve az ahhoz kapcsolódó nyilvántartásokat, dokumentumokat, adatokat. Ennek alapján az állományátruházási szerződés *sui generis* jogügylet,⁷ amelyet a Bit. 118. §-a, illetve a Nemzeti Adó- és Vámhivatal, valamint a Magyar Nemzeti Bank gyakorlata is megerősít. Sajátossága, hogy bár a biztosítási jogviszonynak új biztosítói alanya lesz, mégis az átadó biztosító másodlagos, visszamenőleges felelőssége egyes esetekben megmarad. Tehát annak ellenére, hogy elvileg a novációnak is megfelelhethetne, szerződéses formában biztosan nem az. Fontos kiemelni, hogy az állományátruházás annyiban nem jelent teljes jogutódlást, hogy az átruházó biztosító köteles továbbkezelni az állománynak a szerződés pillanatában még élő, de

⁵ Bände György: A biztosítási állomány átruházására vonatkozó jogszabályok módosítása. In Polgári jog 1937. 35-37.

⁶ Schnyder, Gerhard; Siems, Mathias; Aguilera, Ruth V.: Twenty years of Law and Finance: time to take law seriously. In Socio-Economic Review, 2021, 19.1: 377-406.

⁷ Zavodnyik József: A biztosítóról és a biztosítási tevékenységről szóló 2003. évi LX. törvény kommentárja. Budapest, 2009. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó. (Hivatalos Jogszabálytár CD 2009)

a felügyeleti engedély időpontjában már nem élő ügyeket (káreljárás, Pénzügyi Békéltető Testületi eljárások, fogyasztóvédelmi eljárások, peres eljárások, nemperes bírósági eljárások – pl. végrehajtás, nemperes közjegyzői eljárások, valamint hatósági adatkérési ügyeket) és tovább kezelheti a biztosítási titoknak és üzleti titoknak minősülő adatokat; megmarad a számviteli bizonylatok őrzésére vonatkozó kötelezettsége is; illetve a tranzakcióhoz kapcsolódó auditnak sem kell külön kitérnie a múltira. A szerződések jogában pedig nem feleltethető meg egyértelműen a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényben (Ptk.) szabályozott engedményezésnek, vagy szerződésátruházásnak sem. Az engedményezés⁸ esetében ugyanis a jogosult a kötelezettel szembeni követelését másra átruházhatja, azonban az állományátruházás ennél jóval összetettebb, nemcsak a követelésekre, hanem a teljes szerződésbeli alanypozícióra vonatkozik. Természetesen az átruházott kötelezettségek és jogosultságok alanya a továbbiakban az átvevő biztosító, de a szerződésátruházás⁹ szabályai sem elegendők, mert nem háromoldalú szerződésről van szó, hanem csak kétoldalú szerződésről, a gazdasági folyamatok ésszerű állami támogathatóságára tekintettel. Tehát annak ellenére, hogy a biztosítási szerződések szerződőire és is kihat ez a változás ők szerződésjogilag nem részei az ügyletnek. Tartalmilag megállapítható, hogy a szerződésből kilépő felet (átadó biztosító) megillető jogok és az őt terhelő kötelezettségek összességét a szerződésbe belépő félre (átvevő biztosító) ruházták át, de amint előbb láttuk,¹⁰ nemcsak a szerződéseket érinti az állományátadás, hanem a kapcsolódó nyilvántartásokat, dokumentumokat, adatokat is.

Érdeemes az állományátruházás Ptk-beli háttérének tekinthető szerződésátruházás törvényi szabályozását és bírói gyakorlatát részletesebben elemezni, ugyanis a 2021. év fontos mérföldkőnek tekinthető a szerződésátruházás jogintézményének hazai jogi evolúciójában és a Kúria jogformáló, jogfejlesztő tevékenysége, minőségi önmeghatározása terén egyaránt.

Alaptétel a magánjogi szabályozásban a szerződési szabadság elve, amely szerint „bárki, bárkivel, bármikor, bármilyen szerződésre léphet és a szerződés tartalmát – eltekintve az egyes jogszabályi korlátoktól – a felek maguk állapítják meg.”¹¹ Bár a Ptk. meghatározza a szerződésátruházás általános szabályait, de csak a miniszteri indokolásban (és nem a normaszövegben) szerepel, hogy a szerződésátruházás jogutódlás. Ez kiemeli, hogy a szerződésátruházás szabályozásával megteremt a Ptk. a szerződési pozíció átruházásának a lehetőségét és a feltételeit. A szerződésátruházás egy sui generis háromoldalú szerződés az eredeti jogviszony alanyai (átruházó és kötelezett) és az átvállaló között. A szerződésátruházás eredményeképp a szerződésbe belépő fél a szerződésből kilépő fél szerződési pozíciójába lép be. Mivel a szerződési pozíció nem más, mint jogok és kötelezettségek összessége, a szerződésbe belépő felet mindazok a jogok megilletik és mindazok a kötelezettségek terhelik, amelyek a szerződésből kilépő felet megillettek, illetve terheltek. A szerződésátruházás gazdasági jelentőségét az adja, hogy a jogok mellett a kötelezettségek tekintetében is tiszta helyzetet teremt: a szerződésből kilépő fél minden

⁸ Ptk. 6:193. § [Engedményezés] (1) A jogosult a kötelezettel szembeni követelését másra ruházhatja át. (2) Az engedményezés az engedményező és az engedményes szerződése, amellyel az engedményes az engedményező helyébe lép. (3) Az engedményezéssel az engedményesre szállnak át a követelést biztosító zálogjogból és kezességből eredő jogok, valamint a kamatkövetelés is.

⁹ 6:208. § [A szerződésátruházás joghatásai] (1) A szerződésből kilépő, a szerződésben maradó és a szerződésbe belépő fél megállapodhatnak a szerződésből kilépő felet megillető jogok és az őt terhelő kötelezettségek összességének a szerződésbe belépő félre történő átruházásáról. (2) A szerződésbe belépő felet megilletik mindazon jogok, és terhelik mindazon kötelezettségek, amelyek a szerződésből kilépő felet a szerződésben maradó féllel szemben a szerződés alapján megillették és terheltek.

¹⁰ Bodzási Balázs: Az új Ptk. hatálybalépések harmadik évfordulójára. In Fontes Iuris: Az Igazságügyi Minisztérium Szakmai Folyóirata, 2017 3 (1), 9-17.

¹¹ Eörsi Gyula: Összehasonlító polgári jog (Jogtípusok, jogcsoportok és a jogfejlődés útja), Akadémia Kiadó, Budapest, 1975, 64. o

kötelemből szabadul. A szerződésbe belépő félre szállnak át a szerződésátruházást megelőzően keletkezett kötelezettségek, így a szerződésbe belépő fél lesz felelős a szerződésből kilépő fél által okozott károkért is. Ugyanakkor a Ptk. 53/C. § (2) bekezdésében foglaltak értelmében jogszabály rendelkezésén alapuló szerződésátruházás esetén a szerződésből kilépő és a szerződésben maradó fél tekintetében a szerződést megszüntnek, a szerződésbe belépő és a szerződésben maradó fél tekintetében pedig a szerződést az átszálló valamennyi jog és kötelezettség vonatkozásában a jogszabály alapján létrejött új szerződésnek kell tekinteni.¹² A szabályozási környezet sajátossága, hogy a Ptk. és a Ptké. is azonos szintű norma, ugyanakkor utóbbi az előző hatálybalépésével összefüggő átmeneti és felhatalmazó rendelkezéseket tartalmazza. Ennek ellenére – a Ptk. indoklására is figyelemmel – a két jogszabály között ellentmondás alakult ki, és az így előállt jogbizonytalanság tükröződött a Kúria 2021. évi jogegységi döntéséig (7/2021 PJE Határozat) a témában megjelenő töredezett bírói gyakorlatban is.¹³ A jogalkotói teendőre a témában ugyan rámutatott az Alkotmánybíróság vonatkozó 22/2018. (XI. 20.) AB határozata,¹⁴ de egyúttal megerősítette a hibás irányt, mivel a vonatkozó rész alaptörvény-ellenességének megállapítására és megsemmisítésére irányuló indítványt és bírói kezdeményezést elutasította és a részletszabályokat a Ptké.-ben rendelte elhelyezni 2019. március 31. napi határidővel: „Az Országgyűlés mulasztásban megnyilvánuló alaptörvény-ellenességet idézett elő azáltal, hogy a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény hatálybalépésével összefüggő átmeneti és felhatalmazó rendelkezésekről szóló 2013. évi CLXXVII. törvény 22/C. alcímébe foglalt 53/C. §-ában nem határozta meg az Alaptörvény B) cikk (1) bekezdésében szereplő jogállamiság alkotmányos alapértékéből fakadó jogbiztonság követelményének megfelelően a jogszabály rendelkezésén alapuló szerződésátruházás részletszabályait.” Ahogy Pokol Béla is rámutatott különvéleményében: az Alkotmánybíróság nem biztosított nyitott lehetőséget a jogalkotónak, hogy végig gondolja a szerződésátruházás jogintézményét.¹⁵

A Kúria 7/2021 PJE Határozatának indoklásában kitér a nemzetközi alapokra is: „sem az UNIDROIT Alapelvek, sem az Európai Szerződési Jog Alapelvei nem mondják ki azt, hogy a szerződési pozícióban bekövetkező alanycserével a szerződés megszűnne és új szerződés jönne létre. Nem alkalmaz novációs megoldást a Ptk. koncepciójában a szerződésátruházás (akkori elnevezéssel: szerződésengedményezés) körében szabályozási mintaként említett holland Polgári Törvénykönyv sem, amelynek 6:159. cikkelye szerint a szerződésátruházásra a három érintett fél által kiállított okirattal kerülhet sor. A szerződésátruházás eredményeként minden jog és kötelezettség, tehát az átruházó teljes szerződési pozíciója átszáll a szerződésbe belépő félre. Egyebekben a szerződésátruházásra a holland Ptk. a tartozásátvállalás szabályait rendeli alkalmazni.”

A Kúria döntésében külön példaként szerepel az az eset, hogy ha a pénzügyi intézet a jövőben csak vállalati hitelezéssel kíván foglalkozni, ezért a lakossági kölcsönszerződés-állományát másik pénzügyi intézetnek adja át.¹⁶ A Kúria továbbá elismeri, hogy gazdasági-

¹² 7/2021 PJE Határozat (Kúria Polgári jogegységi határozata) (a továbbiakban: KPJEH) II. 4. pontja szerint.

¹³ Itt szükséges rámutatni, hogy a mezőgazdasági haszonbérlet esetében a szerződésbe belépő fél nem válik a szerződésből kilépő és a szerződésben maradó fél közötti korábbi, megszünt szerződés alanyává. Ezt a jogértelmezést követte a Kúria a Pkk.V.25.037/2018/2., Pkk.V.25.049/2018/3., Pkk.V.25.060/2018/3., Pkk.V.25.061/2018/3., Pkk.V.25.062/2018/2., Pkk.V.25.063/2018/2., Pkk.V.25.055/2018/3., Pkk.II.24.522/2019/2., Pkk.V.25.052/2018/3., Pkk.V.25.054/2018/3., Pkk.V.25.056/2018/3., Pkk.II.24.705/2019/2., Pkk.II.24.791/2020/2. és Pkk.II.24.624/2020/2. számú határozataiban is.

¹⁴ Az Alkotmánybíróság 22/2018. (XI. 20.) AB HATÁROZATA a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény hatálybalépésével összefüggő átmeneti és felhatalmazó rendelkezésekről szóló 2013. évi CLXXVII. törvény 22/C. alcímébe foglalt 53/C. §-ával összefüggő mulasztás megállapításáról (a továbbiakban: 22/2018. (XI. 20.) AB határozat)

¹⁵ 22/2018. (XI. 20.) AB határozat, Indokolás [120] bek.

¹⁶ KPJEH IV. 8. pontja.

kereskedelmi gyakorlatban rendszeresen előfordul olyan igény, miszerint a szerződő felek egyike – a szerződő partnere közreműködésével – az őt a jogviszony alapján megillető valamennyi jogosultságot és kötelezettséget, tehát a teljes szerződési pozícióját átruházza harmadik személyre úgy, hogy ennek eredményeként a korábbi szerződő fél kilép a jogviszonyból és helyére az új szerződő fél lép be, a jogviszony pedig egyebekben változatlan tartalommal fennmarad.

A Kúria döntésében egyértelművé teszi, hogy a Ptk-ban szabályozott szerződésátruházás a szerződésből kilépő felet megillető, illetve terhelő jogok és kötelezettségek összességének a szerződésbe belépő félre történő olyan átruházását jelenti, amely a jogviszony folytonosságának fennmaradása mellett a szerződésből kilépő és a szerződésbe belépő fél között jogutódlást eredményez. Ennek alapja, hogy szerződésátruházási szabályok nyelvtani, logikai, történeti és rendszertani értelmezése egyaránt azt támasztja alá, hogy a szerződési pozíció átruházása az érintett jogok és kötelezettségek vonatkozásában jogutódlást eredményez úgy, hogy a szerződést nem újítja meg, vagyis a jogviszony folytonosságát nem szakítja meg.

Az állományátruházás a biztosításokat; valamint a biztosítók, továbbá a biztosítottak és a szerződő felek jogait és kötelezettségeit a következők szerint érinti:

1. táblázat Az állományátruházás szereplői és tartalma

Szereplő	Jogok és kötelezettségek
Átadó biztosító	a biztosítási titok és üzleti titok tekintetében adatkezelő maradhat: <ul style="list-style-type: none"> • az átadás hatálynapjáig releváns számviteli bizonylatok őrzése a törvény szerinti ideig • a nem biztosítási szerződésből eredő jogok és kötelezettségek gyakorlása céljából (elévülési időtartamig)
Átvevő biztosító	<ul style="list-style-type: none"> • a szerződés új alanyává válik • az átadás hatálynapjától releváns ügyfelek (csak élő szerződések!) személyes adatai és biztosítási titkai tekintetében adatkezelővé válik • 30 napon belül minden érintett szerződő felet írásban értesítenie kell
Biztosítottak, szerződő felek	<ul style="list-style-type: none"> • nem szükséges a hozzájárulásuk • de 30 napon belül (rendkívüli felmondási idővel) felmondhatják a szerződésüket

Forrás: a szerzők saját készítése

A gyakorlatban az állományátruházás háttérében jellemzően egyfelől a profiltisztítás, kockázatkezelés (kockázatsökkentés) áll, azaz a biztosító meg kíván válni a nagy kárigényű szerződéseitől, vagy egyes – gazdaságosan nem működtetett, általa nem működtethető – biztosítási üzletágaktól, biztosítási területektől; másfelől így szavatoló tőke szabadítható fel. Az átvevő biztosító számára előnyként jelentkezik, hogy az új állományhoz kapcsolódó szavatoló tőkét pedig csak a jövőre vonatkozóan kell képeznie.¹⁷ Emellett motivációként megemlíthető a üzleti stratégiaalkotás, illetve a vállalatcsoport átstrukturálása is pénzügyi konglomerátumok esetében. A Bit. szabályozása szerint azonban az állományátruházás nemcsak saját elhatározás alapján történhet, hanem – szélsőséges vagy kirívó esetekben – a reorganizációs célok érdekében és felügyeleti intézkedésként is.

¹⁷ Szedlák Katalin Viktória: Az új biztosítási törvény tőke-és tartalékszabályai. Biztosítás és Kockázat, 2016. 3 (1), 36-42.

II.2. Viszontbiztosítás

Régi magyar magánjogunkra támaszkodva, az 1875. évi XXXVII. törvény kereskedelmi törvény 508. §-a szerint a viszontbiztosítási ügylet által a viszontbiztosító, ellenérték (díj) kikötése mellett, arra kötelezi magát, hogy a viszontbiztosítottnak bizonyos összeget fizet azon teljesítés fejében, melyre az utóbbi biztosítási szerződés alapján köteleztetik. A viszontbiztosítási tevékenység a hatályos Bit. 4. § (1) 112. pontja szerint a biztosító vagy viszontbiztosító, továbbá harmadik országbeli biztosító vagy viszontbiztosító által vállalt kockázat egy részének vagy egészének szerződésben meghatározott feltételek alapján, díjfizetés ellenében történő átvállalása. Szintén idetartozik a biztosítási piacon hagyományokkal rendelkező Lloyds néven ismert biztosító szervezet, biztosítási kockázatátvállalói egyesülés esetében a Lloyds valamely tagja által átengedett kockázatnak a Lloyds néven ismert biztosító szervezettől eltérő biztosító vagy viszontbiztosító részéről történő átvállalása is. A fogalom továbbá kiterjed a viszontbiztosító által a foglalkoztatói nyugdíjszolgáltató intézmény részére nyújtott fedezetre is.¹⁸

A biztosítási és viszontbiztosítási tevékenység zártságának elve alapján biztosító a biztosítási és viszontbiztosítási tevékenységen és azzal közvetlenül összefüggő tevékenységen kívül más üzletszerű tevékenységet nem folytathat, továbbá biztosítási tevékenységet kizárólag biztosító végezhet. A viszontbiztosításra szakosodott biztosító azonban kizárólag viszontbiztosítási tevékenységet és azzal közvetlenül összefüggő tevékenységet végezhet. Ebből következik, hogy viszontbiztosítási tevékenységet kizárólag biztosító és viszontbiztosító végezhet.¹⁹ Fontos megjegyezni, hogy annak ellenére, hogy már az 1990-es évektől nem alapítható kompozit biztosító, a viszontbiztosító részvénytársaság, szövetkezet vagy fióktelep az élet- viszontbiztosítási, nem-életviszontbiztosítási vagy mindkét viszontbiztosítási tevékenységet az erre vonatkozó engedély birtokában teljeskörűen végezheti. A biztosító egyesületek csak az engedélyükben szereplő direkt biztosítási ágazaton belül vállalhatnak viszontbiztosítást. Az alapításhoz és a tevékenység megkezdéséhez, folytatásához a Felügyelet engedélye szükséges.

A törvény egyébként a viszontbiztosítás egyes típusait is nevesíti. A passzív viszontbiztosítás a viszontbiztosítási szerződés alapján a biztosító egyes kockázatainak egy viszontbiztosítónak vagy biztosítónak történő átadását (cedálását) jelenti. (Az aktív oldalt, azaz az átvételt külön nem tartalmazza a normaszöveg.) Régiesebb, olasz kifejezéssel élve az átvétel az ún. loro viszontbiztosítás, az átadás pedig a nostro. A finanszírozási viszontbiztosítás pedig olyan viszontbiztosítás, amely esetében a meghatározható legnagyobb lehetséges veszteség korlátozott, de jelentős összeggel meghaladja a szerződés időtartamára számított díjat.²⁰ Ez a következő két jellemző közül legalább az egyikkel rendelkezik: a pénz időértékének megfelelő explicit és anyagi ellenszolgáltatás; vagy a szerződéses rendelkezések azzal a céllal, hogy a felek gazdasági eredményei a szerződés teljes időtartama alatt egyensúlyban legyenek, és ezáltal megvalósuljon a célzott kockázatáthárítás. Részben ide sorolható, hogy a zárt viszontbiztosító célja viszontbiztosítási fedezet biztosítása kizárólag azon vállalkozás vagy vállalkozások kockázatai tekintetében, amelyeknek a zárt viszontbiztosító tulajdonát képezi, vagy azon csoport vállalkozása vagy vállalkozásainak kockázatai tekintetében, amelynek a zárt viszontbiztosító a tagja. (Hasonlóan az előző megjegyzéshez szintén nem határozta meg a jogalkotó a nyílt viszontbiztosítót.) Emellett még

¹⁸ Magyar Nemzeti Bank: Pénzügyi- és biztosítási alapismeretek, Biztosításközvetítő hatósági képzés és vizsga kérdésbank tananyagtartalmának Alaptankönyve, Magyar Nemzeti Bank, 2018. 27. o.

¹⁹ Hargitai Vera: A biztosítási szerződések egyes aktuális kérdései. In Magyar Rendészet, 2014, 14.2: 83–91–83–91.

²⁰ Gulyás Attila: A pénzügyi viszontbiztosítás számvitele. Doktori értekezés, BCE Gazdálkodástudományi Kar, 2013.

ide értendő a továbbengedményezés is, amely a viszontbiztosítási kockázat egy részének vagy egészének viszontbiztosításba adását jelenti. A viszontbiztosítási értékesítés olyan üzletszerű értékesítési tevékenység, amely kiterjed a viszontbiztosítási szerződések megkötésének előkészítésére, illetve elősegítésére, az azokkal kapcsolatos tanácsadásra, ajánlattételre, az ilyen szerződések lebonyolításában és teljesítésében való közreműködésre.

A szerződéses gyakorlatban az ún. fakultatív viszontbiztosítás kifejezés arra utal, hogy a felek eseti és egyedi jelleggel tárgyalják meg, hogy mely biztosításokra terjed ki az ügylet, így a viszontbiztosító jogában áll, hogy felülvizsgálja az egyes biztosítási kötvényben rejlő kockázatokat, és azokat elfogadja vagy elutasítja.²¹ A szerződéses viszontbiztosítás esetében az átadó minden kockázatot általánosságban enged át a viszontbiztosító számára.

A viszontbiztosítás célja a elsősorban a kockázatkezelés, a diverzifikáció, a kockázatporlasztás²² a biztosítási piacon a szereplők között a pénzügyi stabilitás²³ és fizetőképesség (szolvencia) növelése érdekében. Így – mint egy piaci alapú és szerződéses védelmi háló – csökkenti a csőd-kockázatot, javítja a kárviselés kiszámíthatóságát.²⁴ Emellett – az állományátruházáshoz hasonlóan – csökken a szükséges szavatoló tőke, illetve az üzleti stratégia részként egyes kockázatokat, biztosítási ágat az adott területre szakosodott biztosítóhoz telepítenek,²⁵ de kifelé továbbra is megőrizve az egységes arculatot. A biztosítási szolgáltatók mikroszintű stabilitása makroszinten a piac biztonságos és stabil működését eredményezi, ami a kötvénytulajdonosok, a biztosítottak, a szerződők, a kedvezményezettek, de végeredményben az egész társadalom számára előnyös.²⁶

III. Viszontbiztosított állományátruházás Magyarországon

A hatályos szabályozás szerint az állományátruházás történhet a saját elhatározás alapján, a reorganizáció során, illetve a felügyeleti intézkedés. Az első eset a piaci üzemszerű működés körében merül fel, mint vállalatirányítási, üzletpolitikai kérdés; a másik két esetben inkább szankcionáló jellegű az állományátruházás, elsősorban az ügyfelek védelme és a gazdaság stabilitásának megőrzése érdekében.

III.1. Saját elhatározás (szerződéses állományátruházás)

A saját elhatározás esetére vonatkozó rendelkezéseket a Bit. 118-120. §-a tartalmazza, amely szerint a biztosítási állomány részben vagy egészben átruházható. Fontos követelmény, hogy ennek során és eredményként a biztosítási szerződések feltételei nem változhatnak. Részben ezzel is magyarázható, hogy az állományátruházáshoz nem szükséges a biztosítottak, szerződő felek hozzájárulása, ugyanis azt a Felügyelet engedélyező határozata pótolja.²⁷ A

²¹ Kerényi István: Viszontbiztosítás. Aktuárius Jegyzetek 5. Budapesti Corvinus Egyetem, 2011. 6-8.o.

²² Berger, L. A., Cummins, J. D., Tennyson, S.: Reinsurance and the liability insurance crisis. In Journal of Risk and Uncertainty, 1992. Vol. 5, No. 3. 253-272.

²³ Kramarić, Tomislava Pavić; Miletić, Marko; Blaževski, Renata Kožul: Financial Stability of Insurance Companies in Selected CEE Countries. In Business Systems Research, Vol. 10 No. 2, 2019. 172.

²⁴ Cummins, J., Dionne, G., Gagné, R., Noura, A.: The costs and benefits of reinsurance. In SSRN Papers, 2008. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1142954

²⁵ Stefán Gábor: Kockázat transzfer döntések és szerepük a biztosítási piacon Doktori értekezés, BCE Közgazdaságtudományi Kar, 2011.

²⁶ Kramarić, Tomislava – Pavić; Miletić – Blaževski, Marko; – Kožul, Renata: Financial Stability of Insurance Companies in Selected CEE Countries. Business Systems Research 2019 Vol. 10 No. 2. 172.

²⁷ Magyar Nemzeti Bank: Engedélyezési útmutató: Biztosítási állomány átruházásának engedélyezése. 2019. 25. o.

partnerek honossága nem jelent korlátozó tényezőt, tehát az átadó magyarországi székhelyű (viszont)biztosító az állományát Magyarország területén székhellyel rendelkező biztosítóra; illetve a szabad tőke mozgás következtében másik tagállamban vagy harmadik országban székhellyel rendelkező biztosítóra vagy valamely tagállamban létesített fióktelepére ruházhatja át.

Az állományátruházó szerződéssel kapcsolatban Ptk-beli elvárás a szerződés tárgyának pontos meghatározása, mert ennek elmaradása esetén a szerződés nem érvénytelen, hanem a szerződés nem is jön létre. A szerződés tárgya tehát az átruházandó állomány pontos meghatározása: valamely üzletágon belül, adott állomány, kockázati csoport részben vagy egészben; szerződésszám (kötvényszám) szerint. Fontos szabály, hogy ezek csakis élő szerződések lehetnek. Például amennyiben utólag kiderül, hogy a kötelező gépjármű felelősségbiztosítási szerződés nem jött létre vagy az érvényesen létrejött szerződés lejárt, tehát a károkozóknak nemcsak a baleset időpontjában nincs élő szerződése, de a biztosítói állomány átruházáskor sem volt és a Kártalanítási Számlát kezelő MABISZ helytáll, akkor az átvevő biztosító kizáródik a folyamatból és a MABISZ csakis az átadó biztosítóval kommunikálhat jogszerűen a személyes adatok védelme és a biztosítási titok megtartásának kötelezettsége mentén. Az élő biztosítási állomány követelményének teljesülése mellett szükséges még az átruházásra kerülő állomány szerződéses feltételeinek ismertetése is.

A szerződésben szerepelnie kell az átruházó és az átvevő állományátadásra és -átvételtre irányuló jognyilatkozatának (a felek aláírt szándéknyilatkozat és az állományátruházási szerződés tervezete, vagy a felfüggesztő feltétellel kötött állományátruházási szerződés), amellyel kapcsolatban nem konkrét jogi előírás, de gyakorlati javaslat a „saját maga részéről feltétlen²⁸ és visszavonhatatlan” kitétel alkalmazása.

A szerződésben az átruházandó állományhoz kapcsolódó biztosítástechnikai tartalékokat és azok fedezetét meg kell jelölni; valamint ezen tartalékok és fedezetük sorsáról, az átadás feltételeiről is nyilatkozni kell. Máshol a Bit. 167. §-a pedig úgy fogalmaz, hogy a tartalékhoz kapcsolódó átadni tervezett eszközöket kell megjelölni. Ez utóbbi azért is lényeges, mert álláspontunk szerint átadni tervezett eszközök köre kiterjed – az állományhoz szorosan kapcsolódó, attól lényegében el nem választható – viszontbiztosítás(ok)ra is.

A szerződésnek (nyilatkozatnak) tartalmaznia kell az állományátruházás időpontját, ellenértékét.²⁹ Mivel a jogszabály nem tartalmaz erre vonatkozóan rendelkezést, az átadó és átvevő biztosítónak javasolt előzetesen megállapodnia arról, hogy hogyan osztoznak a kapcsolódó közterheken; így például ingyenes vagy piaci ár alatti vagyonaátruházás transzferár alapú adózási illetve illeték-költségén, vagy az esetleges bírságösszege.

Magyarországi székhelyű átvevő biztosító esetén, a szerződésben szerepelnie kell annak, hogy az átvevő biztosító rendelkezik a saját állományához kapcsolódó szavatoló tőkén túl az átvett állomány szavatolótőke-szükséglet fedezetéhez szükséges figyelembe vehető szavatoló tőkével, vagy amennyiben az átvevő biztosító székhelye másik tagállamban van, a Felügyelet megkeresi az átvevő biztosító felügyeleti hatóságát, kérve annak igazolását, hogy az átvevő szavatolótőkéje az állomány átvétele után is eléri a szükséges szintet. (Ugyanígy meg kell keresni a biztosítási kötelezettségvállalás tagállamának felügyeleti hatóságát és kérni kell annak a hatóságnak a beleegyezését is.)

Bár nem kötelező szerződési elem és nem kötelező az engedélyezési kérelemben sem szerepeltetni, de a körültekintő előkészítő (jogi) munkának javasolt kitérnie mind a szerződésben, mind a kérelemben arra, hogy mivel támasztható alá annak kizárása, hogy egyébként valószínűsíthető, hogy az állományátruházás következtében a biztosítottak érdeke sérülne. A Felügyeleti engedély ugyanis erre való hivatkozással való megtagadásának

²⁸ Nyilván az ügylet a hatósági engedélyek függvénye.

²⁹ Magyar Nemzeti Bank: Engedélyezési útmutató: Biztosító – állományátruházási engedély Q&A. 2019.

lehetősége azért is szembeötlő, mert amúgy a Felügyelet általános feladata a pénzügyi felügyelet terén, az ügyféli érdek védelme: a biztosítási szolgáltatások anyagi biztonságának védelme, valamint a biztosítottak jogi biztonságának megóvása, a jogalkotó mégis szükségét érezte erre ráerősíteni az állományátruházás engedélyezési eljárása vonatkozásában.

A Felügyelethez benyújtott engedélykérelemhez számos mellékletet kell csatolni (Bit. 256. §). Ezek közül érdemes kiemelni a levéltervezetet, amelyben az átvevő biztosító tájékoztatja az ügyfeleket az állományátvételtől és annak következményeiről (Bit. 95. §),³⁰ valamint a kérelmező formanyomtatványon megteendő nyilatkozata, miszerint az engedély kiadása érdekében szükséges minden lényeges tényt és adatot közölni az MNB-vel.

E fentiek bemutatása és részletezése azért volt szükséges, mert a Felügyelet az állományátruházási engedély iránti kérelmet elutasítja, ha a kérelemhez előírt tartalmi elemek nem teljesülnek, vagy valószínűsíthető, hogy az állományátruházás következtében a biztosítottak érdeke sérülne. Ez utóbbi azonban – annak ellenére, hogy értelmezhető, mint a biztosítottak, elsősorban a fogyasztók védelme, mint társadalmi, gazdasági célkitűzés – meglehetősen rugalmas, elasztikus megfogalmazás. Így inkább a bizonytalanság, a jogalkalmazás kiszámíthatatlansága felé hat és számos jogvitát eredményezhet.³¹

Az állományátruházáshoz nemcsak az átadó és átvevő biztosító egyezsége szükséges hanem a tranzakciót a Felügyeletnek is engedélyeznie kell minden esetben; továbbá az érintett piacon jelentősebb állománynál a Gazdasági Versenyhivatal engedélye is szükséges. Ennek alapja, hogy a biztosítási ügyfél- és szerződésállomány vállalkozás(rész), így egyértelműen vizsgálendő a vállalkozások összefonódása. Az 1996. évi LVII. törvényből a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról (Tpv.) ezért érdemes kiemelni a 23. §-t, amely szerint vállalkozások összefonódása (koncentrációja) jön létre, akkor is ha két vagy több előzőleg egymástól független vállalkozás összeolvad, az egyik a másikba beolvad, vagy a vállalkozás vállalkozásrésze a vállalkozástól független másik vállalkozás részévé válik. Emiatt az állományátruházás esetében fontos kiemelni, hogy vállalkozásrésznek minősülnek az olyan eszközök vagy jogok – ideértve a vállalkozás ügyfélállományát is –, amelynek megszerzése önmagában vagy a megszerző vállalkozás rendelkezésére álló eszközökkel és jogokkal együtt elégséges a piaci tevékenység végzéséhez.³² A vállalkozások összefonódását a GVH-nak be kell jelenteni, ha valamennyi érintett vállalkozáscsoport, valamint az érintett vállalkozáscsoportok tagjai és más vállalkozások által közösen irányított vállalkozások előző üzleti évben elért nettó árbevétele együttesen a 15 milliárd forintot meghaladja, és az érintett vállalkozáscsoportok között van legalább két olyan vállalkozáscsoport, melynek az előző évi nettó árbevétele a vállalkozáscsoport tagjai és más vállalkozások által közösen irányított vállalkozások előző évi nettó árbevételével együtt 1 milliárd forint felett van. A bejelentés azonban megtévesztő, egy fedőnévnek is tekinthető, mert valójában ez egyfajta engedélyezési eljárás, hiszen amennyiben a GVH nem ért egyet a tranzakcióval, az átadó és átvevő egyezsége ellenére megállíthatja a tranzakciót. A bejelentés elmaradása esetén pedig bírságot is kaphat. A versenyfelügyeleti feladatellátás támogatása érdekében, a GVH

³⁰ Amennyiben az átadó biztosító részvényei tőzsdei termékek, a következő közzététel lehetséges: „..... ezúton értesíti tisztelt részvényeseit és a tőkepiac szereplőit, hogy magyarországi(üzletágak felsorolása)biztosítási üzletágait állományátruházás keretében - az MNB engedélyének függő hatályával - értékesíti. A ... darab szerződést meghaladó, közel Ft állománydíjú portfólió értékesítésére(értékesítés okának megjelölése)...kerül sor. Az érintett ügyfelek szerződéseit változatlan feltételekkel tovább élnek, az állományok átadásával kapcsolatban nekik külön teendőjük nincs. A továbbiakban – a felügyeleti jóváhagyást követően – az ügyfelek-tól (átvevő cég megjelölése) kapnak tájékoztatást.”

³¹ Banyár József, Turi Petra: A biztosítási fogyasztóvédelmi szemlélet evolúciója Magyarországon. In Pénzügyi Szemle, 2019. 64.2: 191-209.

³² Tóth Tihamér: Jogharmonizáció a magyar versenyjog elmúlt harminc évében. Állam- és Jogtudomány, 2020, 61.2: 72-92.

és Felügyelet közötti együttműködési megállapodás alapján, amennyiben a Felügyelet eljárása során úgy látja, hogy a GVH hatásköre megalapozott, ezt jelzi felé.

Mind a Felügyelet, mind a GVH döntésével szemben *jogorvoslat* vehető igénybe. A véglegessé vált döntés ellen közigazgatási per indítható, amelynek részletes szabályait a 2017. évi I. törvény a közigazgatási perrendtartásról tartalmazza.

Az átvevő biztosító – a tételes átadás-átvételi jegyzőkönyv, adatok és iratok átadását követően – az engedélyező határozat kézhezvételétől, illetve biztosítók egyesülése esetén a cégbíróági vagy törvényszéki nyilvántartásba való bejegyzéstől számított 30 napon belül köteles az átadásról minden érintett szerződő felet írásban *értesíteni* a szerződéskötés nyelvén az állományátruházásról. Ugyanis az állományátruházáshoz nem szükséges a biztosítottak, szerződő felek előzetes hozzájárulása, azt a Felügyelet engedélyező határozata pótolja. De garanciális jelentőségű, hogy a szerződő fél az utólagos értesítés kézhezvételétől számított 30 napon belül az átvevő biztosítóhoz intézett írásbeli nyilatkozatával a szerződést – 30 napra – felmondhatja. (Itt érdemes röviden megjegyezni, hogy a pénzügyi ágazatok szabályozásában a Hpt. egyáltalán nem enged vétőjogot az átadásra kerülő szerződéses állomány ügyfelei számára, a Bit. 30 napos rendkívüli felmondási jogot nyit meg, a Bszt. pedig csak az érintett ügyfelek kifejezett hozzájárulásával teszi lehetővé az átruházást.)

1. ábra: A viszontbiztosított állományátruházás folyamata



Forrás: a szerzők saját készítése

III.2. Reorganizáció

A biztosítókkal kapcsolatos reorganizációs eljárások közé tartozik a biztosítási állomány átruházása a biztosítottak érdekében. A Bit. 167. § szerint a tevékenységi engedély visszavonásával egyidejűleg a Felügyelet számára kötelező a biztosítottak érdekeinek és az érintett állomány részben vagy egészben történő átruházása érdekében a szükséges intézkedések megtétele. Ennek sikeres lebonyolítása céljából felügyeleti biztost kell kirendelni, vagy a már kijelölésre került felügyeleti biztos megbízólevelét haladéktalanul módosítani. Az ügyfelek védelme érdekében 30 napon belül az állományátruházás érdekében ajánlattételre kell felhívni a Magyarország területén székhellyel rendelkező biztosítókat, tagállami és harmadik országbeli biztosítók magyarországi fióktelepeit. A felügyeleti biztos a határidőt követő 15 napon belül dönt, hogy melyik biztosítóval állapodik meg az állományátruházásról. Ennek sikertelensége esetén a Felügyelet tájékoztatja az állománnyal kapcsolatban érintett szerződéssel rendelkezőket a gyakorlati következményekről, jelesül, hogy biztosítási szerződések a közzététel napját követő ötödik munkanapon megszűnnek.

III.3. Felügyeleti intézkedés (jogszabályon alapuló állományátruházás 2.)

A Felügyelet a biztosító vagy a viszontbiztosító kötelezettségének teljesítése, az ügyfelek érdekeinek megóvása, valamint annak érdekében, hogy a biztosítási vagy a viszontbiztosítási tevékenység a törvényben meghatározott szabályoknak, továbbá ezen tevékenységekre vonatkozó más jogszabályoknak és a Felügyelet határozatainak megfelelően a különféle intézkedések közül azt is alkalmazhatja, hogy kötelezheti a biztosítót vagy viszontbiztosítót – átvételre vállalkozó másik biztosító vagy viszontbiztosító esetén – állományának átruházására. Ebben az esetben a Felügyelet jelöli ki a kötelező állományátruházással érintett állományt és meghatározhatja a szerződéses partner kiválasztásának szempontjait, így az állományt érintő esetleges viszontbiztosítások sorsát is; egekben a felügyelt intézmény szerződési szabadsága megmarad.

IV. Viszontbiztosított állományátruházás az Európai Unióban

A biztosítási állományátruházásra vonatkozó uniós biztosításjogi szabályok a pénzügyi válság előtt szétszórva voltak megtalálhatóak a különböző releváns irányelvekben.³³ Ezt követően fogadták el a 2009/138/EK irányelvet a biztosítási és viszontbiztosítási üzleti tevékenység megkezdéséről és gyakorlásáról, azaz a Szolvencia II irányelvet, amely egységes, átfogó szabályozást vezetett be a biztosítási szektorra. Ehhez szorosan kapcsolódik a közel 800 oldalas 2015/35 rendelet a biztosítási és viszontbiztosítási üzleti tevékenység megkezdéséről és gyakorlásáról szóló 2009/138/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv kiegészítéséről. A nemzetközi kutatással kapcsolatban csak említés szintjén jelezzük, hogy nincs egységes kifejezés, a *portfolio transfer* helyett például az Egyesült Királyságban az *insurance business transfer scheme* kifejezés használatos.³⁴

IV.1. Közösségi szabályozás

Összhangban az egységes, belső piacon érvényesülő, a szolgáltatások és a tőke szabad áramlása elvével a Szolvencia II irányelv 39. cikke szerint valamennyi tagállami biztosító között lehetséges az Unión belül a biztosítási állomány átruházása, azzal, hogy az adott tagállam (illetékes hatósága) engedélyezi a területén központi irodával rendelkező (vizont)biztosítók számára, hogy – a letelepedés joga vagy a szolgáltatásnyújtás szabadsága alapján megkötött – szerződésállománya egészét vagy egy részét egy, a Közösségen belül letelepedett átvevő vállalkozásra ruházza át. A szükséges hatósági, felügyeleti eljárás során érvényesül egyablakos engedélyeztetés (*single official authorisation*) elve, amely értelmében az átruházó biztosító székhelye szerinti tagállam hatósága azon tagállamok felügyeleti

³³ Lásd 92/49/EGK irányelv az életbiztosítás körén kívül eső közvetlen biztosításra vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról és a 73/239/EGK irányelv, valamint a 88/357/EGK irányelv módosításáról (harmadik nem életbiztosítási irányelv); 2002/83/EK irányelv az életbiztosításról; 2005/68/EK irányelv a viszontbiztosításról és a 73/239/EGK, a 92/49/EGK tanácsi irányelv, valamint a 98/78/EK és a 2002/83/EK irányelv módosításáról.

Az uniós versenyjogi szabályokat a vállalkozások közötti összefonódások ellenőrzéséről szóló 139/2004/EK rendelet tartalmazza. Az 1. cikk (2) bek. szerint egy összefonódás akkor közösségi léptékű, ha: a) az összes érintett vállalkozás összevont teljes világméretű forgalma meghaladja az 5 milliárd eurót; és b) az érintett vállalkozások közül legalább két vállalkozás mindegyikének teljes közösségi szintű forgalma meghaladja a 250 millió eurót, kivéve, ha az érintett vállalkozások mindegyike teljes közösségi szintű forgalmának több mint kétharmadát egy és ugyanazon tagállamban éri el.

³⁴ Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) Part VII Transfers

hatóságai hozzájárulásának megszerzése után engedélyezi az átruházást, amelyekben a szerződéseket a letelepedés joga vagy a szolgáltatásnyújtás szabadsága értelmében megkötötték.³⁵ Az átvevő biztosító székhelye szerinti felügyeleti hatóság pedig azt igazolja, hogy az átruházást követően az átvevő biztosító rendelkezik a szükséges szavatoló tőkével.³⁶ Az eljárási határidő 3 hónap, amelyik hatóság ezt elmulasztja, úgy a jogszerű hallgatás szabályai szerint, azt hallgatólagos hozzájárulásnak, azaz az engedélyt külön közigazgatási határozat hiányában is megadottnak kell tekinteni. Ennek ellenére a gyakorlatban elhúzódik és sokszor túl sok időt vesz igénybe az eljárás, így az – a korábbi 9 hónap helyett – akár 12-24 hónapot is igénybe vehet.

Az eljárást és a jogkövetkezményeket számos szabály könnyíti meg. Például e tekintetben is érvényesül a határozatok kölcsönös elismerésének az elve az EGT tagállamokban. Az állományátruházás automatikusan érvényes és hatályos a szerződéssel, a biztosított személyekkel és bármilyen más, az átruházott szerződésekből eredően jogokkal vagy kötelezettségekkel rendelkező egyéb személyekkel szemben. Továbbá nem szükséges a biztosítási kötvénytulajdonosok előzetes tájékoztatása, ugyanakkor garanciális elem az ügyfelek és a piaci szereplők számára, hogy az engedélyezett állományátruházás tényét nemcsak az átvevő biztosító tagállamában kell közzé tenni, de az átadó, illetve a kockázat helye és a kötelezettségvállalás szerinti tagállamokban is egyaránt. Ezt követően a tagállamok határozzák meg nemzeti hatáskörben, hogy mennyiben illeti a szerződőket a felmondás lehetősége az átruházást követő meghatározott időtartamon belül.

A Szolvencia II 164. cikke külön rendelkezéseket tartalmaz a tagállamok területén létrejött fióktelepek állományátruházására vonatkozóan. A szabályok valamelyest lazábbak, de lényegük ugyanakkor hasonló: az átruházás engedélyköteles, szükséges az érintett tagállam(ok) illetékes hatóságainak hozzájárulása, kötelező a figyelembe vehető szavatoló tőke igazolása, az eljárási határidő 3 hónap és ugyancsak irányadó a hallgatás jogkövetkeménye illetve a határozatok kölcsönös elismerésének elve.

Az uniós szabályozás és a felügyeleti hatóságok számára a legnagyobb kihívás az egyes biztosítók és pénzügyi csoport jogi struktúrája, a csoporton belüli, jogilag önálló csoporttagok közötti kockázati transzfer összetettsége.³⁷ Szolgáltatói oldalról nézve pedig szembeötlő, hogy az anya-leányvállalati struktúrához képest kevesebb jogi akadállyal szembesül a fióktelepi konstrukció.³⁸

IV.2. Tagállami kitekintés

A Szolvencia II preambuluma kiemeli, hogy az Unión belül központi irodával rendelkező biztosítók és viszontbiztosítók számára a tevékenység megkezdésének és gyakorlásának, a felmerülő kockázatok és kötelezettségek vállalásának könnyítése érdekében meg kell szüntetni a tagállamok alkalmazandó jogszabályai közötti legkomolyabb eltéréseket.³⁹ Annak ellenére, hogy számos közös uniós szabály irányadó a biztosítói

³⁵ Merkin, Robert - Hjalmarsson, Johanna: *Compendium of Insurance Law*. CRC Press, 2013. 312.

³⁶ Vaucher, Benoit: *Optimal equity protection of Solvency II regulated portfolios*. In *Journal of Risk*, 2018: 20 (3). 69-81.

³⁷ Maranoa, Pierpaolo – Sirib, Michele: *Cross-Border Insurance Groups: towards a comprehensive supervision under Solvency II*. In *The Geneva Papers*, 2018. 43. 594–614.

³⁸ Fiechter, J.; Otker-Robe, I.; Ilyina, A.; Hsu, M.; Santos, A.; and Surti, J.: *Subsidiaries or Branches: Does One Size Fit All?* International Monetary Fund Staff Discussion Note SDN/11/04. 2011. 7.; és Erdélyi Olivia Johanna: *Twin Peaks for Europe: State-of-the-Art Financial Supervisory Consolidation. Rethinking the Group Support Regime Under Solvency II*. Cham: Springer. 2016. 77-120.

³⁹ McGee, Andrew: *The Single Market in Insurance: Breaking Down the Barriers*. Routledge 2019. 4. The System of Home Country Regulation. 63-77.

állományátruházásra, a tényleges tapasztalat és gyakorlat merőben eltérő lehet annak függvényében, hogy az átadó és átvevő vállalkozás mely tagállamban végzi tevékenységét, azaz mely tagállamok szabályai irányadóak és mely tagállamok hatóságai illetékesek az ügyben.

Az elemzés nem tér ki valamennyi tagállamra, azonban mégis érzékelhető, hogy az állományátruházás szabályozásában is a legnagyobb eltérések a különböző jogrendszerekhez tartozó országok között vannak: kontinentális és angol-szász országok, az azonos jogrendszeren belüli államok rendelkezési azonban már kisebb eltéréseket mutatnak.⁴⁰ A tagállami eltérések alapvetően a következőkre vonatkozhatnak: döntéshozó hatósági fórum, fogyasztóvédelem, közzétételi szabályok és tájékoztatás, a felszámolási eljárás időpontja, illetve egyéb hozzájárulások.

Egy másik tanulmány tíz országot (Belgium, Dánia, Franciaország, Írország, Olaszország, Hollandia, Portugália, Spanyolország, Svédország és Egyesült Királyság) hasonlít össze alapvetően három szempont alapján: jogszabályi keretrendszer, az állományátruházás folyamata (milyen biztosítók és milyen állományátruházás esetén kötelező), illetve az eljárás.⁴¹

2. táblázat A viszontbiztosított állományátruházás egyes országokban

Ország, és az átruházást engedélyező hatóság	A folyamat hossza	A viszontbiztosítási fedezet automatikus átruházása	Szükséges hatósági jóváhagyás?	Értesítési követelmények
Finnország Finans-inspektionen, (FIN-FSA)	3-5 hónap	Nincs jogi mechanizmus, a járulékos eszközök átruházásáról külön kell tárgyalni	Igen	A hivatalos lapban közzétett átruházás követő kifogásokra történő felhívás
Egyesült királyság* The High Court of Justice of England and Wales; vagy The Court of Session in Scotland	12-24 hónap	Automatikus átvitel a bírósági végzés szerint	Nem	A felek minden szerződőjét és viszontbiztosítóját értesíteni kell (a követelménytől a bíróság eltekinthet)
Németország Bundesanstalt für Finanzdienstleistungs- aufsicht (BaFin)	2-3 hónap	Nincs jogi mechanizmus, a járulékos eszközök átruházásáról külön kell tárgyalni	Igen	A szerződőket az átruházás hatálybalépése után értesítik
Írország Biztosítási állomány: Irish High Court a Central Bank of Ireland együttértésével. Viszontbiztosítási állomány: Central Bank of Ireland.	9 hónap átlagosan	Biztosítási portfóliók esetében külön végzés kérhető a bíróságtól. A viszontbiztosítási fedezet átruházására nincs jogi mechanizmus.	Nem	Életbiztosítás: minden szerződőt értesíteni és biztosítani kell az átadásra vonatkozó dokumentumokkal. Nem élet: nincs ilyen követelmény

Forrás: a szerzők saját készítése Khomeenko, Oleksandr: Jurisdictional Issues of Cross Border Insurance Portfolio Transfers: A Comparative Analysis. In European Insurance Law Review, 2017:1. 36-50. alapján. *A forrás időpontjában az Egyesült Királyság még az Európai Unió tagállama volt.

⁴⁰ Khomeenko, Oleksandr: Jurisdictional Issues of Cross Border Insurance Portfolio Transfers: A Comparative Analysis. In European Insurance Law Review, 2017:1. 36-50.

⁴¹ Quirk, Geraldine (szerk.): Insurance Transfers in Europe. Clyde & Co. 2012.

A döntéshozó hatósági fórum alapvetően a pénzügyi felügyeleti hatóság, integrált felügyeleti modell esetében a központi bank, de található példa arra is (Egyesült Királyság), hogy állományátruházáshoz bírósági döntés vagy jóváhagyás szükséges.⁴² Az eljáró fórum döntésének joghatása – uniós tagállamok esetében - nem lesz emiatt különböző, a 1215/2012/EU rendelet a polgári és kereskedelmi ügyekben a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról ugyanis megteremti – a bíróság jellegére való tekintet nélkül – a bírósági határozatok⁴³ kölcsönös és kötelező elfogadást is bármely külön eljárás nélkül. A fogyasztóvédelem területén egyes országok az uniósnál szigorúbb szabályokat alkalmaznak a gyakorlatban, így például az Egyesült Királyságban kötelező minden biztosított külön előzetes értesítése, amely alól csak bíróság adhat felmentést.⁴⁴ Finnországban és Dániában ugyanakkor az utólagos értesítés is megfelelő, azzal, hogy – például a Magyarországon irányadó időtartamhoz képest háromszor hosszabb, azaz – három hónap áll a biztosítottak számára a szerződés rendkívüli felmondására.⁴⁵ A közzétételi szabályok az Egyesült Királyságban szigorúbbak, ugyanis ott három országos napilapban (London, Edinburgh, Belfast Gazette) kell szerepeltetni az állományátruházást.⁴⁶ Ugyancsak nem egységes, hogy egyes tagállamok (Belgium, Dánia) kötelezően előírják az érintett viszontbiztosító tájékoztatását.⁴⁷ Bár Németországban elegendő a közzététel, mégis kialakult ez a gyakorlat is mellette.⁴⁸ Dániában a viszontbiztosítás kapcsolódó eszköznek minősül, ezért a viszontbiztosító számára teljeskörű tájékoztatást kell adni, viszont a továbbengedményezés esetében a viszontbiztosítót már nem kell értesíteni. Hasonló ehhez az a kérdés is, hogy elegendő-e csak az átadó vagy csak az átvevő, vagy mindkettő biztosító hitelezőinek a külön tájékoztatása. A felszámolási eljárás szintén egy kritikus időpont lehet, ugyanis a saját elhatározáson alapuló állományátruházás annak megindítása előtt vagy azt követően nem mindenhol lehetséges. Dániában például a teljes állományátruházást követően megindítják a

⁴² Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) Part VII Control of Business Transfers. .A 2019. év sorsfordító volt és az életbiztosítási állományátruházási piac befagyásának előszele lehet annyiban, hogy az illetékes angol bírósági döntés járadéki életbiztosítások tekintetében nem adta meg az engedélyt. 2018. évben a felek viszontbiztosítási szerződést kötöttek, előkészítő ügyletként. A 370.000 szerződést tartalmazó állomány átruházásról értesített számos ügyfél nem értett egyet az állományátruházással, hivatkozva a biztosítók méretkülönbsége miatti aggodalmukra, tekintve hogy az átvevő biztosító kisebb méretű és más az előtörténete (reputációja). A 2018. évi viszontbiztosítási megállapodást a bírósági döntés nem érintette. Forrás: <https://www.dlapiper.com/uk/global/insights/publications/2019/08/uk-court-refuses-to-sanction-transfer-of-annuity-portfolio/>

⁴³ Határozat: valamely tagállam bírósága által hozott bármely határozat, elnevezésére való tekintet nélkül, beleértve az ítéletet, a végzést, a határozatot vagy a végrehajtási intézkedést, valamint a költségeknek és kiadásoknak a bíróság tisztviselője általi meghatározásáról szóló határozatot. (1215/2012/EU rendelet 2. cikk a) pontja.)

⁴⁴ Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) Part VII Control of Business Transfers, 105. Insurance business transfer schemes (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>) A 114A cikk, amely a viszontbiztosítási szerződések állományátruházásáról szóló értesítéseket (Notice of transfer of reinsurance contracts) szabályozza 2020. december 31. nappal törölve lett. (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/section/114A>)

⁴⁵ Försäkringsbolagslag: Act on Insurance Companies (521/2008). Chapter 21, Sections 15, 16. valamint Lag om Utländska Försäkringsbolag: Act on Foreign Insurance Companies (398/1995). General Protocol relating to the collaboration of the insurance supervisory authorities of the Member States of the European Union 2008, CEIOPS-DOC-07/08.

⁴⁶ Financial Services and Markets Act 2000 (Control of Business Transfers) (Requirements on Applicants) (Amendment) Regulations Statutory Instrument 2008/1467 Section 3 (2)

⁴⁷ Act of 9 July 1975 regarding supervision of insurance undertakings; Articles 74-78. és Act of 16 February 2009 on reinsurance Article 28

⁴⁸ Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG): German Insurance Supervisory Act; Section 14 para. 7 és section 121 para. 1

biztosító felszámolását.⁴⁹ A viszontbiztosító hozzájárulása viszont akár hátránynak is tekinthető, mivel minden külön jognyilatkozat beszerzése és tájékoztatás további időigényt jelenthet. Ez akár a tranzakció körülményeit is befolyásolhatja, mert a lazább szabályozás, lazább felügyelet szerinti országokat előnyben részesíthetik az időigény és a kapcsolódó költségek csökkentése érdekében.

V. Összefoglalás

A viszontbiztosított állományátruházás szabályozása vegyes: egyaránt vonatkoznak rá a biztosítási magánjogi és közjogi rendelkezések, amelyekhez szorosan kapcsolódnak versenyjogi és klasszikus polgári jogintézmények is. A témakör hazai és nemzetközi szakirodalmi feldolgozottsága is mérsékeltnek mondható, ami elsősorban a kevésszereplős piac és a vállalkozói gyakorlattal magyarázható. Szintén emiatt sem annyira részletező az állami jogalkotás. A jog és pénzügyek (law and finance) és a nemzetközi jogösszehasonlító megközelítés egyaránt segíti a gazdasággal való összefüggések és a nemzetközi multinacionális gyakorlat elemzését.

A hazai joganyag megfelel a nemzetközi gyakorlatnak, a jelenlegi kihívást elsősorban az állományátruházás polgári jogi megfeleltetése jelenti. Mint *sui generis* jogügylet nem feleltethető meg teljes mértékben sem az engedélyezésnek, sem a szerződésátruházásnak, de a jogutódlásnak sem. A szerződésátruházás szabályai ugyanis csak részben fedik a biztosítási piac, illetve a pénzügyi felügyeleti és versenyjogi hatósági, valamint a bírói jogalkalmazási gyakorlatot. Különösen érdekes, hogy az állományátruházás nemcsak felek saját elhatározásán alapulhat, hanem arra sor kerülhet reorganizáció során, illetve szankcionálás keretében kivételesen a Felügyelet is, intézkedésében előírhatja kötelezően. Szintén ki kell emelni, hogy a saját elhatározás esetében kizárólag a szerződő felek közreműködése nem elegendő, szükséges a Felügyelet, illetve az érintett piacon a jelentősebb fúzióknak minősülő állományátruházáskor a Gazdasági Versenyhivatal engedélye is. Így a joggyakorlat leginkább a következőket alakította ki: az ügylet tárgya csakis élő szerződések lehetnek; szükséges felmérni a megfelelő szavatoló tőkét, biztosítástechnikai tartalékokat és azok fedezetét; jelentősége van az állományátadásra és -átvételre irányuló jognyilatkozatnak; valamint az átadni tervezett eszközöknek, különösen az állományra vonatkozó viszontbiztosításnak. Fontos követelmény, hogy a tranzakció során és eredményként a biztosítási szerződések feltételei nem változhatnak. Részben ezzel is magyarázható, hogy az állományátruházáshoz nem szükséges a biztosítottak, szerződő felek hozzájárulása, ugyanis azt a Felügyelet engedélyező határozata pótolja. Viszont – fogyasztókat védő - garanciális elem, hogy a szerződő fél a biztosítási szerződést felmondhatja.

Az Európai Unió számára is fontos – a hatékony és tisztességes verseny érdekében – egy egységes biztosítási piac kialakítása. Ebben a Szolvencia II irányelv és a kapcsolódó uniós jog számos területen ért el közös szabályozást, azonban a viszontbiztosítással fedezett biztosítási állomány átruházásának folyamata, a vonatkozó nemzeti rendelkezések az EU-tagállamokban divergálnak. Előnyként értékelhető az egyablakos engedélyezettetés, amely értelmében az átruházó biztosító székhelye szerinti tagállam hatósága azon tagállamok felügyeleti hatóságai hozzájárulásának megszerzése után engedélyezi az átruházást, amelyekben a szerződéseket a letelepedés joga vagy a szolgáltatásnyújtás szabadsága értelmében megkötötték. Az eljárási határidő 3 hónap, amelyik hatóság ezt elmulasztja, úgy a jogszerű hallgatás szabályai szerint, azt hallgatolagos hozzájárulásnak, azaz az engedélyt

⁴⁹ Danish Financial Business Act (Consolidated Act no 342 of 8 April 2011) Section 204. és Executive Order on Transfer of Danish Insurance Companies' Insurance Portfolios Established Applying the Freedom of Establishment or the Freedom to Provide Services (Executive Order No. 313 of 28 March 2007)

külön közigazgatási határozat hiányában is megadottnak kell tekinteni. Nemzeti szinten a legjelentősebb különbségek viszont a különböző jogrendszerekhez tartozó országok között vannak: kontinentális és angol-szász országok, az azonos jogrendszeren belüli államok rendelkezési azonban már kisebb eltéréseket mutatnak. A tagállami eltérések alapvetően a következőkre vonatkozhatnak: döntéshozó hatósági fórum, fogyasztóvédelem, közzétételi szabályok és tájékoztatás, a felszámolási eljárás időpontja, illetve egyéb hozzájárulások. Így a gyakorlatban elhúzódik és sokszor túl sok időt vesz igénybe az eljárás, amely a 3 hónap helyett akár 12-24 hónapot is igénybe vehet. Emellett sajnós a határozatok kölcsönös EGT-szintű elismerése sem tekinthető általánosnak a tagállami szabályok sokfélesége miatt. Erre példaként hozható, hogy nem mindegyik tagállam szabályozza az átruházott biztosítási állományt érintő viszontbiztosítás folytatását, ez olykor csak a pénzügyi felügyeleti hatóság engedélyén múlik. Egyébként az ilyen jellegű különbségek feloldására és a kiszámítható joggyakorlat érdekében hasznosak a tagállami hatóságok által megfogalmazott ajánlások és iránymutatások, ugyanakkor egy jogállami környezetben – az ügyfelek védelme és a jogbiztonság érdekében – mindenképp indokolt az uniós szintű szabályozás megalkotása.

Az Alaptörvény kilencedik módosítása

I. Bevezetés

Magyarország alkotmánya a 2011. április 25-én született és 2012. január 1-jén hatályba lépett Alaptörvény. Ez az alkotmány merőben újat hozott Magyarország alkotmányos rendszerében, mind szerkezetileg, formailag mind tartalmi értelemben. Az Alaptörvény nem rendelkezik számozással, ellentétben a korábban hatályban lévő alkotmányokkal, valamint újítása, hogy Nemzeti Hitvallással rendelkezik bevezető rész vagy preambulum helyett. Az Alaptörvény hat részre tagolódik. Az első a Nemzeti Hitvallás, a második az Alapvetés címet viseli, a harmadik a Szabadság és felelősség című rész, a negyedik az Állam, az ötödik a Különleges jogrend a hatodik pedig a Záró és vegyes rendelkezések. A Nemzeti Hitvallás elnevezés magasztos, ünnepélyes jelleget kölcsönöz a bevezető résznek, amely olyan értékeket tartalmaz, amely mellett hazánk hitet tesz. Az Alapvetés című részben is alapvető, de annál fontosabb gondolatok olvashatóak, így ebben a részben a jogalkotó nemcsak az államformát rögzíti, de a hatalommegosztás és a szuverenitás elvét is. Itt olvashatóak az ország nemzeti ünnepei és jelképei, a határainkon túl élő magyarságért viselt felelősség és az európai uniós tagságra utaló ún. uniós klauzula is itt található.

A Szabadság és felelősség című részben az alapvető emberi jogok kerülnek egyenként szabályozásra, olyan részletességgel, amennyire egy alkotmánynak ez feladata. Az Állam című részben az egyes állami szervek olvashatók, ez terjedelmileg a leghosszabb rész. A Különleges jogrend a következő, amelyet érint az Alaptörvény most tárgyalt módosítása, végül a Záró rendelkezések következnek. Az alkotmányt Magyarországon az Országgyűlés fogadja el, amely törvényhozó és alkotmányozó hatalom egyben. Az alkotmányozásnak ez egy elfogadott módszere. Természetesen többféle eljárás is kialakult a világon az alkotmány elfogadására, például Alkotmányozó Gyűlés segítségével is lehet alkotmányt létrehozni. Az Alaptörvényt az Országgyűlés az összes országgyűlési képviselő 2/3-ának szavazatával fogadja el, és ugyanilyen szavazataránnyal módosíthatja. Ez a szavazatarány a köznyelvben a „nagy kétharmad” kifejezéssel terjedt el. Az alkotmány népszavazással nem módosítható hazánkban. Az Alaptörvény nemcsak szerkezeti felépítését tekintve új, de jelentős tartalmi újításokkal is rendelkezik. Az ország neve a korábbi Magyar Köztársaság megnevezés helyett Magyarországra változott. Az Alaptörvény számtalan új, korábban nem ismert kötelezettséget is tartalmaz, mondhatjuk, hogy kötelezettség-orientált. Például a nagykorú gyermek kötelességeként rögzíti az idős, rászoruló szülőkről való gondoskodást vagy azt, hogy mindenki köteles fellépni a hatalom erőszakos megszerzésére irányuló törekvésekkel szemben. A jogalkotó szándéka egyértelműen kirajzolódik: az Alaptörvény nem elszigetelt individuumban gondolkodik, hanem közösségi emberképe van, aki alkotó és munkálkodó tagja a közösségnek és így járul hozzá a köz gyarapodásához.² Az Alaptörvény nemcsak a kötelességek terén hoz újat, például abban is, hogy rögzíti: a házasság férfi és nő kapcsolata, amellyel az Alkotmánybíróság korábbi határozatában foglaltakat erősíti meg, és amely

¹ Habilitált egyetemi docens, (NKE, ÁNTK, Alkotmányjogi és Összehasonlító Közjogi Tanszék, Budapest, bodi.stefania@uni-nke.hu)

² Lásd erről részletesen: Bódi Stefánia-Téglási András: 8.7. Alapvető kötelességek, 273-289.o. In: Alkotmányjog, szerk. Halász Iván, Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2018. [https://www.uni-nke.hu/document/uni-nke-hu/Hal%C3%A1sz%20Iv%C3%A1n%20\(szerk.\).pdf](https://www.uni-nke.hu/document/uni-nke-hu/Hal%C3%A1sz%20Iv%C3%A1n%20(szerk.).pdf)

gondolat szorosan illeszthető a mostani módosítások egyikéhez. Az Alaptörvénynek a 2020. évi módosítása immár a kilencedik, amely ilyen rövid idő alatt viszonylag soknak mondható. Tekintsük át röviden az Alaptörvény eddigi módosításait:³ az első módosítás (2012) megszüntette a PSZÁF-ot, érintette a köztársasági elnököt, az átmeneti rendelkezéseket az Alaptörvény részévé tette, a második módosítás (2012) megpróbálta beemelni a választási regisztráció intézményét az Alaptörvénybe, de ez nem sikerült,⁴ a harmadik módosítás (2012) a termőföld szabályozását érintette, azáltal, hogy sarkalatosá tette a földtörvényt. A negyedik módosítás (2013) amely a legterjedelmesebb 22 cikk, és egyben legvitatottabb, a kommunista diktatúra bűneit beemelte az Alaptörvénybe, valamint érintette a bíróságokat is, az ötödik módosítás (2013) az MNB-t, a bíróságokat és az egyházakat érintette. A hatodik módosítás (2016) kibővítette a különleges jogrendet a terrorveszélyhelyzet fogalmával. A hetedik (2018) szerint mindenkinek joga van ahhoz, hogy magán- és családi életét, otthonát, kapcsolattartását és jó hírnevét tiszteletben tartsák, ennek értelmében a gyülekezési jognak is fejet kell hajtania a magánélet előtt. A nyolcadik módosítás (2019) törölte a közigazgatási bíróságokkal kapcsolatos korábbi rendelkezést. A kilencedik⁵ (2020) szintén több témakört érint és az alábbi rendelkezéseket tartalmazza:

„Az alaptörvény rögzíti, hogy Magyarország védi a házasság intézményét, mint egy férfi és egy nő között, önkéntes elhatározás alapján létrejött életközösséget, valamint a családot, mint a nemzet fennmaradásának alapját. A családi kapcsolat alapja a házasság, illetve a szülő-gyermek viszony. Az anya nő, az apa férfi. Fontos az a kiegészítés is, amely szerint minden gyermeknek joga van a megfelelő testi, szellemi és erkölcsi fejlődéséhez szükséges védelemhez és gondoskodáshoz. Magyarország védi a gyermekek születési nemének megfelelő önazonossághoz való jogát, és biztosítja a hazánk alkotmányos önazonosságán és keresztény kultúráján alapuló értékrend szerinti nevelést.

Az alaptörvény módosítása meghatározza azt is, hogy a közpénz fogalmi körébe az állam bevétele, kiadása és követelése tartozik. Az elfogadott módosítás sarkalatos törvényhez kötötte a közfeladatot ellátó közérdekű vagyonkezelő alapítványok szabályait.

Változott a különleges jogrend meghatározása is, aminek az eddigi hat helyett három esete lesz: a hadiállapot, a szükségállapot és a veszélyhelyzet. A módosítással mind a három esetben a kormányt ruházzák fel rendeletalkotási joggal, ezzel megszűnik az, hogy rendkívüli állapot idején a Honvédelmi Tanácsnak, szükségállapot idején pedig a köztársasági elnöknek van rendeletalkotási joga. A rendkívüli állapot helyébe a hadiállapot lép.

A parlament a kormány kezdeményezésére változtatott az országgyűlési választási listaállítás szabályain is. Az eddigi 27 helyett 71 egyéni jelöltre lesz szükség - legalább 14 megyében és a fővárosban - országos lista állításához már a következő parlamenti választáson, 2022-ben.”⁶

A kilencedik alkotmánymódosítás családokat és a biológiai nemet érintő rendelkezése olyan kérdés, ahol Magyarország ellentétben áll az Európai Unió által jelenleg képviselt állásponttal, tulajdonképpen arra reflektál. Az európai uniós tagság és a közös hatáskörgyakorlás azonban nem jelenti azt, hogy a tagállamok elveszítenék alkotmányos identitásukat és saját értékrendszerüket. Erre mutat rá az Alkotmánybíróság 22/2016. (XII.5.)⁷ és 61/2011. (VII.13.) AB határozatában⁸. Ezekben a határozatokban megállapította az

³ Lásd erről részletesen Gáva Krisztián: „Az Alaptörvény módosításai” című írását, Pro Publico Bono, 2014/2. 30-46. <https://folyoirat.ludovika.hu/index.php/ppbmk/issue/view/226>

⁴ Az Alkotmánybíróság a 45/2012. (XII. 29.) AB-határozatával megsemmisítette.

⁵ Magyarország Alaptörvényének kilencedik módosítása, (2020. december 22.) <https://mkogy.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A2001222.ATV>

⁶ <https://kormany.hu/hirek/a-csalad-intezmenyenek-vedelmet-szolgaltja-az-alaptorveny-modositasa>, 2020.dec.15.

⁷ 22/2016. (XII. 5.) AB határozat, Az Alaptörvény XIV. cikk (1) és (2) bekezdései, valamint az E cikk (2) bekezdése értelmezésére irányuló indítvány (hatáskör-átruházás az Európai Unióra, csoportos kiutasítás)

⁸ <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/396A20885611E675C1257ADA0052B3E3?OpenDocument>

Alkotmánybíróság, hogy „az Alkotmánybíróság hatáskörei gyakorlása során, erre irányuló indítvány alapján vizsgálhatja, hogy az Alaptörvény E) cikk (2) bekezdésén alapuló közös hatáskörgyakorlás sérti-e az emberi méltóságot, más alapvető jogot, vagy Magyarország szuverenitását, illetve történeti alkotmányán alapuló önazonosságát.” „Magyarország szuverenitása és alkotmányos önazonosságának tiszteletben tartása és védelme tehát az Alkotmánybíróság jogértelmezése alapján mindenkire így az Európai Unió⁹ döntéshozatali mechanizmusában közreműködő Országgyűlésre és az abban közvetlenül résztvevő Kormányra is kötelező, védelmének legfőbb letéteményese az Alaptörvény 24. cikk (1) bekezdése alapján az Alkotmánybíróság.”¹⁰ 2011-es határozatában pedig rámutat arra, hogy „az Alkotmány feletti esetleges mérceként a szakirodalomban ismert az Alkotmány »lényeges magja«; vagyis azok az alkotmányos alapjogok és azok lényeges tartalmai, amelyek a demokratikus alkotmányfejlődés jelenlegi állása szerint minden alkotmányos és demokratikus jogállamban elfogadottak, a közös európai alkotmányos tradíció részét képezik, s visszatükröződnek az Európai Unió, valamint az Európa Tanács dokumentumaiban.” Ez tehát egy alkotmányos minimum, amely nem sérülhet. De nézzük mit is mondott ki az Európai Unió a családokkal és a gyermekeveléssel kapcsolatban? Kimondja az Európai Parlament témakörben született határozata, hogy a gyermek nevelésének liberálisan kell közelítenie a szexuális orientációk sokféleségéhez,¹¹ hogy a férfiak is szülhetnek (!),¹² hogy toleranciát kell gyakorolni a legteljesebb mértékben az LMBTQ személyekkel szemben. A végső dilemma tulajdonképpen az, akár a családok fogalmát, akár a menekültkérdést szemléljük, hogy a keresztény vagy liberális jogállam fogalom uralkodjon-e a jövő új Európájában.¹³

II. A családot, házasságot és a gyermekeket érintő módosítás

A magyar Alkotmánybíróság valójában már jóval az Alaptörvény megszületése előtt kimondta, hogy a házasság férfi és nő érzelmi és gazdasági közössége ősidők óta, és a jog is ezt az intézményt kívánja védeni. „Az Alkotmánybíróság az indítvány elbírálásakor abból indult ki, hogy a házasság intézménye kultúránkban és jogunkban is hagyományosan férfi és nő életközössége. Ez az életközösség tipikusan közös gyermekek születését és a családban való felnevelését célozza, amellet, hogy a házastársak kölcsönös gondoskodásban és

⁹ Lásd a témában: Szmodis Jenő: Az uniós jog és a hazai jogrendszer viszonyáról egy új tanulmánykötet kapcsán Európai Jog: Az Európai Jogakadémia Folyóirata 17: 4 pp. 36-40., 5 p. (2017)

¹⁰ <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361AFA3CEA26B84C1257F10005DD958?OpenDocument>

¹¹ Lásd Márkos Imre Örs: Az Európai Parlament úgy döntött, hogy ezentúl a férfiak is szülhetnek, <https://www.origo.hu/nagyvilag/20210625-magyarorszagi-baloldal-ep-szules-gender.html>, illetve a magyar szabályozást: 11.§ „(12) A tanulók részére a szexuális kultúráról, a nemi életről, a nemi irányultságról, valamint a szexuális fejlődésről szóló foglalkozás megtartása során különösen figyelemmel kell lenni az Alaptörvény XVI. cikk (1) bekezdésében foglaltakra. E foglalkozások nem irányulhatnak a születési nemnek megfelelő önazonosságtól való eltérés, a nem megváltoztatása, valamint a homoszexualitás népszerűsítésére.” 2021. évi LXXIX. törvény a pedofil bűnelkövetőkkel szembeni szigorúbb fellépésről, valamint a gyermekek védelme érdekében egyes törvények módosításáról és 2011. évi CXC. törvény a nemzeti köznevelésről, 9.§(12)

¹² Lásd Márkos Imre Örs: Az Európai Parlament úgy döntött, hogy ezentúl a férfiak is szülhetnek, <https://www.origo.hu/nagyvilag/20210625-magyarorszagi-baloldal-ep-szules-gender.html> és European Parliament resolution of 24 June 2021 on the situation of sexual and reproductive health and rights in the EU, in the frame of women's health (2020/2215(INI))N PONT: „whereas in certain circumstances transgender men and non-binary persons may also undergo pregnancy and should, in such cases, benefit from measures for pregnancy and birth-related care without discrimination on the basis of their gender identity;” azaz ...”mivel bizonyos körülmények között a transznemű férfiak és a nem bináris személyek is teherbe eshetnek, és ilyen esetekben részesülniük kell a terhességgel és a születéssel kapcsolatos gondozási intézkedésekben, nemi identitásuk alapján történő megkülönböztetés nélkül...”

¹³ Lásd a témakörhöz Szmodis Jenő: A család- és házasságfogalom evolúciós és kulturális meghatározottságai, továbbá jogi szabályozásának főbb irányai, JURA 24: 1 pp. 161-172. , 12 p. (2018)

támogatásban élésének is kerete. A gyermekek nemzésére és szülésére való képesség nem fogalmi eleme és nem feltétele a házasságnak, de a házasság eredeti és tipikus rendeltetéséből folyóan a házastársak különemúsége igen. A házasság intézményét az állam arra tekintettel is részesíti alkotmányos védelemben, hogy elősegítse a házastársak számára a közös gyermekkel is rendelkező család alapítását.”¹⁴

Az Alaptörvény módosításának kétségkívül az a legmegosztóbb része, mely a házasságot és a gyermekek nevelését érinti. A témakör megközelítése beállítottság, ideológia kérdése, bárhogya is próbáljuk meg logikailag érvelésünket alátámasztani.

Az ember eredendően férfi vagy nő lehet, „a férfi és a nő mint személyek, egyenlők, nemileg különbözőek, egymás kiegészítői. A nemhez tartozás tehát biológiai valóság...” „A társadalom a házasságra épülő családnak köszönheti fönmaradását.”¹⁵

III. A különleges jogrendet érintő módosítás

A Különleges jogrend olyan helyzetet jelent, amikor nem érvényesek a normál időszakai jogrend szabályai, mert rendkívüli események zajlanak. Ezek az események a jelenleg hatályos szabályozás szerint hat különböző különleges jogrendi helyzetet jelenthetnek, amikor más szóval minősített időszakokról beszélhetünk. A jelenleg hatályos Alaptörvény szerint létezik a rendkívüli állapot, a szükségállapot, a megelőző védelmi helyzet, a veszélyhelyzet, a váratlan támadás és a terrorveszélyhelyzet. A különleges jogrend egyes esetei fokozatosan bővültek az évek során és mára egy jól átlátható, differenciált rendszert hívtak életre. Nem biztos, hogy kell ezen változtatni. A Különleges jogrenddel kapcsolatos új szabályok három esetben sűrűtenék az eddigi hatot és csak 2023. július 1-től lépnének életbe. Tekintsük át a jelenlegi és az újonnan várható szabályokat e téren is részletesen. A rendkívüli állapot talán a legsúlyosabb, mert ez hadiállapotot jelent vagy idegen hatalom fegyveres támadásának közvetlen veszélyét, vagyis háborús veszélyt. Ekkor a Honvédelmi Tanács alkothat rendeletet a még hatályban lévő szabályok szerint, melynek elnöke a köztársasági elnök.

A mostani módosítás alapján a rendkívüli állapot helyébe a hadiállapot kerülne¹⁶ és mindhárom új/megmaradó helyzetben a Kormány alkothatna rendeletet. Személy szerint a Honvédelmi Tanács rendeletalkotási jogát ebben a kiemelten súlyos helyzetben jobbnak találtam, mert egy szélesebb kört átfogó testület volt, amelyben nemcsak a Kormány tagjai voltak jelen, hanem a frakcióvezetők, az Országgyűlés elnöke, az államfő és tanácskozási joggal a Honvéd Vezérkar fönnöke is. Az itt említett személyek szélesebb rálátással bírnak, mint önmagában az éppen hatalmon lévő Kormány, amelynek jövőbeni összetételét nem tudjuk, ezért állhat szakmailag-honvédelmileg nagyon kompetens személyekből, vagy épp ellenkezőleg hozzá nem értő tagokból is.

¹⁴ 14/1995. (III. 13.) AB határozat

¹⁵ Lásd részletesen a gondolatmenetről az alábbi érvelést Hittani Kongregáció: Az azonos neműekről, MEGFONTOLÁSOK az azonos nemű személyek együttéléseinek törvényes elismertetésére irányuló törekvésekről, II. János Pál pápa az alulírott bíboros prefektusnak 2003. március 28-án adott kihallgatás alkalmával a Kongregáció rendes ülésén elfogadott jelen Megfontolásokat jóváhagyta és közzétételét elrendelte. Kelt Rómában, a Hittani Kongregáció székházában, 2003. június 3-án, Lwanga Szent Károly és társai vértanúk emléknapján, Josef Ratzinger bíboros prefektus Angelo Amato SDB silai c. érsek, titkár, <https://regi.katolikus.hu/konyvtar.php?h=146>; 3.4. 8. pont

¹⁶ Hadiállapot: a megelőző védelmi helyzet egyes szabályai is átkerülnek ide:

- a) háborús helyzet kinyilvánítása vagy háborús veszély,
- b) külső fegyveres támadás, hatásában külső fegyveres támadással egyenértékű cselekmény, valamint ezek közvetlen veszélye, vagy
- c) kollektív védelemre irányuló szövetségesi kötelezettség teljesítése esetén. Lásd INDOKOLÁSOK TÁRA, 161. szám, A MAGYAR KÖZLÖNY MELLÉKLETE, 2020. december 28. hétfő

A szükségállapot a következő jelenleg is hatályos helyzet, amely belső probléma esetén lenne alkalmazható, mint például polgárháború vagy forradalom. A Kormány rendeletalkotási joga itt a köztársasági elnök rendeletalkotási jogát váltja majd fel. A Kormány rendeletalkotási joga ebben a helyzetben elfogadhatóbbnak tűnik számomra, mint a rendkívüli állapotban, hiszen a belső rend ellen irányul a támadás, amelynek helyreállítására a Kormány lehet a legalkalmasabb. A megelőző védelmi helyzet megszűnik majd, ez a helyzet a rendkívüli állapothoz hasonló, de mégsem azonos vele. Ebben a helyzetben ugyanis külső fegyveres támadás (közvetett) veszélye esetén vagy szövetségi kötelezettség teljesítése érdekében történik a minősített jogrend kihirdetése.

A veszélyhelyzet megmarad és azonos lesz a mostani jelentésével, vagyis az élet- és vagyonbiztonságot veszélyeztető elemi csapás vagy ipari szerencsétlenség esetén, valamint ezek következményeinek az elhárítása érdekében hirdethető ki, így járványhelyzetben is ez alkalmazandó. A váratlan támadás kategória megszűnik, ez azt jelentette, hogy a Kormány külső fegyveres csoportoknak Magyarország területére történő váratlan betörése esetén a támadás elhárítására, Magyarország területének a honi és szövetséges légvédelmi és repülő készülségi erőkkel való oltalmazására, a törvényes rend, az élet- és vagyonbiztonság, a közrend és a közbiztonság védelme érdekében a szükségállapot vagy a rendkívüli állapot kihirdetésére vonatkozó döntésig a támadással arányos és arra felkészített erőkkel azonnal intézkedni volt köteles. Megszűnik a terrorveszélyhelyzet is, amely terrortámadás vagy annak jelentős és közvetlen veszélye esetén volt eddig kihirdethető.

Felvetődik a kérdés, célszerű lett volna-e meghagyni az egyes különleges jogrendi helyzeteket, a váratlan támadás kivételével, amely eddig is kakukktójásnak számított, hiszen a Kormány intézkedési jogkörét takarta egy olyan esetben, amely szükségállapot vagy rendkívüli állapot kihirdetéséhez vezet el. Eltért tehát a többitől. Megjegyzendő az is, hogy míg eddig az Országgyűlés veszélyhelyzetben a Kormány rendeletét hosszabbította meg, addig az új szabályozás értelmében a veszélyhelyzetet hosszabbíthatja majd meg és nem a rendeletet.¹⁷ Tekintsük át most ezeket a változásokat táblázatszerűen is:

Rendkívüli állapot	Szükségállapot	Megelőző védelmi helyzet	Terrorveszélyhelyzet	Váratlan támadás	Veszélyhelyzet
Honvédelmi Tanács alkotott rendeletet	köztársasági elnök rendeletalkotása	Kormány alkotott rendeletet	Kormány alkotott rendeletet	Kormány rendeletalkotása	Kormány alkotott rendeletet
hadiállapot kinyilvánítása vagy idegen hatalom fegyveres támadásának közvetlen veszélye (háborús veszély) esetén	a törvényes rend megdöntésére + <i>felforgatására</i> (újítás) vagy a hatalom kizárólagos megszerzésére irányuló fegyveres cselekmények, továbbá az élet- és vagyonbiztonságot tömeges méretekben veszélyeztető, fegyveresen vagy	külső fegyveres támadás veszélye esetén vagy szövetségi kötelezettség és teljesítése érdekében	terrortámadás jelentős és közvetlen veszélye vagy terrortámadás esetén	Kormány intézkedési kötelezettsége	az élet- és vagyonbiztonságot veszélyeztető elemi csapás vagy ipari szerencsétlenség esetén, valamint ezek következményeinek az elhárítása érdekében

¹⁷ Indokolások Tára, A MAGYAR KÖZLÖNY MELLÉKLETE, 2020. december 28. hétfő, 161. szám, 1898.o.

	felfegyverkezve elkövetett súlyos, jogellenes (újítás) erőszakos cselekmények esetén				
2023-tól megmarad hadiállapot néven, átvéve a megelőző védelmi helyzet egyes elemeit	megmarad	megszűnik	megszűnik	megszűnik	megmarad
Kormány alkothat majd rendeletet 2023-tól	Kormány alkothat majd rendeletet	-----	-----	-----	Kormány rendeletalkotási joga

Forrás: saját összeállítás

IV. A közpénz fogalmát érintő módosítás

A közpénz fogalmi körébe az állam bevétele, kiadása és követelése tartozik a módosítás értelmében. Az elfogadott módosítás sarkalatos törvényhez kötötte¹⁸ a közfeladatot ellátó közérdekű vagyongazdálkodó alapítványok szabályait. Ezzel a módosítással elismerte társadalomban betöltött szerepüket, ahogy a törvény bevezető része fogalmaz: „a közfeladatot ellátó közérdekű vagyongazdálkodó alapítványok kiemelkedő társadalmi értékteremtő szerepének, magánjogi szereplőként a mindenkori kormányzattól való függetlenségének, valamint az általuk ellátott közfeladat és megvalósított célok Magyarországra és a jövő nemzedékére gyakorolt jelentőségének elismerése és biztosítása érdekében alkotta meg a törvényt, hangsúlyozva, hogy a társadalmi értékteremtő szerep hatékony megvalósítása e szervezetek jogbiztonság elvén alapuló hosszú távú jogi stabilitását igényli...”¹⁹ Talán ez az a módosítás, amely a legkevesebb (ideológiai) vitát fogja kiváltani, bár ilyen alapítványi formában több felsőoktatási intézmény is működik, ezek nem közpénzt fognak kezelni a jövőben, így az alapítványokba befolyt pénz elveszti közpénz jellegét.²⁰

A közpénzekről az Alaptörvényben külön cím rendelkezik az Állam elnevezésű negyedik részen belül. Ennek értelmében „a Kormány a központi költségvetést törvényesen és célszerűen, a közpénzek eredményes kezelésével és az átláthatóság biztosításával köteles végrehajtani.”²¹ „A közpénzekkel gazdálkodó minden szervezet köteles a nyilvánosság előtt elszámolni a közpénzekre vonatkozó gazdálkodásával. A közpénzeket és a nemzeti vagyont az átláthatóság és a közélet tisztaságának elve szerint kell kezelni. A közpénzekre és a nemzeti vagyongazdálkodó adatok közérdekű adatok. Közpénz az állam bevétele, kiadása és követelése.”²² A közfeladatot ellátó közérdekű vagyongazdálkodó alapítványokról jelenleg külön törvény rendelkezik, a 2021. évi IX. törvény.

A törvény melléklete értelmében jelenleg az alábbi intézmények tartoznak ide: (Az állam mint csatlakozó részvételével működő közfeladatot ellátó közérdekű vagyongazdálkodó alapítványok) 1. Batthyány Lajos Alapítvány, 2. Mathias Corvinus Collegium Alapítvány. (Az állam által alapított közfeladatot ellátó közérdekű vagyongazdálkodó alapítványok) 1. Budapesti Gazdasági Egyetemért Alapítvány, 2. Dunaújvárosi Egyetemért Alapítvány, 3. Gróf

¹⁸ Alaptörvény, 38. cikk (6) bekezdés

¹⁹ 2021. évi IX. törvény a közfeladatot ellátó közérdekű vagyongazdálkodó alapítványokról

²⁰ Megszavazták az Alaptörvény kilencedik módosítását, 2020.12.15.
<https://magyararancs.hu/belpol/megszavaztak-az-alaptorveny-9-modositasat-234332>

²¹ 37. cikk (1)

²² 39. cikk (2)-(3) bekezdés

Tisza István Debreceni Egyetemért Alapítvány, 4. Hauszmann Alapítvány, 5. Jövő Nemzedék Földje Alapítvány, 6. Közép- és Kelet-európai Történelem és Társadalom Kutatásáért Alapítvány, 7. Közép-európai Épített Örökség Megőrző Alapítvány, 8. Közép-európai Oktatási Alapítvány, 9. Maecenas Universitatis Corvini Alapítvány, 10. Magyar Agrár- és Élettudományi Egyetemért Alapítvány, 11. Magyar Kultúráért Alapítvány, 12. Magyar Táncművészeti Egyetemért Alapítvány, 13. Makovecz Campus Alapítvány, 14. Marek József Alapítvány, 15. Millenáris Tudományos Kulturális Alapítvány, 16. Moholy-Nagy Művészeti Egyetemért Alapítvány, 17. MOL - Új Európa Alapítvány, 18. Nemzeti Egészségügyi és Orvosképzésért Alapítvány, 19. Neumann János Egyetemért Alapítvány, 20. Nyíregyházi Egyetemért Alapítvány, 21. Pannon Egyetemért Alapítvány, 22. Polgári Művelődésért Oktatási, Kulturális és Tudományos Alapítvány, 23. Rudolf Kalman Óbudai Egyetemért Alapítvány, 24. Soproni Egyetemért Alapítvány, 25. Széchenyi István Egyetemért Alapítvány, 26. Szegedi Tudományegyetemért Alapítvány, 27. Színház- és Filmművészetért Alapítvány, 28. Testnevelési Egyetemért Alapítvány, 29. Tokaj-Hegyalja Egyetemért Alapítvány, 30. Universitas Miskolcensis Alapítvány, 31. Universitas Quinqueecclesiensis Alapítvány.

V. A választási rendszert érintő módosítás

Újítás, hogy a következő választáson már az eddigi 27 helyett 71 egyéni jelöltre lesz szükség - legalább 14 megyében és a fővárosban - országos pártlista állításához. Az eddigi szabályok így hangzottak: „pártlistát az a párt állíthat, amely – legalább kilenc megyében és a fővárosban – legalább huszónhét egyéni választókerületben önállóan jelöltet állított.”²³ Ez a módosítás nehezítés a korábbiakhoz képest, az országgyűlési képviselők választásáról szóló törvényt fogja ugyan érinteni, de alkotmányos jelentőséggel bír.²⁴ Az új szabály kirotálja a valós támogatottsággal nem rendelkező pártokat.

VI. Záró gondolatok

Személy szerint egyetértek az Alaptörvény említett módosításával, amely a családok és a gyermekek védelmét szolgálja, összhangban áll az ember biológiai adottságával, (és a keresztény értékrenddel). Az Alaptörvény legutóbbi módosításáról megállapíthatjuk, hogy a családot és a gyermekeket érintő módosítása lesz a leginkább megosztó. Mindezek a folyamatok, melyek jelenleg Európában és a világban zajlanak, részei egy globális átalakulásnak, a folyamat minden egyes eleme önmagában is aggasztó: világjárvány közepette zajlik a nemzetközi migráció, miközben megvalósult az adataink feletti totális kontroll, a digitalizáció nemkívánatos méreteket ölt, eközben hatalmi átrendeződés folyik, természeti katasztrófák zajlanak és nem látni a folyamat végeredményét...²⁵

²³ 2011. évi CCIII. törvény az országgyűlési képviselők választásáról, 8.§ (1) bekezdés

²⁴ Több változás is van a választási rendszer tekintetében, itt a legfontosabbat emelem ki terjedelmi és tartalmi okokból.

²⁵ Lásd Halász Iván: Az emberi jogok civilizációs meghatározottsága, In: Alapjogok, Az emberi jogok alkotmányos védelme Magyarországon, 36-41.o. szerk. Bódi-Schweitzer, 2021. Ludovika kiadó

Local Government Autonomy and its challenges: In the Ethiopian Experience

I. Introduction

Decentralization can be defined as a collection of policies that transfer responsibilities, resources, and/or powers from the central government to subnational governments to bring governments closer to people by allowing for more effective resource distribution and increased accountability.²

Besides that, democratic decentralization in developing countries like Africa has been an essential pillar of development discourses and practices in the last three decades. The idea of good governance was formally developed in global political discussions in the late 1980s.

The Good Governance program has encouraged a recent reversal of theory and practice from centralized to decentralized government buildings to sustain the modernization process long-term and to achieve growth in developing countries like Ethiopia.³ Thus, good governance is a continuous process where conflicting or diverse interests can be accommodated and cooperative initiatives can be enforced. Consequently, it involves both formal institutions and governments with the power to enforce compliance and informal arrangements that institutions and individuals have agreed to or believe are in their long-term interests.⁴ Besides that, it requires responsive and accountable leadership that carries out the will of the people, an independent judiciary, the rule of law, and freedom of expression at the local government level.

Decentralization and Good Governance are not new concepts; in reality, many developing countries have used these principles as policy instruments for decades. Hence, decentralization aims to provide democratic representation to various ethnic groups in Ethiopia, where social diversity is striking, to help the state meet the needs and demands of a diverse community.⁵

Therefore, decentralization can stand for a reform that establishes or increases the political power of subnational units via the devolution of power and resources to locally elected subnational officials. This differs from administrative deconcentration, in which the central government delegated functions to local agents while retaining decision-making authority (delegation). The managerial responsibility lays with organizations outside the regular bureaucratic structure; and privatization, in which state assets and service delivery responsibility are transferred to the private sector.⁶

As cited,⁷ decentralization in Ethiopia aims to create unity, peaceful coexistence among different ethnic groups, and allow local self-rule. In Ethiopia, the decentralization

¹ PhD student, National University of Public Service

² Eguino, Huáscar, and Axel Radics. "Next Steps for Decentralization and Subnational Governments in Latin America and the Caribbean." (2018).

³ Craig, D.A., & Doug Porter: *Development beyond Neoliberalism? Governance, Poverty Reduction and Political Economy* (1st ed.). (Routledge 2006) <https://doi.org/10.4324/9780203625033>.

⁴ Hyden, Goran. "The governance challenge in Africa." *In African Perspectives on Governance*, edited by G. Hyden, D. Olowy and H. W O. Okoth-Ogendo. Trenton, New Jersey African World Press, (2000).

⁵ Faguet, Jean-Paul, Ashley M. Fox, and Caroline Poeschl. "Does decentralization strengthen or weaken the state? Authority and social learning in a supple state." (2014).

⁶ Ibid.

⁷ Jebessa, Kena Deme. "Decentralization of power and local good governance in Ethiopian federal system: A look at two decades experiment." *Urban and regional planning* 1, no. 3 (2016): 45-58.

process formed two phases: the district-level decentralization between 1991-2001, and another reform after 2001.

According to the removal of the military junta/Derg government by the Ethiopian People's Revolutionary Democratic Front (EPRDF),⁸ the government began the first phase of decentralization in 1991. New member states were established during this period: Amhara, Oromiya, Tigray, South Nations Nationalities and Peoples, Somali, Benishangul Gumuz, Harari, Gambela and Sidama became a new region in 2020. Addis Ababa city administration and Dire-Dawa city administrations are considered the equivalent of the regions.⁹ The Constitution of Ethiopia emphasizes that the lowest levels of government bear sufficient power to enable citizens to participate in their administration. As a result, lower administrative levels such as zones, special *Woredas*, *Woredas* and *Kebeles* have been formed by the Regional States. The administration of each region, therefore, gives the administrative units at Woreda and Kebele level particular emphasis, especially after the introduction of the District Level Decentralization Program (DLDP) in 2001. Consequently, the woreda government and the urban administration are mainly responsible for resource allocation, decision-making, resources administration, and basic services delivery. Kebeles and municipalities are placed under the administration of woreda, and city administrations hold accountable to the Council of Woreda and council of city/town administration.

On the other hand, some analysts argue that *woreda* decentralization has political implications, as the EPRDF's highly centralized partisan system has spread to the district level as a consequence of it. Though local governments in Ethiopia do not have autonomy over their affairs, the federal government, through its party structure and federal police, might intervene with different administration issues.¹⁰

In some instances, however, the crucial issues are not the formal presence of a decentralized power system. The degree of an effective policy for decentralization and local government autonomy creates a mechanism for democratization and ensures good governance for the people.

However, the underlying idea behind the existence of local governments, was primarily to establish a government that is very close to the people. At the grass-root stage, this is to fast-track progress. Furthermore, local governments were created to serve as channels by which government decisions are communicated and implemented to bring government functions closer to the people.

Hence, it has been more than two decades since a new local government administration structure was introduced in Ethiopia. However, with various mandates, the federal, state and local governments are allocated. These mandates ought, in theory, to be reflected in planning, decision-making on various issues and the budgeting process, and the distribution of national resources at various levels.

Even though, Article 50(4) of the Ethiopian Constitution¹¹ requires sufficient powers to the lower levels of government. The transfer of "adequate powers" or the provision of a "full measure of self-government" can hardly be taken functionally if not accompanied by the simultaneous transfer of any fiscal, political, legal, administrative, planning and decision-making power. Though, in practice, control of the budgets and other autonomy lies with federal and regional levels. Therefore, this paper's emphasis is on analyzing the challenges of

⁸ Fenta, M. Tilahun. "Local government in Ethiopia: Practices and challenges." *Journal of Management Science and practice* 2, no. 4 (2014): 71-79.

⁹ Constitution, F. D. R. E. "the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia." *Addis Ababa* 1 (1995).

¹⁰ Habtu, Alem. "Ethnic federalism in Ethiopia: Background, present conditions and future prospects." (2003).

¹¹ Constitution, F. D. R. E. "the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia." *Addis Ababa* 1 (1995).

Ethiopia's local government autonomy-related issues in detail. Finally, the paper is mainly documentary and descriptive because of its nature, and the data collected through secondary sources by using document analysis methods, such as journals, books, the internet, the Ethiopian Constitution and different legal documents were adopted to examine this study.

II. The Conceptualization of Local government Autonomy

The concept of local autonomy is frequently used in both academics and discussions on Local Government. However, it is rarely defined conceptually in a careful way worth empirical research. In the literature, among the various alternatives¹² some define the term local autonomy as a system of local government in which local units have an essential role to play and have discretion in determining what to do without undue constraint from higher levels of government and have the means or capacity to do so. The United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR) defines local autonomy as consisting of degrees of discretionary authority that can determine their form of movement and internal organization; capable of choosing functions to perform; having the power of raising revenue, borrowing, and spending; and power of determining the number, types, and conditions of their employees.¹³ Additionally, it allows local councils the power to make decisions and limits their reliance on regional legislation. Therefore, the relaxed federal government and regional government intervention are the primary measures of local government autonomy, namely: less regular oversight, less inspection, fewer central directives and dictations of goals, performance management free of central control, and the capacity to adapt services to the perceived needs of local communities. Also, according to the study¹⁴ local government autonomy contain three dimensions, which are further subdivided into sub-dimensions:

- *Local Government Importance*: A local government system in which local government is free to do what it wishes but has no possibility of doing anything important does not conform to our concept of local autonomy. In this dimension, we define the importance of local governments relative to both the state economy and higher government levels. We seek to answer the questions: Is local government important in that its actions affect the state economy? Does the local government in the intergovernmental framework play a significant role?

- *Local Government Discretion*: By local government discretion, we mean the ability of local government to engage in activities as it sees fit, free from constraints imposed by the state government. There are three distinct sub-dimensions: Structural and functional responsibility and legal Scope (state legal impositions on local government structure and functions); Fiscal discretion limits (state-imposed constraints on the ability of local government to raise revenues, to spend, and/or to incur debt); and Unconstrained revenue (the amount of local revenue that local government can spend as it wishes rather than for a purpose set by other levels of government).

- *Local Government Capacity*: Local government may have either or both importance and discretion, but neither of these may be relevant if the local government system does not have the means to accomplish its objectives. Local government capacity conceptually

¹² Wolman, Hal, Robert McManmon, Michael Bell, and David Brunori. "Comparing local government autonomy across states." *George Washington Institute for Public Policy, Washington, Working Paper 35* (2008).

¹³ Thobias, R. M., and G. M. Eleuter. "Administrative legal framework of central-local government relationship in mainland Tanzania: Is it tailored to enhance administrative devolution and local autonomy." *International Review of Management and Business Research* 4, no. 3 (2015): 931-944.

¹⁴ Wolman, Hal, Robert McManmon, Michael Bell, and David Brunori. "Comparing local government autonomy across states." *George Washington Institute for Public Policy, Washington, Working Paper 35* (2008).

includes a broad range of attributes, including resource sufficiency and stability, professional skills, management competence, quality of service delivery, etc. However, we can operationalize only one aspect of the resource sufficiency concern – the diversity of revenue sources, a measure of the stability of local government finance in the face of the decline of one source of revenue: Stability and diversity of revenue sources.”¹⁵

Local government autonomy is therefore conceived here as the degree of being self-governing by the local government unit granted by the national or federal Constitution itself. It is a relative freestanding of local government to carry out functions or exercise powers following constitutional provisions rather than as granted by the laws of the second-tier level government within which a local government exists. Following from the above, the concept of local government autonomy means (1) assigned powers of local government granted by the federal constitution itself rather than the laws of state, provincial, or the second-tier level governments (2) fiscal federalism that recognizes the local governments in constitutionally stipulated tax bases and fund sources, and, capacity to enjoy the above two without interference from higher-level government as cited by.¹⁶

III. General Overview on Local Government in Ethiopia Post 1991

After two decades of disastrous civil war, the Derg’s tyrannical rule ended on May 28, 1991, when nationalist opposition forces led by the EPRDF have been taken control of Addis Ababa, Ethiopia’s capital. Shortly after occupying Addis Ababa, by front held the “Peaceful and Democratic Transitional Conference of Ethiopia in July 1991” with other nationalist movements.¹⁷ The Conference adopted a Transitional/provisional Period Charter (TPC); this adopted charter acted as the country’s constitution until the 1995 Constitution was ratified. To that end, the transitional period charter at Article two has acknowledged the right of self-determination for each ethnic group in the country. And the first phase of the decentralization process in the country started with the Transitional Period Charter.¹⁸ The new Constitution (hereinafter the 1995 Constitution) was promulgated in 1995, completing this step of the decentralization process and bringing an ethnic linguistic-centered federal structure to Ethiopia. Although the 1995 Constitution laid the foundation for local decentralization, the second decentralization process, i.e., the local level decentralization, began after 2001.

There are two types of sub-regional governments that have been created under the Constitution of the Federal democratic republic of Ethiopia 1995¹⁹ article 39(3) authorizes explicitly the establishment of sub-national territorial units of self-governance to accommodate intra-regional minority groups. Besides, the constitution Article 50(4) directs regional governments on creating and adequately empowering local governments. As a result, this Article of the federal Constitution proposed a common form of government established side by side to increase popular participation at the grass root levels. Ethiopia’s federal system is known as ethnic federalism since the territories are mostly ethnically and linguistically

¹⁵ Wolman, Hal, Robert McManmon, Michael Bell, and David Brunori. "Comparing local government autonomy across states." *George Washington Institute for Public Policy, Washington, Working Paper 35* (2008).

¹⁶ Anazodo, O. Rosemary, Justine Chinyeaka Igbokwe-Ibeto, and Barry Barisua Nkomah. "Local government financial autonomy: A comparative analysis of Nigeria and Brazil." *Arabian Journal of Business and Management Review (OMAN Chapter)* 5, no. 10 (2016): 38.

¹⁷ Abraham, Kinfe. *Ethiopia: from Bullets to the Ballot Box: The Bumpy Road to Democracy and the Political Economy of Transition*. The Red Sea Press, 1994.

¹⁸ Ayele, Zemelak. "Local government in Ethiopia: still an apparatus of control?" *Law, Democracy & Development* 15 (2011).

¹⁹ Constitution, F. D. R. E. "the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia." *Addis Ababa* 1 (1995).

divided. As a result, Afar region, Amhara region, Benishangul-Gumuz region, Gambella region, Harari region, Oromia region, Southern Nations, Nationalities and Peoples Region, Somalia region, and Tigray region are the regional states in object and structures are different each other according to Articles 46-49 of the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia (1995). However, the main aim of this article is limited to the local government autonomy challenges in the Ethiopian context.

Nevertheless, the second phase of decentralization began after the federal government adopted a poverty reduction and development policy in 2001. Therefore, decentralization in the second phase was adopted as a vital tool for ensuring that the Sustainable Development and Poverty Reduction Program is implemented and achieved effectively at the *woreda* level.²⁰ It was, thus, decided that *woredas* (rural districts) and city administrations would be authorized to exercise a certain measure of financial, political, administrative, and other powers. With a declared intention of implementing this policy, the regional states amended their constitutions one after another starting from 2001. All regions and two city administrations also enacted statutes to rearrange their urban local governance system according to the adopted policy.

Nonetheless, as argued above, a general overview of the constitutional and other legal systems governing sub-national units shows that it inadequately institutionalized function as a self-governing entity, especially in financial, legal, political, and administrative matters.²¹ Therefore, because of a lack of adequate resources/finance sources, local governments are unable to respond to the local people's priorities, and due to this reason, they are also relying on the contributions from the community/people.

IV. Structure / Division of Government in Ethiopia

The federal Constitution officially creates two tiers of government, but there are three major levels of government in Ethiopia in practice: federal government, regional government and local government. While there are some differences in sub-regional systems between regional governments, elect district-level governments to constitute the primary levels of local governments. Each regional government could establish its structure. Regional governments are divided mainly into deconcentrated territorial administrative zones. *Woreda* administrations are semi-autonomous local government authorities with their legal status as corporate entities and their legislative leadership (council) and budget accounts. Members of the *woreda* council are directly elected to represent each *kebele* in the district. The terminology used to classify local governments varies: some people use the expression *woreda* to apply specifically to rural districts, while others consider district-level urban units to be *woredas* as well.²²

According to the FDRE Constitution, Ethiopia comprises ten regional states and the Addis Ababa and the Dire Dawa City administrations. Therefore, these national regional states are the Amhara region, Oromia region, Tigray region, Southern Nation Nationalities of Peoples region, Somalia region, Gambela region, Benshengul Gumuz region, Afar region and Harare region. The tenth region Sidama was established as a region later in 2020. Regional constitutions delegate jurisdictions to sub-national units. However, a general survey of local government in the country would reveal that a multilayered local government is established

²⁰ Addis Ababa Ethiopia: Sustainable Development and Poverty Reduction Program (MOFED, 2002)

²¹ Ayele, Zemelak. "Local government in Ethiopia: still an apparatus of control?" *Law, Democracy & Development* 15 (2011).

²² World Bank. Ethiopia – Urban Local Government Development Project. Independent Evaluation Group. Project Performance Assessment Report 132824. Washington, D.C.: World Bank Group (2018).

across the country. The regional governments are divided into zones. The zonal administration’s powers, roles, and functions vary from region to region based on the ethnic diversity area.²³

Particularly in Amhara and South Nation Nationalities Peoples Regional (SNNPR) zonal administration play the intermediary role, while in the other regions, zonal administration plays an over sighting role because, in these two regions, there are diversified ethnic groups. To accommodate these groups in those two regions, the zone administration plays an intermediary role between the regional government, *woreda* administration and city administrations.

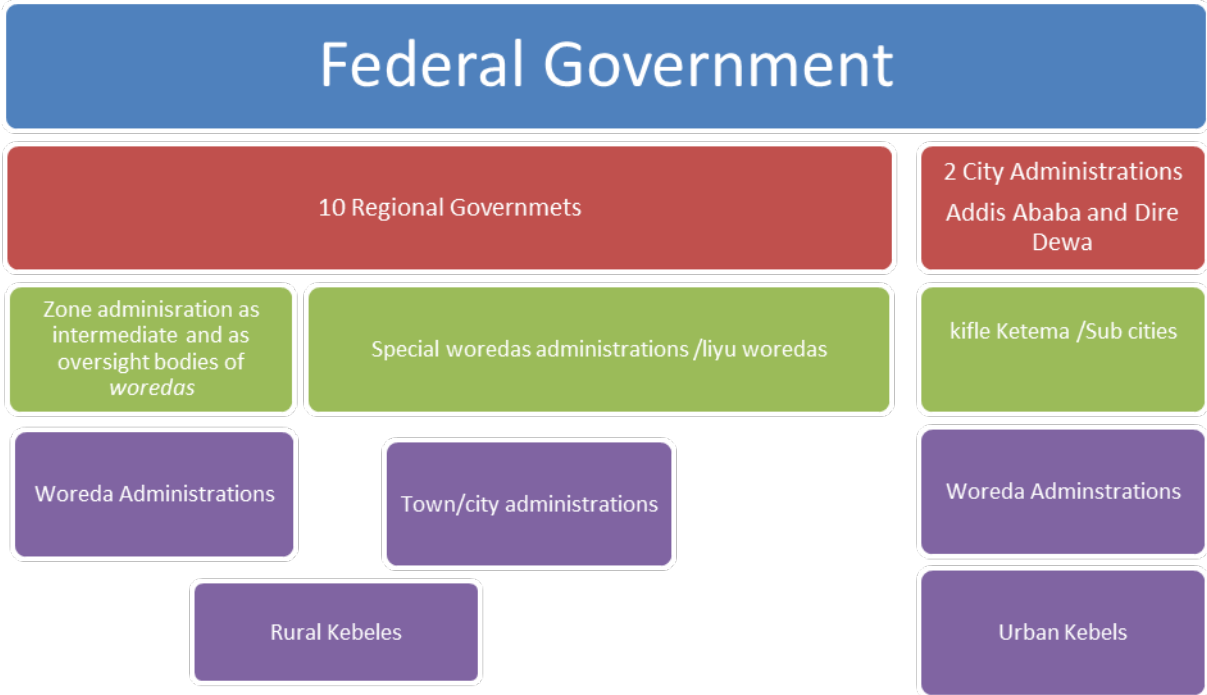


Figure 1: Structure or division of government in Ethiopia. Source: Author compilation.

V. Challenges of Local Government Autonomy in Ethiopia

Some of the challenges related to local government autonomy in Ethiopia are analyzed in details accordingly:

The first is an unclear separation of powers, between the central government and the local governments, particularly between the regional government and the woreda government. The separation of powers is criticized as unclear and vague. For instance, the 1995 constitution does not provide specific local government functional competencies clearly, except by specifying in a vague statement that regional states shall pass adequate authority to the local government.²⁴ Furthermore, *Liyu woredas* /special districts and *woreda* administrations have the power to plan and enforce different financial and social service issues, as stipulated in all regional constitutions. Nonetheless, the *woredas*’ authority over essential public services and other economic development issues are not expressly specified in the constitutions of the regions. Except for Tigray, none of the regional states adopted standard legislation specifying sub-regional unit capabilities. They carry out these

²³ Constitution, F. D. R. E. “the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia.” Addis Ababa 1 (1995).
²⁴ FDRE Constitution of 1995.

responsibilities but under decisions made by regional administrations, which are not always founded on the consistent manner of rules and regulations²⁵ The second challenge is an old hierarchical arrangement. In this case, woreda (districts) administrations or municipalities are considered subordinate bodies of regions instead of self-governing recognized by the federal Constitution is preserved for regions and statutes dealing with local government. Since Article 50(4) 1995²⁶ of the Ethiopian Constitution states that governments will be formed at central and other administrative levels, i.e. woredas, city administrations, and kebele administrations, the necessarily adequate powers be granted to the lowest units of government by regional governments. As a result, as specified in all regional constitutions and other decrees, the *woreda and* city/town administrations are subordinate bodies of regions. Besides their responsibility to the woreda councils, the regional state constitutions and other laws make the chief administrators of the *woredas* administration accountable to the regional government.

The regional government's ability to hold woreda chief administrators and mayors accountable has paved the way for the regional government to impede and replace local decisions made by elected representatives of the people. As a result, *woreda* chief administrators and mayors often pursue their party bosses' instructions rather than the people's preferences.

Though lack of accountability is regularly cited as a challenge in ensuring decentralization programs are implemented.²⁷ This process always takes place in two different ways: 1) the local government is given powers but not a system of accountability either through local elections or monitoring, 2) accountability is established but the powers of the lower-level government authority to meet the needs of its citizens are limited.

Third local administrative autonomy-related challenges: The laws grant discretionary powers to local government units in administrative autonomy-related functions such as executing regulatory decisions and governing the procurement system, but de facto discretion does not exist due to the lack of capacity and unnecessary upper-tier interventions. Since all hiring and firing must go through zone administration or regional government, local governments seem to lack the autonomy to administer their personnel and other resources in a self-governing manner.²⁸

The fourth is fiscal autonomy challenge: (Revenue and Expenditure) local governments may lack distinguished tax revenue sources. In Ethiopia, woredas have the power to set specific tax rates and raise local taxes. These local government administrations can levy land-use taxes, agricultural income taxes, sales taxes, and user fees. This is also substantiated via the study conducted²⁹ in four regions (Oromia, Amhara, SNNRP, and Tigray regions). The finding of the study shows that the local government has the power to collect taxes from agriculture and rural land use fees in these regions. Although the regional government sets the tax rate for local governments, then the local governments are expected to pass a proportion of the local tax collected to the region or zonal administration. The woreda or city administrations at the local government level have the right to use any source

²⁵ Ayele, Zemelak. "Local government in Ethiopia: still an apparatus of control?" *Law, Democracy & Development* 15 (2011).

²⁶ Constitution, F. D. R. E. "the Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia." *Addis Ababa* 1 (1995).

²⁷ Ribot, Jesse Craig. *Choice, recognition, and the democracy effects of decentralization*. ICLD Swedish International Centre for Local Democracy, 2011.

²⁸ Yilmaz, Serdar, and Varsha Venugopal. *Local government discretion and accountability in Ethiopia*. No. paper0838. International Center for Public Policy, Andrew Young School of Policy Studies, Georgia State University, 20

²⁹ Ayele, Zemelak. "Local government in Ethiopia: still an apparatus of control?" *Law, Democracy & Development* 15 (2011).

of revenue that the federal and regional governments do not administer within the limited geographical area.

In the same way, the research paper³⁰ revealed that sufficient taxing autonomy has not been transferred to local governments in Ethiopia. Thus, this significantly contributed to the financial challenges that local governments currently face in balancing and executing their goals. Especially in this regard, rural woredas cannot deliver effective services for the community due to the income-generating source shortage.

Additionally, sub-national units, are theoretically free to spend block-grants as they see fit. However, there have been two points to know in this case. To begin with, local governments do not have a statutory right to regional block grants: the distribution of regional block grants is based solely on a policy change by the ruling party, which decides to give Woredas and city administrations some autonomy. Second, financial decisions taken by local governments are often influenced by regional guidelines. The guidelines of the regions stipulate even the minimum capital spending.³¹ In reality, the most essential source for special *woredas* and city (town) administrations are intergovernmental block grants, which are unconditional regional grants. These are the most important source of income for *woredas*, nationality zones, special *woredas*, and city administrations. Thus, block grants constitute more than 70 per cent of the average annual budget of *woredas*. This shows that the local government does not have enough revenue sources to provide adequate services to the people. In some regional states, city administrations/town administrations, although they collect enough revenue to discharge their expenditure responsibilities, receive grants to finance their so-called state functions.³² However, City administrations do not receive any grants from the federal government to fund their municipal operations, particularly two city administrations Addis Ababa and Dire Dewa city administration.

To sum up, the lack of local government financial self-reliance means that their fiscal autonomy is heavily dependent on the scheme of intergovernmental fiscal transfers. As a result, the revenue division is potentially the most revealing and critical component of fiscal decentralization in Ethiopia in this regard.

Finally, bureaucracy challenge: due to a lack of bureaucratic commitment, developing countries, especially Africa, face decentralization challenges. Therefore, the same is true in the Ethiopian situation central administrations are reluctant to relinquish power because they have a paternalistic, centralist attitude.

In general, decentralization reforms have failed to create a more participatory atmosphere at the local government level in many contexts. For improved service delivery and better democratic governance, decentralization can be an important method. Nevertheless, even when labelled democratic, decentralization reforms have rarely contributed to autonomous democratic local governments.

VI. Conclusion

Ethiopia's constitutional division of powers is limited to regional states and the national government, as it is in many other federal countries (FDRE Constitution 1995: arts. 51 and 52). The regional states, and precisely the regional state councils, oversee deciding the powers of local governments. The Constitution does not specify the extent and type of powers

³⁰ Ayele, Zemelak Ayitenew, and Yonatan Tesfaye Fessha. "The constitutional status of local government in federal systems: The Case of Ethiopia." *Africa Today* 58, no. 4 (2012): 89-109.

³¹ Ibid.

³² Fenta, M. Tilahun. "Local government in Ethiopia: Practices and challenges." *Journal of Management Science and practice* 2, no. 4 (2014): 71-79.

that local governments have. And it does not set out the essential powers to be assigned to local governments.

The country has been undergoing a re-decentralization process since 1991, intending to embed democracy at the national level and, since 2001 at the grassroots level, while also enhancing development and democracy practice. Due to Ethiopia's one-party system of dominant structure, the decentralization policy has not yet produced political pluralism and good governance. It has also failed to establish a self-governing local government that is responsive to residents' needs and accountable to them. Instead, the decentralization process has been used to reinforce the power of the Ethiopian People's Revolutionary Democratic Front (EPRDF), a one-party system.

Local governments have the power to levy revenue from a limited source, including utility fees from a variety of sources designated for them. However, unless the tax is transferred to the state/regional governments' treasury, they cannot use the earned income from various sources. Therefore, this shows that the local governments are not autonomous to manage their financial resources as stipulated in the constitutions and other laws. Therefore, a lack of revenue-raising power is detrimental to financial autonomy and the accountability of local governments. Furthermore, the local government is authorized to manage its personnel, but the power is currently overridden by the regional government and zone administration in some regions.

For local governments to be vibrant and to comply with expectations, different laws (like the federal constitution and proclamations amendment) should be adopted to cede the local government as an appendage to the federal or regional government and set the environment for increasing the responsibilities of local government by fostering local fiscal autonomy in the context of a sound and equitable allocation of local sources of revenue.

Additionally, the self-interest doctrine of government is supported by the public choice literature, which claims that different parties involved in policy development and execution are supposed to use opportunities and resources to further their self-interest. Therefore, this viewpoint has significant consequences for how local government structures are designed. Local governments must have full local control in taxation and spending and be open to competition both within and outside government to represent the needs of the people. Local governments would be ineffective and unresponsive to public preferences if these conditions will not available.

The jurisprudence of the Constitutional Court of Hungary in the cases related to legal relationships under private law

I. Introduction

One of the main objectives of the research project "The interpretation of fundamental rights in Europe", organised by the Mádl Ferenc Institute of Comparative Law and involving experts from Central European countries, is to explore and present the methods of interpretation and the tests of the limitation of fundamental rights applied by the constitutional courts of the countries concerned, as well as the style of constitutional argumentation. This empirical research is based on thirty constitutional court decisions selected in each country by the authors of the studies as "country reports". The selection is limited to decisions adopted in the past ten years whose majority reasoning contains a substantial reference to a judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR). The analyses follow a predefined set of criteria, focusing mainly on the frequency, weight and role of the methods of interpretation of the law, which are considered traditional.

In connection with the research, on 29 June 2021, young researchers and PhD students gave presentations on the relationship between constitutions and fundamental rights and private law at an on-line conference entitled "Application and interpretation of fundamental rights in Europe". Some of the speakers analysed, on the basis of certain foreign decisions, the type of private law cases before the constitutional court, whether specific methods of constitutional interpretation can be identified in cases involving private law, whether the question of the horizontal scope of fundamental rights is raised in the jurisprudence, and what position the respective constitutional court takes in this respect.² Others presented and analysed a prominent decision of the constitutional court³, or gave an insight into the relationship between EU law and the horizontal scope of fundamental rights⁴.

In connection with the above, the present study focuses on whether there are specific elements of constitutional interpretation (interpretation of fundamental rights) in the jurisprudence of the Constitutional Court of Hungary in the context of legal relationships under private law. The primary focus of the analysis is on the reasoning of the majority decisions adopted in private law cases, from among the ones selected for the above-mentioned research project. However, I will also mention a few decisions which, although not included in the selection, are necessary to present a more complete picture. As basis of the comparison, I will first briefly outline the conclusions that can be drawn from the Constitutional Court's constitutional interpretation in general, based on all the thirty decisions. I will then review the main features of the reasoning of Constitutional Court decisions in private law cases. However, the relationship between the Fundamental Law, in particular fundamental rights, and private law cannot be characterised without touching on the much-debated issue of horizontal scope. I will therefore address this issue as well.

¹ Senior research fellow, University of Public Service, Department of Civilistics.

² See the studies below: Dakar, Roc: The Slovenian Constitutional Court as an Actor in Commercial Disputes; Sehnálek, David: The Interpretation and Application of Fundamental Rights in Civil Cases in the Czech Republic.

³ See the study below: Bartis, Előd: Admitted exceptions of unconstitutionality regarding to the provisions of the Romanian Civil Code. The case law of the Romanian Constitutional Court.

⁴ See the study below: Bektasheva, Aida: Application of fundamental rights in EU contract law: briefly overview.

II. Interpretation methods used by the Constitutional Court in a nutshell

The analysis of the selected thirty decisions showed that although Article R(3) of the Fundamental Law sets out a guideline to be followed in the interpretation of the constitution⁵, and other provisions of the Fundamental Law also contain rules on interpretation⁶, they do not play a prominent role in the jurisprudence of the Constitutional Court.⁷ In contrast to the ECtHR, for example⁸, the Constitutional Court has not made a comprehensive statement, either in a specific decision or in any other form, as to which methods it considers acceptable and which it does not, and what importance and weight it attaches to each method. Such references are rather sporadic.⁹ The analysis of the reasonings for these decisions reveals a practice that is by no means set in stone.

The primary method of interpretation is to refer to previous Constitutional Court decisions. This is generally accepted and reasonable solution, although it is true that sometimes the quotations from previous decisions are too lengthy and sometimes they are only remotely related to the specific subject of the investigation. It should be emphasised that the Constitutional Court, while taking into account the specific features of each case, also strives to make – as far as possible – its interpretation of the constitution a logical system without contradictions.¹⁰ Thus, it is not merely the similarity of a previous case that provides the basis for referring back to a previous decision, but also the following of the established doctrinal system. However, this general statement does not imply that the absence of contradictions is achieved without exception and that there are no "outlier" cases.

Another method that is very often used is contextual interpretation in the broad sense, i.e. when the Constitutional Court interprets one provision of the Fundamental Law in comparison with another. It feeds on the idea of the constitution being a coherent system without contradictions.¹¹

Although the text of the provisions of the Fundamental Law is of primary importance when it comes to deciding whether the principles developed in the decisions of the Constitutional Court under the previous Constitution can be followed¹², the legal meaning of the words is of particular importance, especially when the dogmatic system behind the often very abstract and concise provisions and the legal principles applied are also taken into account.

⁵ The referred paragraph provides for the application of the objective teleological method in the interpretation of the provisions of the Fundamental Law, and for interpretation in accordance with the National Avowal and the *acquis* of our historic constitution. The relationship of the methods mentioned here to each other is not clear, i.e. it is not possible to determine from this text alone what to do if some methods would lead to contradictory results.

⁶ Such is the case, for example, with the provision in Article 28 of the Fundamental Law, according to which, when interpreting the Fundamental Law (and the laws), it shall be presumed that they serve moral and economic purposes which are in accordance with common sense and the public good.

⁷ This applies even to the otherwise clear and generally accepted objective teleological interpretation, which appeared individually in seven of the thirty decisions, while in nine others it was mentioned by invoking earlier Constitutional Court decisions. Interpretation in line with the National Avowal and the achievements of our historical constitution is still rather experimental after ten years: a few vague references appear in the decisions in a rather illustrative way.

⁸ See: Hungarian Helsinki Committee v. Hungary, No. 18030/11, judgment of 8 November 2016.

⁹ E.g. Decisions 5/2016. (III. 1.) of the Constitutional Court and Decision 34/2017. (XII. 11.) of the Constitutional Court.

¹⁰ See: Szente Zoltán: *Érvelés és értelmezés az alkotmányjogban*. Dialóg Campus, Budapest, 2013, p. 46.

¹¹ The Constitutional Court "shall continue to interpret and apply the Fundamental Law – in accordance with its aims – as a coherent system and will consider and measure against one another, every provision of the Fundamental Law relevant to the decision of the given matter." Decision 12/2013. (V. 24.) of the Constitutional Court.

¹² See: Decision 13/2013. (VI. 17.) of the Constitutional Court.

Due to the criteria used for the selection of decisions, the research is not suitable for measuring the weight of international conventions, in particular the European Convention on Human Rights (ECHR) and the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR), in constitutional interpretation. However, it can be deduced – even on the basis of the decision on the abstract competence of constitutional interpretation¹³ – that the Constitutional Court, when interpreting the Fundamental Law, takes into account the obligations that come with membership of the European Union and the obligations that Hungary is subject to under international treaties.¹⁴

While it is accepted that international conventions, such as the ECHR, should be taken into account in constitutional interpretation, the situation is highly controversial with regard to the judgments of international courts, in particular the ECtHR. Although it is a recurring principle in the decisions that the Constitutional Court accepts the level of legal protection provided by international legal protection mechanisms as a minimum standard for the enforcement of fundamental rights¹⁵, in reality the assessment of the ECtHR and the judgments of the ECtHR is not uniform among the members of the Constitutional Court.¹⁶

On the basis of the analysis of the thirty decisions, the research showed that the ordinary meaning of words, word combinations, logical interpretation, derogatory formulas, the jurisprudence of ordinary courts, Acts of Parliament or other laws, proposals and norms of other public bodies, historical interpretation, academic works on jurisprudence and non-legal values are not of paramount importance in the interpretation.

III. The characteristics of constitutional interpretation in private law cases

III.1. The decisions examined

The relation between legal relationships under private law and the constitution is a subject-matter generating much debate, in particular the question of the application of fundamental rights in legal relationships under private law. In Hungary, the development of the law in this area was significantly influenced by the introduction of the so-called genuine constitutional complaint against judicial decisions.¹⁷ As András Téglási¹⁸ – also following Attila Menyhárd¹⁹ – points out, the practitioners of constitutional law are more in favour of,

¹³ Decision 2/2019. (III. 5.) of the Constitutional Court.

¹⁴ These are based on Articles Q) and E) of the Fundamental Law.

¹⁵ See: Decision 13/2014. (IV. 18.) of the Constitutional Court, Decision 13/2020. (VI. 22.) of the Constitutional Court from among the selected decisions dealing with private law.

¹⁶ Let me just briefly refer to the difference of principle between two former Justices of the Constitutional Court, András Bragyova and Péter Kovács [Bragyova András: Az értelmezés hatalma. Alkotmánybírósági Szemle, 2011/1. pp. 83-92.; Kovács Péter: Az Emberi Jogok Európai Bírósága ítéletére való hivatkozás újabb formulái és technikái a magyar Alkotmánybíróság, valamint néhány más európai alkotmánybíróság mai gyakorlatában. Alkotmánybírósági Szemle, (2013), 2. 73-84.; Kovács Péter: Az Emberi Jogok Európai Bíróságára és más nemzetközi egyezményekre való hivatkozás az Alkotmánybíróságon és a Nemzetközi Büntetőbíróságon: hasonlóságok és különbségek. Miskolci Jogi Szemle, 2020/1. Special edition, pp. 145-135.], and, more recently, the criticism by the Béla Pokol, Justice of the Constitutional Court – which is based not only on principle [sovereignty, etc., see e.g. his concurring reasoning to the Decision 3025/2014 (17. II.) of the Constitutional Court, but also on the statements of former Strasbourg judges [see the dissenting opinion attached to the Decision 1/2019. (II. 13.) of the Constitutional Court].

¹⁷ Csehi Zoltán: A valódi alkotmányjogi panasz és a magánjog lehetséges jövőjéről. Alkotmánybírósági Szemle, 2012/2. pp. 126-130.; Vissy Beatrix: Támpontok a valódi alkotmányjogi panasz hatókörének megállapításához. Közjogi Szemle, 2014/2. pp. 40-46.

¹⁸ Téglási András: A magánjog alapjogiasítása – kritikák és veszélyek, p. 167. Jogelméleti Szemle, 2020/2. pp. 164-172.

¹⁹ Téglási András: Az alapjogok hatása a magánjogi viszonyokban az Alkotmánybíróság gyakorlatában az

while the practitioners of private law are more against the enforcement of fundamental rights in private law relations, although even among the practitioners of private law, there are some scholars who are in favour of the direct horizontal scope of fundamental rights²⁰. It is by no means my intention to present or analyse these approaches in detail, but only to the extent that they contribute to a more complete picture.

Eight²¹ of the thirty decisions selected relate to legal relationships under private law in the broad sense. This is a significant number in the sense that it represents a not insignificant proportion of the total of thirty decisions. However, in absolute terms, this is a low number, thus the validity of the conclusions that can be drawn from them is easily questionable. Moreover, the case concerning the constitutionality of the Act on the integration of cooperative credit institutions is a very specific one, because although the state intervened in the legal relationships between cooperative credit institutions (not in the contractual relations between cooperatives and their customers), it did so, among other things, by means of an Act, by using instruments of company law (capital increase). Of the other decisions, four concern personality protection, one relates to the law of succession and one to the presumption of paternity. The eighth case is about labour law. Three out of the four cases related to personality protection stem from the same source, shedding light to the conflict between the position of the supreme judicial forum (and the jurisprudence following it), based on civil law doctrine, and the Constitutional Court's approach based on fundamental rights, in the proceedings initiated on the basis of constitutional complaints against the judicial decisions taken under Act IV of 1959 on the Civil Code (hereinafter: old Civil Code). The fourth case is also related to personality protection, but it concerned the examination of the constitutionality of the provision of Act V of 2013 on the Civil Code (hereinafter: Civil Code). The sheer number of these cases marks the focal point where the clash between private law thinking and fundamental rights requirements takes place, and where the power struggles between the two forums (the Curia and the Constitutional Court) have erupted to the surface. This is not a necessity²², but a reflection of the actual legal/social situation of the period under review.

In four of the eight cases, the Constitutional Court examined laws (Act on the integration of cooperative credit institutions, the Civil Code's rule on the protection of the image of a person and the rule on challenging the presumption of paternity, as well as a government decree promulgating an international convention, and a decree-law on the procedure required in the case of diplomatic or other immunity), while in four cases the Constitutional Court examined judicial decisions. In only three of the norm control procedures was a private law provision the subject-matter of the investigation, while in the fourth case, which was a judicial initiative, the question to be decided was whether the exemption from international jurisdiction based on an international convention or the binding effect on the courts of the position of the Minister of Justice on the issue of exemption violated the right to fair trial.

Alaptörvény hatálybalépését követő első három évben – különös tekintettel a tulajdonhoz való jog alkotmányos védelmére. p. 150. Jogtudományi Közlöny, 2015/3. pp. 148-157.

²⁰ Tamás Lábadi was one of them, who advocated the direct horizontal scope of fundamental rights, as Renáta Bedő points out in her study. See: Bedő Renáta: Az alapjogok érvényesülése magánviszonyokban Magyarországon – Fókuszban a fórumrendszer. p. 59. Fundamentum, 2018/1. pp. 58-69.

²¹ Decision 7/2014. (III. 7.) of the Constitutional Court, Decision 20/2014. (VII. 3.) of the Constitutional Court, Decision 28/2014. (IX. 29.) of the Constitutional Court, Decision 36/2014. (XII. 18.) of the Constitutional Court, Decision 5/2016. (III. 1.) of the Constitutional Court, Decision 16/2016. (X. 20.) of the Constitutional Court, Decision 34/2017. (XII. 11.) of the Constitutional Court, Decision 13/2020. (VI. 22.) of the Constitutional Court.

²² In several cases, the Constitutional Court has examined the Curia's uniformity of law decisions in connection with the so-called foreign currency loan contracts and the legal provisions interfering with these contracts. Decision 3167/2014. (VI. 3.) of the Constitutional Court, Decision 34/2014. (XI. 14.) of the Constitutional Court, Decision 2/2015. (II. 2.) of the Constitutional Court, Decision 7/2015. (III. 19.) of the Constitutional Court, Decision 3057/2015. (III. 31.) of the Constitutional Court.

In connection with the latter decision, it should be pointed out that in a very large proportion of constitutional complaints submitted in private law disputes, the petitioners complain of the violation of their right to fair trial. Some of these do indeed allege unfairness of the procedure as such, but a very significant number of others challenge – through the right to fair trial – the court's interpretation of the (substantive) law. For a long time, Constitutional Court has refrained from ruling on the merits of such complaints on the grounds that it did not wish to play the role of a super-court, as its task is to decide constitutional issues rather than simple questions of interpreting the law, the latter being ultimately the competence of the Curia.²³ This categorical seclusion was later loosen up in a civil law case (damage caused by wild game) in 2017²⁴, when it explained that a court that does not comply with the relevant legislation is essentially abusing its independence, which may in some cases lead to a violation of the right to a fair court trial. A court judgement that disregards the law in force without good reason is arbitrary, cannot be conceptually fair and is incompatible with the rule of law.²⁵

Although protection against arbitrary action by public authorities is the main purpose of fundamental rights, the above approach could be a way for the Constitutional Court to (also) exert a significant influence in the interpretation and application of private law rules. It should be stressed that the right to fair trial does not guarantee the right to the right decision²⁶, making a distinction between arbitrary and wrong (erroneous) decisions is not easy, and the set of criteria developed so far by the Constitutional Court is far from compete.²⁷

The right to fair trial, even in procedures of private law disputes, concerns the relationship between individuals (or their organisations) and the State as the judicial authority, and sets requirements in relation to that legal relationship.²⁸ Today, this legal relationship is considered to be of a public law nature²⁹. The fact that the proceedings take place in a private law dispute (between persons juxtaposed according to substantive law) is relevant with regard to the scope of the requirements arising from the right to fair trial, in terms of the content of that right. With this in mind, I will leave the analysis of the decision dealing with the right to fair trial out of the further examination.

As regards the remaining judgements, none of them concern the law of contracts, which is characterised by dispositive nature, but instead concern cases in the fields of personality protection, the law of succession and family law. Looking at the cases decided on the merits in recent years by the plenary session, one can conclude that cases concerning the

²³ E.g.: Decision 3356/2021. (VII. 28.) of the Constitutional Court

²⁴ Decision 20/2017. (VII. 18.) of the Constitutional Court.

²⁵ However, this practice is not limited to the realm of private law. In the Decision 23/2018 (XII. 28.) of the Constitutional Court, the Constitutional Court confirmed its above position in a constitutional complaint procedure initiated by the National Bank of Hungary following an administrative court action brought on the basis of a decision by the National Bank of Hungary, while the Decision 12/2021 (IV. 14.) of the Constitutional Court dealt with a social security case.

²⁶ Decision 9/1992 (I. 30.) of the Constitutional Court.

²⁷ In the Decision 12/2021 (IV. 14.) of the Constitutional Court, the elements of this were summarised by the Constitutional Court as follows: “a judicial decision is *contra legem* – and also *contra constitutionem* – if: (1) the reasons given by the court before which the case was brought did not state why it disregarded the provisions of the law in force governing the legal matter in question; (2) it did not take into account the legal norms governing the case; (3) it based its decision on a jurisprudence the normative basis of which had already been repealed by the law-maker”. In a previous decision of No. 24/2020 (X. 15.) of the Constitutional Court, the five-member panel of the Constitutional Court explained that the *joint* existence of the above conditions may lead to establishing a conflict with the Fundamental Law (although in the case concerned the Constitutional Court failed to present the examination of the third condition). According to the legal literature, the role of a genuine constitutional complaint can be found in the handling of so-called *Justizmord* cases. See: Csehi: supra p. 129.

²⁸ See the argument of András Téglási on the fundamental rights of processual character. Téglási 2020: supra p. 172.

²⁹ Kengyel Miklós: Magyar polgári eljárásjog. Osiris, Budapest, 2012, p. 36.

law of contracts arise relatively less frequently before the Constitutional Court, but personality protection is a hit topic.³⁰

III.2. Methods of interpretation used in Constitutional Court decisions concerning legal relationships under private law

The analysis of the seven Constitutional Court decisions examined showed that, even in private law cases, the primary approach is to refer to previous Constitutional Court decisions as well as interpretation in a broad contextual sense, i.e. by taking into account another provision of the Fundamental Law. Interpretation based on the legal meaning of words, including interpretation on the basis of dogmatic and legal principles, also played a prominent role. The legal principles *favor testamenti* and social publicity are examples for the above.

In about half of the decisions, in the interpretation, the Constitutional Court relied on the objective purpose of the provision of the Fundamental Law (in particular, the double justification of this right in the context of freedom of expression)³¹, foreign legal solutions and the jurisprudence of ordinary courts. In this context, the decision on the law of succession deserves special mention³², as it presents in detail the private law rules and the resulting consistent case law of the notaries public and the jurisprudence, as well as the findings of the same content found in civil law commentaries and academic jurisprudential literature. From all this, one can conclude that the judicial decision challenged in the complaint falls within the exceptional cases where the court adopted an "incorrect" (unlawful) decision. However, the Constitutional Court stressed that its decision is not based on the substantive rules of civil law and the related jurisprudence, but on the provisions of the Fundamental Law: the violation of fundamental rights does not result from the infringement of the statutory law (*contra legem* interpretation), but from the violation of the fundamental right to succession.³³

In two cases, there was a reference to academic works of jurisprudence, exclusively referring to sources on private law (e.g. commentaries on the Civil Code). The examination of the thirty decisions also showed that the use of the legal literature – the number of which is actually very low overall – is not related to constitutional law issues, but to the application and interpretation of the law in the relevant branches law. Two decisions also contain *ad absurdum* interpretations: both relate to the conflict between freedom of the press and human dignity in the field of personality protection. The reference to statutory rules also played a role in two cases: first, in the case concerning the integration of cooperative credit institutions, where the Constitutional Court identified the constitutionally acceptable public interest as the purpose of the restriction of ownership on the basis of the preamble of the relevant Act, and secondly, in the above-mentioned case concerning succession, where it presented the civil law provisions on the freedom of disposal of the owner.

Compared to the total of thirty decisions, the examination of the seven decisions affecting private law does not reveal any major differences in the methods of interpretation used. Perhaps the only difference that should be highlighted is the more frequent reference to

³⁰ Bedő: supra p. 60.

³¹ E.g. Decision 7/2014. (III. 7.) of the Constitutional Court: freedom of expression serves both the fulfilment of individual autonomy and, from the community side, the possibility of creating and maintaining a democratic public opinion.

³² Decision 5/2016. (III. 1.) of the Constitutional Court.

³³ In this way, protection as a fundamental right has been granted the deceased's right of testamentary disposition to give a right of usufruct to the person named in his will (his heir) in the event of his death.

jurisprudence, which appeared in slightly more than half (four cases) of the seven decisions examined.

III.3. The horizontal scope of fundamental rights

The Constitutional Court of Hungary recognises the horizontal scope of fundamental rights.³⁴ As explained in the Decision No. 8/2014 (III.20.) AB based on the Government's motion for an abstract interpretation of the constitution in relation to "foreign currency loan contracts"³⁵: "the debate whether *fundamental rights and State objectives* have an influence on private law is today limited to the question of how the constitution-statute affects private law relationships. In other words, the methods and intensity of the impact are the matter for debate. Under the doctrine of indirect effect, however, the legal relationships under civil law remain civil even after the constitution-staute has been enforced. The *rights enshrined in the Fundamental Law* can filter into the system of private law through the general clauses of private law. Therefore, where even a general clause cannot be applied, constitutional rights cannot have a direct effect in private law either. In relation to foreign currency based contracts, the Hungarian Constitutional Court has interpreted the question of horizontal scope not as a question of whether certain contracts may be directly contrary to the Fundamental Law, but as a question of whether the court has taken the provisions of the Fundamental Law duly into account in its application and interpretation of the law. *And what is enshrined in the Fundamental Law can be fundamental rights, State objectives or constitutional values.* (...) Article 28 of the Fundamental Law expressly states that in the application of the law, "courts shall interpret the text of laws primarily in accordance with their purpose and with the Fundamental Law." (*emphasis mine*)

The above quotation argues in favour of indirect horizontal scope: fundamental rights provisions can be enforced in the field of private law through the so-called general clauses. However, it is not clear from the highlighted passages and the wording whether this refers only to fundamental rights or also to other provisions of the Fundamental Law, such as Article M)³⁶, from which no fundamental rights but constitutional rights (may) follow. Neither is it clear what the role of the general clauses is in the relationship between the Fundamental Law (fundamental rights) and the legal relationships under private law: whether they are the only way in which fundamental rights can infiltrate into the world of private law or other provisions are also capable of achieving this result..

The Decision No. 7/2014 (III.7.) AB, which was issued only a few weeks earlier and was included in the selected decisions, was adopted in a procedure of abstract norm control and it failed to take into account the above ideas. The previous Constitutional Court decisions cited in support of the argument regarding the conflict between the fundamental right to freedom of expression/press versus the fundamental right to human dignity have been adopted in criminal cases. The Constitutional Court, however, considered the arguments to be guiding ones not only to criminal liability, but also to the legal consequences under civil law, since the wide scope granted for the application of aggravated damages could constitute a serious deterrent to participation in public debate. The differences in the various branches of law did

³⁴ Gárdos-Orosz Fruzsina – Bedő Renáta: Az alapvető jogok érvényesítése a magánjogi jogviták során – az újabb alkotmánybírósági gyakorlat (2014-2018). pp. 6-7. Alkotmánybírósági Szemle, 2018/1. pp. 3-15.; Téglási 2020: supra p. 164.

³⁵ The Constitutional Court expressed its quoted position on the following question: the conflict of a contractual term with the Fundamental Law cannot be directly deduced from Article M)(2) of the Fundamental Law.

³⁶ According to Article M)(2), Hungary shall ensure the conditions for fair economic competition. Hungary shall act against any abuse of a dominant position, and shall protect the rights of consumers.

not affect the further course of the argument at all. It has been pointed out in the legal literature that the greatest novelty of this decision is precisely that it extends to civil law the jurisprudence of the Constitutional Court based on the New York Times rule, which has been applied until now in Hungary only in the field of criminal law.³⁷

However, abstract constitutional interpretation and the procedure of ex-post norm control are less likely to highlight the tensions of the collision between private law doctrine and fundamental rights.³⁸ The real arena for this is the procedure under a genuine constitutional complaint.³⁹ The Decision No. 28/2014 (IX.29.) AB and the subsequent repeated judicial and recent Constitutional Court proceedings and decision(s) in this respect certainly deserve special attention. The appeal against the court's decision was filed by the publisher of the online news portal after the courts upheld the plaintiffs' claim brought for the infringement of their right to their image as a person-related (now personality) right. The plaintiffs secured a political demonstration as police officers and their photographs were published as the illustration for an electronic newspaper article about the demonstration. The photographs showed the police officers in a recognisable way.

The Decision 28/2014 (IX. 29.) AB established the standard for resolving the conflict between the right to human dignity and freedom of expression (press) in the field of personality protection by stating that “as long as a piece of information is not an abuse of exercising the freedom of press, the invocation of a violation of personality rights in the context of the protection of human dignity rarely constitutes a basis for a restriction on the exercise of freedom of the press. Photographs of a person who has come to the public's attention in connection with a current event may normally be published in connection with the event without their permission.”

The disclosure of a photograph according to the wording used in the judicial procedure requires the consent of the person concerned, except in the case of public appearances.⁴⁰ According to the interpretation of the Curia⁴¹, a person performing his duty of service or work in a public place or in a public area is not a public figure in the course of performing his activity, and therefore his consent is required for the publication of a portrait depicting him in an identifiable and specific way. Despite the facts of the specific case, this was somewhat overshadowed (namely: to what extent the police officers can be considered public figures or the pictures taken of them as a crowd shot, i.e. how far these civil law concepts can be extended). It is no coincidence that the need to amend the Civil Code has arisen⁴², and it has

³⁷ Balogh Éva: Az Alkotmánybíróság határozata a közéleti szereplők bírálhatóságáról – A véleménynyilvánítás szabadsága, demokratikus vita és az emberi méltóság. p. 11. Jogesetek Magyarázata, 2014/3. pp. 3-11.

³⁸ According to the reasonings that emerges in the decisions of the Constitutional Court, the Civil Code (or private law norm in general) is intended to ensure a balance of interests between the contracting parties as subjective beneficiaries and subjective obligated parties as well as to protect the weaker party. [see Decision 3009/2012 (VI. 21.) of the Constitutional Court]. This may also indicate that in this weighing of interests the law-maker takes into account the fundamental rights provisions of the Fundamental Law and delimits the relative scope of protection of the conflicting fundamental rights. As Beatrix Vissy points out: “Civil law protects the objective values expressed in fundamental rights by means of its own rules, above all the general clauses, and consequently a judge who fails to take these values into account is misinterpreting civil law and not constitutional law.” Vissy: supra p. 44.

³⁹ Vissy: supra p. 40., Molnár András – Téglási András – Tóth J. Zoltán: A magánjogi és az alapjogi érvelések együttélése – feszültségek és dilemmák. p. 1. Jogelméleti Szemle, 2012/2. pp. 1-33.

⁴⁰ Section 80 (2) of the old Civil Code. The relevant provision of the current Civil Code is not entirely identical. Thus, for example, the Civil Code has included in the normative text the category of “crowd shot” as elaborated by the jurisprudence.

⁴¹ 1/2012 Criminal-administrative-labour-civil uniformity of law decision. After the entry into force of the Civil Code and until the adoption of the Decision No. 28/2014 (IX. 29.) AB, the Curia's uniformity of law panel did not decide on maintaining it. However, in the light of the decision of the Constitutional Court, this uniformity of law decision was annulled (1/2015 BKMPJE).

⁴² The motion to annul 1/2012 BKMPJE: “Finally, the uniformity of law motion also called for the amendment

also been pointed out in the legal literature that the Constitutional Court in its decision actually “added” a third exception to the Civil Code.⁴³ It is clear from these opinions that in this decision the Constitutional Court has moved strongly in the direction of a direct horizontal scope.⁴⁴

The majority reasoning of the Decision 28/2014 (IX. 29.) AB did not mention the intrusion of fundamental rights into private law through the general clauses, the argumentation focused on section 1:2 (1) of the Civil Code and Article 28 of the Fundamental Law, i.e. that the courts interpret the text of laws primarily in accordance with their purpose and the Fundamental Law (constitutional order).

The reasoning set out in the Decision 8/2014 (III.20) AB is not referred to in the other Constitutional Court decisions included in the list of selected decisions. In other decisions, however, one may encounter it rarely. For example in the Decision No. 34/2014. (XI. 14.) AB also related to foreign currency loan contracts, the Decision No. 3052/2016. (III. 22.) AB on distant heating service or the Decision No. 14/2017. (VI. 30.) AB dealing with labour law. Of these cases, two were the result of a norm control procedure rather than a genuine constitutional complaint procedure. In the decision last cited, the Constitutional Court confirmed its interpretation also with the judgements of the ECtHR. According to this, Article 1 of the Convention requires all States Parties to ensure to all persons within their international jurisdiction the enjoyment of the freedoms set forth in the Convention. The Convention thus recognises not only the obligation to respect human rights, but also the obligation to protect them. Accordingly, the ECtHR always require in conjunction with Article 1 of the Convention that the Contracting States ensure also in the realm of the private sphere the enforcement of the rights deriving from the relevant articles of the Convention.

IV. Summary

From the analysis of the small sample, it can be concluded that there are no significant differences between the interpretation methods used in private law cases and in all the decisions examined. Although this general finding may be confuted by way of a broader analysis, it can be deduced even from this research of narrow scope that (also) in the case of private law disputes, the previous decisions of the Constitutional Court and the broad contextual interpretation are of paramount importance. In general, the Constitutional Court rarely takes an explicit stance on the scope, role and weight of interpretative methods, and no such specific statement concerning private law disputes can be found.

Reference to previous decisions of the Constitutional Court often serves the purpose of reinforcing the established dogmatic system. However, it is difficult to orientate when these dogmatic foundations are muddled. Such is the question of the "horizontal scope" of fundamental rights/Fundamental Law (?). There is uncertainty as to whether there is a distinction between fundamental rights and other provisions of the Fundamental Law (values, principles, objectives) in terms of their infiltration into legal relationships under private law,

of the new Civil Code in order to make section 2:48 (2) of the new Civil Code qualify the publication of the portrait of a person exercising public authority, but who, according to the judicial interpretation of the law, cannot be considered a public personality or “public figure” as an exception to the general rule.” (1/2015 BKMPJE)

⁴³ Téglási 2020: supra p. 168.

⁴⁴ On direct horizontal scope see: Gárdos-Orosz Fruzsina: Alkotmányos polgári jog? Az alapvető jogok alkalmazása a magánjogi jogvitákban. Dialóg Campus, Budapest-Pécs, 2011. pp. 46-47., 67-71. On the emergence and critique of direct horizontal scope in ordinary judicial practice, see: Vékás Lajos – Vincze Attila: A Legfelsőbb Bíróság döntése az alapvető jogok polgári jogviszonyokban való alkalmazásáról – Gyülekezési jog birtokháborító jellegű gyakorlása. pp. 13-14. Jogesetek Magyarázata, 2011/4. pp. 9-14.

and the role of general clauses is also unclear. On the one hand, an image of a doctrine of indirect horizontal scope limited to general clauses emerges, which, however, is not reflected in all the decisions on legal relationships under private law, not even in any of the decisions examined. It is perhaps most often used in arguments in the decisions concerning the law of contracts, both in norm control and genuine constitutional complaint procedures. On the other hand, based in particular on Article 28 of the Fundamental Law, the Constitutional Court expects the interpretation of the law to be in conformity with the Fundamental Law, regardless of the level of abstraction of the private law norm. Indeed, in some solutions, there is even a shift towards direct horizontal scope. However, by emphasising the constitution-conform interpretation based on Article 28 of the Fundamental Law, there is no guarantee that private law dogmatics – even beyond the general clauses – will remain free from the determining influence of fundamental rights. This way, the Constitutional Court will become a so-called super-court.

The super-court character of the Constitutional Court is also manifested when it arrives at the annulment of a challenged judicial decision through the violation of the right to fair trial, because the judge arbitrarily applied/interpreted a private law norm.

**Admitted exceptions of unconstitutionality regarding to the provisions of the
Romanian Civil Code:
The case law of the Romanian Constitutional Court***

I. Introduction

The new Civil Code of Romania (“Civil Code”), entered into force on 11 October 2011, (replacing the Civil Code of 1864) although, even before it entered into force, it had been seriously amended by Law no. 71/2011 on the implementation of the Civil Code, since then enjoys a relative stability.

Regarding the Civil Code or Law no. 71/2011 on the implementation of the Civil Code, relatively few exceptions of unconstitutionality² were raised, a total of 41, out of only two were admitted. These admission decisions are Decision no. 534 of 18 July 2018 (“Decision no. 534/2018”)³ regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of art. 277 paragraph (2) and (4) of the Civil Code and Decision no. 601 of 16 July 2020 (“Decision no. 601/2019”)⁴ regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of art. 164 paragraph (1) of the Civil Code.⁵

In this study I will analyze the two above-mentioned decisions of the Constitutional Court focusing on the fundamental rights invoked by the authors of the exceptions of unconstitutionality, which fundamental rights form the base of the decisions of the court,

¹ PhD student, Debrecen University, Géza Marton Doctoral School of Legal Studies; teaching assistant, Sapientia Hungarian University of Transilvania, Department of Law; attorney at law, member of the Bihor Bar Association (Romania).

* This work was supported by the Collegium Talentum Programme of Hungary.

² According to the Romanian Constitution, there are two ways to review the conformity of legal provisions with the constitution by the Constitutional Court: i. the objection of unconstitutionality (a priori verification), adjudicating on the constitutionality of laws, before promulgation and ii. the exception of unconstitutionality (a posteriori verification), when the Court adjudicates unconstitutionality of laws and ordinances or any provision thereof, in force, raised before courts of law or courts of commercial arbitration, and on exceptions of unconstitutionality raised directly by the Advocate of the People (Ombudsman). The exception may be raised by the parties within the trial, ex officio, by the court of law or by the court of commercial arbitration, by the prosecutor, before the court of law, where he attends or directly by the Advocate of the People. Referral to the Constitutional Court is made by the court, through interlocutory order, or directly by the Advocate of the People. The subject matter of the exception of unconstitutionality must be a law or an ordinance or a provision of a law or of an ordinance (only legislative acts, not also the administrative acts), which is in force or produce legal effects after they came out of force, it is relevant in the settlement of the case in any phase of the trial and irrespective of the subject matter thereof and the legal provision was not already been declared unconstitutional by a previous decision of the Constitutional Court. See Article 146 d) of the Constitution and Articles 29-33 of Law no.47/1992 on the Organisation and Operation of the Constitutional Court, republished in the Official Journal of Romania, no.807 of 3 December 2010.

³ Published in the Official Journal of Romania (Monitorul Oficial) no. 842 of 03.10.2018

⁴ Published in the Official Journal of Romania no. 88 of 27.01.2021.

⁵ According to the Legislative Repertory of the Legislative Council, available at http://cdep.ro/pls/legis/legis_pck.frame (16.05.2021), the 2 admission decision regarding to the Civil Code is a very small number compared to the exceptions of unconstitutionality admitted regarding the other fundamental codes. For example, regarding the provisions of the Code of Civil Procedure (in force from February 15, 2013), 12 exceptions of unconstitutionality were admitted, regarding the Criminal Code (in force from February 1, 2014) 12 exceptions were allowed, and regarding the Code of Criminal Procedure (in force from February 1, 2014) 63 exceptions were admitted.

whether these decisions have importance in the European community and what the effects of these decisions are.

Regarding the fundamental rights and liberties, *Article 20* of the Constitution states that these shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties to which Romania is a party. Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties and the domestic laws, the international regulations shall prevail, unless the Constitution or domestic laws comprise more favorable provisions. These provisions are in fact repeated in the Romanian Civil Code regarding the matters governed by the Code (Article 4 of the Civil Code).

Finally, when the question is the non-compliance with EU laws the CCR can apply a provision of the EU law in a constitutional review in accordance with the Article 148 (2) and (4) of the Constitution which states that the provisions of the founding treaties of the European Union, as well as the other mandatory community regulations shall take precedence over the opposite provisions of the national laws, in compliance with the provisions of the accession act.

II. Decision no. 534 of 18 July 2018 of the Constitutional Court

II.1. Factual background

Mr. Coman, who holds Romanian and American citizenship, and Mr. Hamilton, an American citizen, lived together in United States of America from May 2005 to May 2009. Mr. Coman took up residence in Brussels (Belgium) in order to work at the European Parliament as a parliamentary assistant, while Mr. Hamilton continued to live in United States. They were married in Brussels in 2010. In March 2012, Mr. Coman ceased to work at the Parliament, but continued to live in Brussels, where he received unemployment benefits until January 2013. They wanted to settle down in Romania, which is why Mr. Coman requested for their Belgium marriage certificate to be registered at the Romanian Embassy to Brussels. This request was rejected, so in December 2012, Mr. Coman and Mr. Hamilton contacted the General Inspectorate for Immigration (Inspectoratul General pentru Imigrări) to request information on the procedure and conditions under which Mr. Hamilton, a non-EU national, in his capacity as member of Mr. Coman's family, could obtain the right to reside lawfully in Romania for more than three months. On 11 January 2013, in reply to that request, the Inspectorate informed Mr. Coman and Mr. Hamilton that only Mr. Hamilton had a right of residence for three months because, under the Civil Code, marriage between people of the same sex is not recognised, and that an extension of Mr. Hamilton's right of temporary residence in Romania could not be granted on grounds of family reunion.⁶

For this reason, on 28.10.2013 Mr. Coman, Mr. Hamilton and the ACCEPT Association, filed a case before the Court of First Instance, District 5, Bucharest (Judecătoria Sectorului 5 Bucureşti) against the General Inspectorate for Immigration and the Ministry of the Internal Affairs sought a decision finding that the applicants and other homosexuals are generally discriminated on the ground of sexual orientation as regards the exercise of the right of freedom of movement in the European Union. They requested the court to order the defendants to the following:

⁶ Judgement of 5 June 2018, C-673/16, Coman and others, paragraph 9-12; Judgement no. 6057 of 16 September 2019, Court of First Instance, District 5, Bucharest ("Judgement no. 6057/2019"). <http://rolii.ro/hotarari/5d842efae49009700f000033> (18.05.2021). This last decision is the judgement of the main proceeding.

-to immediately cease any discrimination on grounds of sexual orientation when applying the procedures pertaining to the freedom of movement in the European Union of the applicants
-to pass regulations that would provide for an equal, non-discriminatory enforcement of the conditions on exercising the freedom of movement in the European Union for married same-sex couples in a 30 day time-limit from the final judgment of the court
-in a 30 day time-limit from the final judgment of the court, to publish on their website and in a national newspaper a press-release through which they express their public apology and inform the European Union citizens moving or returning to Romania in line with the freedom of movement in the European Union that they themselves and their spouses enjoy the same rights, irrespective of whether they form a different or same-sex couple
-to compensate the applicant the equivalent of 5000 EUR for non-material damages.⁷

In that dispute, was raised an exception of unconstitutionality of Article 277 paragraph (2) and (4) of the Civil Code.

According to Article 277 paragraph (2) ” *Marriages between persons of the same sex entered into or contracted abroad by Romanian citizens or by foreigners shall not be recognised in Romania.*”, and according to paragraph (4) ” *The legal provisions relating to freedom of movement on Romanian territory by citizens of the Member States of the European Union and the European Economic Area shall be applicable.*”

The applicants argued that non-recognition, in connection with the exercise of the right of residence, marriages between persons of the same sex, which were legally concluded abroad, constitutes infringement of the constitutional provisions enshrined in *Article 4* on unity of the people and equality among citizens, *Article 16*, on equality of rights and *Article 26* on personal and family privacy. They also relied on the applicability of the following provisions of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: *Article 8* – Right to respect for private and family life and *Article 14* – Prohibition of discrimination.⁸

The Constitutional Court suspended the trial by asking several preliminary questions to the European Court of Justice (“ECJ”) regarding the interpretation to be given to several terms employed in the relevant provisions of Directive 2004/38 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, read in the light of the Charter of Fundamental Rights and of the recent case-law of this Court and of the European Court of Human Rights. The Romanian Constitutional Court had never referred to the ECJ for a preliminary ruling before this case.

II.2. The preliminary questions and the Judgement of European Court of Justice

The Constitutional Court referred the following questions to the Court for a preliminary ruling:

1. does the term “*spouse*” in Article 2 (2) (a) of Directive 2004/38 include the same-sex spouse, from a State which is not a Member State of the European Union, of a citizen of the European Union to whom that citizen is lawfully married in accordance with the law of a Member State other than the host Member State?

2. does Directive 2004/38, require the host Member State to grant the right of residence in its territory for a period of longer than three months to the same-sex spouse of a citizen of the European Union?

3. can the same-sex spouse, from a State which is not a Member State of the Union, of the Union citizen to whom he or she is lawfully married, in accordance with the law of a

⁷ Judgement no. 6057/2019.

⁸ Decision no. 534/2018, paragraph 13-14.

Member State other than the host State, be classified as “any other family member” or a “partner with whom the Union citizen has a long-term relationship, duly attested” with the corresponding obligation for the host Member State to facilitate entry and residence for that spouse, even if that State does not recognise marriages between persons of the same sex and provides no alternative form of legal recognition, such as registered partnership?

4. does Directive 2004/38 require the host Member State to grant the right of residence in its territory for a period of longer than three months to the same-sex spouse of a Union citizen?⁹

Preliminary, the EJC stated that Directive 2004/38 does not confer a derived right of residence on third-country nationals who are family members of a Union citizen in the Member State of which that citizen is a national.¹⁰ Despite that the ECJ reminds that according to his case law, in certain cases, third-country nationals, family members of a Union citizen, who were not eligible, on the basis of Directive 2004/38, for a derived right of residence in the Member State of which that citizen is a national, could, nevertheless, be accorded such a right on the basis of Article 21(1) TFEU. Article 21(1) TFEU requires that that citizen’s family life in that Member State may continue when he returns to the Member State of which he is a national, through the grant of a derived right of residence to the third-country national family member concerned. If no such derived right of residence were granted, that Union citizen could be discouraged from leaving the Member State of which he is a national in order to exercise his right of residence under Article 21(1) TFEU in another Member State because he is uncertain whether he will be able to continue in his Member State of origin a family life which has been created or strengthened in the host Member State. In such situations the right of residence may be granted by analogous application by of the Directive 2004/38.¹¹

Regarding the *first question* the EJC firstly clarified that Directive 2004/38 specifically mentions the ‘*spouse*’ as ‘*family member*’ in Article 2(2) (a) of the directive¹², the term ‘*spouse*’ used in that provision refers to a person joined to another person by the bonds of marriage¹³, this term is gender-neutral and may therefore cover the same-sex spouse of the Union citizen concerned.¹⁴ Moreover, the right to respect private and family life is guaranteed by the art. 7 of Charter is a fundamental right and it has the same meaning and the same scope as those guaranteed by Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the case-law of the European Court of Human Rights the relationship of a homosexual couple may fall within the notion of ‘*private life*’ and that of ‘*family life*’ in the same way as the relationship of a heterosexual couple in the same situation.¹⁵

The ECJ argues that Article 2(2)(a) of directive, applicable by analogy in the case, does not contain any reference to the legislation of the Member State to which that citizen intends to move or in which he intends to reside regarding the concept of ‘*spouse*’ within the meaning of the directive. In consequence, a Member State cannot rely on its national law as justification for refusing to recognise in its territory, for the sole purpose of granting a derived right of residence to a third-country national, a marriage concluded by that national with a Union citizen of the same sex in another Member State in accordance with the law of that state.¹⁶

⁹ Coman and others, paragraph 17.

¹⁰ Coman and others, paragraph 20.

¹¹ Coman and others, paragraph 23-25.

¹² Coman and others, paragraph 33.

¹³ Coman and others, paragraph 34.

¹⁴ Coman and others, paragraph 35.

¹⁵ Coman and others, paragraph 48-50.

¹⁶ Coman and others, paragraph 36.

The ECJ admits that Member States are free to decide whether they allow or not marriage for persons of the same sex, but in exercising that competence they must comply with EU law, in particular the provisions on the freedom conferred on all Union citizens to move and reside in the territory of the Member States.¹⁷ Refusal by Member States to entry and reside in their territory for a third-country national whose marriage to a Union citizen was concluded in a Member State in accordance with the law of that state by the reason that national law does not allow marriage by people of the same sex, may interfere with the exercise of the right conferred to that citizen by Article 21(1) TFEU to move and reside freely in the territory of the Member States. The effect of such a refusal is that such a Union citizen may be denied the possibility of returning to the Member State of which he is a national together with his spouse.¹⁸

The ECJ finds the obligation for a Member State to recognise a marriage between persons of the same sex for the sole purpose of granting a derived right of residence to a third-country national, does not undermine the institution of marriage in Member States where the marriage between people of the same sex is not allowed, which is defined by national law and falls within the competence of the Member States. Such recognition does not require that Member State to provide, in its national law, for the institution of marriage between persons of the same sex. It is confined to the obligation to recognise such marriages, concluded in another Member State in accordance with the law of that state, for the sole purpose of enabling such persons to exercise the rights they enjoy under EU law. Accordingly, an obligation to recognise such marriages for the sole purpose of granting a derived right of residence to a third-country national does not undermine the national identity or pose a threat to the public policy of the Member State concerned¹⁹, considerations submitted to the Court by the Latvian, Hungarian and Polish Government.

Regarding the *second question*, in the light of the previous conclusion, the ECJ concluded that host Member States must grant the right of residence in their territory for a period of longer than three months to the same-sex spouse of a citizen of the European Union, even if he or she is a third-country national, in accordance with Article 7(1) of Directive 2004/38 and Article 21(1) TFEU.²⁰ In the view of the answer given to the first and second questions, there was no need to answer the third and fourth questions.

This decision was mostly welcomed by the international²¹ and national²² community and has been referred as a breakthrough for the protection of same-sex couples. Deciding that the term ‘spouse’ in the Directive 2004/38 includes same-sex spouses, the Court obliged all Member States to recognise the personal status of same-sex marriage legal concluded in the Member States to exercise the right to the free movement.

Despite that, were noted some limitations of the decision:

- it speaks only about same-sex couples who have concluded their marriage in an EU Member State;²³

¹⁷ Coman and others, paragraph 37-38.

¹⁸ Coman and others, paragraph 40.

¹⁹ Coman and others, paragraph 45-46.

²⁰ Coman and others, paragraph 56.

²¹ van den Brink, Martijn: Is the Reasoning in „Coman“ as Good as the Result?. <https://verfassungsblog.de/is-the-reasoning-in-coman-as-good-as-the-result/>(16.06.2021)

²² Botău, Diana: Curtea Constituțională a României și dreptul Uniunii Europene: o anxietate a influenței? In Noua Revista a Drepturilor Omului, 2020/3. pp. 9–28;

²³ Tryfonidou, Alina: The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as “Spouses”: Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne. p. 219. In Feminist Legal Studies no. 27, 2019, pp. 211-221.

- it does not provide an answer to the question of whether the term “spouse” includes a same-sex spouse when used in the context of the Family Reunification Rights Directive;²⁴
- the case only applies in cross-border situations and, thus, cannot help married, same-sex couples who are in a purely internal situation;²⁵
- the judgement only applies to those who can be considered “spouses”, but does not extend the same right of residence to registered same-sex partners;²⁶
- reasoning is confined to the context of free movement rights and not to protections against discrimination more broadly.²⁷

II. 3. The decision of the Constitutional Court

The Constitutional Court held that a provision of the EU law can be applied in a constitutional review when the subject matter of the review is the non-compliance with EU laws and when this provision of the EU law is sufficiently *clear, precise* and *unambiguous* by itself or its meaning had been clearly defined by the Court of Justice of the European Union. On the other hand, the provision must be circumscribed to a certain level of *constitutional relevance*, for its normative content to support the alleged violation by the national law of the Constitution – the sole direct provision of reference within a constitutional review.²⁸ The Constitutional Court found that Article 21 (1) TFEU and Article 7 (2) of the Directive 2004/38 fulfills these conditions.

Applying the considerations of the *Coman and others* Judgement the Constitutional Court also declared that the relationship of homosexual couples falls within the notion of ‘private life’ and that of ‘family life’ in the same way as the relationship of a heterosexual couple in the same situation, which makes applicable the protection of the fundamental right to private and family life, conferred by *Article 7* of the EU Charter of Fundamental Rights, *Article 8* of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and by *Article 26* of the Constitution of Romania.²⁹

For this reason with a majority vote upheld the plea of unconstitutionality and *declared constitutional the provisions of Article 277 (2) and (4) of the Civil Code, to the extent that they permit the granting of the right to reside in the territory of the Romanian state, under the conditions provided by the EU law, to spouses – citizens of the Member States of the European Union and/or citizens of third-counties – of same-sex marriages, concluded or contracted in a Member State of the European Union.*

Contrary to the solution adopted, three judges of the Constitutional Court wrote two *dissenting opinions*, considering that the exception of unconstitutionality of the provisions of Article 277 (2) and (4) of the Civil Code should have been dismissed as *inadmissible*.

Mona-Maria Pivniceru considered that the exception of unconstitutionality should have had a different subject-matter – Article 46 (17) of Government Emergency Ordinance no. 194/2002 – and it should have been raised within a different procedural framework: the applicant was supposed to address the General Inspectorate for Immigration in order to

²⁴ Ibid.

²⁵ Tryfonidou: p. 220. For example: if Mr. Coman had moved from Romania to the United States, married Mr. Hamilton in the United States, and returned directly to Romania, the situation would be considered purely internal.

²⁶ Tan, Daron: Adrian Coman v. Romania: A Small Victory with Wasted Potential. <https://ohrh.law.ox.ac.uk/adrian-coman-v-romania-a-small-victory-with-wasted-potential/>(16.06.2021).

²⁷ Ibid.

²⁸ Decision no. 534/2018, paragraph 38.

²⁹ Decision no. 534/2018, paragraph 40.

receive the right of residence and, in the event of a negative decision thereof, to challenge the document delivered before the competent court, i.e. the county court.³⁰ On the other hand, she argued that after the delivery of the Judgment of 5 June 2018 by the Court of Justice of the European Union, the matter became one of interpretation and implementation of the European law and no longer a matter of constitutionality.³¹

Mircea Ștefan Minea and Petre Lăzăroiu considered that the exception of unconstitutionality had to be dismissed as inadmissible, as these were not inextricably linked to the settlement of the dispute between the applicants and the General Inspectorate for Immigration. They recognize that both the provisions of the TFEU and the judgment of the ECJ must be observed and implemented unconditionally, but it is up to the courts to duly and directly apply the provisions above, courts that are entitled to implement the provisions of the TFEU as interpreted by the ECJ.³²

II.4. The effects of the decision

The decision of Romanian Constitutional Court is a so called “*interpretative decision*” in which the court declares the unconstitutionality of legal provision, but in a certain interpretation of the text. In this way, the text is “saved”, in the sense that, it can still be applied in the obligatory interpretation established by the Constitutional Court, respectively with elimination of the interpretation that were found unconstitutional. Such type of decisions also exists in the practice of constitutional courts of Germany, Italy, France.³³ When the Constitutional Court has ruled that only a certain interpretation of a text is in accordance with the Constitution, maintain the presumption of constitutionality of the text in that interpretation, both the courts and the administrative bodies must comply with the decision of the Court and to apply it as such.³⁴

This decision of the Constitutional Court has historical relevance in Romanian law in, at least, two aspects. First, this was the first occasion when the Constitutional Court referred to the ECJ for preliminary ruling. It reflects the fact that the Court have familiarized with the particularities of application of European law and have contributed to overcoming barricaded interpretations of the principle of classical constitutionalism. Second, this step could bring Romania a little closer to the portrait of a Member State of the European Union³⁵. Romania is one of those Member States that does not grant any form of formal and legal recognition to couple relationships between same-sex persons.³⁶ Thus, it seems that, at the moment, Romania would not grant more rights to the LGBT community than strictly required by the ECJ.³⁷

³⁰ Decision no. 534/2018, dissenting opinion of judge Mona-Maria Pivniceru, paragraph 9.

³¹ Decision no. 534/2018, dissenting opinion of judge Mona-Maria Pivniceru, paragraph 29.

³² Decision no. 534/2018, dissenting opinion of judges Mircea Ștefan Minea and Petre Lăzăroiu, paragraph 3-5.

³³ Safta, Marietta: Drept constituțional și instituții politice, Vol. I. Teoria generală a dreptului constituțional. Drepturi și libertăți, Ed. a 4-a, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 114.

³⁴ Decision no. 536 of 28 April 2011, published Official Journal of Romania, no. 482 of 7 July 2011.

³⁵ See Botău: p. 27.

³⁶ Does not grant any form of formal and legal recognition to couple relationships between same-sex persons the following Member States: Bulgaria, Latvia, Lithuania, Poland, and Slovakia. We mention that thirteen Member States of the European Union have recognised the marriage between same-sex persons (Netherlands, Belgium, Spain, Sweden, Portugal, Denmark, France, Luxembourg, Ireland, Finland, Germany, Malta and Austria), thirteen Member States granted legal recognition to same-sex marriage and nine other Member States recognise a registered partnership/civil partnership open to same-sex couples (Czech Republic, Estonia, Greece, Croatia, Italy, Cyprus, Hungary, Austria and Slovenia). See Decision no. 534/2018, paragraph 27 and 29.

³⁷ Brodeala, Elena: Paying Lip Service to the CJEU: The Unsurprising Decision of the Constitutional Court of Romania in the Coman Case. <https://ohrh.law.ox.ac.uk/paying-lip-service-to-the-cjeu-the-unsurprising-decision->

It is important to note that by this decision the Constitutional Court did not overwrite the term of marriage provided in the Civil Code. It just stated that same-sex marriages legally concluded in the Member States should be recognized only to exercise the right of free movement. In Romania, marriage will still mean” *a freely consented union between a man and a woman*” (Article 259 of the Civil Code) and the general prohibition of Article 277 (2) of the Civil Code regarding the recognition of marriages between same-sex persons remains valid. Given the failed referendum³⁸ (the turnout was only 21.1%, below the required voter turnout threshold of 30%) on 6 and 7 October 2018 regarding the definition of the family in the Constitution (Article 48 of the Constitution states: ”*The family is founded on the freely consented marriage of the spouses, their full equality, as well as on the right and duty of the parents to ensure the upbringing, education and instruction of their children.*”), where the 93,4 % of voters (3.531.732) said that same-sex marriage must be prohibited, it is hard to believe that the Romanian society is ready for a change in this regard.

III. Decision no. 601 of 16 July 2020

III.1. Factual and legal background

In this decision of the Constitutional Court, it is not presented in detail the factual background of the case. All we know is that it has raised an exception of unconstitutionality of Article 164 (1) of the Civil Code regarding to adjudication of incapacity in a case of Buzău County Court – 1st Civil Section, that have object an appeal against a civil judgment admitting the adjudication of incapacity of Mr Alexandru Ștefan Francisc Nabosny.³⁹

The Art. 164 (1) of the Civil Code stated as it follows: “(1) *The person who does not have the necessary capacity of judgement to look after her/his own interests, due to insanity or mental retardation, will be adjudicated as incapacitated.*”

The institution of adjudication of incapacity is regulated, in terms of substantive conditions, by the Civil Code (Articles 164 to 167), and in terms of procedural conditions, by the Civil Procedure Code (Articles 936 to 943).

A person can be adjudicated as incapacitated when the following conditions are met:⁴⁰

- the person has no longer the necessary capacity of judgement to look after her/his own interests;
- the lack of necessary capacity is due to insanity or mental retardation;⁴¹
- must be a legally designed medical diagnosis of a mental illness or a mental disability leading to a lack of capacity of judgment required to care for one’s own interests.

[of-the-constitutional-court-of-romania-in-the-coman-case/](#) (16.06.2021).

³⁸ The referendum was started by a legislative initiative of the citizens. According to the art. 74 of the Constitution a legislative initiative shall lie a number of at least 100.000 citizens entitled to vote. The citizens who exercise their right to legislative initiative must belong to at least one quarter of the country’s counties, while, in each of those counties or the Municipality of Bucharest, at least 5.000 signatures should be registered in support of such initiative. In the end, the legislative initiative was sign by 3 million citizens. The initiative's promoters sought to amend the gender-neutral language of the Constitution with an explicit reference to marriage as a union between a man and a woman. Had the initiative passed, it would have made same-sex marriage always unconstitutional in the country.

³⁹ Decision no. 601/2020, paragraph 3.

⁴⁰ Adults and minors with limited exercise capacity. See Article 164 (2) of the Civil Code.

⁴¹ Article 211 of Law No 71/2011 for the implementation of Law No 287/2009 on the Civil Code defines insanity or mental retardation as: ”*mental illness or mental disability that determines the mental incapacity of a person to act in a critical and predictive manner regarding the social and legal consequences that may arise from the exercise of her/his civil rights and obligations*”.

The regulation under consideration establishes a *substitute regime*, so that a person's rights and obligations that have been adjudicated as incapacitated will be exercised by a legal representative, regardless of the degree of capacity of judgment of the person concerned, to the detriment of a *support regime* characterized by a support mechanism which the State should grant depending on the degree of impairment of the capacity of judgment.⁴²

The author of the exception of unconstitutionality considered that these legal provisions violate the constitutional provisions of *Article 1 (5)* in its component regarding the quality of the law, of *Article 16 (1)* on equal rights, of *Article 20* regarding the international treaties on human rights, of *Article 21* on free access to justice, of *Article 23* on individual freedom, of *Article 26* on personal, family and private life, of *Article 37* on the right to be elected, of *Article 41* on labour and social protection of labour, of *Article 44* on the right to private property, of *Article 48* regarding the family, of *Article 50* regarding the protection of disabled people, *Article 8* on the right to respect private life and of *Article 14* on the prohibition of discrimination in the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, of *Article 12* on equal recognition before the law in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted in New York by the General Assembly of the United Nations on 13 December 2006, ratified by Law No 221/2010⁴³, of *Article 39 of Charter of Fundamental Rights of the European Union* on the right to vote and to stand as a candidate at elections to the European Parliament and the *Article 2 of Council Directive 2000/78/EC* on establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.⁴⁴

In motivating the exception of unconstitutionality, the author argued, in essence, that the institution of adjudication of incapacity operates a dichotomous distinction between people with capacity of judgement and those without this capacity, implicitly rejecting the possibility that capacity of judgement of an adult could be partially abolished/diminished. Thus, the criticized legal provision does not allow the individualization of the measure according to the real needs of the person. It was also pointed out that the legal regime of adjudication of incapacity does not contain any measures to support the person in the decision-making process.⁴⁵ He also criticized the Article 164 paragraph (1) of the Civil Code in terms of clarity of the rule, showing in this sense that the phrases “*look after*” and “*interests*” in its content are not defined and it is not clear what the line from which the lack of discernment is missing.⁴⁶

III.2. Request to refer to the Court of Justice of the European Union with a preliminary question

During the hearings a request was formulated to refer to the Court of Justice of the European Union with a preliminary question with the following questions:

“1. *Is the automatic deprivation of the right to vote in the elections to the European Parliament of a person suffering from a mental illness, following her/his adjudication as incapacitated on the grounds that “(s)he does not have the necessary capacity of judgement to look after her/his own interests”, compliant with Article 39 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, having regard to Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities?”*

⁴² Decision no. 601/2020, paragraph 30.

⁴³ Published in the Official Journal of Romania, no. 792 of 26 November 2010.

⁴⁴ Decision no. 601/2020, paragraph 26.

⁴⁵ Decision no. 601/2020, paragraph 3.

⁴⁶ Decision no. 601/2020, paragraph 4.

2. *Is the automatic deprivation of the right to be employed of a person suffering from a mental illness, following her/his adjudication as incapacitated on the grounds that “(s)he does not have the necessary capacity of judgement to look after her/his own interests”, a form of direct discrimination prohibited by Article 2 of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, having regard to Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with disabilities?*

3. *In the event of a negative answer to Question No 2, is the automatic deprivation of the right to be employed of a person suffering from a mental illness, following her/his adjudication as incapacitated on the grounds that “(s)he does not have the necessary capacity of judgement to look after her/his own interests”, a form of indirect discrimination prohibited by Article 2 of of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, having regard to Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities?”⁴⁷*

The CCR noted that the exception of unconstitutionality of the provisions of Article 164 (1) of the Civil Code refers to the institution of adjudication of incapacity, in itself, without being raised in a dispute concerning employment or the right to vote. Given that there is no dispute related to employment or the elections to the European Parliament, which could possibly lead to a joined jurisdiction of the European Union and the Member States, the CCR considered that the regulation in principle of the institution of adjudication of incapacity falls within the jurisdiction of the national State. Because the preliminary questions are unnecessary, irrelevant and useless in the case, the Constitutional Court rejected as unfounded the request.⁴⁸

III.3. The decision of the Constitutional Court

The Constitutional Court, by unanimous vote, *upheld the exception of unconstitutionality and found that the provisions of Article 164 (1) of the Civil Code are unconstitutional.*

They held that the constitutional provisions of Article 1 (3) on human dignity, *Article 16* on equal rights and *Article 50* regarding the protection of disabled people have been violated, as interpreted in accordance with Article 20 of the Constitution and Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

The CCR held in essence, that the order of adjudication of incapacity laid down in Article 164 (1) of the Civil Code is not accompanied by sufficient guarantees to ensure respect for fundamental human rights and freedoms. It does not take into account the fact that there may be varying degrees of incapacity and the diversity of an individual interests. Furthermore, it is not ordered for a specified period of time and is not subject to regular review. Therefore, the CCR noted that any protective measure must be proportionate to the degree of capacity, be adapted to the person’s life, be applied for the shortest period of time, be reviewed periodically and taken into account the will and preferences of disabled people.⁴⁹

Also, when regulating a protection measure, the legislator must take account of the fact that there may be different degrees of incapacity and the mental deficiency may vary over time. The lack of mental capacity or discernment may take various forms, for example, *total/partial* or *reversible/irreversible*, which requires the introduction of protective measures

⁴⁷ Decision no. 601/2020, paragraph 18.

⁴⁸ Decision no. 601/2020, paragraph 23-24.

⁴⁹ Decision no. 601/2020, paragraph 32.

appropriate to reality and which, however, are not found in the regulation of the measure of adjudication of incapacity.⁵⁰

Therefore, appropriate levels of protection must be attached to the different degrees of disability, and the legislator needs to identify appropriate solutions while regulating the legal measures. An incapacity must not lead to the loss of the exercise of all civil rights, but must be examined in each case.⁵¹

The CCR noted that every person must be free to act in order to develop his/her personality, the state, by virtue of its social character, having the obligation to regulate a normative framework that ensures respect for the individual, full expression of the personality of citizens, their rights and freedoms, equal opportunities, resulting in respect for human dignity.⁵²

At the end of the decision the CCR recommends to the National Authority for the Rights of Persons with Disabilities, Children and Adoption⁵³ to make proposals for regulation in this area to the Parliament or the Government.

III.4. The effects of the decision

Regarding the effects of the decisions of the Constitutional Court, we note that according to the provisions of art. 147 paragraph (1) and (3) of the Constitution, the normative act declared unconstitutional ceases to have legal effect within 45 days of the publication of the decision of the Constitutional Court if, in the meantime, the Parliament or the Government, as the case may be, has failed to bring the unconstitutional provisions into line with the provisions of the Constitution. For this limited length of time the provisions found to be unconstitutional shall be suspended *de jure*. The decision of the Constitutional Court applies *only for the future* (legal relations born after the publication of the decision, as well as in pending cases) according to Article 147 paragraph (4) of the Constitution which states that from the date of publication the decisions are generally binding and take effect only for the future.

The Romanian legislator has not adopted within the 45 days a legislation regarding to adjudication of incapacity, which means that starting from 13 March 2021 adjudication of incapacity in Romania hasn't got any legal basis. As a result, the requests having as object adjudication of incapacity, pending before the courts, either were rejected⁵⁴ or they were successively postponed⁵⁵.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Decision no. 601/2020, paragraph 32.

⁵³ A specialized body of the central public administration, with legal personality, subordinated to the Ministry of Labour and Social Protection, designated to fulfil the obligations laid down in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

⁵⁴ Filote-Iovu, Ioana-Anamaria: Scurte considerații cu privire la Decizia nr. 601 din 16 iulie 2020 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 164 alin. (1) din Codul civil. https://www.juridice.ro/715038/scurte-consideratii-cu-privire-la-decizia-nr-601-din-16-iulie-2020-referitoare-la-exceptia-de-neconstituionalitate-a-dispozitiilor-art-164-alin-1-din-codul-civil.html#_ftnref31 (16.06.2021). For case law see Judgement no. 2165 of 2 April 2021, Târgu Jiu District Court. <http://rolii.ro/hotarari/6078eec6e490092819000069> (16.06.2021); Judgement no. 592/2021 of 16 April 2021, Aleșd District Court. <http://rolii.ro/hotarari/60a72158e49009c41a000065> (16.06.2021); Judgement no. 2017 of 17 March 2021. <http://rolii.ro/hotarari/60ac5c2de49009a41d000082> (16.06.2021).

⁵⁵ Drepturile unor persoane cu probleme psihice, blocate în instanță de Curtea Constituțională. Unele nu pot primi nici pensie. Ce spun avocații. <https://focuspress.ro/drepturile-unor-persoane-cu-probleme-psihice-blocate-in-instanta-de-curtea-constitucionala-unele-nu-pot-primi-nici-pensie-ce-spun-avocatii/> (16.06.2021).

We mention that only on 9th March 2021 the Ministry of Justice put in public debate the draft normative act having as object the conformity with the above-analyzed decision⁵⁶, which means that the necessary legislative framework is far, known the time needed for the Government to adopt such a modification. The main problem is, the legislative situation we are in is seriously damaging to the person who has the affected capacity, as long as he can no longer take care of his interests. The goods as well as the health of the people are endangered, which is why it is necessary to urgently amend the legal provisions and adapt them in the sense indicated by the CCR.⁵⁷ We know, this is not an easy task, because it is necessary to completely rethink the measures for the protection of individuals and which also must be in accordance with the other provisions of the Civil Code. We think it is also essential the effective participation of civil society and protection organizations⁵⁸ in the public debates of the project, as they know best the problems of people who have a lack of mental capacity or discernment.

IV. Conclusion

Although the Constitutional Court did not have to often review the constitutionality of the provisions of the Civil Code, the issues raised were about essential problems of the institutions concerned, with serious effects on the application of legal provisions.

The Decision no. 534/2018 is the first time when the Constitutional Court referred to the ECJ for a preliminary ruling, which marks the beginning of the dialogue between the two courts regarding the non-compliance with EU laws. However, there is also a possibility of interpretation that the Constitutional Court shifted the responsibility to the ECJ to decide in a very sensitive question, given the general refuse of the same-sex marriages and partnerships by the Romanian society. Even if the decision does not overwrite the definition of marriage, it was necessary for reasons of equality and free movement of people within the EU. The decision no. 601/2020 was also a necessity, the Constitutional Court practically forcing the legislator to respect a treaty that was ratified many years ago.

⁵⁶ Propuneri preliminare de reglementare având ca obiect conformarea cu Decizia Curții Constituționale nr. 601/2020. <http://www.just.ro/propuneri-preliminare-de-reglementare-avand-ca-obiect-conformarea-cu-decizia-curtii-constitucionale/> (16.06.2021).

⁵⁷ See also Popescu, Ruxandra: Punerea sub interdicție - o problemă de punere în aplicare a dispozițiilor legale. https://www.hotnews.ro/stiri-specialisti_stoica_si_asociatii-24688513-punerea-sub-interdictie-problema-punere-aplicare-dispozitiilor-legale.htm (16.06.2021).

⁵⁸ Such as National Authority for the Rights of Persons with Disabilities, Children and Adoption ("Autoritatea Națională pentru Drepturile Persoanelor cu Dizabilități Copii și Adopții"), non-governmental organizations.

Application of the fundamental rights in EU contract law: a brief overview

I. Introduction

The European Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and the respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities². The EU is also bound by its Charter of Fundamental Rights³ and is committed to acceding to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)⁴ which was opened for signature in Rome on 4 November 1950 and came into force on 3 September 1953. It was the first instrument to give effect to certain of the rights stated in the Universal Declaration of Human Rights⁵, International Covenant on Civil and Political Rights⁶ and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR, 1966)⁷ and make them binding in the Europe. The effect of fundamental rights in general private and also in contract law have been the subject of academic debate mostly since the coming into force of these mentioned conventions in the aftermath of the Second World War. The fundamental rights laid down in these instruments were originally intended to protect citizens against the State, these rights have gradually extended to relationships between private parties also.

The central question posed by fundamental rights and contract law cases, on the one hand, is how to resolve the tension between the party's autonomy and freedom of contract and the protection of values recognized as fundamental in society, on the other hand. It should also be noted that the freedom of contract is necessarily limited: one party's freedom only goes as far as it does not harm the other's⁸. In particular the general clauses of private law, such as good morals and good faith (Germany, the Netherlands and Italy) or more specific rules that solve situations similar to those governed by such general clauses (England) seem to open the door for fundamental rights to fill in these limitations. The general clauses of private law (good faith, good morals and to some extent also tort) play an important role. Since general clauses give judges the possibility to resolve cases that are not covered by existing rules of contract law, reaching back to the general underlying principles of this field. Moreover, given their relatively flexible nature, general clauses provide the possibility to keep contract law in step with changes in society. Judges have regularly made reference to fundamental rights when filling in the general clauses of private law.

Some effects of fundamental rights on contractual relationships can be seen through case law also. For example, according to the pioneer case law like German interaction between fundamental rights and contract law was well noticed in the judgments of the German Federal Courts, *Bundesarbeitsgericht*, dealing with labour law cases, recognized an immediate effect of several basic constitutional rights on employment contracts as early as the 1950, while the

¹ Aida Bektasheva, PhD student, University of Miskolc, Hungary, bektashevaaida@gmail.com

² Treaty on European Union (TEU) Article 2.

³ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/c 364/01.

⁴ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), 3 September 1953

⁵ Universal Declaration of Human Rights, 1948.

⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR, 23 March, 1976.

⁷ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR, 1966.

⁸ Feldman, Yuval: Control or Security: A Therapeutic Approach to the Freedom of Contract. *Touro Law Review*, Vol. 18, No. 3, 2002, pp. 503-562.

Bundesverfassungsgericht, the Constitutional Court, not long afterwards committed itself to the *theory of the indirect influence of fundamental rights* through the general clauses of private law⁹. It has recognized a reciprocal effect, *Wechselwirkung*, of fundamental, constitutional rights and norms of private law since the 1950s. As for the judiciary, it has to give effect to fundamental rights in contractual relationships in the same way as is done in state-citizen relationships (*direct effect*) and have been recognized on a constitutional level, at the same time judges can and should not do more than take inspiration from fundamental rights when interpreting the rules of contract law (*indirect effect*). Moreover, this *horizontal effect of fundamental rights* in private law, which can now be traced in many European legal systems, makes it possible to accept the *constitutionalisation of private law*¹⁰ and clearly shows that fundamental rights and private law no longer exist in isolation of each other¹¹.

In this regard, proposals for a Draft Common Frame of Reference on European Contract Law (DCFR)¹² for contract law on the level of the European Union (EU) explicitly require the provisions of this DCFR to be read in the light of fundamental rights and to establish the nullity of a contract to the extent that it infringes a fundamental right. Since according to article II the Draft Common Frame of Reference determines that a 'contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognized as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle'. Moreover, Article I-1:102(2) provides that the DCFR 'is to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws. Also, Chapter 2 of Book II of the DCFR contains general rules on non-discrimination in private law relationships. In this regards, classical fundamental rights thus seem to offer stronger protection for citizens' freedom from the State.

II. Defining fundamental rights at the EU level

Basically, '*fundamental rights*' refer to all rights and freedoms that are safeguarded by national constitutions or international human rights documents. Legal doctrine is divided as to the question of what a fundamental right encapsulates. The formal criterion usually applied for defining fundamental rights is that of codification in a constitutional catalogue of fundamental rights.

In the 1969, in the *Staude case*¹³, it was the first time when the Court already referred to the fundamental rights as being part of the general principles of Community law and underlined that they are protected by the Court. The Court further clarified in *Wachauf case*¹⁴ that national authorities when implementing EU measures, must indeed comply with EU fundamental rights as they form an integral part of the general principles of EU law.

⁹ BVerfG 15 January 1958, BVerfGE 7, 198 (Lüth).

¹⁰ The term '*constitutionalisation*' has been widely used by Dutch scholars in particular. See, for example, Smits, Jan: 'Constitutionalising van het vermogensrecht', in Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 2003, p. 1; Cherednychenko, Olha: 'The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?' *Electronic Journal of Comparative Law*, No. 1, 2004.

¹¹ Cherednychenko, Olha: 'Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?' p. 195. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, No 2, 2006, pp. 195-218.

¹² The development of a CFR was first proposed by the European Commission in its Action Plan on 'A More Coherent European Contract Law' of 2003, COM (2003) 68 final and Communication 'European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward' of 2004, COM (2004) 651 final, 13.

¹³ Case 29/69 Stauder, 1969, ECR 419.

¹⁴ Case 5/88, Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 July 1989.

- According to Article F of the Treaty on European Union¹⁵, the EU was obliged to ‘respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention on Human Rights and as they result from the constitutional traditions common to the Member States as general principles of Community law’.
- Also, Declaration on European Identity¹⁶ (Copenhagen European Summit, 14-15 December 1973), in which the principles of democracy, the rule of law, social justice and the respect for human rights were considered a cornerstone of European international identity.
- Later with the entry into force of the Lisbon Treaty on 1 December 2009, the Charter of Fundamental Rights¹⁷ became a legally binding catalogue of fundamental rights within the EU legal order. According to Article 52 of the Charter, any limitation of fundamental rights must be provided for by law, respect the essence of those rights and freedoms and respect the principle of proportionality, failing which EU legislation is to be considered void. The Charter of Fundamental Rights¹⁸ is the point of reference not only for the Court of Justice but also for the EU legislature, notably when EU legislation gives “*specific expression to fundamental rights*”, as is the case for EU policies dealing with anti-discrimination, asylum, data protection transparency, good administration, and procedural rights in civil and criminal proceedings.
- The most famous ECJ judgment dealing with the scope of application of EU law is the *Åkerberg Fransson*¹⁹ case, where the Court, referring to scope of fundamental rights in the EU and to the explanations relating to Article 51 of the Charter of Fundamental Rights. The Court considered that the fundamental rights guaranteed by that Charter must be complied with where national legislation falls within the scope of European Union law. Another one is the *Melloni*²⁰ case that only in a situation where an action of a Member State is not entirely determined by European Union law, do national courts and authorities remain free to apply national standards of protection of fundamental rights.
- For example, in Dutch and German laws the fundamental rights are part of the positive law that has been broadly formulated forming part of a *national Constitution or an international human rights treaty*²¹. In Germany and the Netherlands, fundamental rights included in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)²² and International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)²³. Moreover, these rights have been entrenched, in the sense that they cannot be modified or can only be modified through a special legislative route. Another example is that right does not necessarily have to be written down or be derived from a written right in order to be

¹⁵ Maastricht Treaty, 1993.

¹⁶ See Declaration on European Identity, Copenhagen 1973.

¹⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/c 364/01.

¹⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/c 364/01.

¹⁹ Case C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, Judgment of the Court (Grand Chamber), 26 February 2013.

²⁰ Case C-399/11, *Stefano Melloni v Ministerio Fiscal*, Judgment of the Court (Grand Chamber), 26 February 2013.

²¹ Feldman, David: *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2002.

²² European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), 3 September 1953

²³ International Covenant on Civil and Political Rights, 23 March 1976.

recognized as fundamental. English common law already encompassed a number of fundamental rights before the ECHR rights were given further effect by means of the Human Rights Act 1998²⁴. Also, English common law recognized several fundamental rights, such as the rights to personal security and personal liberty as well as the rights to private property, to freedom of discussion and to assembly²⁵.

Moreover, fundamental rights can also be at stake in EU legislation covering all other domains of Union competence such as transport, competition, customs and border control. As these policies can also have an impact on citizens and individuals' rights, such as human dignity, privacy, the right to be heard, and freedom of movement, EU law should duly take such situations into account. For instance, on the basis of such justifications as the protection of public order, public security or public health.

Furthermore, it prescribes that contract should be held void to the extent that they infringe '*fundamental principles*' of the EU Member States (Article II.-7:301 DCFR). For example, in *Nold v Commission Case 4/73* the European Court of Justice reiterated that human rights are an integral part of the general principles of European Union law (Maastricht Treaty founded the EU on 'the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law'). So, the efforts made to align the DCFR provisions with fundamental rights represent an important step in the ongoing process of constitutionalisation of European contract law. Similarly, fundamental rights such as freedom of expression, freedom of religion, or the right to privacy may influence the horizontal relationship between private parties.²⁶

III. The direct and indirect effect to fundamental rights in contractual relationships

One of the most discussed aspects of the possible impact of fundamental rights on contract law is undoubtedly the question whether these rights should be given direct or indirect effect in this area²⁷.

The *theory of direct effect* was introduced in German law by Hans Nipperdey, who in the 1950s and early 1960s was the first President of the *Bundesarbeitsgericht*²⁸ (Federal Labour Court). He predicted that basic rights would develop into directly binding provisions instead of mere goals or guidelines. Another argument for direct application, which recalls the traditional common law view of human rights, derives from the idea that fundamental rights in essence are liberties that have their basis in private autonomy²⁹. The problematic side of the direct effect theory seems to be its practical application. Even if it is accepted that private parties in principle are bound by fundamental rights in the same measure as state authorities, the differences between private and public actors require adaptations to fit in the fundamental rights argument in judicial reasoning in contract law cases. Accordingly, the idea of *direct*

²⁴ Human Rights Act 1998, Act of Parliament of the United Kingdom.

²⁵ Wadham, John – Mountfield, Helen – Edminson, Anna: *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, third edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 3.

²⁶ Mak, Chantal: *Fundamental Rights in European Contract Law*, Wolters Kluwer Law & Business. Austin, 2008, pp. 49-167.

²⁷ Hartkamp, Arthur: *On European Freedoms and National Mandatory Rules: The Dutch Judiciary and the European Convention on Human Rights*, *European Review of Private Law* 2000/1. p. 111-124.

²⁸ Vogenaue, Stefan: *An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2006, p. 627-663.

²⁹ Barak, Aharon: *Constitutional Human Rights and Private Law*. In: Friedmann, Daniel – Barak-Erez, Daphne (eds.): *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2001, p. 13-42.

horizontal effect implies that a private party has, in his action against another private party, a claim or a defence which is directly based on a constitutional right which overrides an otherwise applicable rule of private law.

According to advocates of doctrine of *indirect effect (mittelbare Drittwirkung)*³⁰, citizens are not the addressees of fundamental rights and are therefore not directly bound by these rights. So, it means that it may influence private law through the interpretation of open norms such as ‘good morals’ and ‘good faith’³¹. With supporting this view I emphasize that a distinction should be made between the public and the private sphere: fundamental rights have been developed for the former context, that is to protect citizens against the State, and can therefore not directly be applied in the latter sphere. Since relations between citizens are essentially different from those between the citizens and the State, fundamental rights that have been designed to serve public interests cannot be equally applied in contract law. They should be taken into account indirectly, in particular as sources for filling in the open-textured norms of private law. At the same time, values and concepts such as good faith, reasonableness and negligence reflect, *inter alia*, an appropriate balance of opposing human rights³². The judges should consider the rules of private law that are applicable in the specific case in the light of the fundamental values that lie at the heart of the problem addressed in the case. In the continental legal systems, such as Germany, the Netherlands and Italy, this form of indirect effect may be especially realised by means of the general clauses of private law (‘good morals’ and ‘good faith’).

According to the distinction between direct and indirect effects in the case law there was an impression and a conclusion that cannot fully explain the role of fundamental rights in European contract law³³.

IV. Some case law analysis

The European case law demonstrates a tendency to guarantee the compliance of provisions of contract law with fundamental rights.

German case law

The German Constitutional Court, the *Bundesverfassungsgericht*, as early as 1958 established that the rules of private law should be interpreted in the spirit of the order of constitutionally protected values, indicating the general clauses as the ‘inroads’ for fundamental rights in private law³⁴. The following case law clearly show impact of fundamental rights on private law, as the *Lüth* decision of 1958³⁵ and judgments in contract cases such as *Handelsvertreter*, 1991³⁶ and *Bürgschaft*, 1993³⁷ and, two cases on life insurance contracts (2005)³⁸.

³⁰ Smits, Jan: Constitutionalisering van het vermogensrecht. In: Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking. Kluwer, Deventer, 2003, p. 49.

³¹ Dürig, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, Isar Verlag, München, 1956, pp. 157-190.

³² Barak: *supra* pp. 21-22.

³³ Mak, Chantal: Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England. (Private law in European context series; Vol. 12). Kluwer Law International, Vol 12, 2008, https://pure.uva.nl/ws/files/28980543/175437_Mak_FREEC.pdf

³⁴ BVerfG 15 January 1958, BVerfGE 7, 198, (Lüth).

³⁵ BVerfG 15 January 1958, BVerfGE 7, 198 (Lüth).

³⁶ BVerfG 7 January 1990, BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter).

³⁷ BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (Bürgschaft).

³⁸ BVerfG 26 July 2005, NJW 2005, 2363 and 2376.

In the 1990s, the Court extended this doctrine to include the judicial review of the contents of contracts, based on the interpretation of 'good morals' and 'good faith' in the light of fundamental rights. The *Bundesverfassungsgericht*, the German Federal Constitutional Court, established that all private law should comply with the objective order of values protected by the Constitution. In case law, this could be realised especially through the interpretation of the general clauses of private law (*Wechselwirkung*).

Italian case law

The Italian law demonstrates how fundamental rights have affected the development of private law doctrines from the 1950s onwards. The Italian Constitutional Court (*Corte Costituzionale*) and Supreme Court (*Corte di Cassazione*), after a tentative start³⁹, have established a steady practice of reading provisions of private law in the light of constitutionally protected rights. For example, judgments of the *Corte Costituzionale* on the recognition of non-pecuniary damages⁴⁰ (*Corte cost.*1986, *Corte cost.* 2003, n. 233. *Cass. civ.* 2003. *Foro it.* 2003, I, 2273). In contrast to German law, the influence of the Italian Constitutional Court is a more indirect one, given that the *Corte Costituzionale* does not handle individual complaints of unconstitutionality, but adjudicates the compliance of laws with the Constitution in cases that are referred to it by the civil courts. So, in Italy, case law also shows a line of examples of the application of constitutional rights and principles, such as the principle of solidarity (Article 2 *Cost.*), in combination with rules of private law. For example, requirements of good faith or the rules on tortious liability and immaterial damages.

British case law

In English law the framework for the entrance of fundamental rights into contract law differs. Freedom of contract is considered a background norm of contract law and the courts stick to the formal doctrines that have been developed in the nineteenth century. Therefore, English common law system seems considerably to be averse to the use of general clauses. According to the case for example, *Wilson v. First County Trust Ltd*⁴¹ it remains unclear what is or will be the role of fundamental rights in English contract law adjudication. The coming into force of the Human Rights Act 1998 (HRA), as of 2 October 2000 signified an important change in the status of fundamental rights in British law. Before the HRA came into force, fundamental values in English common law were expressed in liberties as well as in a number of fundamental rights. Besides these liberties, English common law included several fundamental rights, such as the rights to personal security and personal liberty as well as the rights to private property, to freedom of discussion and to assembly. So, English law has recognized a number of common law liberties and has given further effect to the ECHR through the Human Rights Act 1998.

Case law examples taken from German, Italian, and English contract law have shown that type of fundamental rights argumentation may have harmonizing effects on the rules governing specific topics. So, in case of many different types and of varying social importance, these examples have in common that they require an assessment of the contractual interests involved as well as the consideration of certain interests that on the constitutional level, in the relation between the State and citizen, have been recognized as being in need of protection by means of fundamental rights. Moreover, the national legal systems have developed different manners of giving effect to fundamental rights in contract law.

³⁹ *Cass. civ.* 10 August 1953, *Giust. civ.* 1953, 2687.

⁴⁰ *Corte cost.* 14 July 1986, n. 184 and *Corte cost.* 11 July 2003, n. 233. The latter judgment affirms the Italian Supreme Court's decisions *Cass. civ.* 31 May 2003, n. 8827 and 8828, *Foro it.* 2003, I, 2273.

⁴¹ *Wilson and others v. Secretary of State for Trade and Industry*, UKHL40, 2003

V. Conclusion

Contract law is probably the most dynamic area of European Private Law in all national member states' legal systems. Today, fundamental rights also have an impact on the relationship between private parties. Particularly, fundamental rights have direct and indirect binding effect on private parties.

A direct effect implies that a fundamental right is applied to a case between private parties in the same way as it would be applied to a case involving the State. The theory of indirect effect rejects this view, arguing that private parties in principle are not addressees of fundamental rights and cannot be requested to take into account matters of public interest in their interprivate relations⁴². Indeed, it is held that fundamental rights may be infringed by private parties in a similar way as by the State and should therefore be given effect in contract law as in public law. For example, for Germany, the rights of the *Grundgesetz* are thus the most relevant, while the ECHR generally is less influential because of its overlapping with constitutional rights. In the Netherlands, on the other hand, the Convention figures prominently beside the *Grondwet*, especially in the case of judicial review. In Italy, like in Germany, the ECHR plays a smaller part, given its non-constitutional status and, besides that, the constitutional review of laws conducted by the *Corte Costituzionale* on the basis of the *Costituzione*. English law, finally, has recognized a number of common law liberties and has given further effect to the ECHR.

Brief comparison of this above European legal systems shows different approaches and different stages in the development of case law on the effects of fundamental rights in contractual relationships which is related to the policy questions also. For example, in its rulings on *Schmidberger*⁴³ and *Omega*⁴⁴, the ECJ accepted that EU economic freedoms could be superseded when, respectively, the principle of human dignity and freedom of expression are at stake at national level.

The examination of the effects of fundamental rights in contract law in terms of autonomy and solidarity brings into play the politics of contract law, since it engages the choices made by legislature and judiciary regarding the extent to which parties should take each other's interest into account. The consequences of legislation infringing fundamental rights standards, have led the EU institutions to develop a consistent strategy to take into account the fundamental rights dimension when drafting, amending or assessing the impact of future legislation. Although the legislator might have given a framework within which the cases should be resolved, the specific circumstances of the disputes require the courts to consider the actual consequences of the contractual arrangements on the party's interests protected by fundamental rights. In additional, harmonisation of contract laws in the European Union usually takes place by means of legislation: that is, through regulations and directives. EU institutions should respect fundamental rights when drafting such instruments.⁴⁵

⁴² Barak: supra pp. 13–42.

⁴³ Case C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich, Judgment of the Court of 12 June 2003.

⁴⁴ Case C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Judgment of the Court (First Chamber) of 14 October 2004.

⁴⁵ Weatherill, Spethen: Cases and Materials on EU Law, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 66-77.

The Slovenian Constitutional Court as an Actor in Commercial Disputes

I. Introduction

This paper will explore the methods of argumentation used by the Slovenian Constitutional Court (henceforth: the Court) in the interpretation of constitutional provisions in commercial disputes. The first part explains the role and position of the Court in the Slovenian legal system, while also looking at the two most important and common procedures of constitutional control (constitutional complaint (henceforth: complaint) and assessment of constitutionality and legality (henceforth: assessment)) and their possible outcomes. The second part of the paper defines what commercial disputes are. The next, third, part presents a statistical overview of all 34 judgements of the Court in commercial disputes in the last five years. It presents the share of complaints and assessments, the share of successful and unsuccessful actions and the Acts whose provisions were most commonly attacked. The fourth part presents the results of the analysis of 11 judgements of the Court in commercial disputes. It explains, *inter alia*, which constitutional rights/provisions the petitioners relied on most commonly, what the success rates of claims of alleged violations of individual constitutional rights/provisions were, which methods of interpretation were used by the Court most frequently and which methods were the most important in the Court's reasoning. This part also provides a critical analysis of the findings. In the final part the paper provides an overview of the most important findings.

II. On the Slovenian Constitutional Court

The Court is the “highest institution for the protection of constitutionality, legality and human rights in Slovenia²”. It is independent and autonomous in relation to other state institutions. The Court has 9 judges, elected by the National Assembly for a 9-year mandate, without the possibility of renewal. Basic provisions about the functioning of the Court, its procedures and competences are included in the Slovenian Constitution, while more detailed provisions are found in the Constitutional Court Act. A president is elected for a 3-year period by the Court itself. The Court has the competence to decide in the following types of disputes:

- i. assessments (compliance of lower-level legal Acts with higher level legal Acts, e.g., of a Law with the Constitution or an executive Act with a Law),
- ii. complaints (cases of alleged violations of human rights and basic liberties by individual legal Acts, e.g., court rulings),
- iii. jurisdictional disputes (between courts and other state institutions, etc.),
- iv. impeachment procedures against the president of the republic, the prime minister, and ministers,
- v. unconstitutionality of Acts and actions of political parties and
- vi. other types of disputes (electoral disputes and disputes about referenda).

The most common procedures that are also the most relevant for this article are the procedures under i and ii.

¹ University Assistant, Faculty of Law of the University of Maribor

² Kavčič, Igor – Grad, Franc – Ustavna ureditev Slovenije. GV založba, Ljubljana, 2008, p. 336.

II. 1. Assessments

In general, parties who are actively legitimized to start assessments are divided in 2 groups. Privileged³ (different state institutions) that can demand a procedure (the Court is then obliged to give a ruling) and unprivileged (all other parties) that can propose to the Court to start a procedure, that the Court only starts if the parties show legal interest (the Act in question must directly interfere with their rights, legal interests, or legal positions). The Court can not start a procedure *ex officio* but can expand a procedure already in motion to other legal Acts (principle of connectivity). The Court can annul the unconstitutional or illegal provision with *ex nunc* or *ex tunc* effect, depending on the type of the Act and of the violation, constitute the unconstitutional or illegal nature of the Act without annulling it (while also instructing the institution that issued the Act to make the appropriate changes so that the Act will not violate the legal order) or interpret the provision in question.

II. 2. Complaints

Complaints can be filled by anyone who thinks that an individual legal Act violated their rights or liberties, but only after using all other available legal remedies. The Court has 3 senates (criminal, civil and administrative, each with 3 judges) that procedurally test the complaints. If the complaint does not fulfill the procedural criteria the competent senate discards it. If the complaint is not discarded the Court (all 9 judges) deliberates and either rejects the complaint or upholds it. In the latter case the court usually annuls the Act with either *ex tunc* or *ex nunc* effect and returns the file to the competent court. If it is necessary to remedy the consequences of a human rights violation and if possible, the Court can also decide on its own.

III. What are “Commercial disputes”

As this article will address the role of the Court in commercial disputes it is necessary to first define what commercial disputes are. The Slovenian legal theory and established legal practice differentiates between objective and subjective criteria for the definition of commercial disputes. Following the subjective criteria, a commercial dispute is a dispute where;

- i. one party is a commercial entity while the other party is either a commercial entity, local community, or the state,
- ii. a dispute between individual entrepreneurs regarding their business activities and
- iii. a dispute between an individual entrepreneur and one of the categories as listed under i. regarding business activities.

Following the objective criteria, a commercial dispute is a dispute that has a commercial content, regardless of the legal nature of the parties. In this category the following types of disputes are considered commercial;

- i. insolvency and bankruptcy procedure disputes,
- ii. competition disputes and disputes concerning the protection of copyrights,
- iii. disputes concerning the annulment of an arbitration contract or under certain conditions of an arbitration decision,

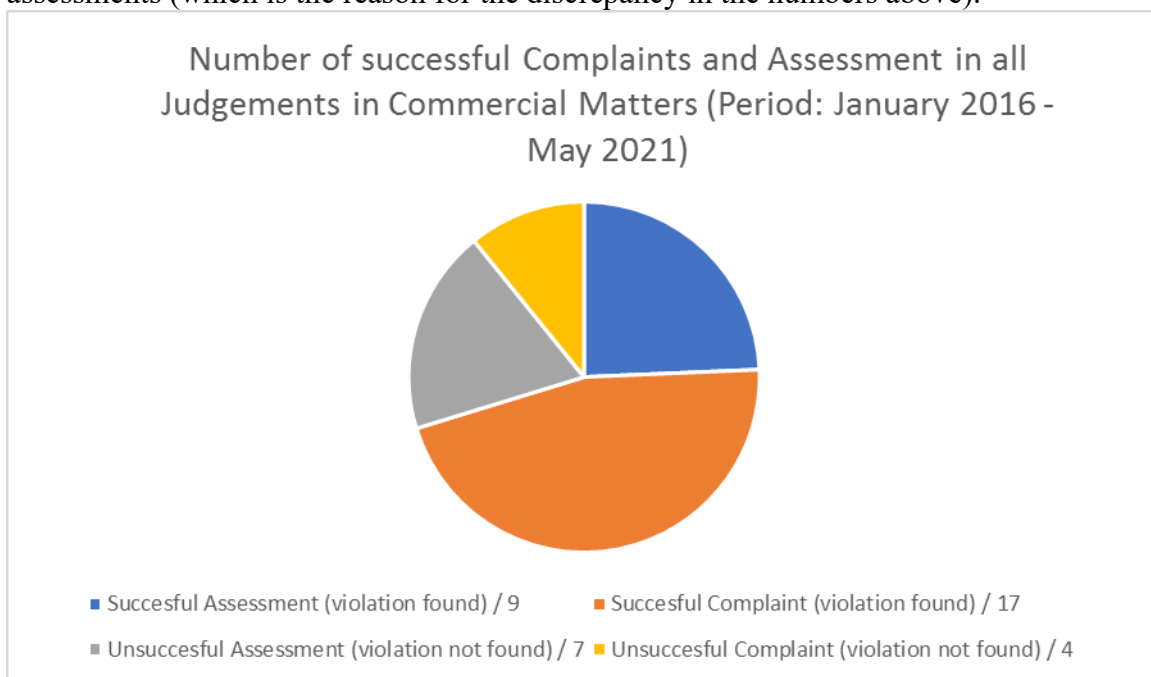
³ There are two types of privileged parties; the ones that can demand a control of constitutionality and legality of all legal acts (abstract control) and the ones that can only demand a control in connection with ongoing procedures in front of them (concrete control), these being the Information commissioner, the Central bank, courts, the State attorney general, and the Court of auditors.

- iv. disputes concerning concession contracts,
- v. disputes concerning court registries and
- vi. disputes concerning ships.

Another category of commercial disputes are commercial status disputes, which are disputes between different stakeholders in a company (e.g., between members of the supervisory board and members of the management).

IV. On the general nature of commercial disputes before the Court

According to the research guidelines, the period covered by this paper began on the 1st of January 2016 and ended on the 1st of May 2021. In this period the Court decided in the merit in 34 commercial disputes. 21 of those were complaints and 16 were assessments, with the Court also giving a ruling in the merit in 3 cases that were both complaints and assessments (which is the reason for the discrepancy in the numbers above).



Out of the 21 complaints the Court found a violation of fundamental liberties and human rights in 17 cases, the remedy in all of them being the *ex nunc* annulment of the individual Act and the return of the file in question to the first instance. In 4 complaints the Court found that there has not been a violation of basic liberties and human rights by individual legal Acts.

In the 16 cases of assessments the Court found the provision(s) of the attacked Act to be unconstitutional in 9, while the Act was deemed constitutional in 7. As for the Acts whose provisions were attacked as unconstitutional, an interesting finding can be made. In 7 cases the attacked Act was the Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act (ZFPPIPP), with the Court finding a violation of the Constitution in 5 of these cases. The other major group of Acts whose provisions were put in question were different Acts dealing with banking, such as the Banking Act, The Bank of Slovenia Act and the Resolution and Compulsory Winding-Up of Banks Act. Other Acts put in question were various in nature, for example the Act on the Access to Public Information, the Book-Entry Securities Act, the Consumer Loan Act, and the Act on Electronic Communications. The above leads us to the conclusion that *more than half (5 out of 9) of the assessments of the*

Court in commercial matters that found a violation of the constitution by an abstract and general provision of a legal Act were dealing with the Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act. In the authors opinion the reasons for the (comparatively) high number of unconstitutional provisions of the above Act are twofold.

- i. Firstly, there has been a large number of insolvency proceedings and compulsory dissolutions during and after the recession which means that purely statistically there was also a large number of appeals to decisions of courts in these matters, some of which ended up before the Court and some of which were successful and
- ii. secondly as the insolvency and compulsory dissolution procedures in Slovenia are complicated, convoluted, and full of pitfalls for potential procedural errors to be made by courts⁴.

V. In depth analysis of the chosen judgements

V.1. Introduction

In the following section 11 judgements⁵ of the Court will be analysed in depth in accordance with the research design. The judgements were all passed in the period from the 1st of January 2016 to the 1st of May 2021. The author chose these exact judgements because they are, according to the criteria of procedure, topic and constitutional right in question, a representative sample of all judgements in commercial disputes that the Court issued in the period in question. Furthermore, the judgement U-I-295/13 was deliberately added, as it is one of the more important judgements of the Court in the last decade and handles the constitutionality of the *de facto* expropriation of owners of subordinate bonds of banks during the bank bail out in the recession. In this case the Court filed a demand for a preliminary ruling to the Court of Justice of the EU concerning the interpretation of the Commission's Banking Communication.⁶

V.2. On the constitutional provisions relied on by petitioners and on the constitutional provisions found to have been violated

Firstly, a general overview of all 34 judgements of the Court in commercial disputes shows, that the Court found the following number of violations of individual constitutional provisions; 13 violations of article 22 (equal protection of rights), 4 violations of paragraph 2 of article 14 (equality before the Law), 3 violations of paragraph 1 of article 23 (right to judicial protection), 2 violations of article 33 (right to private property and inheritance) and one violation of both article 2 (rule of Law) and article 74 (free enterprise).

A more detailed overview on the 11 judgements that were analyzed in depth reveals, that in these judgements the constitutional provisions that the applicants based their petitions on⁷ were the provision on the rule of Law (6 times), equal protection of rights (6 times), equality before the Law (5 times), right to judicial protection (4 times), right to private

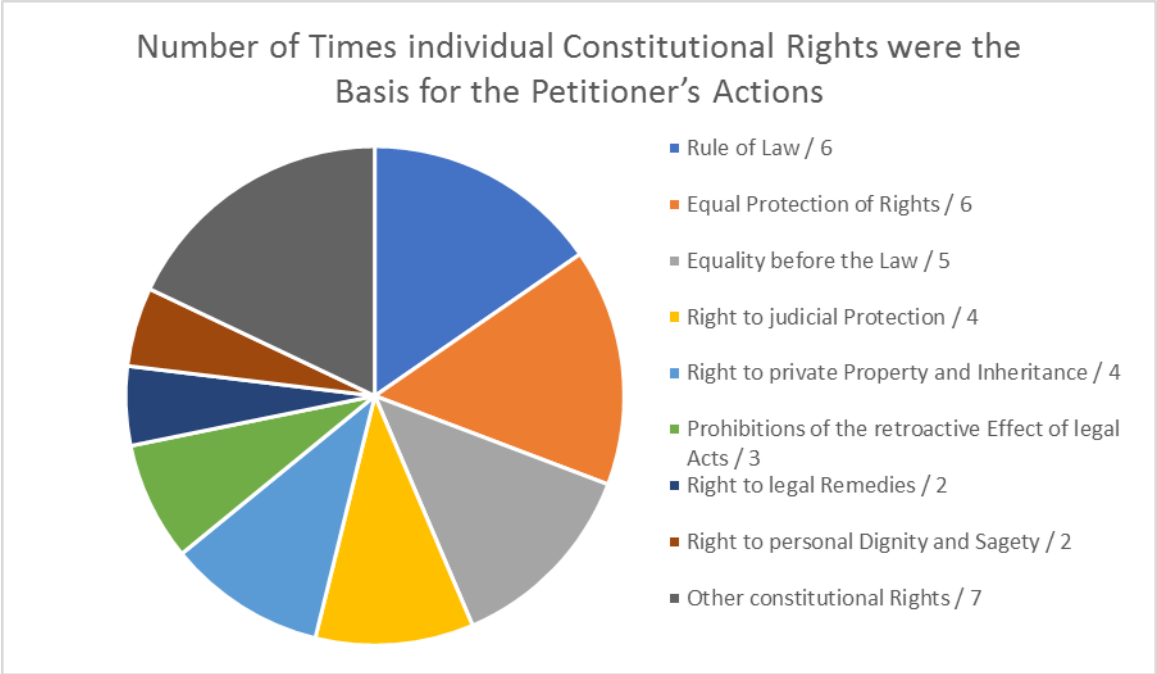
⁴ So much so that the shortfalls of insolvency procedures were recently the main topic of a prime-time television show on national television (Ekstravizor, 17.3.2021).

⁵ U-I-295/13, joined cases U-I-49/17 and U-I-98/17, U-I-27/17, Up-38/17, joined cases Up-280/16, Up-350/16, Up-745/16 and others, U-I-413/20, Up-371/19, joined cases U-I-55/16 and U-I-196/16, Up-370/17, U-I-192/16, joined cases Up-386/15 and U-I-179/15.

⁶ 2013/C 216/01.

⁷ Petitioners based each action on more than one constitutional right.

property and inheritance (4 times), prohibition of the retroactive effect of legal acts (3 times), right to legal remedies (2 times) and right to personal dignity and safety (2 times). The following constitutional provisions were one of the bases of petitions in one case: free enterprise, legislative power of the National Assembly, participation in management, independency of the Central Bank, protection of the natural and cultural heritage, finality of legal decisions, tax provisions, right to property and prohibition of expropriation.



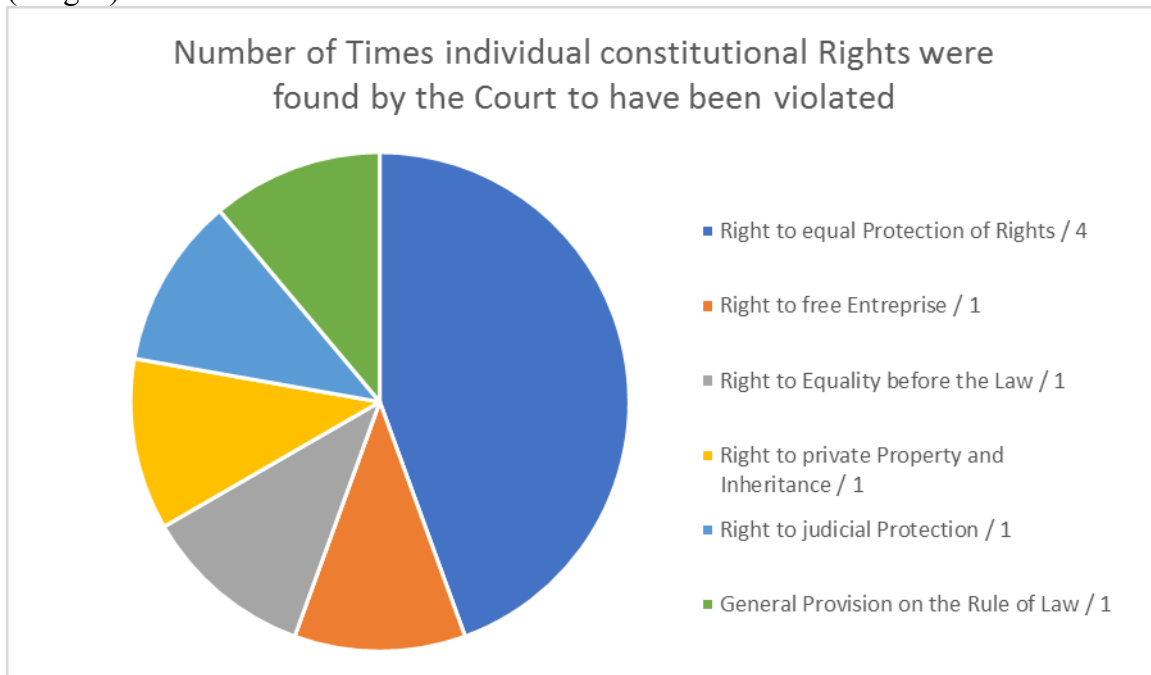
The Court ruled on all the alleged violations in only 5 of the 11 cases examined more closely, those being the three in which no violations were found⁸ and in the cases U-I-295/13 and Up-280/16 where all the alleged violations were examined, but only some of them found. In the remaining 6 cases the Court only found the violation of one constitutional provision, further stating that it does not consider it necessary to examine the remaining alleged violations, as the act was already found to be unconstitutional.

That said, the Court found 4 violations of the right to equal protection of rights and one violation the right to free enterprise, equality before the Law, the right to private property and inheritance, the right to judicial protection and a violation of the general provision that Slovenia is a state ruled by Law. Therefore, we can clearly surmise that the Court consented with the petitioners claims about violations of their right to Equal Protection of Rights in 66% of the cases and with their claims of violations of the Right to Free Enterprise in 100% of the cases. Claims of other violations were upheld in only a small percentage (with a success rate from 16,7% to 25 %). No violation of several constitutional rights/provisions⁹ was found in any case. In this regard it is interesting to point out that the prohibition of retroactivity was the basis of the petitioner's actions in three cases, but no violation of it was found by the Court in any of them. To conclude, from the point of statistical analysis it seems that it is most effective for petitioners to base their complaints in commercial disputes on the provision on equal protection of right, as it guarantees a constitutional right that is relatively broad and thus

⁸ U-I-413/20, Up-38/17, U-I-27/17.

⁹ Prohibition of the Retroactive Effect of Legal Acts, Right to Legal Remedies, Right to Personal Dignity and Safety, Legislative Power of the National Assembly, Participation in Management, Independency of the Central Bank, Protection of the Natural and Cultural Heritage, Finality of Legal Decisions, Tax provisions, Right to Property and Prohibition of Expropriation

able to be the basis of many actions. On the other hand, the right to free enterprise that is also successful from a statistical viewpoint, is much narrower and more limited to specific types of (alleged) violations.

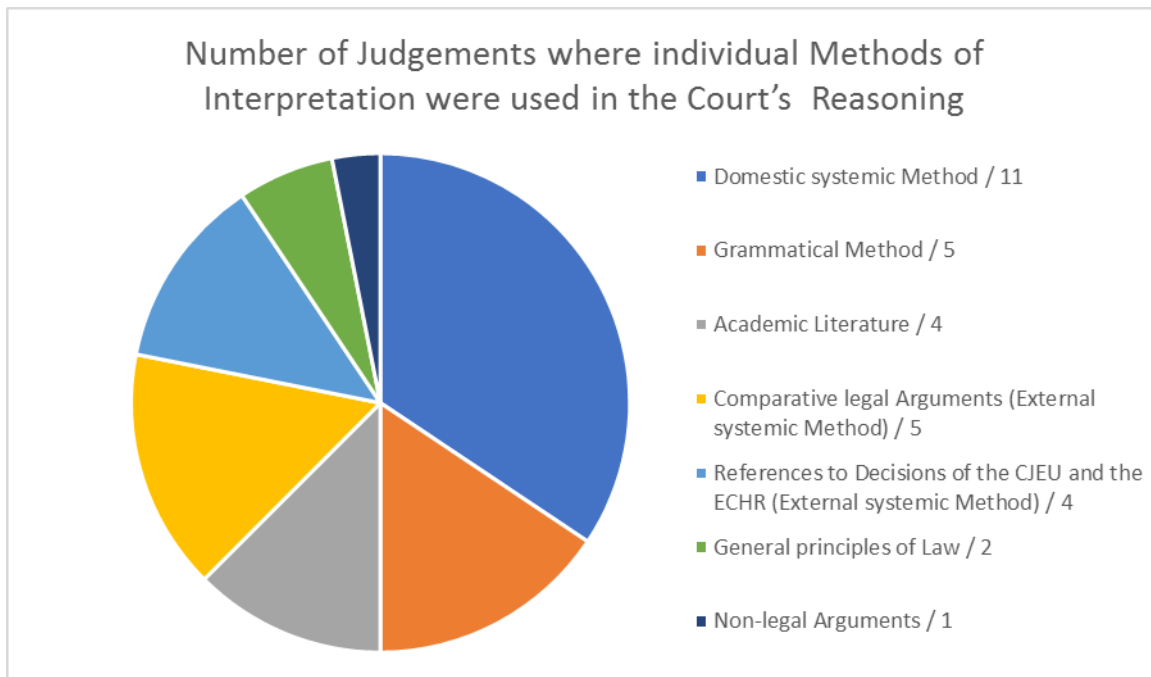


V.3. On the Methods of Interpretation used in the Judgements

When examining the methods of interpretation used by the Court for interpreting constitutional provisions in the 11 chosen judgements according to the research design, the following conclusions can be made.

V.3.1. Quantitative Analysis

Firstly, from a quantitative point of view, the by far most important method of interpretation was the domestic systemic method. Interpretation of constitutional provisions based on case Law of the Court and of established legal practice (of the Court) was used extensively in every judgement. Constitutional provisions were interpreted in relation to other constitutional provisions in two of the examined cases. The grammatical method of interpretation based on the ordinary meaning of words was used in 5 judgements, in four of them one time and in one on three occasions. Foreign and domestic academic literature was used extensively in 4 judgements (in the others not at all or only very scarcely). The following conclusions can be made about the use of the external systemic method to interpret constitutional provisions; comparative legal arguments (citing EU Law) were used in 5 judgements, furthermore, references to court decisions of non-national courts were used to interpret domestic constitutional provisions in 4 judgements, two times in three of them and once in one. The judgements used were decisions of the Court of Justice of the EU on 5 occasion and decisions of the European Court of Human Rights on two. The Court used non-legal arguments in one case and general principles of Law in two. Lastly, the Court did not use the logical and teleological method of interpretation any of the analyzed cases.



V.3.2. Qualitative Analysis

Looked from a qualitative perspective, we can conclude that the by far most important method of interpretation was the domestic systemic method. In all 11 analyzed judgements the conclusion on the (un)constitutionality of an Act could have been, according to the author's opinion, based solely on the findings obtained by this method, as the decisive reasons for the Court's decisions were almost always based on the Court's own Case Law and its established legal practice. In 4 cases the conclusions made by interpreting the Court's case Law were the decisive argument of the decision, while in the other 7 cases they were a defining one. Several examples of case Law were also used as strengthening and illustrative arguments in most judgements. The determination of the meaning of a particular constitutional provision in accordance with other constitutional provisions was used only rarely and did not contribute importantly to the Court's conclusions. It was used in case U-I-27/17 to explain, that the right to private property is not absolute, as it must be interpreted in conjunction with article 15 of the Constitution that determines when certain rights can be limited. The findings made with the domestic systemic method in this form were used as strengthening arguments.

The grammatical method of interpretation was especially important in cases where the text of the constitutional provision in question did not demand much interpretation, as it was clear in itself. For example, the Court stated in judgement U-I-295/13 that the right to private property as it is formulated in the Constitution "does not afford the duty of the state stemming from the Constitution or a right of the creditor entailing that the state should reimburse the money from private investments that transpired to be economically unsuccessful¹⁰", as such a duty of the state and the right of the creditor is not explicitly stated in the Constitution. Findings obtained via the grammatical method of interpretation were mostly used as defining arguments that lead to the Court's conclusion in conjunction with findings obtained with the domestic systemic method. The external systemic method was, by the nature of things, used in cases that had a supra-national element. The Court did not reference the case Law or legal

¹⁰ U-I-295/13, para. 112.

Acts of any individual foreign country. The conclusions made with the interpretation of constitutional provisions considering EU Law and the European Convention on Human Rights (and the relevant case Law) were mostly strengthening arguments (in 5 cases), they were the defining argument in one case and the decisive argument in one case. In the latter case the external legal Act was a preliminary ruling of the Court of Justice of the EU (CJEU), made on the demand of the Court and regarding the interpretation of the Commission's Banking Communication.

Lastly, constitutional provisions were interpreted considering legal theory in 4 cases. Theoretical findings of domestic and foreign literature were used as strengthening and illustrative arguments and did not contribute importantly to the Court's decision.

Overall, we can conclude, that the *Court was especially keen to use its own case Law to interpret constitutional provisions in ongoing cases*. In cases where the provisions interpreted were clear and concise the Court *also used the grammatical method* of interpretation, but it never relied solely on it, rather using the findings obtained with it as determining arguments. Other interpretation methods were both far less common and bore far less weight. The Court interpreted constitutional provisions in accordance with legal acts of the EU and with the Case Law of the CJEU and of the ECHR (external systemic method of interpretation) in cases that had a supra-national element, while it never used the case Law or legal provisions of a foreign country in its reasoning. Legal theory (textbook, articles, commentaries of Acts) was also used sometimes, but only to strengthen the findings obtained with the use of other methods of interpretation. Lastly, as already said, the Court was not too keen to use non-legal arguments. It did so in two cases; in one it implemented economic reasoning, stating that even if proprietors of subordinate bonds were expropriated this was not a violation of their constitutional rights if *inter alia* they were not put in a worse economic position that they would be in, had the banks of whose subordinated bonds they were proprietors wound up. Non-legal arguments were used as strengthening arguments in both cases. The Court was also very reticent to use general principles of Law in its reasoning in commercial disputes, using them twice (as a strengthening argument), both times referencing the principle of protection of consumers.

V.4. Comparison of Methods

Firstly, since the judgements analysed above are a representative sample of the Court's judgements in commercial disputes, we can extrapolate that similar findings are also true for the Court's rulings in commercial disputes in general. Regarding the comparison of the methods of argumentation used in commercial disputes to those used in other types of disputes an explanation is in place; the methods of argumentation in disputes other than commercial are not the topic of this paper and therefore only an analysis of a relatively small number (5) of judgements in criminal and administrative disputes¹¹ was carried out. Therefore, this sample is clearly not completely representative, but still able to show a relatively clear picture.

The methods of interpreting constitutional provisions/rights in the 5 judgements of criminal and administrative nature analyzed, were very similar to the methods of interpretation used in the 11 analyzed commercial disputes. The Court's own case Law (domestic systemic method) was still the most important tool for interpreting provisions of the Constitution, followed by the grammatical method. One noticeable difference however was that the case Law of the ECHR played a much more important role in criminal cases as it did

¹¹ Up-171/14-13, Up-1006/13-20, Up-57/14-13, joined cases U-I-115/14-28 and Up-218/14-45, Up-152/14-14.

in commercial disputes. The author did, furthermore, not notice any important differences in the principles followed by the Court reflecting the specialities of private Law as opposed to public Law. The Court did not put special emphasis on the specificities of civil Law in any of the analyzed judgements, neither did it express any principles regarding the horizontal effect of fundamental rights¹². All in all, we can conclude, that the types of arguments and principles used in argumentation are very similar in both commercial disputes and disputes of public legal nature (criminal and administrative), with one noticeable difference being the extensive use of the ECHR's case Law in criminal disputes. In the authors opinion it is especially pertinent to point out, that the Court never relied on the case Law of Slovenian courts, even that of the Supreme court, or case Law of foreign national constitutional courts. The findings clearly show that in all types of cases the Court is relying in a great extend on its own case Law to interpret constitutional provisions.

VI. Conclusion

Off all 34 commercial disputes adjudicated on by the Court in the timeframe covered, 21 were complaints and 16 were assessments (3 being both). 9 assessments found a legal provision to be unconstitutional, while 17 complaints found an individual legal act to be unconstitutional. In an overproportionate number of cases the legal provisions that were alleged and found to be unconstitutional were part of the Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act. In the authors opinion the reasons for this are both the complicated nature of the said Act and the large number of insolvency and compulsory dissolution proceedings after the recession. The constitutional rights that were most commonly found to have been violated in the 11 cases analyzed in depth were the equal protection of rights, equality before the Law and right to judicial protection. These rights (as well as the general provision that Slovenia is a country ruled by law) were also most invoked by petitioners.

Regarding the methods of interpretation used by the Court the quantitative and qualitative analysis showed, that the most important method for interpreting constitutional provisions was the domestic systemic method (more precisely, the use of the Court's case Law, both of individual decisions and established practice), with the Court never using case Law of the Slovenian regular judiciary. This method was followed by the grammatical method, that was mostly used to supplement the findings obtained using the domestic systemic method in cases where there was not much need for the interpretation of constitutional provisions as they are clear in meaning. The external systemic method was used with regards to the judgements of the ECHR and of the CJEU. The Court never used judgements of foreign national courts or foreign national legislation to interpret domestic constitutional provisions. As regards for the use of legal theory, the Court used mostly domestic legal theory (textbooks, articles, commentaries of Acts) with only rare use of foreign legal theory. General principles of Law and non-legal arguments were used rarely. The logical and teleological method of interpretation were not used by the Court in any of the analyzed cases. It also must be noted that the findings obtained with methods other than domestic systemic and grammatical only rarely had an important role in the Court's final decision, acting mostly as strengthening and illustrative arguments. Lastly, a comparison of the judgements in commercial disputes with 5 judgements of criminal and administrative nature showed, that the Court's methods of interpreting constitutional provisions do not greatly differ

¹² There were no horizontal violations of human rights in the examined cases.

between public and private Law cases, the only important difference being the greater role of the case Law of the ECHR in criminal cases.

The Interpretation and Application of Fundamental Rights in Civil Cases in the Czech Republic

I. Introduction

The aim of this article is to determine and shed light on the specific features of application and interpretation of fundamental rights in the field of civil law in the Czech Republic. The article follows a methodology developed by Prof. Z. Tóth to examine decisions made by constitutional courts in Central Europe and works with an analysis of 10 selected rulings² of the Czech Constitutional Court (CCC).³ The article will scrutinise these decisions one by one, according to the areas to which they materially belong. A quantitative analysis of the individual interpretation methods will follow in the conclusion. The reason why I opted for this approach is that decisions in individual cases are relatively strongly influenced by two factors in terms of the methodology and values. The first is the specific panel of justices that is called on to hear a certain case and the second is the justice-rapporteur appointed to present it to this panel.

What is important from the perspective of this article is not the actual solution to each given matter, but rather the process by which the CCC arrived at the solution. The article will therefore focus primarily on the methods of interpretation and the arguments used in each case, and on significance the CCC attributed to these methods and arguments in the reasoning of its decisions.

II. Family law – same-sex couples

I chose two decisions from the field of family law. The first was case Pl. ÚS 7/15, where the Constitutional Court answered the question of whether it was constitutionally permissible for a registered (civil) partnership to form an obstacle to individual adoption of a child. The Civil Code (CC) lays down a general rule that children may be adopted by married couples. That being said, “another” person may also adopt a child under certain circumstances, even if he or she is single.⁴ This provision can be interpreted in that such other person may also be a “registered partner”. On the other hand, however, the Registered Partnership Act explicitly excludes this option.⁵ The legislator thus ultimately allowed for the adoption of a child by an unmarried individual, where his or her sexual orientation was completely irrelevant. At the same time, however, adoption was prohibited to a person who lived in a registered partnership complying with the law (*sic*). This meant, rather illogically,

¹ Lecturer, Masaryk University, Brno.

² Decision I.ÚS 199/11 of the Constitutional Court, Decision I. ÚS 2482/13 of the Constitutional Court, Decision II. ÚS 2224/14-1 of the Constitutional Court, Decision Pl. ÚS 7/15 of the Constitutional Court, Decision I. ÚS 1234/15-1 of the Constitutional Court, Decision I. ÚS 3226/16 of the Constitutional Court, Decision II. ÚS 3194/18 of the Constitutional Court, Decision II. ÚS 3212/18 of the Constitutional Court, Decision III. ÚS 4129/18 of the Constitutional Court, Decision II. ÚS 2778/19 of the Constitutional Court.

³ I chose these decisions based on their significance for legal practice, while the arbitrariness of my choices is offset by the fact that I selected those judicial decisions that captured the attention of the professional public and that significantly contributed to formation of the law and the legal environment in the Czech Republic.

⁴ § 801 CC.

⁵ § 13 Sec. 2 of the Registered Partnership Act.

that such a person could become a parent *de facto*, but not *de iure*. Indeed, if his or her relationship with the partner was legalised, this would prevent possible adoption.

This case deserves attention for several reasons. The CCC took into close account existing case law of the ECtHR and drew from this case law standards of non-discriminatory treatment in similar situations. In doing so, however, it admittedly neglected one aspect, specifically that ECtHR case law has only subsidiary nature in this area, and the Member States thus have room for their own discretion. This room was in no way delimited or analysed – no judicial dialogue took place in this regard. As a matter of fact, the CCC could have started where the ECtHR had left space for national law and national specifications.

It is also worth noting that the CCC carried out a comparative analysis in the part of the decision titled “Further relevant case law”. While this heading might imply that the court made a broader reflection on foreign case law, it in fact analysed only a single ruling of the Austrian Constitutional Court. And moreover, this decision was probably analysed and mentioned only because it supported the conclusions reached by CCC itself. The CCC deliberately omitted laws that did not fit well into its arguments.⁶ I admit that I may be overly influenced by the academic environment, but I still believe that in such a sensitive matter, the CCC should have properly dealt both with arguments supporting the conclusion which it clearly intended to reach and those that would imply the opposite.⁷ The comparative method of interpretation was thus used only partially and the arguments are not very apt. It is true on the other hand that this comparison was clearly supposed to serve as an *illustrative argument*.

As regards other individual methods of interpretation, the linguistic method was used with regard to sub-constitutional law and is therefore not relevant for the research in this article. On the other hand, the CCC knowingly, intentionally and openly gave up on defining the concept of “family”, as used in the Constitution. An apparent effort was also made in this decision to adopt an evolutive approach to various forms of cohabitation of couples, but without any detailed analysis of their substance and role in society. Instead, such an analysis was replaced by general and superficial platitudes concerning human dignity.⁸ They thus do not directly concern the matter as such. Ultimately, emphasis is laid on the actual development of society, and interpretation of the fundamental rights is adapted accordingly. In the end, the Constitutional Court ruled in favour of registered partners. In doing so, it relied on the right to human dignity, the right to private life and the right to non-discrimination, all protected by the Charter and the European Convention. The applicant invoked the prohibition of discrimination (pursuant to the Charter and the ECHR) and also the prohibition of discrimination on the grounds of sexual orientation (under the EU Charter). In fact, the argument referring to the EU Charter was excessive, as the case comprised no EU element. What is remarkable in this regard is that the proceedings were initiated by a court, and thus an institution which should be aware of this fact, and not by a private lawyer, where one might expect excessive arguments in view of his or her role and occupation.

The second decision concerned with family law pertained to a same-sex couple married in California, where one of the partners was a Czech citizen. Under the laws of California, both partners are deemed to be the parents of their child, which naturally had to be delivered by a surrogate mother because the partners were male. One of the partners is also the biological parent of the child, but it is deliberately kept secret which one. Czech common courts refused to recognise their parental status on grounds of *public policy* protected by the Private International Law Act.

⁶ See dissenting opinion of Justice Ludvík David.

⁷ The practical consequence of this omission, or more accurately simplification, were dissenting and concurring opinions presented in the case.

⁸ And moreover, using rather poor rhetoric. The CCC states, e.g.: “As stated convincingly by Jiří Baroš”. The word “convincingly” is redundant in the given context.

Although it could have been relatively easily determined which one of the partners was the child's parent, the CCC noted that this should not be unveiled and the partners' decision in this regard ought to be respected. The CCC further accentuated doctrinal interpretation of surrogacy. As regards other methods of interpretation, this decision was again strongly influenced by case law of the ECtHR. The Constitutional Court tends to use this case law in two ways – as an argumentation basis (where the conclusions of the ECtHR are adopted and serve as *decisive arguments*) and also to support the Court's own arguments (the CCC's conclusions are confirmed thereby and ECtHR case law is used *strengthening arguments*). Finally, the CCC refers to the authority of the *Committee on the Rights of the Child* and states that its interpretation⁹ is authoritative and thus binding (plays the role of the “*defining (sic) argument*”). This is so despite the fact that such an authority cannot be really inferred under public international law.

The focus of this article also warrants attention to the CCC's approach to the concept of “public policy”. This term needs to be defined if one is to specify correctly the scope of “best interests of the child”. Nonetheless, the CCC provided no interpretation of the above concept. It thus failed to explain why Czech public policy would not allow for surrogacy (with a view to protecting the best interests of the child). Instead, the CCC *de facto* adopted the Californian approach (while referring to the best interests of the child).¹⁰ As regards the rights invoked, the applicants relied on the rights to private and family life, non-discrimination and fair trial, and on the principle of the best interests of the child, while referring to the provisions of the Charter and the ECHR. The CCC substantiated its decision by the best interests of the child under the Convention on the Rights of the Child, and the right to a family life under the Charter.¹¹

III. Cases involving joint custody of children

The second group of decisions concerns the issue of parents' custody of children in case of breakdown of their marriage. The first important decision in this regard was delivered in case I. ÚS 2482/13. What is important in terms of methodology is that the CCC worked in this ruling not only with ECtHR case law (as usual), but also with its own case law, and they both served as *decisive arguments*. The approach to these two sources was homogeneous and uniform rules of procedure were thus formulated on their basis. Further, as a *strengthening argument*, the CCC referred to General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as primary consideration.

The decision had two levels: interpretation of constitutional rights and the impact of such interpretation on family law. Indeed, the relevant provision of the CC¹² governing the custody of children set out a list of possible solutions in this regard, but without explicitly

⁹ Contained in General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as primary consideration.

¹⁰ This ruling also comprises some legally problematic arguments. The CCC notes that “[a]lthough the complainants' have a family life, the contested judgement means in fact that any legal relationship existing between the second and third complainants terminates once they get off the plane at Václav Havel Airport on their way to the Czech Republic.” This type of argument should not be used in court decisions. Primarily, it abuses the authority of a deceased person, and moreover, it is wrong in its very substance. The legal relationship existing under the laws of California does not terminate, but simply has no effects wherever Czech laws apply. See Telec, Ivo: Kritický pohled na nález Ústavního soudu: uznání kalifornského rodičovského statusu stejnopohlavního manžela In *Právní rozhledy*. 2017/19. p. 670-674.

¹¹ I should note in this regard that the CCC is bound in its review by the relief sought in the constitutional complaint, rather than by its legal justification; see rulings II. ÚS 3764/12, III. ÚS 1076/07, IV. ÚS 787/06 and others.

¹² Section 907 of the Civil Code.

giving their order of priority. What had to be considered, however, were the child's interests and the child's right to receive care from both parents and to have regular personal contact with them.

When interpreting the concept of "best interests of the child", the CCC came to the conclusion that "it is in the best interest of a child to be primarily in the custody of both parents and, if all the statutory conditions are met (...), entrusting children to joint custody should be a rule, rather than an exception". This approach could be described as revolutionary at the time.¹³ Literature focusing on the regulation of children's custody did not envisage any such priority¹⁴ and it cannot be inferred from the wording of the law either. At the same time, the CCC's approach meant *de facto* a breakthrough in judicial decision-making, which had previously more or less favoured mothers.

Some scholars expressed certain scepticism as to the actual impact of this decision in practice.¹⁵ Indeed, common courts are relatively free not to follow this decision of the CCC. They can, for example, place emphasis on differences in the facts of each specific case. But I, nevertheless, consider the decision significant as it demonstrates how constitutional law radiates into general law. In this particular case, an order of priorities was established although it was not explicitly laid down by the law.

In the case at hand, the applicant (the father) invoked his right to a fair trial, unpredictability of the court decision amounting to factual denial of justice, variance with the best interests of the child, and discrimination on the grounds of sex, while relying on the Charter, the ECHR and the Convention on the Rights of the Child. The CCC based its decision on the same sources, and merely accentuated the right to respect for family and private life, the parents' right to care for their children and their upbringing, and the best interests of the child.

In two subsequent decisions,¹⁶ which again concerned the same issue, the CCC again focused on the definition of the child's best interests. In doing so, it somewhat modified its conclusions and emphasised primarily the importance of the facts of each case for legal evaluation. It stated that each and every case was unique and one could thus hardly speak of any precedential effects of the CCC's judgement. I consider this very important as this feature is quite rare in the CCC's case law. The facts of previous cases usually form just a backdrop for its considerations. They are neither accentuated nor analysed in new decisions; what is important is the "headnote". The CCC's mode of operation thus differs generally in this regard from the way courts work in the Anglo-American legal system. The two cited rulings are therefore an exception to this rule.

In terms of methodology, emphasis was again laid here on references to the Court's earlier case law, and this method served as the *decisive argument*. One of the cited rulings also contains references to case law of the ECtHR, but not directly – they are made via the CCC's own prior decisions. This case law can thus be regarded as a mere *illustrative argument*. Account was also taken of General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, and of the statement issued by the Council for the Rights of the Child attached to the Government Council for Human Rights on 14 October 2014, both in the form of *strengthening arguments*.

¹³ Fidrmucová, Anna: Střídavá péče v rozhodovací praxi Ústavního soudu In Právní rozhledy. 2017/8, p. 277-283.

¹⁴ Hrušáková, Milana, Králíčková, Zdenička, Westphalová, Lenka et al.: Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655-975). Komentář: C. H. Beck, Praha, 2014, p. 1019.

¹⁵ Questions marks regarding the presumption of joint custody of minor children – the influence of the ECtHR over case law of the Constitutional Court, Monika Forejtová, Jana Grygerová, Bulletin advokacie 1-2/2016

¹⁶ I. ÚS 1234/15-1 and II. ÚS 2224/14.

IV. Group of cases concerning contract law

Another group of cases concerns contract law and is significant for two reasons. First, these cases affect enforcement proceedings. Simply put, enforcement courts used to order the enforcement of decisions essentially automatically, based on a previous court decision or arbitral award, without going any deeper into the conditions that had led to the issue of the enforcement title. While the word “automatically” might sound derogatory, there is no reason for criticising this practice. If the courts had not proceeded in this way, they would have merely repeated and performed what should already have been resolved in the fact-finding proceedings.

In practice, the CCC’s rulings caused that even enforcement courts must now review the conditions of the fact-finding proceedings and, under certain circumstances, refuse to order enforcement of an already enforceable decision. This is so in cases where the terms and conditions stipulated by the contract that underlies the dispute are unconstitutional.

This brings me to the second reason why this group of cases is important: they set constitutional limits for *terms and conditions of contracts*. A certain rate of default interest, certain penalties or a combination of some contractual arrangements might be contrary to the Charter. *This is so where the whole contract is either manifestly unfair or contrary to good morals*. It is clear that such boundaries are somewhat vague in private law; nonetheless, it can be satisfactorily inferred from case law which arrangements are no longer admissible.¹⁷

These decisions of the CCC found little sympathy among the professional public, as they introduce an element of instability into an otherwise balanced system.¹⁸ It cannot be denied, however, that they turned around the fate of people in individual cases and resolved their personal problems.¹⁹ At the same time, they show how fundamental rights radiate into simple law, both substantive and procedural, and also demonstrate the horizontal effects of fundamental rights in private-law relationships.

The CCC’s methodological approach to this subject is also interesting from the perspective of this study. It is apparent that ruling I. ÚS 199/11 was rendered by a different panel of justices, which did not include justices Šimáčková and Šimíček.²⁰ Indeed, the decision is conservative in that it is based solely on *legal professional dogmatic interpretation*; this method is used as the *decisive argument*, and the decision relies on a single previous decision of the CCC²¹ and in no way reflects either the ECHR or ECtHR case

¹⁷ Given the subsidiarity of proceedings on constitutional complaints, this is not even required of the CCC by the law.

¹⁸ See for example Svoboda, Karel: Návrh na zastavení exekuce jako mimořádný opravný prostředek proti exekučnímu titulu. *Soudní rozhledy*, 2019/7-8, p. 221 and Hobl, Jaroslav: Posouzení úvěruschopnosti spotřebitele a dopady na exekuční řízení In *Obchodní právo*, 2020/5, p. 29, Šrámek, Dušan: Kolegium předsedů krajských soudů kritizuje nález ÚS ohledně nepřiměřenosti exekucí, In *Česká justice* <https://www.ceska-justice.cz/> (2019/6/13).

¹⁹ It must be stressed, however, that the people concerned usually caused these problems themselves – by signing contracts they had not read or which they did not understand, by violating the terms of their contract, and also by not addressing their problems in time, i.e. at the fact-finding instance, and starting to act only when the matters got really urgent. The “wake-up call” was typically when the enforcement officer attached their property. These conclusions naturally cannot be generalised, as there are a number of cases where such people were left with no choice despite all caution.

²⁰ These justices often work with ECtHR case law and are open to external influences. They also belong among those justices who often make unorthodox rulings, at variance with established conventions.

²¹ This was an earlier ruling in which the CCC provided common courts with a guideline for interpretation of simple law. It stated that it “would not tolerate an excessively formalistic approach on the part of public authorities and especially common courts, providing a sophisticated reasoning for a manifest injustice” and that “in this respect, a common court is actually not absolutely bound by the literal wording of the law, but rather may and must deviate from it where this is required by the purpose of the law, the history of its adoption, systemic relationships or one of the principles that are based on legislation conforming to the Constitution as a

law. That both would be symptomatic of these two justices. As a matter of fact, the applicant himself invoked only the national right to a fair trial under Art. 36 (1) and Art. 38 (2) of the Charter, and the CCC also assessed the case in this sense.

It is precisely from the methodological point of view that this decision contrasts with a more recent decision in II. ÚS 3194/18 (in which justices Šimáčková and Šimíček were involved). This later decision is based primarily on existing case law of the CCC, which is thoroughly analysed and forms an axis of the decision. Interpretation based on the court's own previous decisions is used as a *defining argument*, together with *legal professional dogmatic interpretation*. At the same time, the decision reflects the external framework formed by the Additional Protocol to the ECHR and case law of the ECtHR with regard to the principle of legitimate expectations. What is noteworthy in this regard is that quotes from the ECtHR case law remain concealed from a layperson. The reasoning of a decision refers to a list of court rulings, including decisions of the CCC and of the ECtHR without any distinction.

As regards the rights invoked, the applicant referred to the protection of ownership and the right to a fair trial under the Charter, and the CCC granted the right to judicial protection and protection of property under the same provisions.

A third recent case concerning the same topic²² was again heard by a different panel and this is again clearly discernible from the style of reasoning. The Court's interpretation starts with a relatively extensive explanation of precedential effects of the CCC's decisions. This begs the question why the CCC did so in this case, because if this introduction was supposed to legitimise the subsequent conclusions, which the panel was not convinced about, the case could have been presented to the plenum and the assessment changed. However, I consider it more likely that the rationale behind this discourse was an attempt to emphasise²³ the inevitability of the solution in this matter (a prior decision has been made in this sense, and it is therefore imperative to follow suit). The actual solution was based on dogmatic interpretation of simple law provided by the two Czech supreme courts, and also by the CJ EU. In addition, the Court also worked with the explanatory memorandum accompanying the given statute. As regards the regulation on which the CCC based its considerations, the foundations were formed by good morals and their protection, and the Court also emphasised the potential factual consequences of an individual being unable to repay a loan for society as a whole.²⁴ Dogmatic interpretation was used as the *decisive argument* and further arguments merely strengthened the conclusions reached by the CCC.

In this third decision, the applicant invoked the right to judicial protection, including the principle of equality of the parties to the proceedings under the Charter, the right to a fair trial under the ECHR and the right to the protection of property under the Charter and the Additional Protocol to the ECHR. The CCC found violation of the right to judicial protection under the Charter.

logical whole" see decision II. ÚS 1648/10.

²² III. ÚS 4129/18.

²³ With reference to its own earlier case law and to literature.

²⁴ The CCC noted that "common courts (...) should guide loan providers (even by means of potential discontinuation of an enforcement procedure on application of the obliged party) to thoroughly examine whether or not the (future) debtor will clearly have difficulties repaying the loan. This, according to the Constitutional Court, is not an especially strict or even disproportionate requirement: the question of whether it is realistic to expect a certain debt to be repaid is a basic principle that should be taken into account by the courts regardless of whether or not it is explicitly enshrined in a statute."

V. Group of cases concerning consumer protection

The last group of selected decisions is formed by those which relate to consumer protection. Consumer protection is not explicitly regulated at the constitutional level in Czech law. It is, however, enshrined in the EU Charter.

Decision II. ÚS 2778/19 concerned a dispute between a consumer who had failed to inspect goods properly upon their delivery and later found that they were defective. The seller did not acknowledge his claim because it was late; the consumer therefore withdrew from the contract. The “catch” and whole substance of the dispute was that the contract based on which the goods were supplied was concluded over the internet, and the seller violated the law by not informing the consumer fully about his consumer rights.

In this ruling, the CCC noted primarily that “consumer protection is one of the manifestations of the principle of weaker party protection, which forms a part of the constitutional principle of equality pursuant to Art. 1 of the Charter, in its material concept”, but then essentially failed to follow up on this declaration and in no way worked with the mentioned provision and, in turn, this principle. Instead, attention was paid to delimiting the reference framework in which the CCC would judge the case. The CCC noted that “[t]he Charter of the European Union has a special position among the sources of European Union law with regard to the Constitutional Court’s work, as the Court has denoted the Charter in its case law as part of the reference framework for review (...), a criterion for review, or emphasised the need to consider the case at hand also from the viewpoint of the EU Charter”. These conclusions imply the possibility of direct application of the EU Charter and the same is indicated in other parts of the cited decision. However, in the summary of its conclusions, the CCC refers only to the duty to interpret and apply national EU law in a manner conforming to EU law, where breach of this duty is considered a violation of the right to fair trial under the Czech Charter and, in turn, also the Constitution. In other words, the possibility of direct application of the EU Charter is practically equated to Euro-conforming interpretation, i.e. application of national law. Subsequently, the duty to reflect the relevant EU standard is inferred not directly, on the basis of this standard (as part of the reference framework), but indirectly through a national standard.

The bottom line is that Article 38 of the EU Charter states very simply that “Union policies shall ensure a high level of consumer protection”. It is thus clear from the wording of that provision that it cannot have direct effect in the Member States because it is too general in nature and does not formulate any specific duty or right of an individual. It is therefore not eligible for direct application (within the reference framework) and can only be reflected within Euro-conforming interpretation.

The CCC then quite carefully analysed the EU regulation of consumer protection in secondary law and also the CJEU’s case law interpreting this regulation. In conclusion, it stated that the common court had “*failed to take into account the requirements following from consumer protection under Article 38 of the EU Charter and the legal regulation adopted to ensure this protection in the case of distance contracts, (...) and thus violated the complainant’s right to judicial protection under Art. 36 (1) of the Charter (NB: the Czech Charter). It also breached the constitutional principle of protecting the consumer as the weaker party in the sense of case law of the Constitutional Court (...), whereby it also violated the complainant’s right to judicial protection under Art. 36 (1) of the Charter.*”

This approach is quite remarkable. It is generally considered that constitutional law radiates into simple law and affects its contents. Here it was exactly the opposite. In the CCC’s decision, secondary law “radiated” into Art. 38 of the EU Charter, as it *de facto* defined the contents of this provision, and then, within Euro-conforming interpretation, determined the contents of the Czech Constitution and Charter. But in view of the general

nature of Article 38 of the EU Charter, this “excursion” into said provision was unnecessary. The Czech Charter was ultimately interpreted according to EU directives and the reference to Article 38 of the EU Charter merely concealed the absurdity of this approach. It means that the CCC *de facto* became another court instance in the application of simple law and reviewed a decision rendered by common courts on its merits, all this in a situation where the relevant directives could not be applied directly in view of the horizontal nature of the relationship between the parties to the dispute.

In terms of methodology, this decision is based primarily on the *legal professional dogmatic interpretation* method, which is used as the decisive argument. At the same time, it is partially disguised as interpretation based on previous case law of the CCC and of the CJEU, which are supposed to legitimise the CCC’s decision in this matter, but which are, in fact, redundant in terms of the core of the given case.

As regards arguments invoking fundamental rights, the complainant referred to the right to a fair trial under the Charter and the ECHR, the right to protection of property under the Charter and the Additional Protocol to the Convention and, at the same time, also the principle of *pacta sunt servanda* following from Art. 1 (1) of the Constitution of the Czech Republic (the “Constitution”), and further to violation of those provisions of the Constitution which require the courts to ensure protection of rights and emphasise that the courts are bound by statutory law and international treaties. The CCC made its decision primarily on the basis of the right to judicial protection in connection with those provisions of the Constitution which are aimed to ensure respect for external obligations of the Czech Republic.

In sharp contrast to the case described above is a different ruling which was, paradoxically, issued by the same panel. The dispute concerned a situation where hotel management required Russian guests to sign a declaration condemning the occupation of Crimea, or else they would not be allowed to stay at the hotel. In terms of methodology, this decision is exceptional and differs from earlier rulings. This owes to the fact that the case involved primarily a political – rather than legal – matter. Therefore, the CCC worked with general concepts in the reasoning, and referred not only to professional literature, but also to philosophical works and belles-lettres. Unlike the previous decision, which – in terms of style – resembles a document typical of Moot court competitions, in this case, the reasoning has the nature of a professional essay. At the same time, the legal conclusions are supported by political arguments based on the UN General Assembly resolution titled “Territorial integrity of Ukraine”, EU’s and Czech foreign policies and historical experience of the Czech Republic. As regards methodology, the decision is based more or less exclusively on *legal professional dogmatic interpretation* – this method serves as the *decisive argument*, while everything else, including references to professional literature and other non-legal documents, is used only as a *strengthening argument*, or even an *illustrative argument*.

Quite surprisingly, however, the decision completely neglects the rights of the customer, who often has the position of consumer. Honestly, who would sign a declaration abroad to condemn their own country? What is important, however, is the legal regulation; indeed, it might seem unexpected in the light of prior rulings that the decision contains no mention whatsoever of consumer protection, whether at the level of the Charter or at the level of secondary law. There would be more than enough space to broach this subject.

VI. Conclusion

In summary, the Court does not visibly deviate from its general practice when hearing cases from the domain of private law.²⁵ The contents of individual decisions and the method of interpretation, as well as the arguments used are thus more influenced by the composition of each specific panel and by the justice-rapporteur. There is also no discernible general rule defining which cases will end up before the Constitutional Court. The ball is in the applicants' court – the Constitutional Court cannot pick cases at will, like some of its foreign counterparts. It is clear at the same time that the Constitutional Court deals with society-wide impacts and is therefore willing, even if only exceptionally, to also accept disputes in “trivial cases”.²⁶ What serves as a filter in practice is compulsory representation by a lawyer. Lawyers themselves can be divided into two groups: while the first ones approach their cases realistically, lawyers in the second group are well-known figures as they tend to try and push the limits as far as possible. As a matter of fact, they succeed from time to time. Indeed, the Constitutional Court certainly cannot be described as a predictable institution. The outcome often depends primarily on the panel or even the justice-rapporteur to whom the case is assigned. The problem can thus be viewed from a different angle. Rather than asking in what area of law cases will most probably reach the CCC, it makes more sense to ask which justice or panel is likely to make a decision in favour of the common man. This role, which used to be played by justice Eliška Wagnerová, has now been taken over by justice Kateřina Šimáčková.²⁷

It further follows from the overview of selected decisions that complainants tend to invoke a wide range of rights enshrined in both the Charter and the ECHR. On the other hand, the Constitutional Court is not bound by such pleas. A consensus is regularly reached in this regard and, not surprisingly, the Constitutional Court then tends to rely on a certain, genuinely significant right affected in the case.

No rule or principle can be found in private matters that would distinguish such cases from decisions in the sphere of public law. What is apparent, however, is little regard for the comparative method of interpretation. While the CCC reflects foreign laws and case law very well in matters concerning directly constitutional law, in matters of private law, the potential of this method remains untapped, except for rare cases which, moreover, have limited impact. It further follows from case law that constitutional law radiates into simple law. This is true primarily of “indirect influencing” of the contents of national law. Its effect is nevertheless rather limited.²⁸ The consumer decision analysed above represents an exception in this regard, as in contrast, it was simple law that define – and thus also “created” – a constitutional standard of consumer protection in this case. As regards the horizontal effect of human rights, the professional public in the Czech Republic is not fully consistent in evaluation of its scope. Nonetheless, there is a consensus that the CCC has been significantly inspired by German doctrine and that indirect influence forms a part of its case law. As a matter of fact, this approach was also followed by the legislature, who enshrined it in the Civil Code.²⁹

²⁵ See Kühn, Zdeněk: Budování horizontálního konstitucionalismu: tři středoevropské strategie. In Tichý, Luboš (ed.) *Základní lidská práva v jednotlivých právních odvětvích*. Univerzita Karlova v Praze, Praha, 2006. pp. 93-104.

²⁶ Claims for a pecuniary performance not exceeding CZK 10,000 – see III. ÚS 4497/12.

²⁷ Eliška Wagnerová was well known for her willingness to rule in favour of the complainant statistically significantly more than any other judge. Chmel, Jan: Zpravodajové a senáty: Vliv složení senátu na rozhodování Ústavního soudu České republiky o ústavních stížnostech In *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2017/4, p. 739-758.

²⁸ Tichý Luboš: Podmínky používání základních práv v soukromém právu. In Tichý, Luboš (ed.) *Základní lidská práva v jednotlivých právních odvětvích*. Univerzita Karlova v Praze, Praha, 2006. p. 66:72.

²⁹ According to the Code, each provision of private law can only be understood in accordance with the Charter of

Among the methods of interpretation used by the CCC, a minor role is apparently played by *interpretation based on ordinary meaning*. Doctrinal interpretation tends to be used as a supporting argument. A key role is played, however, by the policy formed by the CCC itself, although it usually remains hidden behind dogmatic interpretation. It is common for the CCC to take well into account its own earlier case law, which forms the *modus operandi* of interpretation and decision-making by the CCC. Case law of the ECtHR is also largely reflected, depending on the individual panel. Decisions of the ECtHR and the ECHR as such have an exceptional position in the Czech legal order and their contents form a unity with the Czech Charter and decisions of the CCC. An auxiliary role is played by literature and not once did the Constitutional Court commit an argumentative flaw by quoting an article or book written by a justice of the CCC.

On the other hand, the method of logical interpretation was never used in the group of decisions under scrutiny; *domestic systemic arguments* were important especially in terms of ensuring that the Charter was interpreted in conformity with EU law. Teleological and historical interpretation methods were also used in the background. In contrast, *non-legal arguments*, based on (international) politics, current social reality and good morals, played a visible role in the CCC's decisions.

It is thus typical of the CCC that it highly reflects case law of the ECtHR, but this case law is treated similarly as the CCC's own prior decisions. The CCC is thus characteristic for little consideration of the *margin of appreciation*. What the ECtHR says in its rulings is a canon. The CCC is aware of its own subsidiary role, although it emphasises this role only in exceptional cases, rather than this being a regular part of its decisions.

Recenzió „A közigazgatás tudománya és gyakorlata” című könyvről

A jelen elemzés tárgyául szolgáló kötet szerzői ambiciózus feladatra vállalkoztak azzal, hogy Lőrincz Lajos professzor nyomdokába lépve egy új, a közigazgatás szervezetét, felépítését és működését teljes egészében vizsgáló, a témát főleg gyakorlati oldalról megközelítő művet alkossanak. Ugyanis Lőrincz Lajos *A közigazgatás alapintézményei* c. monográfiája hosszú éveken keresztül szolgált a Nemzeti Közszerzői Egyetemen és jogelőd intézményeiben folyó közigazgatási szakemberképzés alapozó tantárgyainak tananyagául, továbbá a legnevesebb jogi egyetemek² közigazgatási jogi tanszékein is részét képezte a közigazgatás-tudományba, közigazgatási jogba történő bevezetésnek. A mű időállóságát bizonyítja, hogy összesen három alkalommal került kiadásra³, törekedve az abban található információk folyamatos aktualizálására, amely tekintve az elmúlt években bekövetkezett jelentős változásokat, egy idő után komoly feladattá vált. Ezen utóbbi tény ösztönözte az Egyetem Lőrincz Lajos Közigazgatási Jogi Tanszékének szerzői munkaközösségét⁴, Lőrincz professzor korábbi tanítványait, hogy egy olyan művet írjanak meg, amely elődük szellemiségét megőrizve tárgyalja a jelenkor közigazgatásának legfontosabb jellemzőit.

A recenzens abban a szerencsés helyzetben van, hogy a Nemzeti Közszerzői Egyetem egykori közigazgatás-szervező alapképzésében tanuló hallgatójaként, jelenleg pedig a Közigazgatás-tudományi Doktori Iskola doktoranduszaként, valamint a Lőrincz Lajos Közigazgatási Jogi Tanszék oktatójaként is megismerkedhetett az említett szellemiséggel. Így bátran állíthatom, hogy a Szalai András által szerkesztett, 2020-ban megjelent *A közigazgatás tudománya és gyakorlata* c. könyv⁵ méltó módon őrzi és folytatja tovább Lőrincz Lajos munkásságát.

A könyv elsősorban oktatási cézzal íródott, amely a közigazgatási szakemberképzésben résztvevő hallgatókat célközönségként megjelölve, a közigazgatás-tudomány nézőpontjából közelíti meg a témakört. Bár egyértelműen a gyakorlati szempontú gondolkodásmód dominál a kötetben, a hatályos joganyag ismertetése sem marad el, amely elengedhetetlen a közigazgatás működésének ilyen körültekintő vizsgálata során. Mindemellett – ahogy azt a szerkesztő is kiemeli – a szerzők egyszerre értelmezik a közigazgatást a gyakorlat mellett tudományként is, amelynek egy külön terjedelmes fejezetet is szentelnek a kötetben.

Ahogy az már említésre került, a könyv elsősorban oktatási cézzal íródott, amely annak felépítésében és tartalmában is egyértelműen tükröződik. Ugyanis a kötet tizenhat fejezete fokozatosan halad az alapozó ismeretek tárgyalásától, a jelenkori közigazgatás működésével kapcsolatos egészen speciális, konkrét ismeretekig. Azonban kiemelendő, hogy

¹ Tanársegéd, Nemzeti Közszerzői Egyetem Államtudományi és Nemzetközi Tanulmányok Kar Lőrincz Lajos Közigazgatási Jogi Tanszék

² Például: Eötvös Lóránd Tudományegyetem, Károli Gáspár Református Egyetem, Szegedi Tudományegyetem

³ Lőrincz Lajos: *A közigazgatás alapintézményei*. HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2005. (1. kiadás)

Lőrincz Lajos: *A közigazgatás alapintézményei*. HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2007. (2. kiadás)

Lőrincz Lajos: *A közigazgatás alapintézményei*. HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2010. (3. kiadás)

⁴ Hegyesi Zoltán, Iván Dániel, Linder Viktória, Pollák Kitti, Szalai András, Temesi István és Vértesy László

⁵ Szalai András (szerk.): *A közigazgatás tudománya és gyakorlata*. HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2020.

az egyes fejezetek akár külön-külön, önálló tanulmányokként is megállják a helyüket, ugyanis a szerzők különös figyelmet fordítottak arra, hogy az adott témakört kontextusba helyezték és akár többször is megismételjék a tárgyalt téma megértéséhez szükséges alapfogalmakat.

Az első fejezet szerzője, Temesi István, a közigazgatás fogalmának meghatározására törekszik, a szervezet, a tevékenység és a személyi állomány oldaláról közelítve. A közigazgatás (állami) tevékenységként történő értelmezése során a közérdeket, mint a tevékenység célját, illetve a prerogatívákat, mint a közigazgatás sajátos hatalmi eszközeit definiálja, valamint részletesen kifejti a közigazgatás és a magánigazgatás elhatárolásának szempontjait is. A közigazgatás, mint szervezet bemutatása során kifejti, hogy az a végrehajtó hatalmi ág részeként értelmezendő, azonban az ezzel kapcsolatosan felmerülő kritikákat is felveti. A fejezetet Lőrincz Lajos, a közigazgatás mindhárom elemét magában foglaló definíciójával zárja, amely szerint: „*A közigazgatás sajátos állami tevékenység, amelyet sajátosan felépített szervezetben dolgozó, sajátos karakterű szakemberállomány lát el.*”.

A közigazgatás tudományos kutatásával kapcsolatos ismeretek feldolgozására szintén Temesi István vállalkozik a kötet második fejezetében. Ennek során a közigazgatással foglalkozó tudományok kerülnek ismertetésre úgy, mint a közigazgatási jogtudomány, a politikatudomány, a szociológia, valamint a közigazgatás-tudomány. Ez utóbbival részletesebben foglalkozik a szerző, tekintettel arra, hogy az előző tudományok csak közvetve foglalkoznak a közigazgatással, míg a közigazgatás-tudomány direkt módon vizsgálja az intézményt. A szerző a fejezetben különös figyelmet fordít a közigazgatás-tudomány történeti fejlődésének áttekintésére; így kitér a kameralisztika, a közigazgatástan, a francia igazgatástudomány, valamint az amerikai közigazgatás-tudomány legfontosabb eredményeire és képviselőire. Végül a közigazgatás-tudomány új reformirányzatainak időrendi sorrendben történő bemutatására kerül sor; úgy, mint a Public Choice, New Public Administration, New Public Management, Neo-Weberian State, valamint a 2000-es évek végén megjelenő Good Governance irányzat.

A harmadik fejezetben Vértesy László a közigazgatás alapelveivel foglalkozik. Ennek során a Magyary Zoltán által meghatározott szervezeti és működési alapelvek áttekintése után, Lőrincz Lajos által megnevezett két alapelv tartalmát részletezi; a jogállamiságot és a hatékonyságot. A jogállamiság elemzése kapcsán tér ki a jogállapot, a joguralom és a jogállam kapcsolódási pontjaira és jellemző különbségeire is, majd bemutatja a jogállamiság materiális és formális követelményeit, modelljeit, valamint annak jelenlegi kihívásait. Ezen utóbbiak között említi többek között a pártpolitika térnyerése miatti problémákat, mint például a népszuverenitás érvényesülésének átalakulását, valamint a jóléti feladatbővülés okozta növekvő gazdasági és pénzügyi terhet. Ezt követően tér rá a jogállami közigazgatás összetevőire. Így olyan fontos elemeket emel ki, mint például az alapjogok érvényesülésének biztosítása, a hatalmi ágak megosztása, vagy a közigazgatás működését szabályozó anyagi jogi, eljárásjogi, valamint szervezeti szabályok. Végül a közigazgatás másik fontos alapelve, a hatékonyság kérdésköre kerül áttekintésre, ahol a kapcsolódó fogalmak és a mérhetőség dilemmájának felvetése mellett, kitér többek között a belső munka hatékonyságának, valamint a társadalmi hatékonyság mérésének kérdéseire is. Emellett áttekinti a hatékonyság normatív tartalmát is, valamint a Nemzeti Közszolgálati Egyetem szervezeti keretein belül évente készített Jó állam jelentések jelentőségét is.

A negyedik és az ötödik fejezetben a közigazgatás társadalmi környezetével ismerkedhet meg az olvasó, beleértve annak politikával és gazdasággal való kapcsolatát. A negyedik fejezetben Szalai András a közigazgatás és a politika bonyolult viszonyrendszerét térképezi fel, részletesen elemezve a két terület relatív szétválasztásának garanciális elemeit, valamint a közigazgatás szervezetének, személyi állományának és tevékenységének politikai vonatkozásait. A szerző kiváló arányérzékkel veti fel a politika és a közigazgatás

kapcsolatának vonatkozásában felmerülő dilemmákat is; úgy, mint például a köztisztviselők politikai szerepvállalásának, valamint a centralizált kiválasztási rendszer kérdéskörét.

A közigazgatás társadalmi környezetének áttekintését Vértesy László folytatja a következő fejezetben. Ennek keretében kitér többek között az állam gazdasági szerepvállalásának funkcióira: a stabilizációra, allokációra és a redisztribúcióra, továbbá a fiskális és monetáris politika, valamint a gazdaságpolitika tartalmára. Végül pedig felvázolja a gazdasági közigazgatási szervezetrendszer bonyolult felépítését, részletesen bemutatva a területen hatáskörrel rendelkező szervek tevékenységét is.

Az előzőekben említett alapozó ismeretek áttekintését követően, a magyar közigazgatás három elemének részletes bemutatására kerül sor; a szerzők külön fejezetekben tekintik át a közigazgatást, mint szervezetrendszert, tevékenységet és személyi állományt.

A terjedelem jelentős részét a közigazgatási szervezetrendszer felépítésének felvázolása teszi ki, bemutatva a közigazgatás központi, területi, valamint helyi szintjét egyaránt. A hatodik fejezetben Linder Viktória és Temesi István egy általános megalapozást nyújt a közigazgatás szervezeti működésének elveiről és elemeiről. Az alapfogalmak tisztázása mellett áttekintik a területszervezési-, szakmai munkamegosztási és belső szervezési elveket, valamint a közigazgatási szervek egymás közötti viszonyait az irányítás, felügyelet és ellenőrzés vonatkozásában.

A közigazgatás központi szintjét Szalai András elemzi a hetedik fejezetben. Külön kiemelendő, hogy a szerző nemcsak a központi közigazgatás szerveinek bemutatására szűkíti le az elemzés tárgyát, hanem egészen a Kormány hatalommegosztásban elfoglalt helyének felvázolásáig vezet vissza a témát. Ennek keretében kitér a kormányformákra és kormánytípusokra, a kormány megalakulásának szabályaira, a Kormány feladat-és hatáskörének, valamint működésének kérdéskörére, a kormány tagjainak felelősségére és megbízatásának megszűnési eseteire, valamint a miniszterelnöki háttérapparátus modelljeire és jelenlegi rendszereire. Ez az áttekintés egyfajta megalapozást nyújt az olvasó számára, ugyanis segíti a közigazgatási szervezetrendszer végrehajtó hatalmi ágban elfoglalt helyének áttekintését. Ezt követően tér rá a szerző a központi közigazgatási szervek bemutatására úgy, mint a minisztériumok, nem minisztériumi formában működő központi szervek, autonóm államigazgatási és önálló szabályozó szervek, valamint a rendvédelmi szervek és a Katonai Nemzetbiztonsági Szolgálat bemutatására. A minisztériumok bemutatása kapcsán kiemelendő, hogy a szerző egy kisebb történeti áttekintést is nyújt a szervek vezetésének változásáról a rendszerváltás előtti időszakról, a 2010-ben megalakult szuperminisztériumi struktúráig.

A közigazgatási szervezetrendszer helyi-területi szintjének áttekintését Hegyesi Zoltán kezdi a kötet következő fejezetében, a dekoncentráció fogalmának és a dekoncentrált szervek felépítésének és működésének ismertetésével. Ennek során egy rövid elméleti áttekintést is olvashatunk a központi és helyi szervek közötti hatalom- és munkamegosztás alapvető módjairól, a decentralizációról és a dekoncentrációról. Ezt követően tér rá a fővárosi és megyei kormányhivatalok irányításának, szervezeti felépítésének, valamint feladatainak bemutatására, kitérve ezalatt a járási hivatalokra is.

A következő fejezetben a helyi önkormányzatiság kérdéskörével foglalkozik Iván Dániel. A témakör kidolgozása során a szerző szintén kiemelt figyelmet fordított az elméleti megalapozásra; így részletesen kifejti az önkormányzatok fogalmát, fogalmi elemeit és típusait, a helyi önkormányzat és helyi önkormányzás tartalmát és alkotmányos alapjait. Ezt követően tér rá a helyi önkormányzatok feladat-és hatásköreinek, valamint szervezeti struktúrájának áttekintésére, majd a döntési-igazgatási mechanizmusok és a pénzügyi-gazdasági autonómia bemutatására.

Bár nem a közigazgatási szervezetrendszer részei, az elemzésből nem maradhatnak ki a közfeladatok ellátásában aktívan közreműködő, a köz-és a magánszféra között kapcsolatot

teremtő paraadminisztratív szervek sem, amelyek bemutatásával Vértesy László zárja a kötet szervezetrendszerrel foglalkozó részét. A paraadminisztráció fogalmának bemutatását követően, táblázatos formában foglalja össze a mellette és ellene szóló érveket, majd részletesen bemutatja a közttestület, a közintézet, a (köz)alapítvány, a közüzem és közvállalat, a civil szervezet és a gazdasági társaságok felépítését és működését.

A közigazgatás, mint tevékenység elemzésére két fejezeten keresztül kerül sor, ahol Vértesy László áttekinti a közigazgatás feladatait és funkcióit, valamint a közigazgatási döntéshozatal alapfogalmait és jellemzőit is. A közigazgatás funkcióinak és feladatainak bemutatását a funkció, feladat és hatáskör fogalmainak elhatárolásával kezdi, majd pedig a közfeladatok és a közszolgáltatások fogalmának, formáinak és finanszírozásának áttekintésével zárja. A döntéshozatal kapcsán egy elméleti megalapozást követően, a közigazgatási döntés jellemzőit és osztályozási lehetőségeit mutatja be a szerző, ahol kitér az alanyokra, a döntéshozatalhoz kapcsolódó közvetlen fogalmakra, valamint a hatás kérdéskörére is.

A közigazgatás harmadik fogalmi elemét, a személyi állományt, Linder Viktória mutatja be a kötet tizenharmadik fejezetében. A közszolgálat értelmezési kereteinek és a bürokrácia kulcsfontosságú fogalmának tisztázását követően, egy történeti kitérő keretében tekinti át a közszolgálat kialakulásának kezdeteit, majd a közszolgálatot vizsgáló tudományágakat. A személyzetpolitika kérdéskörére térve bemutatja többek között a személyzetpolitikai modelleket; köztük a zárt és a nyílt rendszert, valamint a zsákmányrendszert is. Ezt követően a köztisztviselői jogviszony magyarországi elemeinek, alapelveinek és az ezzel járó jogok és kötelezettségek áttekintésére kerül sor, részletesen kifejtve a kiválasztási folyamat, az előmeneteli rendszer, a köztisztviselők politikai státusza, a teljesítményértékelés, valamint a köztisztviselői életpálya egyik talán legfontosabb elemét, a pályabiztonságot. A fejezet zárásaként a köztisztviselői érdekképviseleti rendszer, azaz a Magyar Kormánytisztviselői Kar bemutatására kerül sor.

A kötet utolsó fejezeteiben, egy nemzetközi kitekintéssel találkozik az olvasó, amelyben az angolszász és a kontinentális közigazgatási rendszerek összehasonlítására kerül sor, néhány, az adott rendszerhez tartozó állam közigazgatási működésének elemzésén keresztül. Ezen rész jelentősége egyáltalán nem kérdéses, ugyanis egy ilyen, a közigazgatást teljes egészében áttekintő mű esetén elengedhetetlen, hogy betekintést nyerjünk más országok közigazgatási rendszereinek működésébe. Külön üdvözlendő, hogy a szerzők figyelmet fordítottak az elemzések során a szóban forgó közigazgatási rendszerek társadalmi környezetének bemutatására is, kontextusba helyezve ezzel a leírtakat.

Az angolszász közigazgatási rendszerek elemzése során az Egyesült Királyság mellett, az Amerikai Egyesült Államok ilyen szempontú bemutatására is kitér a szerző, Temesi István. A szóban forgó két nagy közigazgatási rendszer alapvető különbségeinek áttekintését követően, az Egyesült Királyságban és az Amerikai Egyesült Államokban működő főbb államhatalmi szervek (törvényhozó-, végrehajtó és bírói hatalom), valamint a központi és a helyi igazgatás elemzésére kerül sor, majd ezt követően a közigazgatás személyi állományának, valamint a közigazgatási eljárás és bíraskodás sajátosságaira tér ki a szerző.

A kontinentális modellekre térve elsőként a Német Szövetségi Köztársaság közigazgatási rendszerét tekinti át Linder Viktória, amelynek középpontjában a szövetség és a tartományok közötti hatáskörmegosztás áll, kitérve a jogalkotás, az alkotmányos és egyéb állami szervek, valamint a közigazgatás működésére. Emellett a német közigazgatás személyi állománya és a közigazgatási hatósági eljárás jellegzetességei is áttekintésre kerülnek.

A kontinentális közigazgatási modell elemzését Pollák Kitti folytatja, Franciaország közigazgatásának elemzésével a kötet záró fejezetében. A szerző a rendszer általános jellemzőinek felvázolását követően, áttekinti a francia jogforrási hierarchia, a hatalommegosztás és a főbb államhatalmi szervek felépítését és működését, valamint a francia

közigazgatási szervezetrendszer központi, területi és helyi szintjének jellemzőit. Emellett kitér a közigazgatási személyi állomány sajátosságaira, valamint a közigazgatási hatósági eljárás és bíraskodás szabályozásának alapkérdéseire.

A fenti tartalmi vizsgálatot követően megállapítható, hogy a szerzők teljes mértékben eleget tettek az általuk kitűzött célnak; Lőrincz Lajos tudományos munkásságát méltó módon folytatva egy olyan hiánypótló, a közigazgatási szakemberképzés szempontjából is kiemelkedő fontosságú művet hoztak létre, amely teljes körű áttekintést ad a közigazgatás felépítéséről és működéséről. A kötet oktatási célra való alkalmassága nem kérdéses, azonban nem szabad figyelmen kívül hagynunk, hogy az akár a gyakorló szakemberek, valamint a közigazgatás iránt érdeklődő laikus olvasók figyelmébe is ajánlható. A kötet felépítése kapcsán kiemelendők még a több fejezetet színesítő ábrák, összefoglaló táblázatok, amelyek jelentősen megkönnyítik az olykor bonyolult és terjedelmes ismeretanyag átláthatóságát és megértését.

Filozófiai időutazás a kriminalisztikában

Előzetes megjegyzés

A jelen írás a győri Széchenyi István Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Kar Doktori Iskolájának és személyesen Kovács Gábor professzor úrnak a felkérésére készített opponensi vélemény Czebe András *A forenzikus azonosítás filozófiája* című doktori értekezéséről.² Az opponensi vélemény első változata az értekezés munkahelyi vitájában került felolvasásra, ahol javasoltam a disszertáció nyilvános vitára bocsátását.³ A nyilvános védésre készülve, az ügy – vagyis az értekezésben tárgyalt tudományfilozófiai-logikai probléma – jelentőségére tekintettel, a tartalmi álláspontot és az érvelés menetét változtatlanul hagyva lényegesen kibővítettem és tanulmányformára szerkesztettem a szöveget. Ezzel együtt jeleztem, hogy a tanulmányt egyrészt műfajilag *vitairatnak*, másrészt az értekezéssel, a többi opponensi véleménnyel és a disszertáns válaszaival együttolvasva egy lehetséges kutatási program irányába mutató *javaslatnak* kell tekinteni. Ez utóbbi funkciójában a tanulmány kedvező esetben a tudományág művelői számára indítékul és ösztönzésül szolgálhat a kriminalisztika és a filozófia (tudományelmélet, logika) kapcsolatát újraértelmező ún. megalapozó diskurzus (alapkutatás) kezdeményezésére. Az átdolgozott szöveget megküldtem az érintetteknek és a tárgyban kompetenciával bíró szakértő kollégáimnak, jelezve, hogy a kriminalisztika tudományfilozófiai háttérének tisztázása, a forenzikus azonosítás logikájának kidolgozása – amint azt Czebe András értekezése a tudományos materializmus filozófiai világméretű összefüggésében karakteres formában megindokolja – a tudományág fejlődése és a gyakorlati alkalmazások szempontjából is elkerülhetetlen. Finszter Géza professzor úr írásban reagált az értekezésre és a tanulmányra,⁴ Kovács Gábor professzor úr több alkalommal ígérte, hogy a forenzikus tudományokat alapjaiban érintő témában konferenciát szervez és támogatni fogja a konferencia-előadások megjelentetését a *Jog Állam Politika* különszámában. Mint utólag értesültem róla, a nyilvános védés megtörtént,⁵ az érintettek nem reagáltak sem formálisan, sem érdemileg a szóban forgó tanulmányra, nem került sor sem az ígért konferencia megszervezésére, sem a folyóirati különszám összeállítására.

A *Jogelméleti Szemle* szerkesztősége vállalkozik e vitairatként és kutatási programjavaslatként egyaránt értelmezhető tanulmány közzétételére, s ezzel nemcsak a közvetlenül érintettek számára teremti meg a kritikai válaszadás lehetőségét, hanem a büntető

¹ Prof. Dr. Cs. Kiss Lajos, Cs.Kiss.Lajos@uni-nke.hu, NKE Államtudományi és Nemzetközi Tanulmányok Kar, Kormányzástani és Közpolitikai Tanszék: 2019-től, egyetemi tanár, kutatóprofesszor

²Vö. Czebe András: *A forenzikus azonosítás filozófiája*. Doktori értekezés. Győr, 2019. Kézirat. (linken mellékelve).

³A munkahelyi vitára készült opponensi véleményt a következő értékeléssel zártam: „A doktori értekezés egészének áttekintése alapján az a véleményem, hogy az értekezés – a kritikai rekonstrukció formájában javasolt kiegészítésekkel, pontosításokkal, módosításokkal – megfelel azon a követelményeknek, melyeket a tudományos minősítéssel kapcsolatos jogszabályok, illetve belső szabályzatok a PhD minősítéshez megkövetelnek, s ennek alapján javaslom az értekezés nyilvános vitára bocsátását.”

⁴ Vö. Finszter Géza: *Észrevételek Czebe András: A forenzikus azonosítás filozófiája* című doktori értekezéséről. Budapest, 2018, kézirat.

⁵ Kovács Gábor közlése szerint Czebe András a munkahelyi vita után átdolgozta az értekezést és válaszolt az opponensi véleményben felvetett kifogásokra is. Az átdolgozott szöveget nem kaptam meg.

tudományok (büntetőjogtudomány, kriminológia, kriminalisztika), a filozófia, a tudományelmélet, a logika művelői, s általában a forenzikus tudományok problémái iránt érdeklődőknek is felajánlja a nyilvános vita lehetőségét.

Problémafelvetés

Czebe András *A forenzikus azonosítás filozófiája* című értekezése a kriminalisztikai megismerés – szűkebb értelemben a forenzikus azonosítás – logikájának a kidolgozására vállalkozik.⁶ Az értekezés abból a szemantikai-intézményi tényből indul ki, hogy a kriminalisztika, mint tudomány létezése a büntetőjog tudományán belül szükségszerű, kriminalisztika, azaz a bűncselekmények felderítése nélkül nem lehetséges sem büntetőeljárás (büntetőjogi bizonyítás és ítékezés), sem a bűn jelenségeinek tudományos megismerése. A modern állam- és jogfejlődésnek köszönhetően – amely elkerülhetlenné tette a szaktudományi megismerés büntetőeljárásba történő integrációját – a kriminalisztika létezik és egyre inkább nélkülözhetlenné válik, azonban hiányzik a forenzikus azonosítás gyakorlatát vezérlő meggyőző logikai elmélet. A logikai elmélet kidolgozását a modern kriminalisztikában uralkodóvá vált „téves elképzelés”⁷ akadályozza, amely az induktív megközelítéstől, a bűnjelenség tapasztalati megismerése részeredményeinek szintézisétől reméli a forenzikus tudományok előre haladását. Az értekezés egyik alapállítása szerint a forenzikus megismerés logikája nem alapozható az induktív tapasztalatra. A tapasztalati megközelítés egyfelől alapvetően félreérti az azonosítás logikai problémáját, másfelől nem képes az „indukciós probléma” megoldására. A kriminalisztika fejlődése ezért kiköveteli a „nomotetikus-deduktív”nézőpontból⁸ történő elméletalkotást, s ennek előfeltételeként a tudomány *értelmére* irányuló filozófiai reflexiót. Az értekezés következetesen érvel amellyel, hogy a forenzikus tudományok egzakt jellege és megbízhatósága múlik a filozófiai elemzésen, a daktiloszkópia léte bizonyítja, hogy a filozófiai megközelítés szükségszerű eleme a szakértői munkának. „Minden ujjnyomat szakértőnek meg kell értenie, s egyúttal meg kell tudni értetnie másokkal az *azonosítás filozófiáját*, a vizsgálatok során alkalmazott metodológiát.”⁹ A kérdés az, hogy a megértés és megértetés milyen filozófiai nézőpontból történjen.

Azzal tehát vélhetően minden érintett egyetért, hogy a forenzikus azonosítás logikai elmélete csak a szaktudományok részleges nézőpontját meghaladó, a kriminalisztikai szaktudást az általánosság szintjére emelő filozófia nézőpontjából, pontosabban, „a filozófia és kriminalisztika viszonyának mélyebb megértéséből” kiindulva dolgozható ki.¹⁰ A kriminalisztika ugyanis csak a világ meghatározott részeinek, metszeteinek kutatására képes, a partikularitásokra tagolódó jelenségvilág foglyaként csupán rész- vagy relatív igazságokat tár fel, s mivel nem képes önmagát a világ-egész nézőpontjából megfigyelni, a *saját* megismerési módja és értelme megközelíthetetlen marad a számára. Ezért a kriminalisztikai tudomány értelmére irányuló kérdést egyedül a filozófia képes megfogalmazni, s ezen belül a

⁶ Az értekezés az azonosítás logikáját tekinti a forenzikus tudományok központi problémájának, ami azonban nem fedi le a kriminalisztikai megismerés egész tudományfilozófiai problematikáját (vö. i. m. 135.).

⁷ I. m. 131. A disszertáns ezt „a bűnjelek individualizálása bayesianus megközelítésnek” nevezi, és külön alfejezetben tárgyalja (vö. i. m. 107-117.).

⁸ Vö. i. m. 176.

⁹ I. m. 141., 66.

¹⁰ Ezen a ponton félreérthetően fogalmaz, mert az értekezés első mondatában nem az elmélet megalkotásáról, hanem az „elmélet valódi tudományos igényű feltárásáról” beszél, azaz az „elmélet” már létezik valahol, csak a kriminalisták nem ismerik, mert *nem* filozófiailag közelítenek a forenzikus tapasztalathoz, a saját munkájukhoz, kutatási gyakorlatukhoz (vö. i. m. 66., 131-141.).

forenzikus azonosítás logikájának szerkezetét, működési törvényszerűségeit feltárni, alkalmazás céljából a szaktudományok rendelkezésére bocsátani. Am az, hogy erre a teljesítményre az euroantlanti filozófiai hagyomány melyik irányzata, iskolája, paradigmája képes, és hogyan, valószínűleg már vita tárgyát képezi.

Mindebből az következik, hogy az értekezés központi problémáját a filozófia meghatározott felfogása képezi, mert a filozófiai pozíció, a választott tudományfilozófiai háttérelmélet dönti el, hogy a megismerő alany (kriminalisztikai megfigyelő) és az ismerettárgy (bűnjelenség) viszonyának szerkezetéről, a kriminalisztikai megismerés megismeréséről milyen leírás adható,¹¹ s hogy a forenzikus azonosítás logikai elméletét induktív vagy deduktív módon alapozzák-e meg.

Az opponensi vélemény ezért mindenekelőtt az értekezésben képviselt filozófiai álláspont (I) és a forenzikus azonosítás elméletének rekonstrukciójára tesz kísérletet (II), majd tézisformában összefoglalja és vitára bocsátja az értekezés alapállításaival kapcsolatos ellenvetéseit (III). Az opponensi vélemény negyedik része az értekezéssel kapcsolatos további megjegyzéseket, korrekciókat, javaslatokat tartalmaz (IV), az ötödik a filozófiai időutazás metaforáját értelmezi (V), majd értekezés értékelésével zárul (VI).

Az értekezés megítélését megelőlegezve már itt jelezni kívánjuk, hogy *A forenzikus azonosítás filozófiájának* megírásával a szerző a kriminalisztikai tudományok közel félévszázados mulasztásának pótlására vállalkozott, így önmagában az értekezés megszületésének pusztá ténye olyan kihívásnak tekinthető, amely új teoretikus szintre emeli a kriminalisztikai diskurzust és hozzájárul a tudománycsoport fejlődéséhez.

I. Filozófiai álláspont

Az értekezés első része (Bevezető gondolatok) tartalmazza azon filozófiai álláspontot kifejtését, amely lehetővé teszi a forenzikus azonosítás logikai elméletének a *megalapozását, kifejtését, és igazolását*.¹² A filozófiai álláspontot alapállításokra és következtetésekre egyszerűsítve mutatjuk be.

1. A filozófia referenciófogalma: a bölcsesség szeretete, mint a helyes gondolkodásra és cselekvésre való „magasfokú” képesség.¹³

2. A filozófia meghatározása. A filozófia alapproblémáját a világ értelmének a megragadása jelenti az anyag (természet) és a szellem megkülönböztetésének a nézőpontjából. A világértelmezés *anyag*nézőpontját a materializmus, a *szellem*nézőpontját az idealizmus képviseli, e két nézőpont harca határozza meg az európai szellemi fejlődést egészen napjainkig, az értekezés megírásáig.¹⁴ Ebben a harcban formálódott ki a materializmus azon formája, amely „tudományos világnézetként” egyedül alkalmas a forenzikus tudományok filozófiai megalapozására. Az érvényesség és alkalmasság kérdésében a világmegismerés racionalitása dönt. A filozófiák, mint világnézetek harcában a racionalizmust a materializmus, az irracionlizmust az idealizmus képviseli. Minden filozófia, mint világnézet, „belsőleg”

¹¹ Kérdésformában: hogyan, milyen feltételek alapján lehetséges kriminalisztikai megismerés; hogyan (módszer) és mit (tárgy) ismernek meg a kriminalisták; hogyan, milyen kritériumok segítségével határozható el a kriminalisztika a bűn jelenségeit vizsgáló többi tudománytól? Az értekezésben visszatérően megfogalmazott állítást – mely szerint „a bűn jelenségei azok a pillérek, amelyeken a forenzikus azonosítás elmélete nyugszik” (i. m. 181.) – ezzel a megszorítással kell érteni.

¹² A megalapozás az alapfogalom (bűnjelenség-bűnjel-nyom) definícióját, a kifejtés a forenzikus megismerés logikájának a leírását, az igazolás a kriminalisztikai tudományok megismerési érdekének és céljának a meghatározását, valamint az alkalmazási lehetőségek felmutatását jelenti.

¹³ Vö. i. m. 4.

¹⁴ Vö. i. m. 8.

határozza meg az emberek világgal kapcsolatos végső értékelő állásfoglalásait, cselekvéseit, átfogóan a világról való tudását és nem tudását. Az értekezés amellett érvel, hogy kizárólag a materializmus képes racionálisan, azaz „belsőleg eszmeileg” orientálni és fogalmi szintre emelni a világ megértését és akarását (cselekvő fenntartását versus megváltoztatását), kizárólag a materializmus tekinthető a racionalizmus hordozójaként tulajdonképpeni értelemben *tudományos* és *aktív* (cselekvő) *világnézetnek*, tulajdonképpeni értelemben *eszmei-ideológiai képződménynek*.¹⁵

A „racionális materializmus” melletti elköteleződést, mint teoretikus döntést, az értekezés a filozófiai *megismerés* (világértelmezés) alapproblémáinak és szerkezetének leírásával, két ellentétes pozíció jellemzésével indokolja meg.¹⁶ Az értekezés a filozófiai megismerés alapproblémáit két – a teoretikus döntések előfeltételül szolgáló – megkülönböztetés nézőpontjából közelíti meg. Az egyik megkülönböztetés az anyag és a szellem (eszme), illetve az anyagi világ és a tudat (akarat), a másik az „egész-világ” és a „világ-egész”, amelyet a rész és egész, a jelenség és lényeg *metafizikai* megkülönböztetése konkretizál. A második megkülönböztetés esetében arról van szó, hogy a világ a *részek* nézőpontjából relatív (extenzív) totalitásként, „egész-világ”-ként, míg az *egész* nézőpontjából abszolút (intenzív) totalitásként, „világ-egész”-ként, a maga végső lényegét feltárva jelenik meg. Míg a szaktudományok¹⁷ a részek nézőpontjából csak *relatív* igazságokat tárhatnak fel, addig az egész nézőpontját érvényre juttató filozófia magát az *abszolút* igazságot ismeri meg, amely *egység* az azonosság és különbözőség (nem-azonosság) azonosságának, illetve a generikus általános fogalomnak, mint abszolút eszmének a forma-meghatározásában. A részek megismerése csak akkor tarthat igényt objektivitásra és igazságra, vagyis csak akkor keletkezhet „tudományos ismeret”, ha a kutatót a filozófia által feltárt generikus általános fogalom (abszolút eszme/igazság), mint a szaktudományos megismerés *feltétele* és *mércéje* orientálja.

3. Filozófiai pozíciók. Az értekezés a materializmus és idealizmus filozófiai álláspontjainak antagonisztikus szembeállításából indul ki. A *materializmus*, mint *tudományos világnézet* jellemzői: (a) az anyag elsődlegessége alapján közelít tárgyhöz, magához a világhoz. (b) Nem a véges részekre (egész-világ), hanem magára az egészre (világ-egész) irányul, így képes megragadni a végtelen világ lényegét, mint általános fogalmat és eszmét, mint abszolút igazságot. (c) A filozófiai megismerésben nem különülnek el a „nézet és értékelés”, „elmélet és gyakorlat” területei, ezek dialektikus (nem-homogén) egységet alkotnak. (d) A világ racionális-objektív filozófiai megismerése az abszolút igazság birtokában irányítja, felügyeli a szaktudományi megismerést és cselekvően alakítja a valóságot. A filozófia racionalitása abban rejlik, hogy egyedül képes azon folyamat struktúrájának a leírására, amelyben „az egész önmagát a saját részeitől való különbözőségében megragadja”.¹⁸

Az *idealizmus* mint *tudománytalan világnézet* jellemzői: (a) a filozófiai megismerés, bár hasonlóképpen a világ-egészre irányul a maga végtelenségében, azonban szétválasztja az „elmélet és gyakorlat” területeit, „az értelem nélküli tevékenységet szubjektív indíttatású

¹⁵A materializmus tulajdonképpeni, az idealizmus nem tulajdonképpeni, azaz „hamis tudati” értelemben tekinthető „ideológiának”.

¹⁶ „A filozófia tárgya nem az egész világ, hanem a világ-egész, amelyben az egészre kell helyezni... a hangsúlyt.” (I. m. 5.)

¹⁷A természet- és szellemtudományok, az empirikus és normatív tudományok, és határtudományként a kriminalisztika (vö. i. m. 133-134.)

¹⁸ Vö. i. m. 4-10. Az értekezés, mint látni fogjuk, a materializmus és hegelianizmus összeegyeztetésére tesz kísérletet, a filozófiát hegeli értelemben a szellem világ-egészre irányuló önmozgásaként fogja fel. A szellem szubjektív, objektív, abszolút formáiban a világ-egész önmagáról tudását, illetve e tudás megszerzésének és megvalósításának fokozatait jelenti.

vágyképek irracionális sugallatai vezérlik”,¹⁹ így szükségképpen az irracionálisba hanyatlik. (b) Abszolutisztikus, dogmatikus tudományoszményt képvisel, félrevezeti és kiábrándítja a szaktudományokat,²⁰ mert elhítteli velük, hogy „pusztán csak közeledünk az igazság felé, de azt sohasem ragadhatjuk meg”,²¹ elhítteli velük, hogy „emancipációs törekvéseik sikerrel járhatnak”, ami tévedés, mert „az autonómia, amelyre törekednek, nem létezik”.²² (c) Az idealizmus, dogmatikus abszolutizmusa miatt, nem képes feltárni az akaratképződés folyamatát, félreértik „az akarat szabadság lényegét”.²³

A filozófiai pozíciók szembeállításából két következtetés adódik: (a) az idealizmus nem filozófia a fogalom tulajdonképpen értelmében, az idealisták, bár szerethetik a bölcsességet, de félreértik annak lényegét. Az idealizmus nem alkalmas és nem is képes a kriminalisztika filozófiai önreflexiójára, az ismeretelméleti-módszertani problémák megoldására. Ezért „a forenzikus azonosítás elméletét élesen el kell határolnunk minden olyan világnézettől, amelyben az irracionális tartalom lerontja a racionális formát”,²⁴ azaz a kriminalisztikát távol kell tartani az idealizmus minden formájától. (b) A forenzikus azonosítás logikai elmélete, amennyiben a tudományos materializmus mellett köteleződik el a világnézetek harcában, nem tekinthető világnézetiileg semlegesnek.²⁵

4. Filozófiai diszciplínák. A világ-egész filozófiai megismerése az anyag elsődlegességének axiómájából indul ki, így a lételmélet (ontológia) a filozófia alapdiszciplínája, amelyhez képest az ismeretelmélet (episztemológia) csak másodlagos szerepet játszat. „A megismerhetőség kérdését ezért nem tekinthetjük előbbre valónak a primátus kérdésénél. A filozófiai alapkérdés fő oldalának ily módon nem az ismeretelméleti, hanem a lételméleti oldalt tekintjük. Annál is inkább, mert a megismerőnek először el kell sajátítania bizonyos mértékig a világot ahhoz, hogy a felhalmozott tapasztalatai alapján a megismerés természetét is a kutatás tárgyává tegye. A megismerés lehetőségének kérdése ezért szükségképpen előfeltételezi a világ természetének a kutatását.”²⁶ Itt szükséges megjegyezni, hogy ebből az következik, hogy „a világ természetének a kutatása” *nem* megismerés, hanem valami más! Vajon mi lehet? Az értekezés itt nem tisztázza a logika státusát, de a teoretikus döntésből és a hegelianus irányzatnak való elköteleződésből²⁷ csak az következhet, hogy a létező (objektív anyagi valóság) mozgástörvényeit „megismerő” ontológiához kellene tartoznia. Ezzel szemben, mint a következő pontban látni fogjuk, a logikát mégis az ismeretelmélet *részeként* (gondolkodás) fogja fel, és a forenzikus logikát következetesen *megismeréslogikaként* tárgyalja.

5. Ismeretelmélet. A megismerés az anyagi világ=objektív valóság=tények visszatükröződése – vagy visszatükrözése – a tudatban. A megismerés az érzékeléssel és észleléssel kezdődik, a fogalmakban kifejeződő elvont gondolkodással folytatódik, és a tükröződés által *egységes* folyamatot alkot.²⁸ A büntetőeljárás, melynek célja a múltban történt események rekonstrukciója, hasonlóképpen visszatükrözés.²⁹ Ily módon a bizonyítás, mint jogi megismerés, ugyancsak a visszatükrözés által válik egységes folyamattá, amelybe

¹⁹ I. m. 4.

²⁰ Vö. 5.

²¹ I. m. 6. Az idealizmus jellemzői összefoglalóan: irracionalizmus, dogmatizmus abszolutizmus, relativizmus, nihilizmus, szubjektivizmus.

²² Uo.

²³ Vö. i.m.

²⁴ I. m. 4.

²⁵ Vö. 5., 11. lábjegyzet.

²⁶ I. m 9.

²⁷ Vö. i. m. 73-97.

²⁸ Vö. i. m. 46.

²⁹ A múltban végrehajtott cselekvések megismerése az objektív valóság visszatükröződési folyamata (vö. i. m.45.)

beletartozik a bizonyítékok érzékelése, észlelése, a velük kapcsolatos következtetések, értékelések, értelmezések, magyarázatok.³⁰ A pszichikai és tárgyi bűnjelek, a tanúvallomások (egyáltalán minden nyomozati és bizonyítási cselekmény) a létező „tényeket” tükrözi vissza: a tudat érzéketekben és észleletekben képet (tükörképet) alkot róluk, majd ezt megnevezi, azaz fogalmat alkot róla. Az érzéki és gondolati megismerés, s ennek elemeként a logika: képalkotás, az anyagi valóság dolgainak a leképezése a tudatban.

Ezen a ponton már jelezni kell a tény-fogalom meghatározásával kapcsolatos nehézségeket és zavarokat, amelyek a választott filozófiai pozíció következményei. Az értekezés a bűn fizikai és pszichikai jelenségeit, a fizikai és pszichikai bűnjeleket, mint tényeket, az anyagi világ részeinek, azaz dolgoknak, illetve dolgok tulajdonságainak tekinti.³¹ A fizikai és pszichikai bűnjelekkel kapcsolatos – problematikus állításokat, s ezekhez kapcsolódó implikációkat tartalmazó – idézetek jól szemléltetik a tény-fogalommal kapcsolatos bonyodalmakat. (a) „A bűntárgyak (fizikai bűnjelek), jellegüknél fogva, rendszerint pontosabban *tükrözik vissza* az egyes tények mérhető, számolható oldalait.”³² A tények mint azt az értekezés visszatérően állítja, a tudattól függetlenül létező anyagi dolgok, amelyek tulajdonságokkal rendelkeznek; a tudat ezeket a tulajdonságokat tükrözi vissza (ezekről a tulajdonságokról alkot képet), s ezáltal megismeri a dolgot, azaz a tényt. Ezzel szemben az idézett mondat azt állítja, hogy a tárgyak (bűntárgyak) tényeket tükröznek vissza, hasonlóan a tudathoz. Ennek alapján csak arra lehet következtetni, hogy a tudat minden tükrözése egy előzetes tükrözés visszatükrözése, azaz nem a valóságot, hanem a valóság tükrözéseit tükrözi vissza. (b) A pszichikai bűnjelekkel kapcsolatban – amelyek nem bűntárgyak, de a filozófiai előfeltevésből következően ugyanúgy az anyagi világ részei – az értekezés azt következőt állítja: a bűn pszichikai jelenségei „a tanú vagy a terhelt tudatában visszatükröződő események”, amelyeket a büntetőeljárásban közölnek (kommunikálnak), s a közlés hallása (vallomástétel) és rögzítése (jegyzőkönyv) által „a bíró tudatában is visszatükröződnek, és csak ezt követően válnak bizonyító tényé”.³³

Az értekezés második részének A logika szerepe a kriminalisztikában című fejezete tartalmazza a tudományos materializmus ismeretelméleti végkövetkeztetését, amikor egy szöveghelyen egyetértően idézi Vargha Lászlót, aki a logikát, képzavarral élve, a tükrözésemélet csúcsára helyezi. (a) A történeti tényállás helyes megállapítása mint az „anyagi igazság” kiderítésének a feltétele,³⁴ megköveteli az eljáró hatóságtól mint *intézménytől*, hogy „ne csak érzékelje, észlelje, hanem a logika törvényei szerint *értékelje* a bűn jelenségeit.... A történeti tényállást tehát végső soron az igazságszolgáltatás szerveinek szubjektív belső meggyőződése fejezi ki”. A történeti tényállás „nem azért válik igazzá, mert

³⁰I. m. 46., 56., 58.

³¹ Vö. i. m. 45-46. „Az összehasonlítás eszközéül egyaránt szolgálhatnak *anyagi tulajdonságokkal rendelkező tények*, s pszichikai jelenségek.” (I. m. 94.)

³²I. m. 43.

³³ I. m. 49. Vagy egy más helyen: „*A bűn pszichikai jelenségeinek az alapja az észlelés. Az észlelés időben játszódik le, ezért a történet egész folyamatát képes visszatükrözni.*” (I. m. 50. Kiemelés: Cs. K. L.) Ez az állítás további ellentmondástól terhes, tekintve, hogy a bűn gondatlan (nem akart, de bekövetkező) vagy szándékos (akart és bekövetkező) cselekvések következményeként nem az értelemmentes anyagi világban, hanem a szociális világban – vagy másként: interszubjektív cselekvéssz összefüggésekben – jelenik meg. Ekkor az *alap* nem az észlelés, hanem a cselekvés indítéka és irányultsága, vagyis a cselekvés „értelme”, amelyet a cselekvő (elkövető) és a külső megfigyelő (kriminalista) megért, illetve értelmez. Az „értelme” megértése és értelmezése, a cselekvés lefolyásának magyarázata nem az anyagi, hanem a szociális világban megy végbe. A jogász nyelvhasználatban az „akarás”, „akarat” kifejezésekkel a cselekvés *értelem szerű* indítékát és irányultságát jelölik.

³⁴Egy tipikus mondat: „Az anyagi igazság elve ti. megköveteli az eljáró hatóság részéről a múltban történt cselekmény rekonstruálását a deliktum *anyagi világban* visszamaradott jelenségei alapján.” (I. m. 92.) (Kiemelés: Cs. K. L.)

az eljáró személyeknek ez a belső meggyőződése, hanem azért, mert döntésük megfelel a *szubjektumtól függetlenül létező anyagi világban lejátszódó tényeknek*”.³⁵ (b) A történeti tényállás és a bírói ítélet igazsága csak a racionális (logikus) gondolkodás segítségével, pontosabban „a logika alkalmazásának a művészetével” érhető el.³⁶ A racionális gondolkodás (fogalomalkotás, ítéletalkotás, következtetés) logikai törvényszerűségei a valóságot, illetve a valóságban lévő összefüggéseket tükrözik vissza,³⁷ mégpedig azért, hogy lehetővé tegyék a bűncselekmények felderítése és bizonyítása során az eljáró hatóságok számára az igazságvonalatkozó *értékelést*. A forenzikus azonosítás elmélete eszerint logika, amely a visszatükrözés és értékelés egysége.

A fejezet végén olvasható szerzői figyelmeztetés az értekezés filozófiai pozícióját alapvetően jellemző konfúziót szemlélteti, amely a tudományos materializmus és a hegeli szellemfilozófia szinkretikus összeillesztésének a következménye. „A kriminalisztikai azonosítás elméleteinek valódi tudományos igényű kidolgozása során ezért nem eshetünk az eszmék naív hiposztázálásának hibájába: az *anyagi objektumokat szelleminek kell tekintenünk, nem pedig fordítva*.” A tudományos materializmust a fejére állító indoklás figyelemre méltó: „Elvégre az *anyagi* objektumok tudati tükröződése parciális jellegű: ismereteink azért objektívek, mert a tudattól független valóságot tükrözik, és csak ezen az objektivitáson belül mutatkozik meg abszolút és relatív voltuk. Abszolútak annyiban, amennyiben hű tükörképei a valóságnak, és relatívak annyiban nem kimerítően tükrözik a valóságot.”³⁸ Az idézett szövegrész, a benne rejlő ellentmondás ellenére, azt az állítást implikálja, hogy a tükrözés tudati aktusai által az anyagi tárgyak szellemivé válnak, valami olyanná, ami a visszatükrözött tárgyban nincs benne, de a tárgy mégis ezáltal lesz az, ami.³⁹

A megismerő tudat (akarat) és a tárgy viszonyát a visszatükrözés (leképezés) elmélet az *okság*, illetve az *inger-reakció* sémai segítségével írja le, mely szerint a tudat – mint az érzékelés-észlelés, gondolkodás (megértés, értelmezés, magyarázat) aktusainak az egysége – a „tükröző”, a tárgy (anyagi világ mint objektív valóság) a „tükrözött”, és a kettő megfelelése az igazság. Ha a tükrözés téves, azaz nem magáról a tárgyról (lényeg) alkot helyes képet, hanem csak a szükségképpen perspektivikusan megjelenő tárgy valamelyik „oldaláról”, vagy pedig teljesen elvétí a tárgyat, akkor az állítás (leírás) igazsága *vagy* részleges, azaz a tárgy „lényege” megjelenik (jelenség), *vagy* hamis, azaz a tárgy „lényege” nem jelenik meg, hanem csak látszik (látszat). Így az igazság részben vagy egészben, mondhatni, benne reked a tárgyban. A tudományos igazság tehát nem a tudat tárgyhoz való viszonyában, a kettő kölcsönhatásának eredményeként jön létre, hanem a megismerő tudattól függetlenül, mint egyfajta tárgylényeg létezik, és ebben az értelemben objektív és abszolút.

³⁵ I. m. 92. (Kiemelés: Cs. K. L.)

³⁶ Vö. i. m. 93. (Idézet Ladányi Ferencről: A kriminalisztika oktatásának bevezetése egyetemeken. *Jogtudományi Közöny*, 1952/10, 453.)

³⁷ Vö. i. 93. (Idézet Vargha Lászlótól: A logika szerepe a kriminalisztikában. *Rendőrségi Szemle*, 1956/1, 75.)

³⁸ I. m. 96.

³⁹ Az ellentmondás a következő. Ha az anyagi világ tudati tükrözése *eredendően* csak részleges lehet, akkor a világról szerzett tapasztalati és fogalmi ismeretek relatív érvényűek, és nem lehetnek abszolútak. Az értekezés itt figyelmen kívül hagyja a saját tudomány és filozófia között tett megkülönböztetését, és egy újabb ellentmondással bonyolítja a szintézis problémáját. Ha ugyanis azt állítja, hogy a tudomány részleges-relatív ismeretei az anyagi világ tárgyairól (az „egész-világ” jelenségeiről) a filozófia (tudományos materializmus) szintézisei által *abszolút igazak* lesznek, akkor ebből két feltételezés következik. (a) A tudatnak mégiscsak van egy olyan szférája (racionális fogalmi gondolkodás) és legfelső műveleti szintje (logika), amely minden anyagot a fogalom tartalmaként képes lényegi értelemben megformálni, azaz nem az anyagi világ az elsődleges. (b) A logikailag megformált anyagot – mint a fogalom jelentését, mint ismeretet – már nem lehet az objektív anyagi világ visszatükrözésének tekinteni. A hegeli álláspont szerint „minden a fogalom”, azaz a szellem az elsődleges, a fogalom (eszme) a szubjektív, az objektív és az abszolút szellem konstrukciói. A konfúzió, mint jeleztük, a tudományos materializmus és a hegeli szellemfilozófia összekapcsolására vezethető vissza.

II. A forenzikus azonosítás elmélete

A. A forenzikus azonosítás elméletét a disszertáns az értekezés három további részében fejt ki. Az értekezés *második* része (A bűn jelenségeiről való tudományos gondolkodás forradalma) tárgyalja a kriminalisztika tudományának és a forenzikus megismerés tudományos elméletének a kialakulását, ez a fejezet válaszol a keletkezés kérdésre. A keletkezés összefüggésben (Az önálló kriminalisztikai diszciplína kialakulása) már tárgyalja a kriminalisztikai megismerés ismeretelméleti-módszertani problémáit, és már itt nyilvánvalóvá válik a Bevezető gondolatokban bemutatott filozófiai pozíció belső ellentmondása és szinkretizmusa.⁴⁰ Ugyanakkor már ebben részben, a bűn pszichikai jelenségeinek elemzése során, a disszertáns megkezdi saját ismeretelméleti pozíciójának (tükrözélmélet) a cáfolatát. Az önálló kriminalisztikai diszciplína kialakulásának tárgyalása az ismeretelmélet és logika I. 5. pontban bemutatott elemzésével zárul.

B. Az értekezés *harmadik* része (A forenzikus azonosítás szakágain belül és között uralkodó feszültségek forrása) a forenzikus megismerés (azonosítás) eljárását, illetve műveleteit (azonosítás szűk értelemben, klasszifikáció, individualizáció, asszociáció, rekonstrukció, mint azonosítás tág értelemben), illetve az individualizáció problémáját, a hagyományos és a bayesiánus paradigmát, illetve ezek a konfliktusát tárgyalja. Ez a rész a kriminalisztikai megismerés problémáinak tárgyalásával, kapcsolódva az előző rész hasonló fejtegetéseivel, a felépülés kérdésére válaszol, s a maga egészében úgy tekinthető, mint az értekezésben képviselt ismeretelméleti álláspont (tükrözélmélet) és a tény dologfogalmának a cáfolata.

C. Az értekezés *negyedik* részében (A forenzikus azonosítás logikája) a disszertáns a bűn *jelensége* és a bűn jelensége megkülönböztetéséből kiindulva fejt ki magát az elmélet. A megkülönböztetés a bűnjelenség megközelítésmódjainak különbségét fejezi ki, és igazolja az áttérést a bűnjelenség (egész-világ) tapasztalati megismeréséről a jelenségek lényegének (világ-egész), azaz magának a *bűnlényegnek* a fogalmi megragadására.⁴¹ Ahhoz ugyanis, hogy az ügyészeket meg lehessen szabadítani téveszméiktől, a konkrét nyommal kapcsolatban felállított versengő hipotézisek között a nyomozási és bizonyítási eljárásban dönteni lehessen,⁴² s hogy egyáltalán a kognitív torzítások kiküszöbölhetőek legyenek, a kriminalisztikának a racionális filozófiai gondolkodás (logika) segítségével el kell hagynia a tapasztalati megismerés terepét. A forenzikus megismerés „korszerűsítésének” egyedül helyes útja, amely lehetővé teszi a kriminalisztika fejlődését, a tapasztalati megismerés eredményeinek induktív összegzése helyett a logikai elemzés, melynek célja a bűnlényeg vagy bűnsubstancia feltárása, azaz a bűn generikus általános fogalmának, mint eszmének (abszolút igazság) a meghatározása a hegeli dialektikus logika alkalmazásával. Az értekezés álláspontja szerint ugyanis a bűnlényeg logikai megismerése az abszolút feltétele és mércéje a forenzikus azonosítás *minden* formájának, csak ezáltal valósulhat meg a kriminalisztikai gondolkodás és megismerés forradalma.

Alapállítások. Az azonosítás logikai elméletének a kidolgozása, indítékát tekintve, a forenzikus tapasztalat elemzéséből következő teoretikus belátáson, illetve meggyőződésen alapul. A forenzikus tudományok művelőinek közvetlen tapasztalata az azonosítás gyakorlati feladatainak a megoldása során, hogy a kétértékű, az igaz és hamis megkülönböztetését alkalmazó logika nem alkalmas a nyom eredetének, a nyomképzőtől való származásának egyértelmű megállapítására. A kétértékű logika ellentmond a forenzikus tapasztalatnak, amelynek a dolog (nyomképződés) természete folytán állandóan bizonytalansággal,

⁴⁰ Vö. I. 5.

⁴¹ A nézőpontváltást jelző írásmód (bűn *jelenség* versus *bűn* jelenség) azt implikálja, hogy a forenzikus azonosítás során magának a bűnnek a lényegét, a bűnsubstanciát ismerik meg az általános fogalomban.

⁴² Vö. i. m. 114-117. III. 4. 6. Az ügyész téveszméje. III. 4. 7. Vita.; 118-130. III. 5. Kognitív torzítások.

átmenetekkel, pontatlanságokkal kell számolnia. A forenzikus tapasztalat eredendően *kontingens*, ami elsődlegesen az igazságigények versengését és eldöntését szabályozó „objektív mércék” hiányában nyilvánul meg. A szakértői diskurzusokban az „egyes szakértők lényeges azonosítási ismérvek nyilvánítanak azt, amelyet más szakértők lényegtelennek vélnének, és fordítva”, és a versengő álláspontok között interszjektíve érvényes, objektív mércék nélkül nem lehet meggyőzően, a bizonytalanságot a minimumra szorítva dönteni.⁴³ Az ebből következő teoretikus belátás két kapcsolódó állításban foglalható össze.

(a) Az első állítás szerint a forenzikus tapasztalat értelmezésére csak egy olyan háromértékű logika alkalmas, amely az igazság és hamisság közötti határok elmosódott voltából, alapvető meghatározhatatlanságából, fuzzy-jellegéből indul ki, s szemantikai tényként kezeli a részlegesen vagy eldönthetetlenül igaz állításokat, illetve az ilyen állítások lehetőségét,⁴⁴ és bevezeti az „eldönthetetlen harmadik” logikai értéket,⁴⁵ de ennek ellenére megőrzi az igazságképességét, azaz tudományos jellegét. Ennek a követelménynek az értekezés szerint az „elmosódott halmazok” (fuzzy-set) elmélete felel meg, amely harmadik logikai értéként bevezeti a részleges vagy eldönthetetlen igazság fogalmát.⁴⁶ A fuzzy halmazelmélet és a forenzikus szaktudományok „között interdependencia” áll fenn, „közös filozófiai gyökereik” vannak, ezért a fuzzy-logika alkalmas az egyes szaktudományokon belüli és a szaktudományok közötti feszültségek filozófiai feloldására.⁴⁷ A feladat ennek megfelelően kettős. A forenzikus megismerésnek a fuzzy-logikát egyfelől összhangba kell hoznia a büntetőjog tudományok és a büntetőeljárás normatív elvárásaival,⁴⁸ másfelől meg kell vizsgálnia, hogy ez a logika valójában *miért* és *milyen módon* alkalmas a forenzikus tapasztalat értelmezésére.

(b) A második állítás szerint a *miértre* és a *módra* irányuló kérdésre a forenzikus tudományok csak akkor tudnak válaszolni, ha a fuzzy halmazok logikáját összekapcsolják a hegei dialektikus logika Szigeti József által adott értelmezésével.⁴⁹ Az összekapcsolás azért lehetséges, mert a forenzikus tapasztalat kontingens jellegének *okára* vonatkozó kérdésre – a probléma lényegét megvilágító értelemben – csak a dialektikus gondolkodás képes megfelelő

⁴³ I. m. 138. A forenzikus tapasztalat mind a tárgyat, mind a tárgymegismerést tekintve kontingens, azaz se nem szükségszerű, se nem lehetetlen: *mindig másként is lehetséges*.

⁴⁴ A részben igaz állítások is nyelvi formában kifejezett döntések (beszédcselekvések), és mint „harmadik értékek” jelzik, hogy az „értelem” nem az objektív anyagi világban, „tőlünk függetlenül” képződik, hanem az emberi cselekvés és nyelv (kommunikáció) szociális (társadalmi-kulturális) összefüggésében, ahol különböző nézőpontokból megalkotják – azaz megértik, értelmezik, magyarázzák, vitatják stb. – a „világ”, az „anyag”, a „természet”, a „szellem” stb. fogalmait.

⁴⁵ A binárisan eldönthetetlen harmadik érték a „sem-sem” és „is-is” típusú állításokkal megnyitott logikai térben pozícionálható és értelmezhető. Szabó Miklós leírását módosítva, a következő állítás-típusok különböztethetők meg: (a) „nem teljesen igaz az, hogy...” (igazságot minősítő kvantor); (b) „véltetően nem lehetséges az, hogy...” (lehetségességet minősítő kvantor); (c) „változó a valószínűsége annak, hogy...” (valószínűséget minősítő kvantor) Vö. Szabó Miklós levele (2019.08. 01). A problémához, s általában a logikai rendszerek, s ezen belül a deviáns logikák tanulmányozásához lásd Szabó Miklós: *Trivium. Gramatika, logika, retorika joghallgatók számára*. Miskolc, 2001, Bíbor Kiadó, különösen 155-192; Szabó Miklós: *Logica magna. Utazások a logika birodalmában*. Miskolc, 2014, Bíbor Kiadó, különösen 101-172.

⁴⁶ Vö. 131-133.

⁴⁷ Vö. uo.

⁴⁸ Vö. 133. Ez a követelmény azt jelenti, hogy a jog (büntetőjog) kétértékű logikája (jogszerű: érvényes/jogszerűtlen: nem érvényes), a büntetőjog bináris kódja (bűncselekmény/nem bűncselekmény; bűnös/nem bűnös) jelenti a kriminalisztikai megismerés normatív keretét és korlátját. Értelemszerűen mást jelent döntést hozni a tudományos megismerésben, és mást a büntetőeljárás során. A forenzikus tudományok ehhez, pontosabban: a büntető törvény különös részében található tényállások leírásához kapcsolódva határolják körül a nyomképzők „azonosság-halmazait” (vö. i. m. 138-139., 185.).

⁴⁹ Ez az összekapcsolás az elméletalkotás legnehezebben érthető és a leginkább problematikus művelete (vö. Ellenvetések. jelen tanulmány ...).

választ adni. A forenzikus tapasztalat ugyanis azért bizonytalan, nehezen előre jelezhető, kiszámíthatatlan és nyugtalanító, mert *eleve* dialektikus szerkezetű, azaz az objektív (ontológiai) ellentmondás elve mentén szerveződik, amely a létezés *lényegszintjén* – az „aufheben” kifejezéssel jelölt dialektikus mozgásban⁵⁰ – kapcsolja össze a tárgyat, a tárgymegismerést (tudomány) és tárgymegismerés megismerését (filozófia), s ezáltal garantálja a forenzikus megismerés igazságképességét, tudományos jellegét. Ennek megfelelően a forenzikus logika „első és egyben legfontosabb ontológiai törvényszerűsége, hogy a *forenzikus ellentmondás objektív, azaz tőlünk függetlenül létezik*”.⁵¹

A fuzzy halmazok logikája és az objektív szellem dialektikus logikája eszerint a kontingencia-tapasztalat problematizálásában, a logikai kétértékűség kritikájában és elutasításában kapcsolódnak, de a reflexió különböző szintjein végzik műveleteiket. A fuzzy-halmaz elmélet a forenzikus megismerés *jelenségszintjén* jelzi (reflektálja) ugyan a kontingencia-problémát, a kétértékű logika elégtelenségét, de nem képes a *bűn* jelenségvilág mögötti *lényegének* a megragadására, a forenzikus megismerés (fogalomalkotás, ítéletalkotás, következtetés, bizonyítás) tulajdonképpen „alanyának” a meghatározására. A forenzikus tudományok a tárgy és önmaguk (azaz saját megismerésük) *lényegszintjét* és ezzel az *abszolút igazságot* csak a dialektikus gondolkodás segítségével érhetik el.⁵² Ehhez két további érv kapcsolódik. (a) Az egyik szerint a dialektikus gondolkodás és megismerés természetének, azaz a dialektikus ellentmondásban rejlő azonosság-mozzanat szerkezetének a fogalmi tisztázása azért elkerülhetetlen, mert a „forenzikus tudományok művelőinek” tevékenységét, anélkül, hogy ennek tudatában lennének, *eleve* a szellem dialektikus logikája irányítja.⁵³ (b) A másik szerint a fuzzy halmazok és a forenzikus azonosítás logikáinak „filozófiai gyökerét” az ellentmondás dialektikus értelmezése jelenti, a lényegét tekintve ez az alapja annak, hogy a „*két diszciplína logikája közös logikai kalkulusokra vezethető vissza*”,⁵⁴ amelyek értelemszerűen meg kell, hogy feleljenek a logikai kalkulusok megalkotásával szemben támasztott követelményeknek.

Forenzikus ellentmondás. A forenzikus tapasztalat és azonosításának dialektikus szerkezete abban nyilvánul meg, hogy a nyomképző leírása során a szakértőnek mindig két különböző időpontban, pontosabban a mindenkori jelen *két* különböző fázisában képződött *nyomot* kell összehasonlítani, s a nyomképzők összehasonlító elemzése alapján kell a *közös eredetet* (azonosságot) megállapítani. Az egyik a *tényleges* (vagy kérdéses) nyom, amelyet az elmúlt jelen „itt és most”-jában a cselekmény elkövetője okozott, a másik a *konstruált* (vagy referencia) nyom, amelyet a jelen jelenjének „itt és most”-jában összehasonlítás céljából a tudományos megfigyelő hozott létre. A *tényleges* és a *konstruált* nyomot az időbeliség, valamint a cselekvők, illetve cselekvési módok különbözősége választja el egymástól. „Az azonosságot kimondó forenzikus következtetéseket ellentmondásossá teszi az a tény, hogy azokat a szakértő a nyomképzőre vonatkozóan két különböző „itt és most”-ban (közelebbről: „ott és akkor” – „itt és most”) képzett nyom összehasonlítása révén alkotja

⁵⁰ Az „aufheben” ige jelentése: „megszüntetni”, „megőrizni”, „felemelni”. Az ige a tézis (állítás), antitézis (tagadás), szintézis (tagadás tagadása) onto-logikai műveleteit mint folyamategységet jelöli, a létezés és gondolkodás együttmozgását, amelyben a tagadott tartalmak megszüntetve megőrződnek a fogalom (eszme) végső reflexiós szintjére történő felemelkedéssel.

⁵¹ I. m. 136. (Kiemelés: Cs. K. L.)

⁵² Vö. 46., 47. lábjegyzet.

⁵³ Vö. i. m. 135.

⁵⁴ I. m. 179. A forenzikus azonosítás logikájának a kulcsát az „azonosság és nem-azonosság (különбözőség) azonosságának” a logikai képlete jelenti, amelyet az értekezés Szigeti József interpretációját követve, nem az „ellentétek egybeeséseként” (Nicolaus Cusanus), hanem az „ellentétek egységeként” (G. W. F. Hegel) fog fel (vö. i. m. 136-139.).

meg.”⁵⁵ Míg a bűncselekmény elkövetőjének azonosítására irányuló *gyakorlati* kérdés az, hogy a két nyom vajon ugyanazon nyomképzőtől származik-e, addig az azonosítási eljárás *elméleti* kérdése a következő: Milyen értelemben keletkezik ellentmondás a nyomképződés időbeli és cselekvésbeli különbözőségének a tényéből, illetve abból, hogy az azonosságra vonatkozó állítást a tudományos megfigyelőnek összehasonlítás révén kell meghoznia és bizonyítania? A jelzett ellentmondás milyen jellegű, milyen értelemben kell *objektívnek* és *dialektikusnak* tekinteni? Az értekezés álláspontja szerint a forenzikus ellentmondást a tudományos materializmus nézőpontjából kell objektívnek (tükrözésemélet) és dialektikusnak (logika) tekinteni.⁵⁶

Nyomképző fogalma. A forenzikus megismeréssel szemben támasztott alapvető követelmény, hogy a nyomképző fogalmának lehetővé kell tennie a nyomképződés folyamatának a megértését, egzakt leírását, a forenzikus ellentmondás megoldásával a saját alkalmazását és a hasonló esetekre vonatkozó előrejelzést, azaz az indukciós probléma végleges megoldását.⁵⁷ Az értekezés a logikai probléma felvetésének és megoldásának az összefüggésében a következőképpen határozza meg nyomképző fogalmát.

(a) A logikai probléma. A fogalomnak a hozzárendelt állítmány segítségével egyszerre-egyidejűleg kell tudni azonosként leírni a nyomképződés *időben* és *cselekvésben* elváló módjait, vagyis a tényleges és a konstruált nyomot. Ezért abból a lehetőségből kell kiindulni, hogy az alanyhoz (nyomképző) az állítmány (azonos) „egyszerre és ugyanazon vonatkozásban (forenzikus azonosítás) hozzá is tartozhassék, meg nem is („ott és akkor képzett nyom” – „itt és most képzett nyom”)”.⁵⁸ Az értekezés amellet érvel, hogy az arisztotelészi logika azért nem alkalmas az alany (nyomképző) fogalmi leírására, mert az ellentmondás (és a kizárt harmadik) formális logikai elvei *per se* kizárják annak lehetőségét, hogy olyan fogalmat alkossanak a nyomképzőről, melynek segítségével egyszerre-egyidejűleg tudják állítani az alany (nyomképző) azonosságát és különbözőségét (nem-azonosságát). A kétértékű logika lehetetlenné teszi, hogy az állítások a nyomképződés tényleges – a jelenség és a lényeg reflexiós szintjén végbemenő, a fogalom által közvetített – folyamatát írják le. Ha a tényleges és a konstruált nyomot a formális kétértékű logikával írják le, akkor a nyomképződés folyamatát két, egymástól független „eseményként” lehet csak felfogni, szükségképpen elválnak az „ott és akkor” (tényleges), illetve az „itt és most” (konstruált) keletkezett nyom, amelyek így nem közvetíthetők, azaz nem határozhatók meg egy közös fogalom jelentéstartalmaként. Ha a forenzikus diskurzusban az arisztotelészi logika alapján érvelnek, akkor a szakértőknek nem lehetne a két egymástól különböző nyomképző „elvont azonosságát” állítani.⁵⁹

(b) A logikai probléma megoldása. Az értekezés szerint a nyomképző fogalma a nyomképzőt mint „önmagában ellentmondó *dolgot*”⁶⁰ jelöli, a fogalom jelentését adekvát (azaz a dolognak megfelelő) módon az „azonosság és nem-azonosság azonossága” logikai

⁵⁵ I. m. 135.

⁵⁶ Vö. i. m. 136. A materialista dialektika képes „magát a dolgot” – azaz a nyomképző „belső természetét”, „szubsztanciáját” – az azonosság és nem-azonosság (különbözőség) azonosságaként leírni, s az ellentmondást a nyomképző általános lényegfogalmában egységként, a tényleges és konstruált nyom azonosságaként megragadni. Az általános fogalomban megragadott *egység* értelmezése kapcsán azonban óhatatlanul felmerül a kérdés, hogy a dialektikus logikai megismerés menetében mikor lehet az azonosság „elvont” és „konkrét” forma-meghatározásáról és ezek kapcsolódásáról beszélni (vö. 4. számú ábra interpretációja).

⁵⁷ Vö. i. m. 177-185. A forenzikus predikáció (IV.6.) és Az indukciós probléma megoldása (IV. 2.7.) c. alfejezeteket.

⁵⁸ I. m. 136.

⁵⁹ Vö. i. m. 179., 185.

⁶⁰ Vö. Hegel-idézet, 136. A „dolog” hegeli fogalma egyszerre-egyidejűleg jelöli a tárgyat, a tárgy megismerését, a tárgymegismerés megismerését, melyek egységét történelmi folyamatként, azaz a „dolognak” a magánvalóság állapotából és magáért valóság szintjére való belső fejlődésként kell felfogni.

képlete írja le.⁶¹ A nyomképző fogalma és a nyomképző csak együtt gondolható el, egyfelől a jelenség (látszat) és lényeg megkülönböztetésének *ontológiai*-logikai, másfelől az egyes, különös, általános megkülönböztetésének *ismeretelméleti*-logikai szintjén. Ennek megfelelően minden egyedi nyomképzőt a jelenség (különösség) és a lényegiség (általánosság) szintjeinek szükségszerű kapcsolódásaként kell felfogni. „Nincs olyan egyedi nyomképző, ami ne két szükségszerűen létező szféra: különös (jelenség) és általános (lényeg) egysége, azonossága lenne. Következésképpen bármely lehetséges nyomképzőről legyen is szó, e két szféra kölcsönhatását minden esetben meg kell adnunk, hiszen a nyomképzőt csak így tudjuk a maga objektív igazságában feltárni, és az adott büntetőüggyel összefüggésben azonosítani.”⁶² A két szintet a logika – mint a *szellem* önmozgása – közvetíti.⁶³ A logika közvetítő mozgása irányítja a megismerést a lényegi általános fogalom *elvont* meghatározásától a *konkrét* meghatározás felé, amely mint „eszményi alak” a forenzikus azonosítás „objektív mércéjeként”⁶⁴ kell hogy szolgáljon. A közvetlen tapasztalatban *egyedi* jelenséggként adott nyomképző – daktiloszkópiai példával a voláris bőr – nem azonosítható tapasztalatilag, mert a közvetlen tapasztalat elfedi a jelenség és lényeg azonosságát, amely fogalmi alakjában pusztán *elvont* meghatározásként tételeződik a mindennapi és az empirikus tudományok nyelvhasználatában. Ezért a tapasztalati megismerés „a nyomképző egyoldalú azonosítása lenne. Mert a nyomképző ezen kívül mindaz, amilyen változásokra általában képes. Vagyis minden nyomképző két, világosan megkülönböztethető oldalból áll. Az egyik a *tételezett* arculata, ahogyan itt és most létezik (A); a másik pedig a *változási lehetőségeinek teljes köre*, mindannak belső feltétele, amivé egyáltalán átalakulhat (nem-A). A forenzikus azonosítás szaktudományainak különösen a nyomképző nem-A oldalára kell fókuszálniuk”, a példaként választott esetben „a voláris bőrszerkezet azonosítható *természetére*”, vagyis az általános fogalomban megragadható lényegére.⁶⁵ Az általános fogalom a *lényeg*, mint „eszményi alak” meghatározása a „maga *konkrét* totalitásában”. A fogalom „valóságghú” megalkotását – vagy másként: igazságát a meghatározás valóságnak való megfelelése értelmében – a forenzikus logika garantálja, amely „elutasítja azt a felfogást, hogy a nyomképző természete (ti. a „lényege”) csupán a külső körülményekből adódik. *A forenzikus logika szerint minden nyomképző természete egy meghatározott (belső) természet.* Legyen képes a nyomképző bármely sokféle változásra is, abszolúte minden lehetséges formát soha és sehol sem tud magára öltetni. Következésképpen: a nyomképző – esetünkben a voláris bőr – természete egybeesik lehetséges változásainak határaival, azokkal, amelyek keretén belül formaváltozásai egyáltalán létrejöhetnek.”⁶⁶

(c) Forenzikus azonosítás. Az alapkérdés tehát az, hogy ilyen filozófiai előfeltevések alapján a forenzikus szaktudományoknak végül is *mit* és *hogyan* kell megismerniük,

⁶¹ Vö. 52. lábjegyzet.

⁶² I. m. 139. (Kiemelés: Cs. K. L.)

⁶³ Vö. i. m. 95.

⁶⁴ Vö. i. m. 138.

⁶⁵ I. m. uo. (Kiemelés: Cs. K. L.). A nyomképző „tételezett arculata” kifejezés feltételezhetően a „tényleges nyom” és a „konstruált nyom” általunk bevezetett megkülönböztetését jelöli. Az értekezés a nyomképző fogalmát a nyom „hordozójára” redukálja. Azonban a redukcionista értelmezés alapján is felvetődik a kérdés, hogy a lényegreflektáló általános fogalomban, a nyomképző „eszményi alakjában” megragadható-e és hogyan az adott nyomképző (voláris bőr) „változási lehetőségeinek teljes köre”? Ez lehetséges tapasztalattudományi megismerés nélkül? Vagy inkább arról van szó, hogy a tudás és nemtudás feszültségét jelezve folyamatosan az adott nyomképző problematizálására, az eddig alkalmazott tárgyleírások felülvizsgálatára kényszeríti a szaktudományi kutatásokat?

⁶⁶ I. m. 176. Visszaulva a korábban jelzett filozófiai konfúzióra (vö. 34.,35. lábjegyzet) kérdésessé válik a tudományos materializmus valóságfogalma. Ha ugyanis az általános fogalom, mint lényeg szükségszerűen létezik a szellem logikai önreflexiójában – a 4. számú ábra szerint A-ban *elvont* totalitásként, a C-ben *konkrét* totalitásként (vö. i. m. 139.) –, akkor óhatatlanul felvetődik a kérdés, hogyan fogja fel az értekezés a „valóság” fogalmát: az anyagi (természet) vagy a szellemi (fogalom) elsődlegessége alapján?

kutatniuk. Az értekezés döntő érve szerint a forenzikus szaktudományoknak el kell hagyniuk a tapasztalati megismerés tartományát ahhoz, hogy egyáltalán megértsék és uralni tudják a forenzikus tapasztalat kontingenciáját, a szaktudományi diskurzusok bizonytalanságát, a nyomképzők egzakt meghatározása érdekében folyó véget nem érő szakmai vitákat. Ehhez a nyomképző általános fogalmi lényegére, mint „eszményi alakra”, mint az azonosítás „logikai alapjára” és „objektív mércéjére” irányuló kutatások szükségesek. „A feladat tehát kifejezetten az, hogy a nyomképzőt a zavaró körülményektől elvonatkoztatva, a maga tisztaságában fogjuk fel. Mert szükségszerűen téves azonosítási következtetések fakadhatnak abból, ha nyomképzőt rögtön a maga konkrét formájában vesszük elemzés alá... Az adott forenzikus szaktudománynak legelőször maradéktalanul meg kell határoznia kutatási tárgyának, a nyomképzőnek a fogalmát, generális általánosát... Az eszményi alakot ezután reflektálnunk kell – mint objektíve meghatározott mércét – az anyagi világban létező nyomképzők valamelyikére, hogy aztán feltárjuk, hogy a szóban forgó nyomképző – esetünkben: a voláris bőr – mennyiben tér el ettől a maga konkrét totalitásában vett fogalmi alakjától, és melyek voltak azok az okok, amelyek e fellelt módosulásokat előidézték.”⁶⁷ A forenzikus szaktudományok közvetlen tapasztalatában, mivel „minden létező objektum alá van vetve környezete módosító hatásainak... egyetlen nyomképző sem fordulhat a maga abszolút tisztaságában”, ezért egyik sem szolgálhat mércéként. „Következésképpen a nyomképzőt a maga *eszményi* mivoltában, *fogalma* szerint kell alapul vennünk, ami ugyan közvetlen tapasztalati adottságában soha sehol nem fordulhat elő, de szabatosan leírható, és így a forenzikus azonosításban szabatos mércéként alkalmazható... Ennek során a *tapasztalati tényanyagból* kell kiindulni, de csupán azért, hogy szóban forgó nyomképzőt a maga *eszményi, ideális alakjában, fogalma* szerint ragadhassuk meg. Így olyan alakban írjuk le, ahogyan a közvetlen tapasztalati adottságában sehol nem lelhető fel, de ez az *egyedüli lehetőség* arra, hogy a nyomképző szabatos azonosítását eredményezze.”⁶⁸

A forenzikus azonosítás logikájának a célja és feladata az idézett szöveghelyek szerint a nyomképző generikus általános lényegfogalmának a megalkotása és alkalmazása, amely egy „alulról-felfelé futó determináció” formájában megy végbe. Az alkalmazás az általános fogalom mint logikai alap segítségével a forenzikus ellentmondás feloldását és az adott eset konkrét megoldását jelenti. Bármilyen nyomképzőről legyen is szó, generikus általános lényegfogalmuk megalkotása és alkalmazása, vagyis az adott ügyben releváns nyomképző azonosítása a 4. számú ábra szerint megy végbe. Az ábra, interpretációnk szerint, a fogalom meghatározásának a menetét, az elvont azonosságtól a konkrét azonosság felé haladó mozgást, és a forenzikus azonosításban rejlő ellentmondás feloldását hivatott szemléltetni. S egyúttal felveti azt a kérdést, hogy a kriminalistáknak vajon mit is kell világossá tenni, elmagyarázni a büntető igazságszolgáltatás képviselői számára.⁶⁹

Az *A* kör (tézis: lét) az azonosítás kiinduló helyzetét, az egyedi bűnjel létezésében a jelenség és lényeg közvetlen egységét, illetve a bűnjelenség közvetlen tapasztalatát – az egyedi bűnjel (nyomképző) észlelését – szemlélteti. Itt a lényegi általános fogalom még *elvont* (nem-reflektált) totalitásként van adva: a jelenségben *nem* jelenik meg a lényeg, vagyis a dolog a magánvalóság állapotában van. A *B* kör (antitézis: lényeg) azt a fogalmi mozgást

⁶⁷ I. m. 139-140.

⁶⁸ Uo. (Kiemelés: Cs. K. L.)

⁶⁹ Galton elmélete „rászorította a kriminalistákat arra a szükségszerűsége, hogy – a forenzikus tudományok keretein belül – magyarázzák meg a büntető igazságszolgáltatás számára azt az *elvont azonosságot*, amelyben az *azonosító* objektumok („ott és akkor” – „itt és most” keletkezett nyom) feszültsége az *azonosítandó* objektum (nyomképző) mozgásában, dinamikus állapotában oldódik fel, a nyomképző lényegi általánossága tehát végső soron az, hogy feloldja magában az „ott és akkor” – „itt és most” keletkezett nyomból visszatükröződő reflexív ellentétek feszültségét.” (I. m. 179.) Az idézett állításokkal kapcsolatban a megválaszolandó kérdés a következő: milyen célból mit mivel és hogyan kell azonosítani, illetve a nyom és a nyomképző megkülönböztetését szem előtt tartva melyiket kell azonosító és azonosítandó objektumnak tekinteni?

szemlélteti, ahogyan az általános a saját tagadásával (A és nem-A) elszakad a közvetlen tapasztalattól, az egyedi bűnjel (nyomképző) észlelésétől. A tagadás, mint a tiszta fogalmi gondolkodás logikai aktusa (teoretikus döntés) megszünteti a jelenség és lényeg közvetlen, egyedi bűnjelben (nyomképzőben) adott létezésességét, a megismerés a lényeg szintjére emelkedik: a jelenségben *megjelenik* a lényeg, a nyomképző „belső természeté” hozzáférhetővé válik a megismerés számára, vagyis a dolog a magáért valóság szintjére emelkedik. A lényegszinten történik a forenzikus szaktudományok megismerési céljának és kutatási tárgyának a kijelölése. A nyomképző „belső természetének” a megismerése a generikus általános lényegfogalom meghatározására, azon „törvényszerűségek”, illetve „alapelvek”, „axiómák”⁷⁰ feltárására irányul, amelyek az igazságügyi szakértők számára lehetővé teszik annak a *ténynek* a tudományos magyarázatát, hogy a nyomképzők az állandóság és individualitás *lényegi* tulajdonságával rendelkeznek, s ezáltal az időbeli változástól függetlenül önmagukkal azonosak maradnak, illetve azonosság-halmazokat képeznek. Ez a nyomképző forenzikus azonosításának szaktudományi szakasza.⁷¹ A C kör (szintézis: fogalom) a fogalmi mozgás végpontját, a lényegi általános fogalom *konkrét* (reflektált) totalitását, az azonosság és nem-azonosság azonosságát, mint az ellentétek egységét szemlélteti. A C ábra szerint a generikus általános fogalom (azonosság=bűnlényeg) a forenzikus azonosítás *logikai alapjaként* lehetővé teszi a forenzikus ellentmondás feloldását, a konkrét nyomképző azonosítását.

A forenzikus megismerés, mint a nyomképző azonosítása, így két, illetve három szintűvé válik. A nyomképző generikus általános lényegfogalmát feltáró filozófiai-logikai elemzés képezi az első megalapozó szintet, amely vezérli a forenzikus szaktudományok tapasztalati megismerését. Meghatározza a kutatási tárgy „eszményi alakját”, az azonosítás „logikai alapját”, az azonosítási állítások igazsága megállapításának „objektív mércéjét”, és azt az *egyedül* helyes módszert, amely lehetővé teszi, „hogy a forenzikus tudományok szabatosan megismerhessék” a nyomképzőt.⁷² „A forenzikus azonosítás *igazi módszerének helyes* alkalmazása esetén tehát először mindig a nyomképző *generális általánosának, szubsztanciájának* a feltárására kell törekednünk. Ti. ahhoz, hogy a forenzikus tudományok szabatosan megismerhessék, a nyomképzőt, előbb abban az alakjában kell feltárniuk és rögzíteniük, amelyekben a közvetlen tapasztalati adottságában sohasem fordulhat elő... Az eszményi alaknak (ti. a generikus általános fogalomnak) a *maga konkrét totalitásában* való meghatározása a fentiek szerint⁷³ ... kulcsfontosságú.”⁷⁴ A szaktudományi kutatás képezi második szintet, amely az igazságügyi szakértők munkáján keresztül – a felderítés, a vádemelés, a tárgyalás diskurzusaiban – közvetíti és érvényre juttatja a generikus általánost a büntetőeljárásban (harmadik szint).⁷⁵ A konkrét büntető ügyek feltárásában és elbírálásában a három szint együtt teszi lehetővé annak a nyomképzőnek az azonosítását, amely az adott esetben a nyomot és a nyomot okozó-létrehozó nyomképzőt (bűnjel) potenciális jogi bizonyítékká, a vádemelés alapjává és a tárgyalás (bizonyítás és döntés) témájává teszi.⁷⁶

⁷⁰ Vö. i. m. 177.

⁷¹ Vö. i. m. 175.

⁷² Vö. i. m. 176.

⁷³ A szöveghely a voláris bőr „belső természetének”, „szubsztanciájának”, „tudományos törvényszerűségeinek” a leírását követő összefoglaló, A nyomképző generális általánosa című alfejezetben (IV. 2. 5.) található.

⁷⁴ I. m. 175-176.

⁷⁵ Az filozófiai-logikai megismerés szintjét, s ezen belül a konkrét logikai alkalmazás két szintjének a megkülönböztetését átfogóan a 4. számú ábra szemlélteti. A szaktudományi megismerésben történő alkalmazást, mint második szintet, a B kör, a büntetőeljárásban történő alkalmazást, mint harmadik szintet, a C kör ábrázolja.

⁷⁶ A forenzikus azonosítás harmadik szintjén, az összehasonlítás során történik a forenzikus ellentmondás konkrét-gyakorlati feloldása, a tényleges és a konstruált nyom azonos eredetének a kimutatása, s ezzel a *bűnjel* konstrukciója. A potenciális (nyomozás) és tényleges (tárgyalás) jogi bizonyítékként szolgáló bűnjel a nyom és a

Szaktudományi alkalmazás. A forenzikus azonosítás logikájának alkalmazását az értekezés a helyszíni ujjnyomatok azonosításának a nehézségeivel szemlélteti. A daktiloszkópia alapvető gyakorlati problémája, hogy az emberi ujjnyomaton található papilláris vonalak alapján minden kétséget kizáróan meg lehet-e állapítani a tényleges nyom és a konstruált nyom azonosságát, s ezzel a bűncselekmény elkövetőjének a személyét. Ez csak abban az esetben lehetséges, ha „létezik” és érvényesül a papilláris vonalak egyediségének (csak egy konkrét személyre jellemzőek) és állandóságának (a konkrét személy élete során *változatlanok* maradnak) általános törvényszerűsége. Ez a kiinduló helyzet rákényszeríti a daktiloszkópiát egy alapvető elméleti probléma megoldására; a biológiai és orvosi tudományokkal együttműködve ugyanis empirikus kutatásokkal kell kimutatnia, hogy a voláris bőr struktúrájának egyedisége és állandósága minden emberi lényre érvényes törvényszerűségeken alapul. A daktiloszkópiának tehát azt kell bizonyítania, hogy ilyen törvényszerűségek „léteznek”, és rendelkezésre állnak azok a módszerek, amelyekkel feltárhatók s a forenzikus azonosítás során alkalmazhatók. Az értekezés a „mi a voláris bőr” kérdésre válaszolva összefoglalja⁷⁷ a voláris bőr szerkezetével, keletkezésével, változási lehetőségeivel foglalkozó legújabb kutatási eredményeket. A tudományos ismeretek empirikusan bizonyítják az állandóság és individualitás törvényszerűségének létezését és alkalmazhatóságát, valamint azt, hogy nemcsak a voláris bőr, hanem minden, az ember biológiai-organikus felépüléséhez kötődő nyomképző esetén (genetikai nyomok) szükségszerűen érvényesülniük kell.

Az értekezés gondolatmenetében a daktiloszkópiai elemzésből *következik* a „nyomképző generális általánosának, szubsztanciájának” a meghatározása. „Könnyen lehet, hogy a fentiekről mindmáig teljesen rosszak a dermatogfiliai elképzeléseink. Akkor sem tagadhatja senki, létezik az a „*valami*”, amit egyelőre a voláris bőr *állandóságának*, illetve *individualitásának* nevezünk. Hogy Galton törvényei segítségével képesek vagyunk a voláris bőrnek, mint nyomképzőnek a forenzikus azonosítására. És ez a helyzet minden esetben a *fogalommal*, amennyiben azt a *közvetlen tapasztalati adottságokból kiinduló és megfelelően elvégzett elvonatkoztatás segítségével alkotjuk meg.*”⁷⁸

A dermatogfiliai elemzés és a 4. számú ábra összenézéséből arra lehet következtetni, hogy a tudományosan bizonyított „törvényszerűségként” és „alapelveként” értelmezett *állandóság* és *individualitás* képezi a nyomképző (voláris bőr) szubsztanciáját (magáért való dolog), az „eszményi alakot a maga konkrét totalitásában”, egyszóval a generikus általános lényegfogalmat. Vagy másként fogalmazva: a bűn-lényeget kifejező generikus általános fogalom jelentésének közelebbi meghatározása az állandóság és egyediség ismerveivel adható meg. Ha pedig ez így van, akkor a fogalomalkotásnak a közvetlen tapasztalati adottságokból kiinduló szaktudományi megismerés eredményein kell alapulnia.

Az értekezés szerint ezek alapján a nyomképző generikus általános lényegfogalma jelenti azon általánosan igaz állítások lehetőség-feltételét, amelyeket a szaktudományi megismerésnek kell produkálni, és amelyek a forenzikus azonosítás objektív mércéjeként szolgálnak az egyes esetekben. Az értekezés ilyen általánosan igaz szaktudományi állításnak

nyomképző összekapcsolása.

⁷⁷ Vö. i. m. 141-174. (IV. 2.4.)

⁷⁸ I. m. 175. (Kiemelés: Cs. K. L.) Emlékeztetőül a Galton-törvények tézis formában: (a) Minden emberi lénynek élete folyamán egyedi módon formálódik ki az ujjnyomata, így nem létezhet két ember azonos ujjnyomattal; egy ilyen azonosság esélye 1: 64 milliárdhoz. (b) A ujjnyomat rajzolatok az ember élete során nem változnak, állandóak maradnak. (c) Az ujjnyomat rajzolat mintái három alaptípusba rendeződnek (örvény, ív, hurok). (d) Az emberi népesség különböző csoportjainak ujjnyomat rajzolat mintái ezekbe a típusokba rendeződnek, csupán az ismétlődés gyakoriságában különböznek. (e) Az örökletes jelleg a rajzolat minták és típusok szintjén érvényesül, az egyedfejlődés során individualizálódik.

tekinti például az ujjnyomok azonosítását lehetővé tevő minúciapontok számának a meghatározását. A tényleges és a konstruált nyom összehasonlítása során akkor lehet azonosságra, a két nyom közös eredetére, s ezáltal az elkövető személyére következtetni, ha azok legalább 10 ponton egyezést mutatnak.

Forenzikus előrejelzés. A forenzikus megismerés döntő kérdése a fentiek alapján a következő: Hogyan lehetségesek általánosan igaz szaktudományi állítások, amelyek „az adott nem lehetséges egyedijeinek *abszolút egésze*re vonatkoztathatók”, s amelyek alkalmazhatók a múltban előfordult, a jelenben és jövőben előforduló „egyedi esetek bármelyikére a megfelelő módosításokkal”. Ha „ugyanis egyetlen olyan egyedije is létezik az adott nemnek, amelyikre az állítás nem vonatkoztatható, akkor az állítás általános érvényű igaz állításként nem fogalmazható meg.”⁷⁹ Ha ez a lehetőség fennáll, akkor felmerül a kérdés, *mi* teszi lehetővé és *milyen nézőpontból* a szaktudományi tapasztalat kiterjesztését minden egyáltalán lehetséges esetre. „Vajon hol az a pont, amittől kezdve a voláris bőr szerkezetéről szerzett eddigi tapasztalataink minden egyes daktiloszkópiai nyomképzőre kitérítendők. Mert ha az eddigi tapasztalatok érvényét semmilyen módon nem terjeszthetjük ki az össze lehetséges esetre, akkor Hume ellenvetésével kell egyetértenünk, és mindig csak az eddig tapasztalat nyomképzőkről szabad beszélni. Mert így bármilyen kicsi legyen is a valószínűsége, mindig adva van a lehetőség, hogy a jövőben előáll az a bizonyos egyetlen nyomképző, amelyre megfogalmazott általános tételünk nem igaz.”⁸⁰ Ebből az következik, hogy a szaktudományok induktív-tapasztalati általánosításai, mint a példaként választott 10 minúciapont, nem alkalmasak általános és szükségszerű törvényszerűségek megállapítására és a jövőben lehetséges esetek tudományos előrejelzésre. Az induktív következtetések (általánosítások) nem rendelkezhetnek szigorú érvényességgel, csak a valószínűség, illetve bizonyosság egy meghatározott fokának elérését teszik lehetővé.

Az értekezés álláspontja szerint a forenzikus tudományok *megalapozása* nem alapulhat tapasztalati valószínűségen. „A forenzikus tudományok keretében ezért nem menekülhetünk félmegoldásokba. Az általános érvényű állítások általánosan igaz volta vagy szigorúan bizonyítható, vagy nem. Ha bizonyítható, akkor van forenzikus tudomány. Ha nem bizonyítható, akkor nincs forenzikus tudomány. Ti. ahhoz, hogy két „itt és most”-ban lévő nyom közös eredetével kapcsolatban objektív következtetést tudjunk levonni, előbb a nyomképzővel kapcsolatban kell általános érvényű igazságokat megfogalmaznunk, amivel lehetővé válik a forenzikus predikció.”⁸¹

A forenzikus előrejelzés előfeltételezi „az indukciós probléma valódi megoldását”, „a tapasztalás szférájának a meghaladását”, a Popper- és Ayer-féle pozitívista tudományfilozófia „formális logikai álláspontjának” az elutasítását.⁸² Ezzel szemben a tudományos materializmus dialektikus logikája a 4. számú ábrában szemléltetett módon feloldja a megismerés relatív (tapasztalati) és abszolút (dialektikus logikai) jellege között feszülő ellentmondást, lebontja a relatív és abszolút igazságot elválasztó mesterséges válaszfalat, s az abszolút igazság szféráját elérve s innen kiindulva vezérli, pontosabban önmaga felé irányítja a forenzikus megismerést. Az abszolút igazság „viszonylagos képzetekből tevődik össze, e viszonylagos képzetek fejlődésük során az abszolút igazság vonalán haladnak, az abszolút igazsághoz közelednek. A forenzikus azonosítás eredménye ezáltal abszolút, ti. a forenzikus szaktudományok által kidolgozott törvényszerűségek alá tartozó jelenségeket egyetemesen

⁷⁹ I. m. uo.

⁸⁰ I. m. 176-177.

⁸¹ I. m. 177. Ebből az következik, hogy az értekezés megszületésig a forenzikus tudomány tulajdonképpen értelemben nem létezett, mert még nem jutottak el az abszolút tudás szintjére, nem ismerték az abszolút igazságot, így tevékenységüket a tudatlanság fátyla borította be.

⁸² Vö. i. m. 177. Ellenvetések (jelen tanulmány...)

fogja át, és egyben relatív jelleget ölt, hiszen az azonosítás során elért eredményünk mélyebb és átfogóbb axiómák feltárásának képezi szükségszerű feltételét.”⁸³

Ily módon az abszolút igazság *eszméje* egyfelől lehetővé teszi az empirikus (induktív) megismerést alapul vevő, de azt transzcendáló „nomotetikus-deduktív előrelátást”,⁸⁴ másfelől érthetővé teszi a forenzikus tudományok „*igazi elméleti célját*”,⁸⁵ amely két elemből tevődik össze: (a) Általános érvényű, az esetek bármelyikére megfelelő módosításokkal alkalmazható igazságok, az előrejelzést lehetővé tevő „forenzikus axiómák” megfogalmazása. „Mert ha soha nem tudhatjuk meg, hogy mi a nyomképző valójában [ti. lényege szerint: Cs. K. L.], akkor meglévő ismereteinket sem tudjuk mihez hozzámérni.”⁸⁶ Bármilyen nyomképzőről legyen is szó, ezek csak akkor azonosíthatóak, ha létezik és előzetesen megismerik a generikus általános lényegfogalmat, amely az azonosítás objektív mércéjeként szolgál. (b) Az általánosan igaz állítások rendszerproblémájának a megoldása. Mivel a forenzikus tapasztalat kontingenciája miatt ugyanarról a nyomképzőről több igaz állítás is lehetséges, tisztázni kell, „közülük melyik tartozik magasabb értékszférához. A nyomképzőről alkotott állítások összességét tehát *rendszerként* fogjuk fel. A forenzikus tudományok előtt álló *igazi feladat éppen ezért a nyomképzőről alkotott igaz állításoknak a helyretevése*. Mert az *igazi* meghatározó tényező magának a forenzikus rendszernek a természete... a forenzikus tudományok végcélja ennek a szférának a feltárása, megismerése.”⁸⁷

III. Ellenvetések

I.1. A filozófia referenciatudományból kimarad két döntő – a világ filozófiai megismerését minden más megismerés- és tudásformával szemben specifikáló – elem, a teória és az önmagért való érdekmentes tudás fogalma, amelyek máig érvényes jelentése a görög filozófia Szókratész, Platon, Arisztotelész által végrehajtott fordulatának diskurzusaiban formálódott ki. A szaktudományok filozófiához való viszonyát, illetve filozófiai jellegét illetően az alapkérdés a következő. Mikor válik általában a tudományos, jelen esetben a kriminalisztikai megismerés, filozófiává, mikor válik elkerülhetlenné a megismerési érdek és cél, az ismerettárgy és módszer filozófiai vizsgálata? Ezen a ponton válik értelmezhetővé a filozófiai és tudományos diskurzus kapcsolódásának a módja. A filozófia nem a tudományon kívül van, nem kívülről, definíciók formájában⁸⁸ kell rávinni a tudományra. A filozófia belül van, ahogy Heidegger mondaná, „a tudomány lényegében honol” (es west), mégpedig a tudomány saját értelmére irányuló reflexiók formájában. Abban a pillanatban, amikor egy adott tudományág tudományos közössége különböző okokból⁸⁹ felteszi a saját tudományának értelmére – rendeltetésére (funkció), felépülésére (struktúra), keletkezésére (genezis), hatáira, relevanciájára, tudomány-rendszertani kapcsolódásaira, alkalmazására, összességében a saját megismerésmódjának a *lehetőség feltételeire*⁹⁰ – irányuló

⁸³ I. m. 7.

⁸⁴ Vö. i. m. 176.

⁸⁵ Vö. i. m. 177. (Kiemelés: Cs. K. L.)

⁸⁶ Uo.

⁸⁷ I. m. 179.

⁸⁸ Vö. i. m. Bevezető gondolatok. 4-10.

⁸⁹ Az értekezés ezt nevezi, Szigeti Józsefhez kapcsolódva a „tudományos gondolkodás forradalmának”.

⁹⁰ Az értekezés második része keletkezés-nézőpontból vizsgálja, hogy a modern kriminalisztika milyen strukturális okoknak köszönhetően alakult ki, fejlődéstörténetileg milyen változásokon ment át, és már itt érinti a felépülés problémáját, nevezetesen azt, hogy miből áll, milyen elemekből épül fel, elemeken problémákat, kutatási területeket, diszciplínákat, elméleteket értve. A harmadik rész a felépülés és a rendeltetés nézőpontjából elemzi a kriminalisztikai megismerés módszertani problémáit, tudományrendszertani helyzetét és kapcsolódásait, a negyedik az azonosítás elméletét fejti ki.

kérdést, máris önreflexívvé s ezáltal filozófiává válik. A disszertáns bár nem ebben a rendszeres összefüggésben, de a lényegét tekintve az értelemkérdésre keresi a választ az értekezés négy részében.

Ehhez kapcsolódva azonban hangsúlyozni kell, hogy a kriminalisztikai tudományok filozófiai jellege, reflexivitásuk mindenekelőtt abban nyilvánul meg, különbséget tesznek a tárgy megismerése és a tárgymegismerés megismerése között, azaz kísérletet tesznek a saját megismerési módjuk megismerésére, azaz tudományelméletük megalkotására, amelynek a normáltudományi működést akadályozó, zavaró ismeretelméleti-módszertani problémák tisztázása a feladata. Ezzel a kriminalisták belépnek a tudományfilozófiai diskurzusba, ahol a filozófiai nézőpontok, álláspontok, problémafelvetések versengésében *elméleti és nem ideológiai* döntést kell hozniuk a kriminalisztikai megismerés előfeltételeivel kapcsolatban. Ebben az értelemben az értekezés eleve és kifejezetten filozófiai módon jár el, hiszen döntött a filozófiai nézőpontok és alapdiszciplínák versengésében, és hallgatólagosan ugyan, de feltette és megválaszolta a kriminalisztika értelmére irányuló kérdést. Ugyanakkor azonban választott filozófiai pozíciója, a tudományos (dialektikus) materializmus”, anélkül, hogy ennek tudatában lenne, bevonta a világnézetek ideológiai harcába és közvetve ideológiai állásfoglalásra kényszerített.

I.2.–I.3. A materializmus és idealizmus, mint tudományos (racionális) és tudománytalan (irracionális) világnézet szembeállítás, s egyáltalán a „tudományos világnézet” fogalma mélyen problematikus. A „tudományos világnézet”, bármely formájában, a demarkációs probléma⁹¹ olyan megoldását jelenti, amely veszélyezteti a tudomány terület- és funkcióspecifikus önállóságát, s egyáltalán a tudományos gondolkodás és megismerés szabadságát. Amennyiben a filozófiát „tudományos világnézetként” fogják fel, a filozófia elhagyja a tudomány területét, átcsúszik a személyes és/vagy kollektív világnézet-képződés harci terepére, a politikai szférájába s ezzel totális értelemben ideológiává válik. A dialektikus és történelmi materializmus tudományos világnézetének ideológiai-politikai formája a „tudományos szocializmus (kommunizmus)”, amely a proletárdiktatúráról, az osztályharcról, az állam, s ezzel a politika és jog elhalásáról szóló marxi-lenini-sztálini elméletet foglalja magába. A demarkációs probléma téves kezelését illetően egyébként nem jelent kivételt a tudományos filozófiát és a világnézetfilozófiát szembeállító Edmund Husserl⁹² sem, aki a fenomenológiát végső formájában az emberiségmegváltás „tudományos világnézeteként” fogta fel, s hasonlóképpen átcsúszott a politikai területére.⁹³

I.4. Az európai filozófiai hagyomány történetében kialakult a filozófia alapdiszciplínák alapproblémák szerinti elrendeződése.⁹⁴ Az értekezés Hegel triadikus megoldását (logika,

⁹¹ A „demarkációs probléma” kifejezés a saját specifikus funkcióik és diskurzusaik mentén intézményesült társadalmi-kulturális területek (vallás, művészet, tudomány, gazdaság, politika, jog, intimszféra) közötti külső és belső értelemhatárok megvonásának a lehetséges módjaira utal.

⁹² Vö. Edmund Husserl: *A filozófia mint szigorú tudomány*. Ford. Baránszky Jób László. A fordítást átdolgozta és a műhöz *Bevezetést* írt Fehér M. István. Budapest, 1992, Kossuth Könyvkiadó, 109–110.)

⁹³ Vö. Edmund Husserl: *Az európai emberiség válsága és a filozófia*. In Edmund Husserl: *Válogatott tanulmányok*. Vál. Vajda Mihály. Ford. Baránszky Jób László. Budapest, 1972, Európa Kiadó, 323-367.; Edmund Husserl: *Az európai tudományok válsága I–II*. Ford. Berényi Gábor, Mezei Balázs, Egyed András, Ullmann Tamás. Budapest, 1998, Atlantisz; Cs. Kiss Lajos: *A jogtudomány eszméje és hivatása*. Budapest, 2004, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 29-82.; Cs. Kiss Lajos: *A fenomenológia és a politikai problémája*. In Gedő Éva – Schwendtner Tibor (szerk.): *Filozófia és nemzetiszocializmus. Értelmezések és kontextusok*. Budapest, 2016, L'Harmattan, 93-112.

⁹⁴ Az ismeretelmélet és logika előfeltevéseit, kiindulópontjukat, alapfogalmi referenciájukat tekintve a filozófia alapdiszciplínáihoz (lételmélet, tudatelmélet, nyelvelmélet, értékelmélet) kapcsolódnak, így nem önállóak, még ha diszciplinárisan el is különülnek, illetve önálló kutatási programokba szerveződnek.

ontológia, ismeretelmélet) veszi alapul, anélkül, hogy diszciplinárisan elhelyezné a szellemfilozófia rendszerében, és tisztázná a szellem fogalmát.⁹⁵ Az értekezés filozófiai pozíciójának zavarai, mint láttuk, abból erednek, hogy a hegeli logikát – s így közvetve a szellemfilozófia rendszerét – kísérli meg összeegyeztetni az anyag elsőlegességének axiómájából kiinduló, a tudatot (szellemet) funkcionálisan származtatott jelenségnek (agyfunkció) tekintő materializmussal.

I.5. A tükrözés-leképezés elmélet a René Descartes-al kezdődő európai tudatfilozófiai hagyomány, s az ehhez kapcsolódó ismeretelméleti problematika teljes félreértése, amely többek között V. I. Lenin filozófiai dilettantizmusára vezethető vissza, aki a *Filozófiai füzetek* töredékes megjegyzéseiben, a dialektikus és történelmi materializmus filozófiai eredetét kutatva, megkísérelte lefordítani Hegel logikáját, saját használatra (hobby) és a proletármozgalom számára. Lenin nem hivatásos filozófus volt, hanem hivatásos forradalmár, aki „szabad idejében” a filozófiai problémák megértésére és lefordítására tett kísérletet kompendiumok és megjegyzések (N. B., „marhaság”, stb.) formájában.⁹⁶ A vulgármaterialista értelmezéssel szemben a tudatfilozófiai hagyomány, s az ehhez kapcsolódó ismeretelmélet a tudatot a világ (valóság) önálló tartományának tekinti, amely saját, az anyagi-természeti világból levezethetetlen, autonóm törvényszerűségek szerint felépülő struktúrával és működési móddal rendelkezik. Locke, Berkely, Hume a tudat *pszichológiai* (reprezentacionalizmus), Descartes, Spinoza, Leibniz, Kant, Husserl a tudat *transzcendentális* struktúráit és működési törvényszerűségeit írják le.⁹⁷ A tükrözés-leképezés elmélet alapvető félreértése, hogy a megismerés „mozgását” egységes, önmagába záródó, alulról (vagy: kintről) felfelé (vagy: befelé) haladó folyamatként írja le, amely a megfigyeléssel (érzékeléssel-észleléssel) kezdődik és a fogalmi gondolkodással végződik.

Ezzel szemben, s ez minden kriminalista számára magától értetődőség, a megismerés nem megfigyelésekkel, hanem problémákkal és kérdésekkel kezdődik. Az értekezés hasonlóképpen nem észleléssel, nem érzékletekkel, nem az anyagi világ megfigyelésével kezdődik, hanem problémafelvetésekkel, a kriminalisztika megismerő képességével, ismereteivel kapcsolatos kétellyel, ami rákényszerít a tapasztalati alapon nyugvó azonosítás-elmélet logikai problémáinak a vizsgálatára. Ez pedig azt jelenti, hogy az értekezés lényegében a saját ismeretelméleti álláspontját cáfolja.

Erre tekintettel érdemesnek tűnik felidézni és megfontolásra ajánlani Karl Popper álláspontját, különösen azért, mert az értekezésben ellentmondó állítások találhatóak a megismerés kezdetével kapcsolatban. Popper A társadalomtudományok logikája című írásában, a negyedik tételben a következőket mondja a megismerés kezdetéről: „A megismerés nem észleletekkel vagy megfigyelésekkel, vagy adatok, illetve tények összegyűjtésével kezdődik, hanem *problémákkal*. Nem létezik tudás probléma nélkül – de probléma sincs tudás nélkül. Vagyis a megismerés a *tudás és a nem tudás közötti feszültséggel* kezdődik.”⁹⁸ Eszerint a probléma – függetlenül attól, hogy megfigyelésről (természettudomány) vagy interpretációról (szociáltudomány) van szó – a megismerés útjában álló akadály, a tudás és a nem tudás metszéspontján az igaznak vélt tudás és a tények ellentmondásával keletkező nehézség, vagy másként: olyan *szemantikai tény*, amely megkérdőjelezi elvárásaink, elméleteink bizonyosságát, kérdésre szólít fel és indítékul szolgál a megismerésre. A probléma lényegéhez tartozik, hogy megoldásra kényszerít: a

⁹⁵ I. m 9. A szellemfilozófia rendszere: logika, természetfilozófia, szellemfilozófia (szubjektív, objektív, abszolút szellem: művészet, vallás, filozófia), történelemfilozófia és jogfilozófia

⁹⁶ V. I. Lenin: *Filozófiai füzetek*. Ford. Nyilas Vera. Budapest, 1972. Kossuth Könyvkiadó, 149., 160., 175., 411.

⁹⁷ A mélylélektan freudi és jungi változatai szintén a tükrözés-leképezés elmélet nagyhatású cáfolatai.

⁹⁸ Karl Popper: A társadalomtudományok logikája. In *Tény, érték, ideológia. A pozitívizmus-vita a nyugatnémet szociológiában*. Összeállította és a bevezető tanulmányt írta Papp Zsolt. Fordította Gelléri András. Budapest, 1976. Gondolat Kiadó, 280-282.

probléma és a megoldás belsőleg összetartoznak, nem választhatók el egymástól. „A tudás és nemtudás feszültsége problémákhoz, valamint megoldáskísérletekhez vezet. A feszültség maga soha nem haladható meg.”⁹⁹ Ha a módszer általános fogalmán azt a *módot* értjük, ahogyan a tárgy a megfigyelés és az értelmezés számára adva van – pontosabban: adottá válik – akkor a parafrázis értelmében, a szociáltudományok módszere, hasonlóan a természettudományokhoz, problémák és a problémák megoldására tett javaslatok (elméletek) kritikai-kísérleti megfogalmazásában áll. „Megoldásokat javaslunk és kritikának vetjük alá azokat. Ha egy megoldáskísérlet nem hozzáférhető a tárgyi kritika számára, úgy éppen ennek okán tudománytalanként kikapcsolható, ha talán csak átmenetileg is.”¹⁰⁰ A problémamegoldási javaslatok, vagyis az „elméletek” tudományosságának a kritériuma az, hogy hozzáférhető-e a tárgyi kritika, a megcáfolási kísérletek számára vagy nem, méltónak tartják-e a megvitatásra vagy nem, azaz releváns és érdekes probléma megoldását javasolják-e. A problémamegoldási javaslatok, az „elméletek” pusztán kísérleti hipotézisek, amelyek addig igazak, amíg meg nem cáfolják őket. „A tudomány módszertana tehát a lehető legszélesebb kritikával ellenőrzött tentatív megoldáskísérlet (illetve ötlet). Ez a kísérlet és tévedés (trial and error) módszertanának továbbfejlesztése.”¹⁰¹

II.A. A bűn pszichikai jelenségei c. alfejezetben (II. 1. 3. 6.) az értekezés a visszatükröződés „korabeli elméletét” felidézve,¹⁰² a bizonyítás gyakorlati problémáinak az összefüggésében tárgyalja az *emlékezés*, a *figyelem*, a *beszéd* (nyelv) jelenségeit. Az elemzések nyilvánvaló teszik, hogy az emlékezés és a figyelem a tudat kifejezetten önvonatkozású, a saját belső műveleteire irányuló aktusai, amelyek a tudat felépülését és működését szabályozó sajátos törvényszerűségeknek engedelmessé válnak, és nem értelmezhetők az „objektív valóság visszatükrözéseként” vagy „leképezéseként”, amelyek pusztán az ok-okozat, illetve inger-reakció típusú magyarázat sémáinak metaforikus kifejezései. A beszéd, amely tudati műveletként a nyelv cselekvő aktualizálása, illetve reaktualizálása (vö. beszédaktus-elmélet), nem az objektív anyagi (fizikai, kémiai, biológiai), és nem is a szubjektív (pszichikai) világ, hanem a két világnak értelmet adó, átfogó szociális (társadalmi-kulturális) világ jelensége, amely szemantikai tények formájában (kihallgatás, vallomás, jegyzőkönyv, hamisított okirat stb.) teszi azonosíthatóvá a bűncselekményeket. A beszéd és a nyelv jelenségei a szociális világ felépülését és működését szabályozó sajátos törvényszerűségek kifejeződéseiként csak a megértés, az értelmezés, a magyarázó megértés módszerei számára hozzáférhetőek.

II.B. Az értekezésnek a kriminalisztikai megismerés szerkezetét tárgyaló része több ponton cáfolja az alapul vett filozófiai pozíciót. Az öncáfolat feltűnő példáját nyújtja a harmadik rész Kognitív torzítások (III. 5.) című fejezetének kontextus-hatást¹⁰³ elemző alfejezete (III. 5. 4.). A kontextus-hatást szemléltető ábrán látható képek-jelek (férfi arc-női alak, számok-betűk) észlelése és értelmezése az előzetes értelemmegértés kontextusától függ, vagyis attól, hogy a megfigyelő-értelmező beszéli a nyelvet, előzetesen érti a kép (jel), a férfi,

⁹⁹ I. m. 283. A megoldáskísérletek a cáfolási kísérletek próbáját kiálló ideiglenesen, azaz hipotézisként érvényes elméletek.

¹⁰⁰ I. m. 282.

¹⁰¹ Uo. A tudományos megismerés „objektivitásának” problémája elsődlegesen nem a módszer, hanem a strukturális előfeltételek, azaz a tudomány funkcionális autonómiájának problémája, amely megfelelően a szociológiai társadalomelméletek nézőpontjából értelmezhető (vö. Cs. Kiss Lajos: *Reflexív államelmélet*. Budapest, 2020, Kézirat). Ez a vonatkozás Poppnernél csak hallgatólagosan van jelen, a tudomány tárgyi nyilvánosságára, a vita szabadságára irányuló normatív követelmények formájában.

¹⁰² Vö. i. m. 58.

¹⁰³ Vö. i. m. 123-127.

a nő, a szám, a betű stb. szavak jelentését, előzetes helyzet-meghatározások alapján eleve tudja miről (kísérlet, játék, érdeklődés stb.) van szó, és így tovább. Az értekezés itt hallgatólagosan amellett érvel, hogy tudományos megismerés – mint megfigyelés és értelmezés – a világ előzetes megértéséhez¹⁰⁴ kötött, azaz a világ értelemszerű (sinnhaft) felépülését, egy szociális (társadalmi-kulturális) világot, mint kontextust előfeltételez, nem pedig egy értelemmentes anyagi világot.¹⁰⁵

A tényfogalom meghatározását illetően ebből az következik, hogy a tény nem dolog, illetve nem dolgok tulajdonsága, nem olyasvalami, ami az anyagi (fizikai, kémiai, biológiai-organikus) világban végbemegy, megtörténik vagy akár „a tapasztalatban megnyilvánul”.¹⁰⁶ A tény a szociális világ kontextusában megértési-értelmezési aktusok – azaz „hozzárendelési” és „tulajdonítási” műveletek – által létrejövő értelemkonstrukció. A tény objektivitásának értelmezése, mint azt a jelen értekezés kiválóan példázza, mindig a választott filozófiai nézőponttól, végső alapját tekintve, az értelemképződés szerkezeti szintjeitől és formáitól függ.¹⁰⁷ Az értekezés alapfogalmainak a meghatározása szempontjából döntő jelentőségű, hogy a tény fogalmát milyen filozófiai nézőpontból konstruálják meg, és az sem mellékes körülmény, hogy a konstrukció ellentmondásmentes-e. A tényfogalom konstrukciójától függ, hogyan fogják fel a „bűnjelenség”, a „bűnjel”, a „cselekvés”, a „nyom”, a „nyomhordozó”, „nyomképző”, a „nyomképződés”, a „bizonyíték” stb. kifejezések jelentését, ezek egymással való összefüggését, valamint a nyom képződésének és azonosításának, a jogi bizonyíték keletkezésének a folyamatát.

A nyom – amely valamely anyagi-természeti *hordozón* (fizikai, kémiai, biológiai „dolgok”: bőr, test, genetikai kód, lövedék, merevlemez, fegyver, mérge stb.), vagy nem anyagi (psziché, elme, kommunikáció) *hordozón*, illetve ezek által képződik¹⁰⁸ – mindig cselekvés, azaz értelmén alapuló okozás következménye.¹⁰⁹ A nyomképző fogalma ennek megfelelően kettős vonatkozást (relációt) jelöl. Egyfelől a cselekvésre – s ezáltal a cselekvő személyére, mint feltételezett elkövetőre –, másfelől a cselekvés kontextusában a nyom hordozójára való vonatkozást jelöl. A nyom hordozója az a *médium*, amelyen a cselekvés következményei a világban megjelennek, illetve amely által természettudományi (vagy más) értelemben okai lehetnek a nyom képződésének. A nyomhordozók téves felfogása vezet ahhoz a félreértéshez, hogy a nyomképzőket leválasztják az értelemképződés folyamatáról, és az „objektív anyagi világ” jelenségeiként dologi létezőkként kezelik őket.¹¹⁰ A nyomképző

¹⁰⁴ Az európai filozófiai hagyományból az életvilág (Edmund Husserl, Alfred Schütz), előzetes létmegértés (Martin Heidegger), életforma-nyelvjáték (Ludwig Wittgenstein), kommunikatív cselekvés (Jürgen Habermas) fogalmi, illetve koncepciói szemléltetik a kontextus-hatás versengő értelmezéseit.

¹⁰⁵ A problémához lásd az aktuális és magyarázó megértés Max Weber által adott elemzését (Max Weber: *Gazdaság és társadalom. A megértő szociológia alapjai*. Ford. Erdélyi Ágnes. Budapest, 1987, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 38-51., különösen 41.; ehhez kapcsolódóan lásd Alfred Schütz: *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt. Eine Einleitung in die verstehende Soziologie*. Frankfurt am Main, 1974, Suhrkamp Verlag; Peter L. Berger – Thomas Luckmann: *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie*. Frankfurt am Main, 1980, Fischer Verlag.) A visszatükrözés-leképezés elmélet teljesen félreérti a cselekvési és nyelvi értelemképződés folyamatát, feloldhatatlan ellentmondásba (aporia) bonyolódik, amikor kísérletet tesz az anyagi (Lenin) és a szellemi (Hegel) összeegyeztetésére (vö. jelen írás ...).

¹⁰⁶ Vö. i. m. 178.

¹⁰⁷ Vö. 100. lábjegyzet.

¹⁰⁸ A nyom hordozói, amelyeken, illetve amelyek által nyomok képződhetnek, lehetnek természeti dolgok (anyagi objektumok), ember által alkotott dolgok (artefaktumok), az emberi psziché, illetve a lelki élet síkjáról levált interszubjektív (szociális) „értelem”.

¹⁰⁹ „A nyomképződés törvényszerűsége szerint „minden kontaktus (ti. cselekvés: Cs. K. L.) nyomot képez”. (I. m. 102.)

¹¹⁰ Az „alulról felfelé futó determináció szakaszát” szemléltető 4. számú ábrához az értekezés a következő magyarázatot fűzi „Más szóval nincsenek nyomképzők, csak valamilyen nyomképzők, így pl. voláris bőrfodorszájrészletek. Vagy amennyiben a voláris bőrfodorszájrészletek faján belül mozgunk: nincsenek

fogalmából értelemszerűen következik, hogy a nyomok képződése csak a két oksági folyamat kapcsolódásaként érthető meg: a nyom mindig a cselekvő okozás és a természeti (vagy más) okozás eredményeként, a kettőt együtt szemlélve válik ténnyé és jogi bizonyítékká.

Az értekezés azt a benyomást kelti, hogy a forenzikus megismerés második szintje¹¹¹ kizárólag a természeti-anyagi eredetű nyomhordozók (objektív világ) természettudományi kutatására korlátozódik, s figyelmen kívül maradnak a nyom pszichikai-értelmi (szubjektív világ) és a szociális-értelmi (szociális világ) hordozói. Az értelem, mint nyomhordozó, lehet szubjektív értelem, azaz a sértett ember (áldozat) tudata (lelke, lelkiismerete, képzeletvilága), személyisége, lehet objektív értelem, azaz a sértett intézmény (állam, nemzet, egyház stb.) méltósága, legitimitása stb. A büntetőjog által védett jogtárgyak, illetve a konkrét bűncselekményi tényállásoknak a büntetőtörvénykönyv különös részében adott meghatározásai világosan mutatják a nyomhordozók, illetve nyomképzők felosztását. Az osztályozás alapjául nem az anyag-tudat megkülönböztetése szolgál, hanem az értelemfogalom, azaz a jog bűnértelmezése és a bűncselekmény fogalma! Az értekezés – téves ismeretelméleti előfeltevéseinek foglyaként – következetesen azonosítja az értelmet a pszichikaival, így nem képes különbséget tenni a pszichikai (tudatban képződő) és a szociális (cselekvési-nyelvi összefüggésekben képződő) „értelem” között. A téves redukció és következményei jól tanulmányozhatók a „bűn fizikai és pszichikai jelenségeinek” elemzésében.¹¹²

Az „értelem” a cselekvésben és annak igazolásában (nyelv) képződik,¹¹³ a cselekvés végbemenetelében és következményeiben, az objektív, a szubjektív, a szociális világban¹¹⁴ okozott változásokban (ujjnyom, lábnyom, testi sérülés, lelki trauma, mobbing, zászlóégetés stb.) jelenik meg. Az „értelem” a nyomozásban, a történeti tényállás rekonstrukciója során potenciálisan – azaz hipotetikus-perspektivikus módon – válik bizonyítékká, jogi ténnyé. Ezt követően vagy alapjául szolgál a vádemelésnek (ügyészségi eljárás), illetve az ítéletnek (bírói eljárás), vagy nem. A fizikai, kémiai, biológiai szerkezetek (folyamatok) törvényszerűségeinek komplex egymásra hatásaként felépülő anyagi-természeti világ tárgyai, mint „dolgok és események (folyamatok)” a megnevezés által pusztán hordozzák, de nem alkotják az értelmet: kizárólag a szociális világ cselekvési-nyelvi kontextusában bírhatnak „tulajdonított” vagy „hozzárendelt” értelemmel.

Összefoglalóan. A „nyomképző” kifejezés használatánál figyelembe kell venni azt a szemantikai tény, hogy a „képzés”, „képződés” ige mindig kettős utalást tartalmaz. Egyfelől a cselekvésre (és a feltételezett elkövető személyére), másfelől a cselekvés következményeként a természeti-szociális világban okozott változásra, azaz magára a nyomra, a nyomhordozóban lejátszódó változási lehetőségekre utal a *tényleges* (kérdéses) nyom és a referenciaként összehasonlítási célból *konstruált* nyom megkülönböztetésének az összefüggésében. A nyomképző fogalma végső soron a kriminalisztikai diskurzus

voláris bőrfodorszájzolatok, csak valamilyen voláris bőrfodorszájzolatok, így pl. hurkos mintázatú voláris bőrfodorszájzolatok. *De éppígy felfelé is*: a nyomképző meghatározása is lehet egy formameghatározás, ha például az *anyag létezők körén belül különbséget teszünk a bűn jelenségei és egyéb jelenségek között.*” (I. m. 139.) (Kiemelés: Cs. K. L.)

¹¹¹ Vö. 4. számú ábra interpretációja. Jelen tanulmány...

¹¹² Vö. i. m. 47-65.

¹¹³ A cselekvők a nyelv (beszéd) közvetítésével igazolják tetteiket, azaz megadják a cselekvés indítékát, meghatározzák irányultságát, a célt és a célérés eszközeit, felmérik annak szándékolt és nem szándékolt következményeit, vagy pedig nem; ez utóbbi esetben vagy gondatlanul járnak el, vagy különböző okokból nem képesek a saját viselkedésük irányítására, nem beszámíthatók stb.

¹¹⁴ A világfogalom kriminalisztikában is jól operacionalizálható leírásához lásd Karl R. Popper: *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*. Überarbeitete und ergänzte Ausgabe. Hamburg, 1984, Hoffmann und Campe, 158-197 (Zur Theorie des objektiven Geistes); Jürgen Habermas: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band I*. Frankfurt am Main, 1984, Suhrkamp Verlag, 114-150.

konstrukciója. Amikor a forenzikus tudományok a nyomot az identifikáció, klasszifikáció, individualizálás, asszociáció műveleteivel megkísérik azonosítani, szükségképpen a nyomképződés kettős értelemvontkozásának szemantikai tényéből indulnak ki, illetve hallgatólagosan előfeltételezik, még ha más elméleti keretben gondolkodnak is.¹¹⁵

II.C. A dialektikus és fuzzy logika összekapcsolása. Az értekezés hallgatólagosan abból a filozófia- és logikatörténetileg bizonyítatlan feltételezésből indul ki, hogy a tárgyat, a tárgy megismerését (tudomány) és a tárgymegismerés megismerését (filozófia) együttgondolni képes hegeli dialektikus logika – azon túlmenően, hogy érthetővé teszi a forenzikus tapasztalat kontingenciáját – evidens módon *megindokolja* a két logika összekapcsolhatóságát is. Sőt, amikor az értekezés a forenzikus azonosítás logikáját Cusanus és Hegel azonosság-felfogásából eredezteti, illetve erre alapozza, követve bizonyítottnak tekinti, hogy a fuzzy-logika filozófiatörténeti-logikai forrása a hegeli szellemfilozófia. Az alapgondolat szerint „a forenzikus azonosítás logikája... a Hegeltől származó filozófiai tételen alapul, amely szerint minden dolog önmagának ellentmondó”,¹¹⁶ illetve: „A forenzikus azonosítás ellentmondását csak és kizárólag úgy tudjuk megoldani, ha cusanusi ellentétek egybeesését a hegeli ellentétek *egysége* révén tesszük artikuláltabbá. Vagyis a generális általánosban jelöljük meg azt a logikai alapot, amelyik szabatosan és szükségszerűen határozza meg a nyomban rejlő tartalmat.”¹¹⁷

A formális kétértékű logika kritikáján és elutasításán kívül az értekezés szövegében egyetlen olyan utalás sem található, amely filozófiatörténeti szempontból meggyőzően indokolni tudná a két logika magától értetődőnek tekintett összekapcsolását. A kapcsolódást az értekezés egy terminológiai döntéssel, a fuzzy-set elmélet alapfogalmainak átírásával, valamint egy bizonyítatlan állítással hozza létre. Ami a terminológiai döntést illeti, az értekezés a halmaz és elemei, illetve alaphalmaz és halmaz megkülönböztetései helyett bevezeti a nem, a faj, az egyed fogalmait: A „fuzzy logika szakirodalmában megszokott „alaphalmaz”, „halmaz” kifejezéseket *néhol szándékosan* a filozófia terminológiájából származó „nem” és „faj” szinonimákra cserélem”.¹¹⁸ Ily módon az „egyed/egyedi” kifejezés egyszerre jelölheti a halmaz elemét és a nemen belül az egyes fajokat, illetve a faj egyes példányait. Itt a részletesebb indoklást mellőzve szükséges megjegyezni, hogy a halmaz és elem megkülönböztetése nem illeszkedik a hegeli szellemfilozófiához. Ami a bizonyítatlan állítást illeti, az értekezés az ismeretelméleti problémát (indukció) megoldottnak tekintve¹¹⁹ a következőket állítja: „A fentiekben megismerkedhettünk a fuzzy-halmazelmélet és a forenzikus azonosítás filozófiai gyökereivel... e két diszciplína logikája *közös logikai kalkulusokra* vezethető vissza...”¹²⁰ Logikai szempontból ez tekinthető az értekezés egyik legsúlyosabb állításának, mivel teljesen következmények nélkül marad. A szövegben ugyanis nem találjuk a nyomát semmilyen „közös kalkulusnak”, amelyet ráadásul ebben az esetben nem formális (szintaktikai), hanem tartalmi (szemantikai-pragmatikai) szabályok rendszereként kellene megfogalmazni, lévén „magának a dolognak” a lényegi szerkezetét és

¹¹⁵ Ezt a szemantikai tényét kell szem előtt tartani, amikor nyomképző objektivitásából kiindulva az azonosítás során megállapítják, hogy „nyom az adott nyomképzőtől származik-e” (vö. i. m. 135.). Ez, mint az individualizáció elemzése mutatja, kriminalisztikai magától értetődőség (vö. i. m. 99-107.).

¹¹⁶ I. m. 136.

¹¹⁷ I. m. 185. Az értekezés ezzel a mondattal zárul: „E két diszciplína (ti. a kognitív rendszerek és a fuzzy halmazok elméleteinek) logikája ugyanis *közös filozófiai alapokon* nyugszik.” (Uo.) (Kiemelés: Cs. K. L.)

¹¹⁸ I. m. 131.

¹¹⁹ Az indukcióprobléma értelmezését lásd később.

¹²⁰ I. m. 179.

mozgását kifejező – az értekezés fogalomhasználatában: „mindenoldalúan visszatükröző” – dialektikus logikáról van szó.¹²¹

A két logika javasolt összekapcsolása alapvetően problematikus: a fuzzy-logika a lehetséges tapasztalat határain belül érvényes, míg a dialektikus logika transzcendálja a tapasztalatot, és az abszolút igazság elérésével egyértékűvé teszi a logikát. A 4. számú ábra interpretációjára visszautalva: a szellem önreflektáló mozgása során az elvont általánostól (jelenség) eljut a konkrét általánoshoz (lényeg), s az általános lényegfogalomban (abszolút eszme) azonossá válik önmagával. Ebben a fogalmi mozgásban a relatív igazságok érvénytelenítésével – azaz a nemek/halmazok elmosódottságának, a tapasztalat kontingenciájának a folyamatos (visszatérő) megszüntetésével – a forenzikus logikának előfeltételeznie kell az egyértékűség szükségességét, és a megismerést erre az egyértékűségekre kell visszavezetnie. A forenzikus logika ezzel maga is *abszolúttá* válik.

Az ilyen jellegű, abszolút érvényességre igényt támasztó megismeréslogikák elsődleges funkciója – mint azt a totalitárius rendszerek tudománytörténete bőséggel tanúsítja – a tudományos diskurzus felügyeletének és irányításának a monopolizálása, a „tudományos világnézet” követelményeinek az érvényre juttatása a szaktudományi megismerésben: indoktrináció, a kizárólagos szellemi uralom biztosítása, a tudomány autonómiájának a felszámolása.

A kétértékű logika helye. A kétértékű logika pozicionálása nem egyértelmű. Az értekezés egyfelől kizárja az azonosításból, mert általa nem lehet sem felismerni, sem megoldani a forenzikus ellentmondást, másfelől a két- és többértékű logika szükségszerű kapcsolatát hangsúlyozza: „Következésképpen a kriminalisztikai azonosítás során egyaránt érvényre jutnak a formális, mint a többértékű logika elemei.”¹²² Az értekezés elismeri, hogy a fuzzy-logika nem érvényes az emberi tudásképződés minden területére,¹²³ és nem alkalmas sem a jogtudományi megismerés probléma- és tárgyterületének az elhatárolására, sem a normativitás értelmezésére, hiszen mindkét esetben a jogszerű (érvényes)/ jogszerűtlen (nem érvényes) megkülönböztetését, tehát egy szigorú bináris kódot előfeltételeznek. Hasonlóképpen alkalmatlan a büntetőeljárás leírására, amelyben a döntés normatív követelménye (az adott büntetőügyben dönteni kell) és a tényleges döntés (bűncselekmény/nem bűncselekmény; bűnös/nem bűnös) eleve kizárja a fuzzy-logikát. Szabó Miklóst idézve: „Ahol döntenek, nincs logika.”¹²⁴ A kriminalisztika probléma- és tárgyterületét, tudományos ismereteinek alkalmazhatóságát értelemszerűen a büntetőjogi normák határolják, illetve szabályozzák.¹²⁵ Az értekezés szerzője erre gondolhatott, amikor azt

¹²¹ A „dolog maga” a szellem *önkifejlődése* az önmegismerés és önmegvalósítás, a létezés és gondolkodás (megismerés) egyidejű kettősségében, amelyet a tagadás (tézis) tagadásának (antitézis) tagadása (szintézis) mozgat a szellem magánvalóságától (lét, természet, szubjektív szellem) a magáért valósága (fogalom, teleológia, abszolút szellem: művészet, vallás, tudomány) mint végső pont felé, ahol a szellem eléri az abszolút önmagáról tudás és igazság szintjét. A jól konstruált logikai kalkulus alapelemekből (szótár), a megformálás szabályaiból (nyelvtan), transzformációs szabályokból (következtetési szabályok) és axiómákból áll. A dialektikus logika szemantikai-pragmatikai – azaz egyszerre tárgy- és megismerés-vonatkozású – kalkulusának „magát a dolgot” kellene kifejeznie. Egyszerűen szólva, nemcsak tetszőleges tárgyakra vonatkozó állítások és következtetések lehetséges viszonyainak formáit írja le, hanem magát a tárgyat alkotó relációkat egy fölerendelt harmadik (filozófia) nézőpontjából.

¹²² I. m. 95.

¹²³ Vö. i. m. 133.

¹²⁴ Vö. Szabó Miklós levele (2019.08. 01). Ehhez kapcsolódva szükséges megjegyezni, hogy Szabó Miklós logikai elméleteket és problémákat tárgyaló munkái kitűnő bevezetést és eligazítást jelentenek a jogi logika tanulmányozásához is, ami hozzájárulhat a forenzikus azonosítás logikájának a jobb megértéséhez, ha egyáltalán ilyesfajta „azonosítás” logikailag egyáltalán lehetséges (vö. Szabó Miklós levele, 2019. 08. 01.).

¹²⁵ Ehhez lásd Finszter Géza: *A kriminalisztika elmélete és a praxis a büntetőeljárás reform tükrében. Összefoglalás.* Budapest, 2005-2007, Kézirat. Itt ugyancsak szükséges megjegyezni, hogy az értekezésben tárgyalt kérdésekkel kapcsolatban Finszter Géza kriminalisztikával, rendészeti tudományokkal foglalkozó

írja, hogy a kriminalisztika „nem csupán relatív, hanem *abszolút* módon kötődik a normatív bűnügyi tudományokhoz... a kriminalisztikára – önálló diszciplináris jellegének hangsúlyozása mellett – *jogi* jellegű tudományként tekintünk”.¹²⁶ A fuzzy-logika érvényességi-alkalmazási területe így leszűkül a bűnjelenség természeti (anyagi-dologi) dimenziójának a szaktudományos megismerésére.¹²⁷ A kriminalisztika inter- és multidiszciplináris szerveződése kapcsán ezért óhatatlanul felmerül a kérdés, hogy a dialektikus logika vajon milyen tapasztalatot transzcendál?

Elvont-konkrét azonosság. A 4. számú ábra Hegel szellemében történő értelmezése alapján nem lehet azt állítani, hogy a szakértőnek az „elvont azonosságot” kellene megmagyaráznia a rendőrnek, az ügyésznek vagy a bírónak.¹²⁸ Az *A* kör az elvont (nem reflektált) azonosságot (bűnjelenség), míg a *B* kör a szaktudományi megismerésben, a *C* kör a büntetőeljáráshoz a konkrét azonosságot, a logikai alapként, objektív mérceként, eszményi alakként szolgáló általános lényegfogalmat (bűnlényeg) ábrázolja. Vagy nem?

Forenzikus ellentmondás. Az elméletalkotás központját a forenzikus ellentmondás előfeltételezése és elemzése képezi. Az értekezés alapállítása szerint ellentmondás áll fenn a tényleges nyom – amelyet az elmúlt jelen „itt és most”-jában a cselekmény elkövetője okozott – és a konstruált nyom – amelyet a jelen jelenjének „itt és most”-jában összehasonlítás céljából a tudományos megfigyelő hozott létre – között. Az ellentmondás a jelenség (tapasztalat) és a lényeg (fogalom) szintjein, a kettőt átfogva szükségszerűen *létezik*, objektivitása, tudományos megismerőtől való függetlensége a forenzikus azonosítás legfontosabb ontológiai törvényszerűsége.

Ezzel szemben azt állítjuk, hogy a forenzikus ellentmondás *tapasztalati* értelemben nem létezik, és nem is létezhet!¹²⁹ Magát a problémát és megértésének nehézségét az okozza, hogy az értekezés leszűkítve, redukcionista módon értelmezi a nyomképző fogalmát: az azonosítási állítások a cselekvők, illetve a cselekvési módok különbözősége miatt mindig különböző nyomképzőre vonatkoznak, ha a „kérdés a két „itt és most”-ban való nyomképződés *mikéntjére* irányul”.¹³⁰ A két nyom „eredetének azonosságára” irányuló kérdés a cselekvők, azaz a nyomképződés „alanyi oldalának” nézőpontjából fel sem vethető! A két különböző – elkövetői és szakértői – cselekvésmód diskurzusaiban keletkező nyom kizárólag a nyomképződés tárgyi-dologi hordozóinak szintjén hasonlítható össze, a tényleges és konstruált nyom képződése csak ezen a szinten fogható fel olyan együtt – egyszerre és egyidejűleg – elgondolható „egységként” (folyamatként), amely a logikai elemzés tárgya lehet. Kizárólag ezen a szinten mondható az, hogy az állítás alanya – a tárgyi-dologi nyomképző, például a voláris bőr – a két cselekvési mód diskurzusában *ugyanaz*, ekkor válik lehetségessé az összehasonlítás, és az azonosság (állítmány) tulajdonításával a nyom eredetének a megállapítása a valószínűség különböző fokain.

Az értekezésben elemzett forenzikus ellentmondás ezért csak *spekulatív* értelemben létezhet, kizárólag akkor, ha a kriminalisztika a nyomképződés folyamatát és elemeit a hegeli szellemfilozófia nézőpontjából, a „szellem” objektív-abszolút dialektikájának az összefüggésében értelmezi. Ekkor a két cselekvési mód (diskurzus) együtt „magát a dolgot”, azaz a *bűnlényeget* aktualizálja és teszi hozzáférhetővé. A lényegaktualizálás hegeli nézőpontjából a cselekvési módok (diskurzusok) különbsége logikai ellentétként jelenik meg, amelyet a *bűnjelenség* (nyomképző) generikus általános lényegfogalma (azonosság), az

munkái is tanulmányozásra méltóak.

¹²⁶ Czebe András: i. m. 95. (Kiemelés: Cs. K. L.)

¹²⁷ I. m. 133-134.

¹²⁸ Vö. i. m. 185.

¹²⁹ A „tapasztalati” kifejezés a cselekvési és nyelvi értelemképződés diskurzív tapasztalatát írja le, nem pedig „az objektív anyagi (értelemmentes) valóság” visszatükrözésének fogalom (gondolkodás) előtti szintjét.

¹³⁰ Vö. i. m. 135-136. (Kiemelés: Cs. K. L.)

abszolút tudás szintjére emel és felold. A kérdés csak az, hogy a forenzikus megismerés (azonosítás) ilyen *esszencialista* értelmezése vajon kihez szól, mi a haszna, mit tud nyújtani a forenzikus szaktudományok művelői számára?

Forenzikus előrejelzés. Az értekezés a forenzikus tudományok „igazi elméleti céljának”, illetve „végcéljának” az előrejelzést (az indukciós probléma megoldását) tekinti, amely forenzikus axiómák meghatározását és a nyomképzőről alkotott általánosan igaz állítások (következtetések) rendszerének a kiépítését ígéri. Ami a forenzikus axiómákat illeti, nem világos, mi teszi lehetővé az általánosan igaz állításokat, amelyekre az értekezés a minúciapontokra vonatkozó állítást hozta fel példának: a nyomképző generikus általános fogalmának (a bűnlényegnek) a tapasztalatot meghaladó, illetve tapasztalat előtti fogalomelemző meghatározása? Hasonlóképpen nem világos, mit kell érteni a „forenzikus rendszer természetén”, melynek feltárása a forenzikus tudományok végcélja.¹³¹ Itt újra felmerül a kérdés, hogy az előrejelzés javasolt módja mennyire meggyőző, mit tud nyújtani az forenzikus szaktudományok empirikus beállítottágú művelői számára?

Abszolút igazság. Az „abszolút igazság” és az „egyedül helyes módszer” feltételezése súlyosan veszélyezteti egyrészt a tudományos megismerés és az elméletalkotás, másrészt a büntetőeljárásban a bíró autonómiáját. (a) A tudományos materializmus dialektikus logikája – amely a generikus általános lényegfogalom meghatározásával és az egyedül helyes módszer alkalmazásával képes elérni az abszolút igazság végső szintjét – az idealizmus (empirizmus) minden formáját megsemmisítve monopolizálja és uralja a forenzikus megismerés értelmezésére törekvő, eredendően plurális szerkezetű tudományfilozófiai diskurzust. Az értekezésben képviselt filozófiai-tudományos álláspont vitathatatlanak tekinti önmagát, és az abszolút igazság eszméjének a birtokában igényt támaszt fölérendelt instanciaként irányítani és tetszése szerint szelektálni a kriminalisztika szaktudományi diskurzusok tematikáit, álláspontjait. Ami az elméletalkotás autonómiáját illeti, az opponensi vélemény 5. lábjegyzetben jeleztük, itt valójában nem egy új elmélet normáltudományi értelemben vett megalkotásáról van szó,¹³² hanem egy már előzetesen, objektív és szükségszerű módon létező „értelem” feltárásáról, a szellem létezésének és mozgástörvényeinek Hegelre támaszkodó megvilágításáról, fogalmi kifejezéséről. Ezt az objektív és szükségszerű „értelmet” a kriminalisztika művelői kizárólag a filozófia dialektikus materialista formájának az elsajátításával tárhatják fel, mert csak ez teszi lehetővé számukra „az abszolút igazság” feltárását, a „forenzikus azonosítás igaz módszerének”¹³³ a kidolgozását. (b) A „Daubert meghallgatás”¹³⁴ feleslegessé válik, mivel az abszolút igazság és módszer birtokában lévő szakértő álláspontja nem cáfolható, így nem lehetnek tudományos ellenfelei, következésképp a bíró nem mérlegelhet, hanem automatikusan dönt.

Indukció. Az indukcióprobléma leírása az értekezésben nem meggyőző, olykor félrevezető. Először is az indukció eljárásának leírása¹³⁵ során különbséget kell tenni a *fogalmak* és *szabályok* induktív meghatározása között. (a) A indukció előfeltétele a szabályszerűen ismétlődő minták észlelése és állításformában való rögzítése

¹³¹ Vö. i. m. 179.

¹³² A tudományos diskurzusban bizonyos problémák megoldására versengő – igazolható (verifikáció) és/vagy cáfolható (falszifikáció) – elméleteket „konstruálnak”, amelyek mindaddig érvényes hipotézisként szolgálnak, amíg valószínűbb, jobban igazolható megoldást nem javasolnak, vagy az adott elméletet megcáfolják.

¹³³ Vö. i. m. 175-176.; 139. 4. számú ábra.

¹³⁴ Vö. i. m. 141-142.

¹³⁵ „A forenzikus tudományok éppúgy, mint a mindennapi életben, először a tapasztalatban megnyilvánuló tényeket rögzítik megfelelő állítások alakjában. Majd az illetékes szaktudomány tisztázza az állítás igaz vagy hamis voltát. Ezután következik maga az általánosítás: annak eldöntése, hogy a szóban forgó állítmánya nem minden eleméről kimondható-e vagy csak egyesekről. Az eredményül kapott kijelentés általánosan igaz volta azonban mindig problematikus. Mert amint a tapasztalás során fellép az a bizonyos egyetlen ellenkező eset, az általánosításnak meg kell állnia a *kizáró részlegesség fokán.*” (I. m. 178.)

(ténykonstrukció). Ez közös a mindennapi és tudományos tapasztalatban. A fogalom meghatározást illetően: „Látok egy hattyút, fehér a tolla. Látok egy másik hattyút, annak is fehér a tolla és így tovább.” A szabály meghatározást illetően: „Tegnap, tegnapelőtt (és így tovább) reggel felkelt a nap.”¹³⁶ (b) A tulajdonképpeni indukció a felismert minta elvonatkoztatása a mindennapi tapasztalattól és kiterjesztése, általánosítása minden lehetséges esetre. A fogalmat illetően: „Minden hattyúnak fehér a tolla.” A szabályt illetően: „Minden reggel felkelt a nap.” (c) Előrejelzés. A tapasztalat kitágítása a nem észlelt, térben és időben (múltban, jövőben) távol eső objektumokra. A fogalmat illetően: „A jövőben minden más helyen és más időben észlelt hattyúnak fehér lesz a tolla.” A szabályt illetően: „A nap holnap, holnapután (és így tovább) is fel fog kelni.”

Másodszor az értekezésben nincs világosan megindokolva, hogy az induktív általánosítások, illetve következtetések miért csak valószínűek lehetnek. Hume és Popper álláspontját triviálisnak tekinteni és a forenzikus tapasztalat megértéséből, mint tévedést egyszerűen kizárni, félrevezető, különösen azért, mert a forenzikus szaktudományi megismerés magától értetődően pozitivista és ebben az elméleti keretben működik. Ezzel kapcsolatban érdemes röviden felidézni Popper indukcióval kapcsolatos álláspontját. (a) Az indukció sohasem lehet teljes, mert egyszerre nem lehet minden releváns objektumot – egy adott halmazba vagy osztályba tartozó elemet – megfigyelni. (b) A megfigyelés objektumai kontingensek, mindig fennáll a változás, az eltérés lehetősége.¹³⁷ (c) Az indukcióelv igazolása a végtelenbe visszavezető következtetésekre (regressus ad infinitum) kényszerít.¹³⁸ Az induktív általánosítások ezért mindig csak valószínűek lehetnek. Ezzel szemben Popper amellet érvel, hogy (a) indukció nem létezik, induktív általánosítások képzése logikailag lehetetlen, (b) az empirikus elméletek elvileg nem verifikálhatók és nem is valószínűsíthetők, azaz nem lehetnek sem igazak, sem valószínűek. Az empirikus elmélet lehetőségének a feltétele a cáfolhatósága, azaz a tapasztalat megghiúsíthatja, ha új megfigyelések ellentmondanak neki. Az empirikus elmélet akkor válik cáfolhatóvá, ha kizárják azt a tapasztalati lehetőségét (megfigyelhető tényállást), hogy léteznek „nem fehér tollú hattyúk”. Ekkor a „minden hattyú fehér tollú” állítást már nem induktív általánosításként, hanem egy tisztán deduktív funkcióba helyezett állításként (axiómaként) fogják fel, a hattyú-halmazról felállított empirikus hipotézisként, amely mindaddig igaz, amíg nem figyelhető meg egy „fekete (barna stb.) tollú hattyú”.¹³⁹ Popper szerint az elmélet akkor tekinthető tudományosnak, ha kritizálható és megcáfolható (falszifikálható), s ezáltal képes az igazsághoz közelíteni, amelyet tisztán formálisan a kijelentés és a tárgy közötti megfelelési

¹³⁶ A példákhoz lásd David Hume: *Tanulmány az emberi értelemről*. Ford. Bencze György. Budapest, 1995, Nippon Kiadó, 25-40.

¹³⁷ A megfigyelendő halmaz (osztály) elemei a „hattyúk” („minden hattyú”). Azonban egyszerre (vagy folyamatosan) csak „sok” hattyút lehet megfigyelni, minden – a múltban élt, a jelenleg élő, a jövőben megszülető – hattyút nem. A megfigyelés alapján csak azt lehet állítani, hogy a „hattyúk fehér tollúak”, kizárólag ebben a formában: „Megfigyelek sok hattyút, és ezek mind fehér tollúak”. Az állítás a megfigyelés korlátozottsága miatt nem vonatkozhat a teljes halmazra (osztályra), hanem csak „a megfigyelt hattyúkra”, melyek „hasonló tulajdonsággal” (fehér tollazat) rendelkeznek. Az induktív végkövetkeztetés („minden hattyú fehér tollú”) az állítás érvényének kiterjesztése a teljes halmazra, ezért csak valószínű lehet.

¹³⁸ Az általános kijelentés formájában meghatározott indukcióelvet nem lehet empirikusan igazolni. „Ha megkísérlik „empirikusan érvényes” tételként felfogni, akkor rögvest ugyanazok a kérdések merülnek fel ismét, amelyek bevezetésének indítékául szolgáltak. Hiszen ahhoz, hogy az indukcióelvet igazoljuk, induktív következtetéseket kellene alkalmazni, melyek számára nekünk egy magasabb rendű indukcióelvet kellene előfeltételezni és így tovább. Az indukcióelv empirikus felfogása tehát azon hiúsul meg, hogy *végtelen regressushoz* vezet.” (Karl Popper: *Logik der Forschung*. Fünfte Auflage. Nachdruck der vierten, verbesserten Auflage. Tübingen, 1971, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 4.)

¹³⁹ A „minden hattyú fehér tollú” típusú univerzális állítások csak látszólag induktív általánosítások, Popper ezeket „quasi indukcióknak” nevezi, amelyek a megismerés deduktív (axiomatikus) kiindulópontjaiként szolgálnak.

relációként fog fel. Popper előfeltételezi, hogy fennállnak az elmélet tudományosságának a tudományon belüli és kívüli feltételei, világosan megvonhatók a határok a tudomány és nemtudomány között, azaz szabadon lehet vitát folytatni magáról a határmegvonásról. A tudományos gondolkodás és megismerés csak akkor lehet szabad, ha a tudomány diskurzusában egyetlen filozófiai álláspont sem támaszt igényt a világ nyilvános értelmezésének a monopóliumára, s ezzel az abszolút igazságra.

III. Megjegyzések, korrekciók, javaslatok

1. A „forenzikus”, „forenzikus tudomány” kifejezések elemzése lábjegyzetbe szorul és nem pontos. A kifejezések rövid etimológiai bemutatása tudománytörténeti szempontból bizonyítja a kriminalisztikai megismerésnek a normatív büntetőjog tudományok nézőpontjához és problématerületéhez való kötöttségét, s már előzetesen segít megvilágítani az értekezés által tárgyalt tudományelméleti (tudományrendszertani) problémákat,¹⁴⁰ erre tekintettel ajánlatos lenne a főszövegben (Bevezető gondolatok) való tárgyalása.

2. Az értekezés a „bűn” fogalmát használva általában beszél a „bűnről” és annak jelenségeiről, a bűn „lényegéről”, s eközben figyelmen kívül hagyja azt a szemantikai tény, hogy a társadalmi-kulturális területek (vallás, művészet, politika, gazdaság, tudomány, nevelés, jog, magánszféra) saját specifikus bűnfogalmakkal, illetve bűnértelmezésekkel rendelkeznek, s a bűn jelenségeit a saját erkölcsi diskurzusaikban polemikus módon mindig másként azonosítják. Az értekezés magától értetődő módon, reflektálatlanul a büntetőjog bűncselekmény fogalmát veszi alapul, s hallgatólagosan ebből vezeti le a bűnlényegét. Erre azonban csak következtetni lehet a kriminalisztika és a normatív büntetőjog tudomány viszonyára vonatkozó fejtegetések alapján.¹⁴¹

3. Az értekezés szerzője az általa kidolgozott „tudományos elmélet... legfontosabb ismertetőjegyének” tekinti „a predikciót”, és hangsúlyozza, hogy „a tudományos elmélet fogalmát... nem szabad összekevernünk a modell fogalmával”.¹⁴² Az értekezésből azonban nem derül ki, hogy mit is ért pontosan a tudományos elmélet fogalmán, hogyan kell egy elméletet megalkotni, jóllehet „saját elméletet” alkot, s nem derül ki az sem, hogy az elmélet miben különbözik a modelltől, illetve az elméletalkotás a tudományos modellek konstrukciójától.

4. A „tudós tudatlanság” Cusanus-féle tézisést az értekezés magától értetődőnek tekinti, de nem tünteti fel lábjegyzetben a forrást, és nem indokolja meg, miért a cusanusi megközelítést választotta és alkalmazza a jog és jogtudomány fejlődésének történeti-szociológiai tendenciájának a jellemzésére.

5. A bűn jelenségeiről való „tudományos gondolkodás forradalma” kapcsán illendő lenne, legalább a megemlítés szintjén, tisztázni *A tudományos forradalmak szerkezetéhez*¹⁴³ való viszonyt. Ez nemcsak a modern tudományfilozófiához kapcsolódás lehetőségén való elmélkedést tenné lehetővé, tágítva a kriminalisták tudományfilozófiai horizontját, hanem a megtudhatnánk azt is, hogy a falszifikáció (Karl Popper), a paradigma (Thomas Kuhn), a kutatási program (Lakatos Imre) fogalmaival értelmezett tudományfejlődési felfogásokhoz képest mennyiben más a Szigeti József-féle „tudományos gondolkodás forradalma”. A második rész kompozíciójából arra lehet következtetni, hogy a kriminalisztika metafizikai felfogásáról a hegyi kriminalisztikára való áttérés, s ezzel a forenzikus azonosítás

¹⁴⁰ Ehhez lásd A közvetítő láncszem című alfejezetet (II. 2. 2. 4.) (I. m. 90-92.)

¹⁴¹ Vö. i. m. 133.

¹⁴² I. m. 10.

¹⁴³ Vö. Thomas Kuhn: *A tudományos forradalmak szerkezetete*. Ford. Bíró Dániel. Budapest, 1984, Gondolat Kiadó.

elméletének, mint logikának a kidolgozása jelenti a „tudományos gondolkodás forradalmát”, amely egyedül képes felszámolni a kriminalisztika „terminológiai” és „rendszerelésbeli konfúzióját”. Az értekezés tanulmányozása során felmerül a kérdés, mi az akadálya annak, hogy ezt a „forradalmat” paradigmaváltásként vagy akár egy új kutatási program kezdeményezéseként értelmezzük?

6. Az értekezés „akaratszabadság” fogalmával kapcsolatos álláspontja – mely szerint a szabad akaratot állító Kant szubjektív idealizmusával (klasszikus iskola) és a szabad akaratot tagadó Ferri pozitivistá antropológiai iskolájával, e „tudós tudatlanokkal” szemben, Hegel és Visinszkij oldotta meg a problémát – erősen leegyszerűsítő és téves. A szabad akarat feltételezése, bármilyen formában, metafizikai jellegű. Ez érvényes „a determinizmus hegeliánus reformjára”.¹⁴⁴ A szabad akarat feltételezése semmilyen formában nem fér össze a tudományos materializmus oksági, illetve inger-reakció sémára épülő tükrözélméletével.¹⁴⁵

7. A kriminalisztikai tudományok helyzetét átfogóan tárgyalja, azonban hiányzik az egyes rész tudományok legalább felsorolásszerű áttekintése.¹⁴⁶ Ez azért lenne fontos, mert jól szemléltetné és világossá tenné a kriminalisztikai tudományok helyzetének, a természet és nem-természettudományokhoz való kapcsolódásainak komplexitását, s ezáltal az értekezés elméletalkotási vállalkozásának a nehézségeit, valamint a kutatást inspiráló megismerési érdeket.

8. Az értekezés „terminológiai” és „rendszerbeli konfúziót” tárgyaló alfejezetcímeik félrevezetőek. Az egyik alfejezet a tudományrendszertani elhelyezés (II. 2.1.), a másik kutatási tárgy meghatározás (II.2.2) problémájának szempontjából tárgyalja a kriminalisztika és kriminológia viszonyát, illetve a kriminalisztika rész tudományágait (krimináltaktika, krimináltechnika, kriminálmetodika). Az első esetben nincs szó konfúzióról, mivel A kriminalisztika határvonalai című alfejezet (II. 2.1.3) egy olyan normáltudományi helyzetet rögzít, amely a jogi karokon, egyébként saját tapasztalataim szerint, már az 1970-es években is a tantárgyi elrendeződés alapjául szolgált, így a „fogalmak” – pontosabban: a részdiszciplínák – „konfúziójáról” való beszéd alaptalan. A második esetben nem az „ismeretanyag rendszerezéséről” van szó, hanem a kriminalisztikán belül a kutatási irányok és részdiszciplínák egymáshoz való viszonyának versengő meghatározási kísérleteiről, a tudományos diskurzus normál működéséről.

Ugyanakkor ebben az összefüggésben fel kell hívni a figyelmet két, értelmezési zavart okozó problémára. Az egyik probléma a tudomány és politika (jogpolitika) egymásba csúszásában jelenik meg. Ez a következő, az értekezésben több ponton visszatérő állításban fejeződik ki: A kriminalisztika és kriminológia, mint a bűnözés reáliáival foglalkozó szaktudományok „közös célképzete”, vagy „absztrakt végcélja” „a büntető igazságszolgáltatás eredményességének előmozdítása”,¹⁴⁷ „a bűnözés teljes felszámolásának feladatában való közreműködés”,¹⁴⁸ illetve „hozzásegíti a büntetőjogot kriminálpolitikai célkitűzéseinek”

¹⁴⁴ Czebe András: i. m. 182.

¹⁴⁵ Ha az akaratot, illetve általában az emberi döntéseket vezérlő tudás minden formája az objektív anyagi valóság visszatükrözéséből ered az oksági és az inger-reakció séma szerint – a kettős tükrözés az általunk vázolt paradox értelmében –, akkor ez a tudás nem szabadabbá teszi a cselekvőt, hanem rabszolgává. Hasonlóképpen a „determinizmus hegeli reformja”, mely szerint a szabadság felismert szükségszerűség, nem felszabadít, hanem az emberi létezés és megismerés eredendő kontingenciáját („mindig másként is lehetséges”) megsemmisítő abszolút tudás és abszolút igazság rabszolgájává tesz. Ha nincs más lehetőség, csak a szükségszerűség, ha a „lehet másként is” lehetetlen, akkor az emberi szabadság is lehetetlen: csak az abszolút szellem (Isten) szabad.

¹⁴⁶ Igazságügyi orvostan, forenzikus genetika, nyelvtudomány (lingvisztika, fonetika), toxikológia, entomológia, pszichológia, pszichiátria, ballisztika, daktiloszkópia, kordiagnosztika, forenzikus gazdaságtan, kibernetika és így tovább.b.

¹⁴⁷ I. m. 73.

¹⁴⁸ I. m. 70., 91.

megvalósításához.¹⁴⁹ Míg a tudomány, jelen esetben a kriminológiai-kriminalisztikai tudománycsoport célja a normatív jogtudomány által meghatározott kereteken belül a „valóság” – azaz a bűnözés okainak és megjelenési formáinak, illetve a konkrét bűncselekmények felderítését és bizonyítását lehetővé tevő összefüggéseknek a – megismerése, addig a politika (jogpolitika) célja, meghatározott értékálláspontok (ideológiák) melletti elköteleződés alapján, a „valóság” – azaz a szociális integráció és rend (érvényes állam- és jogrend) – megőrzése és/vagy megváltoztatása. Azzal, hogy az értekezés a tudományok célját a jelzett módon határozza meg, bár akaratlanul, de a tudományos diskurzusból átlép a jogpolitikai diskurzusba. A kriminalisztikai megismerés *igazolásához* értelemszerűen hozzátartozik a konkrét alkalmazás ténye, illetve az alkalmazhatóság folyamatos bizonyítása, azonban ennek kereteit a normatív jogtudományok szakértői diskurzusai határozzák meg, nem pedig közvetlen vagy közvetett jogpolitikai célok. A másik probléma a normatív jogtudományoktól való elhatárolásban jelenik meg. Ha ugyanis az értekezés visszatérően azt állítja, hogy a kriminológia és a kriminalisztika a bűn jelenségeit, mint reáliákat –vagyis az objektív anyagi valóságot, az anyagi világ tényeit – kutatja, akkor a normatív büntetőjog tudományok *nem-valóságos* tárgyakat ismernek meg. Az objektív valóság azonosítása az anyagi világgal, a tény azonosítása a dologgal lehetetlenné teszi a jogi normák önálló létmódjának, specifikus valóságának az elgondolását, a normativitás jelenségének a megértését. Ez az ellentmondás és a belőle eredő zavarok, az előfeltételezett filozófiai pozíció világ- és valóságfogalmának az eredendően problematikus voltát jelzi.¹⁵⁰

9. A „metafizikai” és „hegeliánus” kriminalisztikai irányzatok szembeállításáról csak közvetve derül ki, hogy itt a disszertáns által bevezetett – Visinszkijre és a sztálinista büntetőjog tudományra támaszkodó – megkülönböztetéséről van szó.¹⁵¹ Az értekezés a megkülönböztetés segítségével a kriminalisztika belső tudományrendszertani problémáját megoldani törekvő irányzatokat rendszerezi, s a krimináltechnika, krimináltaktika, kriminálmetodika kapcsolódását illetően ismeretelméleti-módszertani szempontból a hegeliánus megoldás mellett elköteleződve indokolja meg a kriminálmetodika (forenzikus azonosítás dialektikus logikája) közvetítő és vezető szerepét. A problémát az jelenti, hogy a „techné”, a „technika” fogalom értekezésben olvasható elemzéséből nem következik semmilyen metafizika,¹⁵² míg Hegel szellemfilozófiáját – amely a logikát, ontológiát, ismeretelméletet, illetve a szubjektív, objektív, abszolút szellemet, s ez utóbbin belül a művészetet, teológiát, tudományt abszolút filozófiai szintézisben egyesíti¹⁵³ – az európai metafizikai gondolkodás csúcsát, végső formáját reprezentálja. Az értekezés idézetekkel, nem pedig érvekkel világítja meg, hogy itt a „metafizikai” a Szigeti József által interpretált hegeli logika ellentétét jelenti, amely ellenfelével szemben képes fogalmilag megragadni az azonosság és nem-azonosság azonosságát (Aufheben), s ezáltal képes a forenzikus azonosítás

¹⁴⁹ I. m. 133

¹⁵⁰ Vö. i. m. 70. A jogi valóság problémájához lásd Cs. Kiss Lajos: *Megjegyzések a jog és nyelv viszonyához*. In Szabó Miklós (szerk.): *A jog nyelvi dimenziója*. Miskolc, 2015, Bíbor Kiadó, 53-92.

¹⁵¹ Vö. i. m. 77., 78. Az időutazás-metaphora megvilágítása érdekében szükséges megjegyezni, hogy Andrej Januarjevics Visinszkij jogász pályafutásában és életművében nem a kriminalisztika játszotta a főszerepet, hanem a politika. Az 1935-ös moszkvai koncepciók perekben (Kamenyev-Zinovjev, Pjatakov-Radek, Buharin) a szovjetunió főügyészeként halálos ítéleteket indítványozott, teoretikusként pedig azt a joggal hírhedtté vált álláspontot képviselte, hogy a bizonyítékok királynője a beismerő vallomás (vö. Andrej Januarjevics Visinszkij: *A perbeli bizonyítás elmélete a szovjet jogban*. Ford. Benkő Gyula. Budapest, 1952, Akadémiai Kiadó).

¹⁵² A technika, technicizálódás metafizikai problémaként való értelmezésének filozófiai labirintusában elsősorban Martin Heidegger, Carl Schmitt és mások írásai nyújtanak eligazodást.

¹⁵³ Vö. G. W. F. Hegel: *A szellem fenomenológiája*. Ford. Szemere Samu. Budapest, 1979, Akadémiai Kiadó; G. W. F. Hegel: *A logika. Enciklopédia I.* Ford. Szemere Samu. Budapest, 1979, Akadémiai Kiadó; G. W. F. Hegel: *Természetfilozófia. Enciklopédia II.* Ford. Szemere Samu. Budapest, Akadémiai Kiadó; G. W. F. Hegel: *A szellem filozófiája. Enciklopédia III.* Ford. Szemere Samu. Budapest, 1981, Akadémiai Kiadó.

konkrét folyamatát logikailag vezérelni. A gondolatmenet megértését nehezzé teszi, hogy lényegében itt, Katona Géza empirikus azonosítás-elmélete kritikájának az összefüggésében történik meg az értekezés címének a megindokolása.¹⁵⁴ Az értekezés Katonával szemben két érvet fogalmaz meg. Egyfelől azt állítja, hogy a kriminológiai azonosításnak ki kell terjednie a pszichikai jelenségekre, amiből arra következtet, hogy a „kriminalisztikai azonosítás logikája közvetlenül elméleti irányultságú (*intentio reflecta*). Arról gondolkodik, hogy valamiről gondolkodik, és hogy milyen gondolkodási formákban gondolkodik róla”.¹⁵⁵ Az világos, hogy tudománynak a tárgy megismerésével egyidejűleg azt a módot („gondolkodási formát”) is meg kell tudni ismerni, ahogyan megismer. A tudományos megismerés *önreflexivitásának* az elemi ténye bizonyítja, hogy a filozófia bensőleg és elválaszthatatlanul kapcsolódik a tudományhoz!¹⁵⁶ Azonban az értekezés azon állítása abszurd, hogy mindez abból következik, hogy a kriminalisztikai azonosításnak az „anyagi tények (visszatükröződések)” leírása mellett ki kell terjednie a pszichikai jelenségek leírására is, s hogy éppen e kiterjesztés alapján kell belátnunk, „hogy a gondolkodás folyamata szükségképpen megelőzi eredményét”.¹⁵⁷ Másfelől egy hosszú idézet lezárásaként arra következtet, hogy „a kriminalisztikai azonosítás során egyaránt érvényre jutnak a formális (kétértékű), mint a többértékű logika elemei”.¹⁵⁸ Az idézet szövegben azonban Katona csupán azt állítja, hogy az azonosítás során számolni kell ugyan „az azonosságon belüli különbözőség” illetve „a különbözőségeken belüli azonosság” tényeivel, azonban a nyomozás, a történeti tényállás rekonstrukciója során *dönteni kell*, ezért az azonosítási állításoknak meg kell felelniük a formális (kétértékű) logika törvényszerűségeinek, azaz nem érvel, még hallgatólagosan sem, a többértékű logika mellett.

10. Az értekezés következetesen a „generális” (általános) kifejezéssel specifikálja az „általános” fogalmát, ami tautológia: „általános általános fogalom”. A nem (faj) fogalmával jelölt általánosság kifejezésére szolgáló „generikus” szó feltehetőleg jobban illeszkedik a szerző törekvéséhez, amely a fuzzy halmazok logikáját kísérli meg összekapcsolni, pontosabban filozófiailag megalapozni a tudományos materializmussal és a dialektikus logika Szigeti József-féle értelmezésével. A „generikus általános” így egyaránt jelölheti a *nem* vagy *halmaz* egyedeinek vagy elemeinek közös tulajdonságait, illetve ismertetőjegyeit.

11. Az értekezés vezérfonalát, az azonosítás-elmélet alapproblémáját jelentő bűnjelenség-bűnjel fogalompár, valamint a hozzájuk kapcsolódó további fogalmak jelentésének meghatározása során, a „terminológia teljes zűrzavarának” (II. 1. 2. 5.)¹⁵⁹ a felszámolására törekedve az értekezés általában nem önállóan, hanem tekintélyes szerzőkre hivatkozva definiálja a szóban forgó fogalmak jelentését.¹⁶⁰ A terminológiai zűrzavart, mint azt a tényfogalom meghatározása mutatja, az értelmezési keretként választott filozófiai pozíció (tudományos materializmus dialektikus logikája) nem csökkenti, hanem inkább fokozza. Erre tekintettel javasoljuk a bűnjelenség, bűnjel, indícium, bűncselekmény, bűntény, bűntárgy, nyom, nyomképző, nyomképződés, bizonyíték stb. alapfogalmaira épülő fogalmi háló külön fejezetben történő összefoglalását. Kérdéses azonban, hogy az alapfogalmak ilyen rendszeres – a kriminalistákat, kriminológusokat, büntető jogászokat is meggyőző – kifejtése lehetséges-e az értekezés által javasolt tudományfilozófiai keretben. A tudományos materializmus ugyanis az alkalmazott fogalmak jelentését, mint láttuk, az „anyagi” és „szellemi világ” köztes terében lebegteti azzal, hogy a bűn jelenségeit egyfelől az „anyagi

¹⁵⁴ Vö. Czebe András: i. m. 94-96.

¹⁵⁵ I. m. 95.

¹⁵⁶ Vö. Ellenvetések. Ad. I. 1. jelen tanulmány...

¹⁵⁷ Uo.

¹⁵⁸ Uo.

¹⁵⁹ I. m. 27.

¹⁶⁰ I. m. uo., 30-31., 92-97.

világ” létezői között határolja el más jelenségektől, másfelől azt állítja, hogy „az anyagi objektumokat szelleminek kell tekinteni”.¹⁶¹

IV. Filozófiai időutazás

Az értekezés a tudományos materializmust és a hegeli dialektikus logika Szigeti József-féle felfogását tekinti annak a filozófiai-logikai értelmezési keretnek, amelyben kidolgozható a forenzikus azonosítás elmélete. Ezzel a teoretikus döntéssel az értekezés filozófiai időutazásra viszi olvasóját, aki így akaratlanul is visszatérni kényszerül az 1950-es, 1960-as, 1970-es évek filozófiai osztályharcának a világába. A dialektikus és történelmi materializmus, mint „tudományos világnézet” a kommunista egypártállam legitimitását megalapozó hivatalos ideológia, egyfajta szekularizált államvallás volt, melynek képviselői, a munkásosztály (a világproletariátus és az emberiség) felszabadításának egyetemes érdekére hivatkozva, kíméletlen harcot folytattak az abszolút ellenségévé nyilvánított burzsoá idealizmus minden formája ellen. A proletárdiktatúra egypártállama a világnézetfilozófia e formáját a totális szellemi megsemmisítés fegyvereként használta legfőbb ideológiai-politikai ellensége, a másként gondolkodás ellen. A totalitárius-autokratikus rendszerek történelmi tapasztalatai tanúsítják, milyen kíméletlenül semmisítette meg az egyedüli tudományos világnézetévé nyilvánított dialektikus és történelmi materializmus *abszolút igazsága* az európai filozófia és tudomány „szubsztanciáját”, a gondolkodás, a világmegismerés szabadságát, a tudósokat folytonos kutatásra készítő csodálkozást, kételyt, az alapvető kíváncsiságot, hogyan uralta és vezérelte a filozófiai-tudományos diskurzust a kutatást minden elemében áthatva és meghatározva. A marxizmus-leninizmus kanonizált szerzőin kívül más szerzőket csak az ideológiakritikai megsemmisítés összefüggésében lehetett olvasni, elemezni, idézni. A korszak egyetlen pozitívuma az volt, hogy e korlátolt értelemben minden eresztékében „filozófiai” volt, minden tudományterületnek kötelező volt a dialektikus és történelmi materializmus nézőpontjából, az ideológiailag kanonizált elméleti-fogalmi kereteken belül mozogva értelmezni a saját megismerői-kutatói tevékenységét. Így e filozófia kényszere alól értelemszerűen a kriminalisták sem vonhatták ki magukat, nem művelhettek semleges, világnézetmentes tudományt, nem lehettek az ideológiai kiátkozás, állásvesztés stb. veszélye nélkül egyszerűen „pozitivisták”, azaz jó szakemberek: nyilvánosan hinniük és hirdetniük kellett e filozófia magasabb rendűségét. Karl Poppernek az értekezésben is idézett álláspontja a „semmit sem tudásról”, „az elméletek racionális igazolhatatlanságáról”, a „tudás átmeneti és kísérletszerű” jellegéről az abszolút igazság letéteményesei számára az irracionális métegye, a szubjektív idealizmus fertője volt, amellyel egy dolgot lehet tenni: megsemmisíteni.

Ez a filozófia a kriminalisták, a kriminológusok, a büntetőjogászok számára nem belülről, nem a tudomány lényegéből fakadt, nem magáért a tudományért művelték, hanem külső, tudományidegen politikai-ideológiai kényszereknek engedelmessé váltak a „pusztulás terhének” tudatában, az igazodás és hallgatás önvédelmi reflexeivel. Ezért nem tekinthető véletlennek, hogy a kommunista rendszer felbomlása után ezek a tudományágak szinte teljesen filozófiátlaná és elméletellenessé váltak.

Az értekezés alapvető érdeme, hogy fél évszázad múltán kísérletet tesz a kriminalisztika és a filozófia újraegyesítésére, elméletet alkot, vállalkozik a tudományágban már-már hagyománnyá rögzült elméletellenesség megszüntetésére. Az a szemantikai tény, hogy Czebe András kísérletét egy filozófiai időutazás formájában hajtja végre, s hogy a forenzikus azonosítás elméletének filozófiai gyökereit és alapját a tudományos materializmus

¹⁶¹ I. m. 95.

dialektikus logikájában fedezi fel, nem jelenti azt, hogy értekezése a filozófiai osztályharc aktív résztvevőjeként a megsemmisítés munkáját akarná folytatni. Voltaképpen ott kezd, ahol elődei abbahagyták: megkísérli az akkori korszak filozófiai nézőpontját korszerűsíteni Szigeti József Hegel-interpretációjával. Mindez nem csökkenti elméletalkotási vállalkozásának a jelentőségét, hiszen a kriminalisztika ennek az értekezésnek a megszületésével, hosszú idő elteltével, újra elkezdett, illetve elkezdhet filozófiai módon viszonyulni önmagához! A kriminalisztika jelenlegi helyzetében a filozófiához való fordulás minden teoretikus gesztusát, bármilyen nézőpontból is történjen, igen nagy becsben kell tartania az érintett tudományos közösségnek, mivel csak a filozófia által válhat világossá számára, hogy következetes elméleti öntudat hiányában, elméletalkotási kísérletek nélkül szaktudományt értelmesen és sikeresen művelni nem lehet.

Czebe András vállalkozása tehát nem egy visszatekintő gondolkísérlet a racionális és történeti rekonstrukció formájában,¹⁶² hanem felhívás és előretekintés, egy olyan elméleti törekvés karakteres megvalósítása, amely a kriminalistákat és a büntetőjogászokat nem elriasztani akarja a filozófiától, hanem meggyőzni arról, hogy a tudomány csak a filozófia által képes a saját lényegére, rendeltetésére ráeszmélni. Ez a tulajdonképpeni jelentése és üzenete a „filozófiai időutazás” metaforájának.

¹⁶² Vö. Richard Rorty: A filozófiatörténetírás négy fajtája. *Magyar Filozófiai Szemle*, 1986/3-4, 495-519.

Észrevételek Czebe András: *A forenzikus azonosítás filozófiája* című doktori értekezéséről²

Az értekezés szerzője a bevezető fejezetben megerősíti, hogy dolgozatának kriminalisztikai tárgya a forenzikus azonosítás, célja pedig a forenzikus azonosítás filozófiai megalapozása. Utóbbi feladatra kizárólag a materialista világnézetre támaszkodó bölcsesleteket tartja alkalmasnak. A dolgozat következő kijelentése világos beszéd: „A forenzikus azonosítás elméletét ezért nem tekinthetjük világnézetileg semlegesnek. Napjaink kriminalisztikai diskurzusában mégsem találkozunk e kérdéskörrel.”³ A továbbiakból az is kiderül – legalább is Czebe András így gondolja –, hogy a kriminalisztikai diskurzusnak ez a „fogyatékosága” a természettudományok „önhittségével” magyarázható, azzal az állítólagos „tévhittel”, hogy a tudomány autonómiája lehetővé teszi a művelője számára, hogy világnézetileg semleges maradjon. Ezzel összefüggésben azt állítja, hogy a következő veszélyforrás a nem materialista világnézeti alapokon nyugvó filozófiák „agnosztikus buktatója”: „A forenzikus azonosítás elméletében ezért úgy gondolom, hogy *heurisztikus módszerként* kell felhasználnunk a forenzikus logika világnézeti, elméleti és módszertani alapjait. *A szakértői következtetésekre így a világegész abszolút totalitását visszatükröző, relatív totalitásként tekinthetünk, amelynek kettős – extenzív és intenzív – kimeríthetetlenségében az általános és a specifikus axiómák teremtenek rendet. Tudniillik, ezzel megakadályozzuk, hogy világunk kimeríthetetlensége az agnosztikus relativizmus buktatójába vezessen minket.*”⁴

Ez egy rendkívül ambiciózus program. A szerzőnek joga van ilyen kutatási programot hirdetni, de helyesebb volna, ha ezt a programot nem kijelentő, hanem kérdő mondatokkal vezetné be, majd pedig kutatásainak eredményeként jutna el előfeltevései igazolásához, avagy éppen azok kritikájához, netán a cáfolathoz. Megjegyzem, hogy ismerek olyan hazai filozófust, Földesi Tamás, egykori tanárom személyében, aki az emlegetett buktatókat sikeresen kerülte el, de nem a marxista ismeretelméletre támaszkodva, hanem éppenséggel attól eltávolodva, a pozitívizmus és a nyelvfilozófia polgári irányzataiból történő bőséges töltekezés eredményeként.⁵ Hasonló irányokba tájékozódott a jogfilozófia jeles művelője, Peschka Vilmos is, akinél „a visszatükröződés a legtávolabbról sem jelent valaminő mechanikus jelenséget, hanem sokkal inkább olyan folyamatot, amely az emberi és társadalmi lét sajátzerűségeiből adódóan bizonyos mértékű autonómiát élvez”.⁶ A most idézett tanulmány Szilágyi Pétert is megemlíti, mint aki ugyancsak elutasítja a visszatükröződés mechanikus felfogását. Ebben a kontextusban is felmerül Visinszkij neve, akire Czebe is többször hivatkozik. Ez önmagában akár indokolható is lenne, hiszen az egykori szovjet főügyész nagyműveltségű jogász volt, aki alaposan ismerte a büntető-jogtudomány teljesítményeit. Azt is elfogadom, hogy a disszertáns szemmel láthatóan élesen elválasztja egymástól a tudományos munkásságot a főügyészi teljesítménytől. Ugyanakkor fontosnak tartom megjegyezni, hogy Visinszkij sokszor idézett alapmunkájának (*A perbeli bizonyítás*

¹ Professzor emeritus, NKE, Rendészetelméleti és -történeti Tanszék, finszter.geza@uni-nke.hu

² Czebe András: *A forenzikus azonosítás filozófiája*. Doktori értekezés. Győr, 2019. Kézirat.

³ I. m. (Kiemelés: F. G.)

⁴ I. m. (Kiemelés: F. G.)

⁵ Lásd Földesi Tamás: *A megismerhetőség modern problémái*. Budapest, 1971. Kossuth Könyvkiadó; Földesi Tamás: *Igazság az igazságról*. Budapest, 1976, Kossuth Könyvkiadó.

⁶ Szmodis Jenő: Lappangó államelmélet Peschka Vilmos jogfilozófiájában. *Államtudományi Műhelytanulmányok* 2018. 5. szám

elmélete a szovjet jogban) a második része olyan konkrét jogeseteket elemez, amelyek egészen nyilvánvalóvá teszik, hova lehet züllesztetni a büntetőeljárást, ha azt világnézeti alapon, mint az „osztályharc egy mozzanatát” szemléljük. Ugyanis ez a mondat is Visinszkijtől származik.⁷ Ennek ellenére a hatalmas, igényesen összeválogatott szakirodalom a szerző dicséretére szolgál. Itt azonban szólnom kell egy további hiányról. Michel Foucault *Az igazság és az igazságszolgáltatási formák* című kötete⁸ szorosan kapcsolódik a disszertáció témájához és gazdagíthatna volna a szerző mondanivalóját.

Az értekezés a forenzikus azonosítás problémájának a filozófiai megoldását prezentálja. Számomra mégis tisztázandó kérdés, hogy a szerző mit ért forenzikus azonosítás alatt? Ezt nekem az egész dolgozat többszöri tanulmányozása ellenére, nem sikerült megállapítani. Van ugyan egy lábjegyzet a bevezetésben, ami értelmezi a forenzikus tudomány fogalmát. Már az is furcsa, hogy ezt lábjegyzetben találjuk, holott az egész dolgozat legfontosabb vizsgálati tárgyáról van szó. Nem beszélve arról, hogy az értekezés címében nem a tudomány szó, hanem az azonosítás fordulat szerepel, így a lábjegyzet ellenére továbbra is kérdés marad: a szerző mit tekint forenzikus azonosításnak? A lábjegyzet szerint forenzikus tudomány a kriminalisztikának azon ága, amit a kontinentális jogi kultúrában krimináltechnikának ismerünk. Úgy vélem, a következő gondolatsor, ha nem is oldja meg, de közelebb visz a definíciós problémához: „Ha a gyakorlati, még inkább személyi oldalról szemléljük, nézetünk szerint az igazságügyi tudomány (forensic science) több is, de valahol kevesebb is, mint maga a kriminalisztika. Több annyiban, hogy a forenzikus jelleg leginkább az igazságszolgáltatás végső szakaszában, a tárgyalóteremben domborodik ki. A „forensic scientist”, az igazságügyi szakértő megállapításait (amelyeket a tudomány aktuális állásának megfelelő módszerek, eljárások alkalmazása táplál) vélemény formájában terjeszti elő.”⁹

Tételezzük fel, hogy az értekezés forenzikus azonosításon a kriminalisztikai azonosításnak azt a területét érti, ahol az azonosítási művelet természettudományos felkészültségű szakértő közreműködésével történik. Megjegyzem, hogy a kriminalisztikai azonosítás-elmélet behatóan foglalkozik az azonosítás műveletének hétköznapi tudattal és/vagy szakmai (kriminalisztikai) gyakorlattal megvalósuló szintjeivel, amelyek nem igényelik, vagy éppenséggel nélkülözik a tudományos háttérrel. Elfogadom azt is, hogy a szerző kizárólag a tudományos alapokra helyezett azonosítást tekinti kutatási tárgyának, de nem lett volna baj, ha munkájában legalább utal arra, hogy a büntetőjogi megismerési folyamatban a tudományokkal nem támogatott szakmai praxisra is szükség van. Azonban ebben az esetben számára nem megkerülhető lenne a kérdés: vajon a hétköznapi ismeretekre, avagy a szakmai felkészültségre alapított azonosítás sem tekinthető világnézetiileg semlegesnek, vagy itt engedmény tehető?

Az utóbb említett problémát is eloszlatná a disszertáció, ha kiinduló tételei nem kijelentésekben, hanem hipotézisekben kerülne megfogalmazásra. Ebben az esetben azt a hatalmas, és tiszteletre méltó tudásanyagot, amelyet a dolgozat a tárgyalás során felsorakoztat, arra lehetne felhasználni, hogy a záró gondolatok című fejezet valóban a tudományos eredmények összefoglalása legyen.

Feltűnő, hogy az értekezés aránytalanságot mutat abban, hogy a teljes terjedelemnek közel a felét egyetlen szakértői területnek, a daktiloszkópiának szenteli. Még ez sem lenne baj, ha ennek az okát is látnánk. Saját véleményem az (a szerző álláspontját nem tudtam kideríteni), hogy a daktiloszkópia a klasszikus kriminalisztikai (forenzikus) szakértői területek egyike, a nyom- és az írásszakértői ágazatokkal együtt, ahol a természettudományos kutatások

⁷ Vö. Andrej Januarjevics Visinszkij: *A perbeli bizonyítás elmélete a szovjet jogban*. Ford. Benkő Gyula. Budapest, 1952. Akadémiai Kiadó.

⁸ Vö. Michel Foucault *Az igazság és az igazságszolgáltatási formák*. Ford. Sutyák Tibor. Debrecen, 1998. Latin Betűk.

⁹ Angyal Miklós (szerk.): *Kognitív kriminalisztika*. Budapest, 2019. Dialóg Campus Kiadó, 15.

eredményei ellenére az azonosítás nem a feltárt természettudományos törvényszerűségekre, hanem morfológiai adottságok éles, vagy kevésbé éles szemű megfigyelésére támaszkodik. Ezt erősíti Czebe munkája is, amelyben – egyébként helyesen és nem tanulságok nélkül – nagy teret ad egy hibás azonosítás ismertetésének. Ebből nem az következik, hogy ezekről a szakértői műfajokról le kellene mondani, hanem csupán az, hogy a bizonyítás során az ilyen szakvéleményeket fokozott kritikával szükséges illetni. A disszertáció érinti a Daubert kritériumok néven ismert ajánlást, amelyben az USA Legfelsőbb Bírósága négy szempontot határozott meg az igazságügyi szakvélemény tudományos megalapozottságának ellenőrzésére: a tudományos felismerés gyakorlati alkalmazhatósága, milyen széleskörű a publikáltsága, keresztül ment-e alapvető ellenőrzésen, és milyen a hivatkozott módszer hibaértéke. Ma sem záródott le az a vita, amelyben az egyik álláspont a daktiloszkópiai szakvélemény természettudományos törvényekkel való igazolhatósága mellett érvel, a másik pedig éppen ezt a tudományos megalapozottságot hiányolja. Itt lenne az alkalom, hogy ennek a disszertációnak a szerzője saját eredményeire támaszkodva részletezné álláspontját. Ám az sem lenne hiba, ha úgy foglalna állást, hogy a vita nem eldönthető.

