



De iurisprudencia et iure publico

JOG- ÉS POLITIKATUDOMÁNYI FOLYÓIRAT

www.dieip.hu | www.dieip.com

IV. évfolyam

2010/1. szám

Kiadja:

Szegedi Tudományegyetem
Állam- és Jogtudományi Kar
Politológiai Tanszék
dieip@dieip.hu

Cím:

6722

Szeged

Rákóczi tér 1.

Tel. / fax: 62/544-386

Főszerkesztő: Paczolay Péter

Társszerkesztők:

Tóth J. Zoltán

Fejes Zsuzsanna

Kovács Endre Miklós

Technikai szerkesztő:

Bunda Péter

HU ISSN: 1789-0446



Tartalomjegyzék

Auer Ádám – Botos Gyöngyvér – Holndonner Roland – Kiss Balázs A bírói szerepvállalás egyes aspektusai a magyar alapjogi bíráskodásban.....	2
Csatlós Erzsébet Az Arktisz története a területkövetelési jogcímek tükrében I. – A kezdetektől az első területszerzési kísérletekig	31
Feledy, Botond The explicative value of public-private separation in interest representation.....	50
Herger Cs., Eszter „For better or for worse, till death...” – The symbols of the legal customs related to marriage in the European Legal Culture	80
Julesz, Máté The Legal, Social and Economic Framework of a Green New World	88
Szabó, Péter Vertragsrechtliche Probleme des Sport-Sponsoring im deutschen und ungarischen Recht.....	104
Sziklay Júlia Az információs jogok történeti gyökerei – a köz- és magánszféra kategóriái alapján –....	126
Váczai Péter Alkotmányos korlátok a közigazgatás szervezete és működése felett	134
Recenziók:	
Fehér Lóránt Farkas Csaba – Jenovai Petra – Nótári Tamás – Papp Tekla: Társasági jog (<i>recenzió</i>)	177
Jenovai Petra Papp Tekla: Atipikus szerződések (<i>recenzió</i>)	182
Kiss Zoltán Nótári Tamás: Cicero – Válogatott védőbeszéddek I. (<i>recenzió</i>)	185
Molnár András Cass R. Sunstein: A Constitution of Many Minds (<i>recenzió</i>)	191

*Auer Ádám – Botos Gyöngyvér – Holndonner Roland – Kiss Balázs végzős joghallgatók,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar*

A bírói szerepvállalás egyes aspektusai a magyar alapjogi bírászkodásban

1. Bevezető gondolatok

„Minden emberi jogoknak teljes tisztelete azon alap, amelyen egy szabad alkotmány épülhet” vallotta Eötvös József 1843-ban. Az alapjogi bírászkodás minden demokráciának fokmérője. Lehet vita arról, hogy megfelelően van-e szabályozva, de ilyen jogintézményre mindenképpen szükség van. Magyarországon, ahol ma az alkotmányos intézményekbe, magába az Alkotmányba, vagy akár az igazságszolgáltatásba vetett hit napról-napra, évről-évre gyengül, vagy erősödik; kell egy olyan jogintézmény, amely jelenti egyrészt az állampolgárok igazságának a bizonyosságát, jelenti másrészt az olyan jellegű bizalmat az alkotmányosságba, igazságba, amely megkérdőjelezhetetlen bárki részéről is.

Kérdésként merül fel, hogy a demokratikus átmenet időszakában kialakult intézményrendszer fenntartható-e jelenleg is? Hogyan épül fel jelenleg az alapjogi bírászkodás? Hivatkozhat-e egy állampolgár arra, hogy valamely Alkotmányban deklarált alapjogát megsértették Kétségekívül vannak olyan jogintézmények, amelyek lehetővé teszik ezt, de ugyanakkor azt mondhatjuk, hogy nem működnek olyan formában és olyan tartalommal, ahogyan kellene. Alapjogi bírászkodás fogalma alatt dolgozatunkban az Alkotmánybíróság hatáskörébe tartozó alkotmányjogi panaszt és konkrét normakontrollt, valamint a rendes bíróságok által gyakorolt alapjogi sérelmek elbírálását vizsgáltuk.

Az alapjogi bírászkodás kritikai elemzése után, kísérletet tennénk egy olyan rendszer felvázolására amely véleményünk szerint a hatályos alapjogi bírászkodás hiányosságait kiküszöböli.

2. Az Alkotmánybíróság hatáskörébe tartozó jogintézmények

Az alapjogi bírászkodás intézményi áttekintését először az Alkotmánybíróság (AB) hatáskörébe tartozó intézményekkel kell kezdeni. Az alkotmányjogi panasz és a konkrét

De inisprudencia et iure publico

2

normakontroll intézménye a hatályos alapjogi bírászkodás központi elemeinek tekinthető. Az AB gyakorlata alapján mindkét jogintézmény működése diszfunkcionalitásokat mutat.

2.1. Az alkotmányjogi panasz

Az alkotmányjogi panaszt az Alkotmánybíróságról szóló 1989. évi XXXII. törvény szabályozza.¹ 48.§-a kimondja: „(1) Az Alkotmányban biztosított jogainak megsértése miatt alkotmányjogi panasszal fordulhat az Alkotmánybírósághoz az, akinek a jogséremlé az alkotmányellenes jogszabály alkalmazása folytán következett be, és egyéb jogorvoslati lehetőségeit már kimerítette, illetőleg más jogorvoslati lehetőség nincs számára biztosítva. (2) Az alkotmányjogi panaszt a jogerős határozat kézbesítésétől számított hatvan napon belül lehet írásban benyújtani. (3) Az Alkotmánybíróság eljárására a 40-43. §-ban foglaltak az irányadók.”

Az intézmény funkciója, az alapvető jogok védelme. Kérdés azonban, hogy mennyire képes a hatályos szabályozás az egyéni alapjogvédelmet ellátni. Az Alkotmánybíróság felállításánál a jogalkotó a hangsúlyt nem az egyéni alapjogvédelemre, hanem az Alkotmánybíróság és az Országgyűlés viszonyára tette, így az előbbi feladata a jogszabályok alkotmányossági vizsgálata.² Ennek fényében alkotta meg az Országgyűlés az alkotmányjogi panasz intézményét, azzal, hogy csak abban az esetben lehet a testülethez fordulni, ha a jogséremlé alkotmányellenes jogszabály alkalmazása folytán következik be. Gyakorlatilag a normakontroll egy speciális esetével állunk szemben. A miniszteri indokolás megfogalmazása szerint „miután végül is egy adott jogszabály alkotmányosságát kifogásolják, az alkotmányellenesség utólagos ellenőrzésére vonatkozó szabályok (40-43.§) alapján jár el.”³

2.1.1. Az alkotmányjogi panasz, mint az utólagos normakontroll speciális formája

Miért speciális az alkotmányjogi panasz az utólagos normakontrollhoz képest? Elsőként az alkotmányjogi panaszt kezdeményezők körét kell áttekinteni. Az Abtv. miniszteri indoklása szerint, az akkori törvényjavaslat az AB eljárásának kezdeményezését, az egyes hatásköri feladatok ellátása során, nem mindenki számára biztosította, és ezért tartották

¹ Továbbiakban: Abtv.

² Sólyom László: Az Alkotmánybíróság hatáskörének sajátosságai In. Benedek-émlékkönyv, Pécs, 1996. 13. o.

³ Az 1989. évi XXXII. törvény Indokolása, Forrás: Complex Jogtár. Így minden törvényi lehetsége fennáll annak, hogy az AB a normakontroll esetére vonatkozó megsemmisítési időpontokat alkalmazza

szükségesnek az alkotmányjogi panasz bevezetése. Ez az érv azért furcsa, mert az Abtv. 21.§-ban az utólagos normakontroll és az alkotmányjogi panasz kezdeményezésére a törvény minden jogalanyt feljogosít. Sőt, a törvény az utólagos normakontrollhoz képest még szűkíti is a panaszosok körét, mert az alkotmányjogi panasz benyújtását a törvény további feltételekhez köti. A 48.§ értelmében annak van joga panaszt benyújtani, akinek a jogsérelme az alkotmányellenes jogszabály alkalmazása folytán következett be, így a törvény megköveteli az ügyhöz kötöttséget. További feltétel, hogy a panaszos már kimerítette az egyéb jogorvoslati lehetőségeit, valamint betartotta a hatvan napos időkorlátot. Ezek alapján az *actio popularis* jellegét a törvény szűkíti.

Az alkotmányjogi panasz alapja nem lehet bármely alkotmányos rendelkezés sérelme. Az alkotmányjogi panasz kapcsán a törvény indokolása kimondja, hogy „az Alkotmányban biztosított jogok alatt valamennyi, az Alkotmányban deklarált alapvető emberi és állampolgári jogot kell érteni.”⁴ Ezeket a jogokat az Alkotmány XII. fejezete tartalmazza. A miniszteri indokolás az alapjogok mellett, a védelmet kiterjeszti azon gazdasági, társadalmi és politikai rend alapelveivel kapcsolatos alapvető jogok sérelmére, amelyek nemcsak magánszemélyeket illetnek meg. Az Alkotmánybíróság ennek értelmében érdemi elbírálás nélkül utasította vissza az indítványt, ha a panaszos például az Alkotmány 2.§ (1) bekezdésére (jogállamiság) hivatkozott.⁵

A törvény alapján további feltétel, hogy a jogsérelmet alkotmányellenes jogszabály alkalmazása okozza. A 48. § nem ad lehetőséget arra, hogy a panasz alapja állami irányítás egyéb jogi eszközével kapcsolatban fennálló alkotmányellenesség legyen. Az eljárás során alkalmazandó 40-43. §-okban a törvény viszont rendelkezik az állami irányítás egyéb jogi eszközei kapcsán hozott döntésről, illetve az eljárási lehetőségekről. Nem egyértelmű, hogy a jogalkotó szándéka kiterjed-e ezen határozatok megtámadhatóságára alkotmányjogi panasz keretében vagy sem. Az AB az alkotmányjogi panasz elbírálásakor azonban az utólagos normakontroll eljárásához hasonló gyakorlatot követ, vagyis elbírálja azon panaszokat is, ahol állami irányítás egyéb jogi eszközeinek alkotmányellenessége merül fel.⁶

Az Alkotmánybíróság álláspontja alapján a jogalkotó jogorvoslatnak szánta a jogintézményt. A szabályozás nyelvtani értelmezése szerint erre utal a szövegben az „egyéb”

⁴ Az 1989. évi XXXII. törvény Indokolása, Forrás: Complex Jogtár

⁵ 676/D/2004 AB határozat. Az Abtv. miniszteri indokolásán kívül, nincs rendelkezés arra nézve, hogy mi lehet a panasz (alkotmányi) alapja. Az AB erre vonatkozó gyakorlata nem egységes, találhatunk olyan határozatokat is, amelyekben a testület érdemben bírálta el azokat az alkotmányjogi panaszokat, amelyeknek alapja például az Alkotmány 2.§ (1) bekezdése volt. Vö. 768/D/2002. AB határozat

⁶ Vö. például: 753/B/1995. AB végzés

és a „más” kifejezés. Az adott ügyben, ha nincs „más” jogorvoslati lehetőség, akkor ezt a végső „jogorvoslatot” lehet alkalmazni. Illetve ezt támasztja alá, hogy a törvényszöveg a panasz kifejezést alkalmazza.⁷ A taláros testület megállapította, hogy ez a jogorvoslati funkció választja el az alkotmányjogi panaszt az utólagos normakontrolltól. A jogorvoslati funkcióra utal az is, hogy a törvény megköveteli a panaszostól az ügyhözköttöttséget.⁸

A 442/D/2000. AB határozat a testület kimondta, hogy „az alkotmányjogi panasz intézménye kettős jellegű. Utólagos normakontrollra irányuló és jogszabály alkalmazhatóságának valamely konkrét perben történő kizárására vonatkozó indítványt egyaránt tartalmaz, de e kérelmek elbírálása csak egyazon eljárás keretén belül történhet meg.”⁹ Ennek alapján nincs mód arra, hogy elbíráljon egy alkotmányjogi panaszt, ha az abban sérelmezett jogszabály alkotmányosságáról már korábban döntött, vagyis külön az alkalmazhatóságban nem dönthet a testület. Ennek az értelmezésnek megfelel az utólagos normakontroll szabályozása, ahol a törvény lehetőséget ad az Alkotmány legfőbb öreinek, hogy bizonyos esetekben döntsön a jogszabály alkalmazhatóságáról, mintegy mellékhatásként a jogszabály alkotmányellenessége esetén. A fent említett kettőség ebben a jogintézményben is fellelhető.

2.1.2. Az alkotmányjogi panasz kritikája

Az alkotmányjogi panasz kapcsán a szakirodalomban számos kritika látott napvilágot. A bírálatok lényege, hogy az utólagos normakontroll intézménye mellett az alkotmányjogi panasz intézménye nem élő jogintézmény.¹⁰ Az eljárás során a törvény értelmében a 40-43.§-okat kell alkalmazni. Ennek alapján, ha az adott jogszabály alkotmányellenességének megállapítására kerül sor, semmi nem kötelezi arra a döntéshozót, hogy visszamenőleg megtiltsa a konkrét ügyben a megsemmisített jogszabály alkalmazását. Kivételes esetekben lehetőség van eltérni a főszabálytól (43.§ (4) bek.), ám ezt utólagos normakontroll esetén is alkalmazhatja a testület. Ebben az esetben a kérelmező ugyanúgy jogorvoslást kap, mintha alkotmányjogi panaszt adott volna be, akkor is ha az utóbbi intézmény által megfogalmazott feltételeknek nem felelt meg.

⁷ 57/1991. (XI. 8.) AB határozat

⁸ Vö. kezdeményezők köre

⁹ 442/D/2000 AB határozat

¹⁰ Tilk Péter: Az alkotmányjogi panasz mint a bíróságok és az alkotmánybíróság eljárásának kapcsolódási pontja. In Bírák Lapja 2/2002 62-63. o.

Eleinte csak az Abtv. tette lehetővé büntetőeljárás esetén a felülvizsgálatot. Az AB a 23/1998. (VI. 9.) határozatában kimondta a már említett 1991-es határozatra hivatkozva, hogy „a törvényhozó elmulasztotta azoknak az eljárásjogi módozatoknak a szabályozását, amelyek az alkotmányjogi panasz intézményét általánosságban és minden esetben alkalmassá tehetnék arra, hogy az alkotmányjogi panasz intézménye a lényegét adó jogorvoslati funkcióját betöltse.”¹¹

Az országgyűlés ennek hatására megalkotta az 1999. évi XLV. törvényt, amely alapján lehetőség nyílt arra, hogy polgári és közigazgatási úton is jogorvoslást nyerjen a sérelmet szenvedett fél. A törvény értelménél fogva a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény¹², kibővült a XXIV. Fejezettel. A Pp. 360.§-a kimondja: „ha az Alkotmánybíróság az alkotmányellenessé nyilvánított jogszabálynak a konkrét esetben történő alkalmazhatósága visszamenőleges kizárásával ad helyt alkotmányjogi panasznak, az alkotmányjogi panasz orvoslásának eljárési eszközét - az Alkotmánybíróság határozata alapján és a vonatkozó eljárési szabályok megfelelő alkalmazásával - a Legfelsőbb Bíróság állapítja meg.” A Pp. említett szabálya csak akkor alkalmazható, ha az AB a határozatát alkotmányjogi panasz kapcsán hozza meg. Értelmét veszti ezáltal az Abtv. 43.§ (4) bekezdésének azon rendelkezése, mely szerint utólagos normakontroll kapcsán az AB visszamenőleg is meghatározhatja, egy alkotmányellenesnek kimondott jogszabály alkalmazását adott ügyben. Amíg ugyanazon eljárást folytat le az Alkotmánybíróság mind a két jogintézmény kapcsán, nem lehet megfelelően elkülöníteni őket.

Mindezek alapján levonható az a következtetés, hogy a hatályos szabályozással kapcsolatos kritika helyénvaló. Célszerű lenne, ha az Országgyűlés megfelelő, az utólagos normakontrolltól eltérő eljárési szabályokat határozna meg, amely lehetővé tenné a jogalanyok számára a valódi jogorvoslatot az adott ügyben.¹³ A jogorvoslati funkciót erősítené az is, ha az adott jogszabály alkotmányellenességének esetén, lehetőség nyílna a Legfelsőbb Bírósághoz fordulni, akkor is, ha a panaszos érdeke nem „különösen fontos”, de megállapítható az érdeksérelem. Hiányosságot jelent továbbá, hogy az alkotmányjogi panasz alapján indított eljárásnak nincs felfüggesztő hatálya az adott határozat végrehajtásában.¹⁴

¹¹ Az AB gyakorlata különválasztotta a joghatás tekintetében a két intézményt. A testület utólagos normakontroll esetén csak kivételesen alkalmazza a visszaható hatályt, míg alkotmányjogi panasz esetén általános ennek alkalmazása. Sólyom László, i.m. 25. o.

¹² Továbbiakban Pp.

¹³ Abban az esetben is, ha a testület a jogszabály alkotmányellenességét korábban, akár eltérő hatáskörében eljárva kimondta.

¹⁴ Uitz Renáta: Egyéni jogsérelemek és az alkotmánybíróság In. Fundamentum 2/1999. 39-49. o.

2.2. A konkrét normakontroll

Az Alkotmánybíróság hatáskörébe tartozó konkrét normakontroll is több problémát involváló jogintézmény. Az alkotmányjogi panasz a bírósági eljárás lezárása után biztosít lehetőséget a panaszosnak alapjogi sérelmének orvoslására. Ezzel szemben a konkrét normakontroll intézménye a bíró szerepét szabályozza, az eljárás alatt.

Az Abtv. 38. § (1) bekezdése alapján: a bíró - a bírósági eljárás felfüggesztése mellett - az Alkotmánybíróság eljárását kezdeményezi, ha az előtte folyamatban levő ügy elbírálása során olyan jogszabályt vagy állami irányítás egyéb jogi eszközét kell alkalmazni, amelynek alkotmányellenességét észleli. Az Abtv. ezen szakasza egyrészt bevonja esetlegesen a normakontroll lehetőségét a rendes bírósági eljárásba, másrészt felveti az alkotmány értelmezésének problémáját.

Ha azt feltételezzük, hogy a jogalkotói szándék annak kiküszöbölése, hogy a rendes bíróságok bírái ne értelmezzék az alkotmányt, akkor ez ennek az intézménynek elhagyhatatlan eleme, hiszen meg kell állapítania a bírónak az eljárás során, hogy milyen jogszabályt tekint alkotmányellenesnek. A bíró tehát alkalmazza ezen eljárás során az Alkotmányt, amely így túlmutat a politikai jellegén, és előtérbe kerül az Alkotmány, mint alkalmazott jogszabály.

2.2.1. A konkrét normakontroll eljárásjogi kérdései

Az Abtv. alapján köteles felfüggeszteni az eljárást a bíró, amennyiben maga észleli az alkotmányellenességet.¹⁵ Azonban önmagában nem ad alapot a peres félnek (vagy bárkinek) az Alkotmánybírósághoz benyújtott, az adott bírósági eljárásban alkalmazandó jogszabály alkotmányellenességének megállapítására irányuló kérelme, a per tárgyalásának felfüggesztésére.¹⁶ Ennek jogpolitikai indoka logikus, mert ha önmagában alapot adna, akkor a peres felek, a per ésszerű időn túli befejezésére használnák fel a konkrét normakontroll intézményét. A Legfelsőbb Bíróság másik eseti döntése alapján a tárgyalást akkor sem lehet felfüggeszteni, ha az Alkotmánybíróság más indítványára fog dönteni.¹⁷ Ha a per folyamán a bíróság előtt más (az eseti döntésben a felperes) indítványozza az eljárás felfüggesztését és az

¹⁵ Erre mutat rá a Legfelsőbb Bíróság több, közzétett eseti döntése: pl.: BH 2002. 231., EBH 2001. 556. A BDT 2006. 1462. alapján a per felfüggesztése szükségképpen eljárásjogi következménye az AB eljárásának bíró általi kezdeményezése.

¹⁶ BH 1992. 34., Pp. 152.§

¹⁷ KGD 2003. 69.

Alkotmánybíróság eljárását, akkor ennek elutasítását nem köteles indokolni a bíróság, ugyanis a jogszabály alkotmányos értékelését jelentené, ami nem a bíróság feladata.¹⁸ A Legfelsőbb Bíróság közzétett eseti döntéseiben a bíró mérlegelési köre tág, és nem köteles az Alkotmány értelmezésére, akkor sem ha erre vonatkozóan utasít el indítványt. Az ilyen döntések során értelemszerűen alkalmaznia és értelmeznie kell az Alkotmányt, mert meg kell állapítania, hogy a fél kérelme megalapozott-e, az alkotmányellenesség tárgyában.

Habár az AB soron kívül határoz ilyen ügyekben, a bírósági eljárás lefolyását időben jelentősen meghosszabbítja, ha ilyen normakontroll folyik. Az AB a 3/1997 (XII. 2.) számú, teljes ülésén elfogadott ajánlása alapján, az előzetes normakontrollra irányuló indítványok¹⁹, az OVB határozataival szembeni kifogások²⁰ és az Abtv. 38. § (1) bekezdés szerinti bírói kezdeményezések elbírálása soron kívüli eljárásban történik. Az AB soron kívüli eljárására példa a 96/2008 (VII. 3.) AB határozat. A köztársasági elnök indítványozta az előzetes normakontrollt a 2007. november 13-án kelt indítványával.²¹ Az AB 2008. június 30-án döntött a normakontroll kérdésében. A soron kívüli eljárás időtartama, még a köztársasági elnök által indítványozott esetekben is, 8 hónap volt. Így ha a bíró konkrét normakontrollt indítványoz, az eljárás felfüggesztése mellett megközelítőleg 1 évig elhúzódik a per²². A bírói kar szocializációját ebben a kérdésben nyilvánvalóan figyelembe kell venni, az Alkotmánybíróság viszont a bírói kezdeményezések alapján főszabály szerint soron kívül jár el.²³ Ennek ellenére a bírói kezdeményezések száma nem magas, az Alkotmánybíróság, a működése óta 133 esetben döntött bírói indítvány alapján.²⁴ Az Alkotmánybíróságtól kapott információk alapján megközelítőleg 30 olyan folyamatban lévő ügy van, amelyet bírók indítványoztak. Ha figyelembe vesszük az AB és a rendes bíróságok ügyforgalmát, akkor megállapíthatjuk, hogy az ilyen ügyek száma elenyésző.

A jogirodalom szerint egyfajta megoldás lenne erre a problémára, ha a magyar jogrendszerben is működne az a gyakorlat, hogy ha a bíró úgy ítéli meg, hogy a jogszabály vagy állami irányítás egyéb jogi eszköze (amit az eljárás során alkalmaz) alkotmányellenes, akkor automatikusan a jogforrási hierarchiában felette álló jogszabályt alkalmazza (erre az

¹⁸ BH 1994. 448.

¹⁹ Alkotmány 26. § (5) bek.

²⁰ A választási eljárásról szóló 1997. évi C. törvény 130. § (3) bek.

²¹ I-2/4742-0/2007. számú indítvány. Forrás www.keh.hu

²² Ebben az esetben felvetődik az ésszerű időn belüli eljárás követelménye, amely követelménynek nemzetközi fórumok előtt is meg kell felelnie az igazságszolgáltatásnak.

²³ A szerző cikkében arra az eredményre jut, hogy a bírók ma alkalmasak az alapjogi bírászkodás ellátására, ugyanakkor fontos kiemelni, hogy ez egy komplexebb tanulási folyamat és ez még nincsen teljes egészében kidolgozva. Lomnici Zoltán: Mire alkalmas a bírá alapjogi bírászkodása. In Sajtószabadság és emberiségi jogok. 1998. 35-42 o.

²⁴ Forrás: www.mkab.hu

Alkotmány is felhatalmazást ad: 35. § (2) bekezdése, 37. § (3) bekezdése).²⁵ Az érvelésből logikusan következik: ha a bíró úgy látja, hogy egy törvény alkotmányellenes, akkor közvetlenül az Alkotmányra hivatkozhatna, és azt értelmezhetné. Ez a lehetőség felvet bizonyos jogbiztonsági kérdéseket (a hatályos jogszabályok alapján a bírák ugyanis alkalmazhatják, így értelmezhetik is az Alkotmányt), amelyeket jelen rendszerben a LB jogegységi eljárása kompenzálhatna, ugyanakkor elvi szinten egy másik alkotmányértelmezés jelenne meg az Alkotmánybíróságé mellett.²⁶

2.2.2. A bírói alkotmányértelmezés korlátai

Megállapíthatjuk, hogy a bírói gyakorlat óvatosan bánik az Alkotmány értelmezésének problematikájával. A konkrét normakontroll esetében azonban felvetődik annak kérdése, hogy mit tehet az Alkotmánybíróság abban az esetben, ha a törvény maga nem alkotmányellenes, hanem egy (az AB által) helyesnek ítélt értelmezéssel eldönthető a jogvita. A probléma megoldását jelentheti az AB által kialakított gyakorlat, amely bevezette az alkotmányos követelmény fogalmát.²⁷ Az alkotmányos követelmény előnye, hogy nem szükséges megsemmisíteni a normát, ha az ellátható egy olyan értelmezéssel, amelynek keretében a jogszabály alkotmányos marad. Ennek a követelménynek a meghatározása az AB feladata. Kérdésként merül fel azonban, hogy önmagában a norma értelmezése mennyiben tartozik az AB hatáskörébe. A jogszabályok értelmezése végső soron a rendes bíróságok hatáskörébe tartozik, amely a jogalkalmazás egységét a Legfelsőbb Bíróság biztosítja.²⁸ Az AB hatásköre ebben a tekintetben véleményünk szerint nem aggálytalan. A 38/1993. (VI. 11.) AB határozat indokolása alapján a jogszabályok értelmezésével kapcsolatban meghatározott alkotmányos követelmények az utólagos normakontroll intézményén belül maradnak, és nem jelentenek hatáskör túllépést. Az alkotmányos követelmény meghatározása azonban értelmezési szempontokat ad egy normának, amely a jogalkalmazók számára kötelező erővel bír.²⁹

²⁵ Halmai Gábor: Az Alkotmány, mint norma a jogalkalmazásban In. Fundamentum 1998. 3. szám 77-81. o.

²⁶ A két bírói fórum által adott ilyen alkotmányértelmezés között fontos különbség azonban, hogy míg az Alkotmánybíróság értelmezése erga omnes hatályú, a Legfelsőbb Bíróságé csak a bíróságokra kötelező. Tekintettel arra azonban, hogy a bíróságok a polgárok jogvitáiban döntenek, ezeken a döntéseken keresztül rájuk nézve is kötelező ereje lesz a jogegységi határozatnak. Így akkor ad absurdum párhuzamos alkotmányértelmezések jöhetnek létre (ez, ebben a formában mindenképpen járhatatlan út). A kérdés felvetése a 42/2005 (XI. 14.) AB határozat óta illuzórikus, mert ebben a határozatban az AB egy jogegységi döntés alkotmányellenességéről döntött, és a határozat óta az AB hatásköre a jogegységi döntések felülvizsgálatára is kiterjed.

²⁷ 57/1991. (XI. 8) AB határozat, 38/1993. (VI. 11.) AB határozat

²⁸ Alkotmány 47.§ (2)

²⁹ 38/1993. (VI. 11.) AB határozat

Az AB szerint nem szabad figyelmen kívül hagyni a jogszabálynak azt az értelmezését, amelyet a joggyakorlat egységesen követ. Ez az ún. „élő jogban” megnyilvánuló normatartalom vizsgálatát jelenti.³⁰ Az Alkotmánybíróság 57/1991 (XI.8.) határozatában dolgozta ki az élő jog intézményét. A testület szerint: „mindebből következik, hogy az Alkotmánybíróságnak nem a normaszöveget önmagában, hanem az érvényesülő, hatályosuló és megvalósuló normát, azaz az "élő jogot" kell az Alkotmány rendelkezéseinek tartalmával és az alkotmányos elvekkel összevetnie.”³¹ Az AB megsemmisíti ennek megfelelően az állandó és egységes jogalkalmazó gyakorlat által alkotmányellenesen értelmezett jogszabályt. Az „élő jog” bevezetése lehetőséget ad a testületnek bizonyos szempontból a bírói jogalkalmazás kontrolljára. A vizsgálat tárgya ekkor ugyanis szintén a bíró hatáskörébe tartozó normaértelmezés.³² Az elmélettel szemben Kilényi Géza alkotmánybíró fogalmazott meg különvéleményt, véleménye szerint ezzel az elmélettel összemosódott a jogalkotói és jogalkalmazói ágazat.³³ Az Alkotmánybíróság elismerte a normarontó szokásjogot. Ezzel gyakorlatilag jogbizonytalanságot szült. Egyes szerzők szerint ez az elmélet vezetett a jogegységi határozatok Alkotmánybíróság általi felülvizsgálatához, ami fontos eszköze az alkotmányos jogok biztosításának.³⁴

A jogegységi határozat felülvizsgálatáról sem az Abtv., sem pedig a bíróságok szervezetéről és igazgatásáról szóló törvény nem rendelkezik.³⁵ A bíróságok feletti normakontroll tehát a jogalkalmazás egységét biztosító eszköz alkotmányos felülvizsgálatára is kiterjed. Ezek alapján az AB három irányból kontrollálja a bíróság jogalkalmazó tevékenységét, és ezekben az esetekben a bírói függetlenség egyes részjogosítványai sérülnek. Az AB a norma értelmezésénél meghatározza az alkotmányos jogértelmezés követelményét, az élő jog alkalmazása ennek egy tágabb aspektusát jelenti. Az értelmezésen, és gyakorlaton alapuló kontroll mellett a jogegységi eljárás felülvizsgálata az, amely végső soron jogforrási szempontból is a bíróságok feletti (alkotmányos) kontrollt jelenti. Ennek egy másik oldala, ha a bíró a per során észlelt alkotmányellenesség tárgyában nem fordul az AB-hoz, hanem esetlegesen az alkotmányellenes normát alkalmazva dönt az ügyben, így az kétségtelenül beépülhet a társadalmi viszonyokba. A rendes bíróság ítéletei egyrészt nem válnak

³⁰ Uo. Azonban ha a jogszabály az élő jogban alkotmánysértő normatartalommal hatályosul, akkor elkerülhetetlen az alkotmányellenesség megállapítása és a jogkövetkezmények meghatározása.

³¹ Kukorelli, i.m. 456. o.

³² Enyedi Krisztián: Alapjogok védelme és az alkotmányjogi panasz In. Collega 2-3/X évfolyam 28. o

³³ 57/1991. (XI. 8.) AB határozat

³⁴ Rác Attila: Az alkotmányos jogok védelme és az alkotmányjogi panasz. In Acta Humana Emberi jogi követelmények 8.sz. 1992 32-54.o.

³⁵ A 42/2005. (XI. 14.) AB határozat volt az első, amelynek tárgya jogegységi határozat alkotmányosságának felülbírálatára.

közismertté³⁶, másrészt a fentebb vázolt okok miatt bizonytalan, hogy az AB mikor dönt érdemben a tartalmi alkotmányossági kérdésekben.³⁷ Ha a rendes bírósági ügyekben kialakuló rutinszerű normaértelmezések valóban alkotmányellenes gyakorlatot alakítanak ki, akkor az Alkotmánybíróság reakciójának idejére már régen beépültek a rendszerbe „sőt nagy az esély rá, hogy önfejlődése során többszörösen át is alakult.”³⁸ Az AB által a rendes bíróságok jogalkalmazó tevékenysége feletti kontroll mechanizmusa így a jogbizonytalanság kérdését is felveti.

3. A rendes bíróságok alapjogi bírászkodásának problematikája

Az Alkotmány 70/K. §-a alapján: „az alapvető jogok megsértése miatt keletkezett igények, továbbá a kötelessége teljesítésével kapcsolatban hozott állami döntések elleni kifogások bíróság előtt érvényesíthetőek.” Ez a rendelkezés azonban számos dilemmát okoz a jogtudománynak. Mennyire tekinthetőek az Alkotmányban megfogalmazott normák, alapjogok hivatkozható jogforrásnak? Alapíthatja-e a bíró az ítéletét kizárólag az Alkotmány szövegére anélkül, hogy a törvény lehetőséget biztosítana arra, hogy értelmezze a normákat? Veszélybe kerülne-e ezáltal a jogbiztonság? Egyáltalán igényli-e a mai bírói gyakorlat ezt a lehetőséget? Ezen kérdések megválaszolása rendkívül összetett feladat, hiszen nagyon sok szempontot figyelembe kell venni és nem vonatkoztathatunk el a hatályos szabályzástól, illetve a bírói gyakorlattól.

A magyar alkotmányos rendszer a rendes bíróságok határozataira vonatkozóan kizárja azt, hogy alapjogot sértő határozatát megtámadják rendes bírósági fórum előtt.³⁹ Ennek oka, hogy a bíró köteles az ítéletét valamely jogszabállyal alátámasztani, megindokolni, hogy mi alapján hozta az adott döntést. Ennek következtében már nem a döntés lesz alkotmányellenes, hanem az a jogszabály, ami a határozat alapját képezi.

Ha egy alapjogi sérelmet tartalmazó ügy kerül a bíróság elé, akkor a bíró nem az Alkotmány rendelkezéseit tekinti elsődleges jogforrásnak, hanem megvizsgálja, hogy a kérdéses alapjogot milyen egyéb törvény konkretizálja.⁴⁰ Az Alkotmányban szabályozott „alapvető jogok és kötelességek”, mindegyikéhez kapcsolódik valamilyen módon: közvetve

³⁶ kivéve természetesen azokat az ügyeket, amelyek a médiafigyelem középpontjába kerülnek.

³⁷ Boros László, Fórum. In: Fundamentum 2007/3. szám 36.o.

³⁸ Uo.

³⁹ Vö. a dolgozat 2. részében az alkotmányjogi panaszról tett megállapításokkal

⁴⁰ Sári János: Alapjogok, Osiris 2006. 330-334. o.

vagy közvetlenül⁴¹ másodlagos jogszabály (az alapjogok viszonylatában elsődleges jogszabálynak az Alkotmányt, másodlagosnak pedig az alapjoghoz kapcsolódó jogszabályt tekintjük). Például: egyesüléshez való jog (1989. évi II. törvény); gyülekezési jog (1989: III. törvény). Ezek közül az alapjogok között kivételes az emberi méltósághoz fűződő jog, ezen belül a személyhez fűződő jogok védelme. A Ptk. 76. §-a kimondja: „A személyhez fűződő jogok sérelmét jelenti különösen az egyenlő bánásmód követelményének megsértése, a lelkiismereti szabadság sérelme és a személyes szabadság jogellenes korlátozása, a testi épség, az egészség, valamint a becsület és az emberi méltóság megsértése.” A Ptk. 76. §-a nem taxatív felsorolás, hiszen maga a törvény hagyja nyitva a kérdést „a sérelmét jelenti különösen” kifejezéssel. Ebben benne rejlik, hogy ilyen sérelmek (tehát a jogérvényesítés is) a jövőben még keletkezhetnek.

3.1. Az Alkotmány 70/K. §-a, és értelmezési lehetőségei

Az Alkotmány 70/K. §-a, a magyar Alkotmány azon rendelkezései közé tartozik, aminek a rendszerváltás óta még nem sikerült konzekvens és egységes értelmezést adni. A passzus megítélése eltérő képet mutat a jogalkotásban, a jogalkalmazásban és a szakirodalomban. Az elmúlt 20 évben e szakasról kialakult nézetek, vélemények és értelmezések tematikus sorrendben a következők:

Az alkotmánykommentár⁴² szerinti jogalkotói értelmezés, az alkotmányjogi panaszról indul ki. Ebből a szakaszból szükségszerűen következik, hogy alkotmányértés esetén a rendes bírói út igénybevételére nem nyílik lehetőség, hanem az AB eljárásai vehetők igénybe, de mégsem mondható alkotmányellenesnek az Abtv. ezen rendelkezése a 70/K. § alapján. Tehát mind az Abtv. vonatkozó eljárásai, mind az Alkotmány 70/K. §-on alapuló bírászkodás relevanciával bír az alapjogi bírászkodás kérdésében. Akkor mi a két szakasz viszonya egymáshoz? A kommentár szerint a 70/K. § és az Abtv. 48. § (1) bekezdése egymást kiegészíti és együtt kell ezeket értelmezni. Az alapjogsértések és az ezekből származó igényekkel kapcsolatban a kommentár megállapítja, hogy „mára már az egyes alapjogokról rendelkező külön törvények...- lehet mondani: kivétel nélkül – megnyitják a rendes bírósághoz fordulás lehetőségét.”⁴³ Viszont kérdésként vetődik fel, hogy egyértelműen és

⁴¹ Ilyen értelemben közvetlennek tekintjük az egyesülési joghoz való jog szabályozását, közvetettnek pedig pl.: a művelődéshez való jog, amely több jogszabályban van szabályozva.

⁴² Balogh Zsolt – Holló András – Kukorelli István – Sári János: Az Alkotmány magyarázata. KJK-Kerszöv, Budapest, 2003. (továbbiakban: alkotmánykommentár)

⁴³ Uo. 708-709. o.

megnyugtatóan kizárható-e az, hogy minden alapvető jog érvényesítésére létezik megfelelő jogszabályi rendelkezés⁴⁴. Megállapítható, hogy a kommentár a 70/K. § gyakorlati relevanciáját szinte teljesen kizárja egyrészt az alkotmányjogi panasz alkalmazásával és az alapjogok szinte teljes körű szabályozásának megállapításával.

A 70/K. § az Alkotmánybíróság értelmezése szerint más képet mutat. Az e szakaszra vonatkozó alkotmánybírói gyakorlat röviden úgy foglalható össze, hogy a testület „a 70/K. § szerinti alapjogi bírászkodást a rendes bíróságok terepének ismerte el, és a bíróságok visszafogott gyakorlatát tudomásul vette.”⁴⁵ Az AB megalakulásától kezdve szembesült ezen alkotmányi szakasz problematikusságával, ezt az is jelzi, hogy viszonylag nagy számban jelenik meg a határozatokban. Ennek ellenére nem beszélhetünk egységes és kialakult alkotmánybírói gyakorlatról.

Az Alkotmánybíróság szerint a 70/K.§ egyrészt hatásköri szabályt tartalmaz a bíróságokra nézve. Ezt az AB több határozatában is megerősítette. A 277/D/1995 AB határozat alapján „korántsem következik azonban az Alkotmány 70/K. §-ából az, hogy az alapvető jogok megsértése miatti igényérvényesítés csak és kizárólag az Alkotmánybíróság előtt történjék. A jogállamiság és ezen belül az alkotmányosság biztosítása, valamint az alapjogok megsértése miatti igények érvényesítése az Alkotmány által szabályozott rendben mind az Alkotmánybíróság, mind a rendes bíróságok számára tartalmaz egymástól elkülönülő feladatokat.”⁴⁶ Ezt a gondolatmenetet fejti ki részleteiben az AB határozat következő része: az alapjogok megsértése miatt keletkezett igények elbírálását az Alkotmány 70/K. §-a általános bírói útra utalja, míg - az Alkotmány 32/A. § (1) bekezdésével összhangban - az Alkotmánybíróság hatásköréként alapvetően a jogszabályok alkotmányellenességének vizsgálatát határozza meg. Mindez azonban nem jelenti azt, hogy a normakontrollra irányuló funkciójának teljesítése során, mintegy annak következményeként az Alkotmánybíróságnak ne lenne lehetősége - közvetett módon - a konkrét jogsérelmek orvoslására is. Az idézett részekből kitűnik, hogy az AB a saját hatáskörébe tartozó eljárásoktól (alkotmányjogi panasz, konkrét normakontroll) elkülöníti a rendes bíróság hatáskörét alapjogsérelem esetében. Arról viszont az AB határozat nem szól, hogy milyen feltételekkel és milyen eljárás keretében lehet az alapjogsértésekből származó igényeket rendes bíróság előtt érvényesíteni. Így mondhatni ez a hatáskör-megalapozás gyakorlatilag a „levegőben lóg.”

⁴⁴ Drinóczi Tímea: Megjegyzés egy alkotmánybírói döntéshez – a 70/K. § In Acta Humana 18. évfolyam. 2007. 1-2 szám, 29. o.

⁴⁵ Uo. 26. o.

⁴⁶ 277/D/1995. AB határozat

Annak ellenére, hogy a 70/K. §-on alapuló alapjogsérelmekből származó igény érvényesítésének módja gyakorlatilag nincs kidolgozva, az Alkotmánybíróság a 70/K. § másik komponensét (állami döntések elleni kifogások) még nem is minősíti korlátlanak. A 46/1994 (X. 21.) AB határozat a 70/K. § tartalmát még jobban leszűkíti azáltal, hogy vannak olyan állami döntések, amelyekkel szemben kifogással közvetlenül a 70/K. § alapján bírósághoz nem lehet fordulni. Így a szakasz alkalmazását az állami döntések elleni kifogásokkal kapcsolatban is korlátozza (bár erre csak esetileg került sor, nem lehet ezt általános jelleggel leszögezni.) Végül a 236/E/2000. AB határozat volt az, amely általános érvennyel kimondta, hogy az Alkotmány 70/K. §-án alapuló jog korlátozása megfelelő alkotmányos keretek között megengedhető.

Az Alkotmánybíróság gyakorlatában másodrészt közvetlenül alkalmazandó norma a 70/K. §. Az 58/1991. (XI. 8.) AB határozat, amiben egy kisajátítási ügyben foglalt állást a testület, a 70/K. § közvetlen alkalmazását mondta ki azzal, hogy az esetben alapjogsérelem történt és az alapul fekvő jogszabály nem volt megfelelő.⁴⁷ A 32/1990. (XII. 22.) AB határozatban a testület abban a kérdésben határozott, hogy mulasztásban megnyilvánuló alkotmány sértésnek nyilvánította, hogy az Országgyűlés a közigazgatási határozatok bíróság általi felülvizsgálatára nem hozott törvényi szabályozást. Ekkor is közvetlenül alkalmazhatónak vélte az Alkotmány 70/K. §-át.

Harmadrészt a testület megállapította, hogy 70/K. §-ból közvetlenül jogalkotási kötelezettség nem vezethető le, viszont közvetetten megalapozhat mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenességet.⁴⁸ A 236/E/2000. AB határozat mondta ki egyértelműen azt, hogy jogalkotási kötelezettség e szakaszból nem származik. Ebben az esetben az indítványozó azt kifogásolta, hogy a 70/K. § alkalmazására nincs kidolgozva eljárási szabály, így a benne foglalat bírósághoz fordulás jogának érvényesíthetősége kétséges, valamint lehetnek olyan ügyek, amelyben a hagyományos polgári eljárás szabályait nem lehetne alkalmazni, „mert sok esetben speciális eljárási szabályokat igényelnek”⁴⁹. A testület, anélkül hogy megállapította volna a szakasz tartalmi elemeit, a jogalkotó mulasztásban megnyilvánuló alkotmány sértése megállapításának feltételeit vette alapul az indítvány vizsgálata kapcsán. Így az indítványt elutasította azzal, hogy nem állnak fenn a mulasztás kritériumai. Ezek pedig egyrészt, hogy a jogalkotó szerv a jogszabályi felhatalmazásból

⁴⁷ Drinóczi Tímea: Megjegyzés egy alkotmánybírói döntéshez – a 70/K. § In Acta Humana 18. évfolyam. 2007. 1-2 szám, 32. o.

⁴⁸ Uo. 34. o.

⁴⁹ 236/E/2000. AB határozat

származó jogalkotói feladatát nem teljesítette és emiatt alkotmányellenes helyzet keletkezett⁵⁰, másrészt pedig, hogy magából az Alkotmányból következik-e jogalkotási kötelezettség⁵¹. Ezekből következően a határozat megállapítja, hogy jogalkotási kényszer ebből a szakaszból nem származik, és a jogalkotó szabad mérlegelési körébe tartozik, hogy milyen élethelyzeteket szabályoz⁵². Tehát ezen AB határozat sem ragadta meg az alkalmat, hogy a 70/K. § tartalmát megállapítsa, fogalmi elemeit tisztázza.

A fent vázolt értelmezési lehetőségek tükrében megállapítható, hogy az AB több határozatában leszögezte, hogy a bíróságok számára hatáskört állapít meg, de ezt egyben korlátozhatónak ismerte el, és megállapította, hogy bizonyos esetekben közvetlenül a 70/K. §-ra alapított keresettel bírósághoz fordulni nem lehet.⁵³ Mivel a 70/K.§ eljárásjogi szabályai nincsenek kidolgozva, és erre a jogalkotót kötelezettség nem terheli, az igények érvényesítése is kétséges lesz, megfelelő eljárás hiányában. Továbbá levonható az a következtetés is, hogy a testület elismeri a 70/K. § alapján, hogyha alapjogi jogsértés következik be és nincs olyan törvényi hely ami azt szabályozná, akkor megilleti a bíróság előtti igényérvényesítés joga a felet. Viszont ebben az esetben is problémaként vetődik fel, hogy a bíróság milyen eljárásban és milyen szabályok alapján bírálja el az ügyet.

A 70/K. § értelmezési lehetőségi között harmadiknak a LB értelmezését szükséges ismertetni. A LB a 3/1998. közigazgatási jogegységi határozatában leszögezi: ebben az esetben a hatáskör hiányát megállapító határozat a kérelmező alapvető jogának (pl. tulajdoni igényének) elbírálását is kizárja, hiszen a hatáskör elhárítása miatt ügye nem is kerülhet soha olyan szakaszba, amelyben érdemi határozatot lehetne hozni, a kérelmező vélt vagy valós igénye tárgyában soha nem születhet olyan érdemi határozat, amelynek bírósági felülvizsgálatára sor kerülhetne, így az Alkotmány 70/K. §-ában biztosított alapvető jog is sérül.⁵⁴ Ebből az érvelésből megállapítható, hogy a LB az ilyen közigazgatási határozatok ellen a bírósághoz fordulás jogát biztosítja, konkrétan a 70/K. § alapján. Tehát a LB a szakaszt közvetlen alkalmazhatónak találta, amire jogot lehet alapítani és pert lehet indítani. A

⁵⁰ Uo.

⁵¹ Uo.

⁵² Konkrét jogalkotási kötelezettség hiányában az Alkotmánybíróság alapvető jog érvényesüléséhez jogszabályból szükségszerűen következő jogalkotási kényszer esetében állapít meg mulasztást. Ha azonban ilyen kényszer nem állapítható meg, akkor a jogalkotó mérlegeli, hogy valamilyen élethelyzetet szabályoz-e, és szabályozás esetén milyen kérdésekre tér ki, milyen részletességű a jogi rendezés (236/E/2000 AB határozat)

⁵³ 46/1994 (X. 21.) AB határozat

⁵⁴ Ebben az esetben egy hatáskör hiányát megállapító határozat a kérelmező alapvető jogának elbírálását zárja ki, mégpedig úgy, hogy az államigazgatási eljárási törvény (Áe.) nem tette lehetővé azt, hogy bizonyos közigazgatási eljárásban, a közigazgatási szerv hatáskörének hiányát megállapító határozata ellen bírósághoz lehessen fordulni. 3/1998 KJK. forrás: Complex jogtár

kommentár szerint a LB: az Alkotmány 70/K.§-át lényegében mint az államigazgatási határozatok bírói felülvizsgálatát lehetővé tevő szubszidiárius jogot értelmezi⁵⁵. Ezzel a megítéléssel kapcsolatban viszont kiegészítést kell tenni. Ebben a határozatban a LB a 70/K. § értelmezését hajtotta végre, és mivel ezt jogegységi határozattal kötelezővé tette a bíróságok számára, az AB alkotmányértelmezésével konkurálóként jelent meg. Az Alkotmány erga omnes hatályú értelmezését az Abtv. az AB hatáskörébe utalja, de ez előbbi így quasi azonos azzal (eredményét tekintve)⁵⁶. Ebből következően az AB és a LB alkotmányos jogértelmezései párhuzamosan futnának, amit a jogbiztonság követelménye miatt nem lehet tarthatónak elfogadni.

Végül a jogirodalomban kialakult véleményeket összegeznénk a tekintetben, hogy a bírói alkotmányértelmezés a gyakorlatban hogyan érvényesül, érvényesülhet. Azt kell a vizsgálat tárgyává tenni, hogy a bíró, élhet-e az alkotmányértelmezés jogával, és ha igen akkor milyen keretek között. Az Abtv. 27. § (2) bekezdése szerint: az Alkotmánybíróság határozata mindenkire nézve kötelező, és az 1.§ g) pontjának értelmében az AB hatáskörébe tartozik az Alkotmány értelmezése. Ezen két szakaszból vezethető le az AB alkotmányértelmezési primátusa, ami mindenki számára kötelező. Viszont itt egy jogszabályi pontosítást kéne tenni azzal kapcsolatban, hogy a határozatok minden eleme, vagy csak a rendelkező rész bír kötelező erővel (mivel ezt az Abtv. egyértelműen nem tisztázza). Ha a teljes határozat bírna kötelező erővel, akkor a benne foglalt összes alkotmányi szakasz értelmezése kötelező erővel bírna. Ebben a helyzetben kétségesné válna, hogy más szerv is értelmezheti-e az Alkotmány rendelkezéseit. Ebben a kérdésben az Alkotmány 77.§ (2) bekezdésében foglaltakat is figyelembe kell venni. Eszerint: „Az Alkotmány és az alkotmányos jogszabályok a társadalom valamennyi szervezetére, minden állami szervre és állampolgárra egyaránt kötelezőek.” Ezen szakasz az Alkotmány jogi norma jellegét deklarálja, és mivel kötelező erővel bír, így rendelkezéseit alkalmazni kell (tehát az Abtv. szövegének pontosítása szükséges lenne a kérdés egyértelmű tisztázásához.)⁵⁷ A bíró számára is kötelező az Alkotmányt alkalmazni. Ezzel együtt elképzelhetetlen lenne az Alkotmány rendes bíróságok általi értelmezése nélkül az alaptörvény 70/K. §-ában megfogalmazott előírásnak a megvalósítása.⁵⁸ Mivel az Alkotmány rendelkezései általános jellegűek,

⁵⁵ Balogh Zsolt – Holló András – Kukorelli István – Sári János: Az Alkotmány magyarázata. KJK-Kerszöv, Budapest, 2003. 710. o.

⁵⁶ Sári János: Rendes bíróságok alapjogi bírászkodása. In Jogtudományi közlöny, 2006/1. 7. o.

⁵⁷ Abtv. 27. § (2) Az Alkotmánybíróság határozatának rendelkező része mindenkire nézve kötelező.

⁵⁸ Halmai Gábor: Az alkotmány, mint norma a bírói jogalkalmazásban. In Fundamentum, 1998/3. 78. o.

óhatatlanul értelmezésre szorulnak. Tehát az AB mellett a jogalkotó és jogalkalmazó szervezeteknek is kötelességük az Alkotmányt értelmezni, de figyelemmel az AB határozataira.

3.2. Alkotmányértelmezés – alkotmányosság?

A magyar jogtudományban elhíresedett dávodi kislány terhesség-megszakításával kapcsolatos ügyben a Bajai Városi Bíróság alkalmazandó jogi normának tekintette az Alkotmányt. A bíró félretette a magzatvédelmi törvényt, a Ptk-t, és az alkotmánybíróági határozatokat, az ítéletét pusztán az Alkotmány rendelkezése alapján hozta meg. Ezzel saját maga értelmezte az Alkotmányt, mint a jogforrási hierarchia csúcsán álló jogszabályt, és a benne foglalt élethez való jogot önkényesen kiterjesztette a magzatra is, azt jogalannak nyilvánította, ami teljesen ellentétes a hazai szabályzással.⁵⁹

Felmerül tehát a kérdés, hogy joga van-e a bíróságnak döntése során egy jogszabályt félretenni mondván, hogy szerinte az alkotmányellenes.

Akik erre a kérdésre igennel válaszolnak pl. Hanák András,⁶⁰ arra hivatkoznak, hogy ezt a jogszabályi hierarchia teszi lehetővé a bíró számára. Akkor is így jár el a bíróság, amikor pl. egy olyan jogszabályt kellene alkalmaznia, ami a Ptk-ba ütközik. Ekkor ugyanis ezt a jogszabályt félreteszi, és a Ptk adott rendelkezését alkalmazza. Ha ezt el is fogadjuk, még akkor is felvetődik a kérdés, miszerint ebben az esetben a félretett rendelkezés helyett egy hasonlóan konkrét rendelkezést (Ptk. megfelelő szakaszát) tud alkalmazni a döntés meghozatalánál. Míg ha törvényt tenne félre annak alkotmányellenességére hivatkozva, hézag támadna a jogalkalmazás során, hisz nem lenne olyan konkrét rendelkezés, mint amelyet félretett, mivel az Alkotmány rendelkezései az alapjogokat csak deklarálja, de megsértésük esetén nem fogalmaz meg jogkövetkezményeket.

A bírónak ezt a lehetőségét zárja ki az a jogintézmény melyet az Abtv. 38.§- a biztosít. Ezzel a lehetőséggel élhetnek az eljárásban résztvevő felek is, oly módon, hogy kérhetik a bírótól az eljárás felfüggesztése mellett az Alkotmánybíróáshoz fordulást, mely az alkotmányjogi panaszhoz bizonyos fokú kiterjesztése lenne. A feleknek ezt a lehetőségét viszont jelentősen csökkenti, hogy a peres fél erre irányuló kérését a bíróság visszautasíthatja. Jelentős kérdést vet fel a Legfelsőbb Bíróság egy polgári ügyben hozott eseti döntése (BH 1994.448), mely kimondja: "A bíróság nem köteles indokolni azt a döntését, amellyel a

⁵⁹ Ptk. 9.§ Halmi Gábor: Az alkotmány mint norma a bírói jogalkalmazásban In Fundamentum 1998. 3. szám 77.-81.o

⁶⁰ Hanák András: Egy különös abortusz után In. Fundamentum 1998. 3. szám, 84-86. o.;

felperesnek az eljárás felfüggesztésére és az Alkotmánybíróság eljárásának kezdeményezésére irányuló kérelmét elutasítja; az elutasítás indokolása ugyanis a jogszabály alkotmányosságának értékelését jelenti, ami nem a bíróság feladata”. Ez az alkotmányosság értékelését jelenti-e, vagy alkotmányértelmezést. Ha az indoklás az alkotmányosság értékelését jelenti, akkor a döntés nem jelenti-e ugyanazt. Hiszen azzal, hogy elutasítja a fél kérelmét, a bíróság eldönti az alkalmazandó jogszabályról, hogy az alkotmányos, vagyis a kérdésre választ ad. Ha viszont csupán értelmezést jelent a döntés, az indoklás miben jelent többet?

Felmerül a kérdés, hogy mi történik az egymással versengő alapjogok esetén. Ekkor is félre teheti-e a bíró a megalkotott törvényt, pl. az eutanázia vagy az abortusz kérdésében. Ha két alapjog összeütközéséről van szó, akkor a szükségesség-arányosság mérlegelésével kell eldönteni a kérdést, aminek a mértéke az egyedi eseteknél, illetve más-más bírónál eltérhet. Ez jogbizonytalanságot, kiszámíthatatlanságot vonhat maga után. Ami csak újabb problémákat generál.

Az alkotmányértelmezés illetve az alkotmányosság szorosan összefüggő fogalmak. Ezért fontos a kettő pontos elhatárolása, bár ez nem ad választ a feltett kérdésekre, hogy értelmezheti-e a bíróság az Alkotmányt, de mindenképp megkönnyíti a döntést, és segít egy esetleges kompromisszum megteremtéséhez. Ha figyelembe vesszük a felsorolt érveket, attól függően, hogy melyik oldalra helyezünk nagyobb hangsúlyt, a rendes bíróság általi alkotmányértelmezésének lehetősége többféle módon is megoldható.

A jogállam megvalósulásának egyik tartóoszlopát az jelenti, hogy az adott állam polgára milyen mértékben tudja érvényesíteni felmerülő igényeit, vagyis mekkora hatásköre van az igazságszolgáltatásnak. A másik alapja a hatalmi ágak elválasztása. Ezért jelen kérdésben is úgy kell megoldani a problémát, hogy lehetőleg egyik pillér se sérüljön, ha pedig ez nem lehetséges, akkor az egyes pillérek korlátozása minél kisebb legyen.

A gyakorlatban elég ritkán fordul elő, hogy a rendes bíróságok értelmezik az Alkotmányt, aminek oka az is lehet, hogy a jogirodalom ennyire eltérően ítéli meg ezt a kérdést. Az Alkotmányban szereplő összes alapjognak ma már törvényi szintű részletszabályai vannak. Ezek a jogszabályok szinte teljesen lefedik az életben megjelenő eseteket. Ezért tehát a jogalkalmazók ezeket alkalmazzák döntéseik során, nem pedig az általános értékeket, jogokat megfogalmazó Alkotmányt. Az eléje kerülő perek nagy mennyisége sem ösztönzi arra a bírót, hogy az elvont alkotmányi normákat értelmezze, az adott esetre nézve. Mégis akad bíró aki szükségesnek látja döntését az Alkotmány normái

szerint meghozni, indoklását ezzel alátámasztani. Az, hogy ilyen kevés számban jelenik meg az Alkotmány a bírói ítéletek során, utalhat arra is, hogy maguk a jogalkalmazók is óvatosan bánnak a kérdéssel, és csak indokolt esetben használják ezt a lehetőséget.

3.3. A rendes bíróságok általi Alkotmány-alkalmazás melletti érvek

Az első ide tartozó érv az, hogy az AB mellett több szerv is jogosult értelmezni az Alkotmányt.⁶¹ A 70/K.§ alapján, ha valaki keresetét az Alkotmány egyik szakaszára alapítja, kérdés hogy a bíróság képes-e megfelelően eldönteni az ügyet anélkül, hogy értelmezné az Alkotmányt. Ha megfosztanák a bíróságot ennek a lehetőségétől, akkor joghézag alakulna ki, hiszen ha valaki az Alkotmányra hivatkozva terjeszti elő keresetét, azt a bíróságnak hivatalból el kellene utasítania, és így az igényérvényesítés lehetőségétől fosztanánk meg a kereset benyújtóját. Az Alkotmánybíróság nem rendes bíróság, ezért ilyen jellegű ügyben ítéletet nem hozhat. Ebből következőleg az Alkotmánybírósághoz ilyen keresetet benyújtani nem lehet.

A bíróság alkotmányértelmezését nem szabad összekeverni az Alkotmánybíróság absztrakt alkotmányértelmezésével. A gyakorlatban, a bírósági ítéletekben véleményünk szerint inkább kiegészítő jelleggel fordul elő az Alkotmányra való hivatkozás, vagyis az alkalmazandó jogszabály értelmezése során az alkotmányos normatartalom megállapításához használja az Alkotmányt, elvértve előfordul azonban, hogy közvetlenül az Alkotmány szakaszára alapítja döntését a bíró. A rendes bíróságok döntéseik során csak egy meghatározott ügy kapcsán értelmezik a megfelelő szakaszt, és ennél-fogva sem a közvetett, sem a közvetlen alkotmányértelmezés nem általános érvényű. Amíg az ítélet nem jogerős, az megtámadható fellebbviteli fórumokon, míg az Alkotmánybíróság értelmezése mindenkire kötelező, továbbá a rendes bíróság jogerős döntése csak a felekre kötelező.⁶²

Szintén a rendes bíróságok alkotmányértelmezése mellett szól a következő érv is. Tételezzük fel, hogy joghézag miatt nem lehet megfelelő döntést hozni, ám a megsértett jog levezethető az Alkotmány rendelkezéseiből. A sértett igénye akkor nyer orvoslást, ha a bíróság meghozza az ítéletét, amit ebben az esetben az alkotmányértelmezés megengedésével lehetne elérni. Így tett a Monori Városi Bíróság is egy 1998. júniusi ítéletében, amikor megállapította a jogellenességet egy álláshirdetés kapcsán, ahol megvalósult az indokolatlan

⁶¹ Például az Országgyűlés. Az AB ezt meg is erősítette a 31/1990 (XII. 18.) AB határozatban, és a 1041/G/1999 AB végzésében. Az Alkotmány értelmezésére irányadó a dolgozat 4. fejezete

⁶² Bitskey Botond: Mikor forduljon a bíró az Alkotmánybírósághoz In. Jogtudományi Közlöny 2004, 329-335.o

diszkrimináció. Az ebben az időben hatályos Mt. (1992. évi XXII. tv) 5.§⁶³ viszont csak a munkaviszonnyal kapcsolatban követeli meg az egyenlő bánásmódot, ezért fordult a bíróság az alkotmány értelmezéséhez, és döntötte el ez alapján az ügyet.⁶⁴

3.3.1. Jogesetek

Kutatást végeztünk annak eldöntésére, hogy a rendes bíróságok bírái alkalmazzák-e az Alkotmányt.⁶⁵ A kutatás során az egyetlen olyan jogterület, amelyben konkrét Alkotmányra való hivatkozást találtunk a kártérítési ügyek köre volt. A konkrét esetek ismertetése előtt meg kell jegyezni, hogy ezek javarészt olyan ügyek voltak, amelyek a Ptk. kártérítésre vonatkozó szakaszai alapján megállapított kártérítési összeget a fél kevésnek találta. Erre 2 jogesetet találtunk a kutatás során.⁶⁶

Ilyen ügyben hozott ítéletet a Szegedi Városi Bíróság, amelyben találtunk AB határozatra való hivatkozást. A P.22.909/1999 számú ügyben, a felperes néhai édesanyja vétlen közlekedési balesetet szenvedett. A sérülésekből adódóan túlnyomórészt ágyhoz kötött állapotba került, majd a baleset után 3 évvel meghalt. Az alperest külön perben a büntetőbíróság maradandó fogyatékosságot okozó közúti baleset gondatlan okozásának vétségében találta bűnösnek. Az alperes nem vagyoni kártérítésként utalt át a felperesnek 400.000 Ft-ot. A felperes további 1 millió Ft-ot és kamatot követelt. Az alperes ellenkérelmében arra hivatkozott, hogy a 400. 000 Ft arányban áll az okozott sérüléssel és a kereset elutasítását kérte. A bíróság ítéletében megalapozatlannak találta a keresetet. Az indoklásban szerepel a 34/1992 (VI. 1.) AB határozat, amely a nem vagyoni kártérítést a

⁶³ 5§ (1) A munkaviszonnyal kapcsolatosan tilos hátrányos megkülönböztetést alkalmazni a munkavállalók között nemük, koruk, nemzetiségük, fajuk, származásuk, vallásuk, politikai meggyőződésük, munkavállalói érdekképviselői szervezethez való tartozásuk, vagy ezzel összefüggő tevékenységük, továbbá minden egyéb, a munkaviszonnyal össze nem függő körülmény miatt.

⁶⁴ Ld. bővebben: Lehoczkyne Kollonay Csilla: Kezdeti lépések a foglalkoztatási diszkrimináció bírósági gyakorlatában In. Fundamentum 1998. 4. szám , 91-95. o.

⁶⁵ A kutatást megpróbáltuk minél szélesebb mintán elvégezni, ezért vizsgáltuk: a Csongrád Megyei Bíróságnál a 1990. január 1. és 2007. augusztus 31. között jogerős ítélettel befejezett közigazgatási és megyei elsőfokú polgári, gazdasági ügyeket, évenként 10 szűrőpróbaszerűen kiválasztott iratból. A Szegedi Városi Bíróságnál a 1990. január 1-2007. augusztus 31. között jogerős ítélettel befejezett ügyekből: családi jogi, tulajdonjogi és kártérítési területen évente 10, szűrőpróbaszerűen kiválasztott iratból. A Szegedi Munkaügyi Bíróságon: 1990. január 1-2007. augusztus 31. között jogerős ítélettel befejezett, jogviszony megszüntetésével, felmondás jogellenességével, szakszervezetekkel illetve diszkriminációval kapcsolatos ügyek – évenként 10, szűrőpróbaszerűen kiválasztott iratból.

A mintában a polgári jogi, munkajogi és közigazgatási jogi ügyeket vizsgáltuk. Kihagytuk a büntetőügyeket, mert feltevésünk szerint a büntetőjog területén lényegesen kevesebb az Alkotmányra hivatkozás lehetősége is. Ennek oka, hogy az Alkotmány csak alapelveket deklarál a büntetőjog területén, melyek az egész jogterületet áthatják.

⁶⁶ Amelyek közül az elsőben közvetlen hivatkozás történt egy AB határozatra, a második ügyben pedig konkrét Alkotmányi szakaszra alapozta ítéletét a bíró.

személyiségvédelem általános eszközévé tette. Az ítélet indoklása szerint nem vitatott, hogy a károsult testi épsége sérült, amely megalapozza a nem vagyoni kártérítés iránti igényét. A nem vagyoni kártérítés célja azonban a károsultat ért személyiségsérelem kompenzálása az őt ért hátrányok elvesztett életlehetőségének a kompenzálására. Ebből következően személyes jellegű, vagyis a jogosult személyéhez tapad. Nem száll át az örökösökre, ugyanis a jogosult halálával már a nem vagyoni kártérítés nem tudja betölteni eredeti rendeltetését, így a nem vagyoni kártérítés iránti igény, mint személyes jellegű jog nem örökölhető.⁶⁷ A felperes fellebbezésében arra hivatkozott, hogy a büntető ügy 3 évig húzódott el, és az ítélethirdetést az édesanyja 1 nappal élte túl, és az eljárás elhúzódása volt az oka annak, hogy az édesanyja nem tudta érvényesíteni igényét, pedig ő ezt időben megkezdte. Mind a Megyei Bíróság, mind a LB helybenhagyta az ítéletet, az AB határozat hivatkozását, és értelmezését gyakorlatilag átvette az elsőfokú ítéletből.

A másik ügy a Szegedi Városi Bíróság P.20.917/2003-as számú ügye. 2000. november 4-én, egy ismeretlen férfi holttestét emelték ki egy tóból. A rendőrség egy helybéli testvérpárt gyanúsított a bűncselekmény elkövetésével (az első-, és másodrendű felperest). A testvérek ártatlannak vallották magukat, sőt segédkeztek a nyomozásban. Az ellenük valló tanú beszámolója zavaros, ellentmondásos volt. A testvéreket, mivel nem volt alibijük, előzetes letartóztatásba helyezték. A fogva tartásuk 2001. január 24.-től 2002. április 19.-ig tartott (kb. 15 hónap), ekkor igazolódott be az ártatlanságuk.

A Be. 383.§-a alapján kártalanítás jár a terheltnek, amennyiben a bíróság felmenti. E jogukkal élve, a felperesek 500 000 Ft vagyoni-, és 2 000 000 Ft nem vagyoni kártérítést követeltek a Magyar Államtól. A keresetük kiesésére, a sajtó okozta károkra, a büntetés-végrehajtási intézet által okozott pszichés sérelmekre és az ezekből fakadó szabadulás utáni hátrányokra alapozták a kártérítés mértékét.

Az állam ellenkérelmet nyújtott be, sokallta a nem vagyoni kártérítés összegét, és felajánlott 1.000.000 Ft-ot (természetesen részletes indoklással). Ezt hosszas egyezkedések, tárgyalások sorozata követte, mire 2003. szeptember 24-én megszületett az elsőfokú ítélet. A megítélt összeg alacsonyabb lett, mint az, amit a felperesek igényeltek. Ennek okát az ítélet indoklásában találtuk meg: „A felperesek az átlagosnál primitívebb személyiségükből kifolyólag a majd 15 hónapos elzárást nem élték meg olyan fokú pszichés károsodással, amely indokolná a kereseti kérelmükben előterjesztett kártalanítási összeget.”

⁶⁷ Ptk. Magyarázat I. kötet Közgazdasági-jogi Kiadó Budapest 1998. 1013-1014. oldal (a bíróság ítéletében szerepel ez a hivatkozás)

Ez ellen az ítélet ellen a felperesek fellebbeztek, így az ügy átkerült a Csongrád Megyei Bírósághoz. Az Alkotmány 54.§ (1) bekezdése kimondja az emberi méltósághoz való jogot, és az ebből levezethető egyenlőség alkotmányos elvét. A bíróság tehát ezek alapján kivette az elsőfokú ítélet indoklásából a fenti mondatot, melyet lealacsonyítónak, megalázónak tartott. Indoklásképpen megjegyezte, hogy a nem vagyoni kártérítésnek objektív mércéje nincs, mindig egyedi elbírálást igényel. Az emberek személyisége eltérő, az eltérő jogsértések így különböző mértékű hátrányt okozhatnak, azonban a börtöntűró képességnél a személyiségi jegyek nem jöhetnek számításba. A városi bíróság ítéletét egyebekben helybenhagyta.⁶⁸

A kutatást és az ellenérveket lezárva megállapítható, hogy az Alkotmányra hivatkozások csekély számának okai az Alkotmány szubszidiárius jellege, illetve a megvizsgált jogterületek kielégítő törvényi szabályozottsága.

3.4. Érvek amellett, hogy a bírók ne alapíthassák ítéleteiket az Alkotmányra

Akik amellett foglalnak állást, hogy az Alkotmány értelmezésének a lehetőségét nem lehet a bíróságok hatáskörébe utalni (pl. Hanák András, Tóth Gábor, Sonnevend Pál)⁶⁹, azzal érvelnek, hogy az Alkotmányra alapozott ítélet nagyfokú jogbizonytalanságot szülne. Mivel az Alkotmány szakaszait túl elvontnak, általánosnak tekintik, úgy egy lehetséges döntés kiszámíthatatlan lenne. Más és más döntés születhet ugyanabban a kérdésben attól függően, hogy melyik bíróságon, melyik bíró előtt folyik az eljárás.

További érv, hogy fennáll az esélye annak, hogy a Legfelsőbb Bíróság és az Alkotmánybíróság hatáskörei összemosódnának. A jogegység megléte feletti felelősség a Legfelsőbb Bíróságot terheli. Ha a különböző bíróságok egymástól eltérően értelmezik az Alkotmány rendelkezéseit, a Legfelsőbb Bíróságnak jogegységi határozatban kellene döntenie a bíróságokra nézve kötelező alkotmányértelmezésről. Az értelmezés pedig az Alkotmánybíróság kizárólagos hatáskörébe tartozik, mivel absztrakt módon csak ez a szerv értelmezheti a különböző alkotmányos rendelkezéseket.

⁶⁸ A kutatás egyéb területein: a munkajogi, családi jogi, tulajdonjogi ügyek vizsgálata során nem találtunk Alkotmányra hivatkozást. Ennek oka több irányból vizsgálendő: egyrészt ezekben az ügyekben nem jellemző, hogy felmerül alapjogi igény. Másrészt az adott jogterületre vonatkozó jogszabályok (Ptk., Mt., Csjt.) ezeket a területeket teljes körűen lefedik, így a bíróság kizárólag ezekre a jogszabályokra hivatkozik. Tehát, ha mégis sérülne egy állampolgár valamely alapjoga, az eljáró bíróság elsősorban az említett jogszabályokból olvasná ki az Alkotmány által is biztosított alapjogot.

⁶⁹ Hanák András: Egy különös abortusz után In. Fundamentum 1998. 3. szám, 84.o.; Tóth Gábor Attila: Az emberi jogok bírói védelme In. Társadalmi szemle 1995. 7. szám 42.-43. o.; Sonnevend Pál: az alapjogi bírászkodás és korlátai In. Fundamentum 1998. 4. szám, 82-83. o

A következő érv azon országok tapasztalatát támasztja alá, ahol az Alkotmányt a bíróságok az ítélet során értelmezik. Ezekben az országokban a bírói képzés más módon történik, mint a hazai rendszerben. A magyar rendszerben a bírák szakmai felkészültsége inkább az írott jog technikai értelemben vett alkalmazására alkalmas, kevésbé az Alkotmány elvont rendelkezéseinek az értelmezésére.⁷⁰ Az Abtv. 5.§ (2). bekezdése kimondja, hogy Országgyűlés az Alkotmánybíróság tagjait kiemelkedő tudású elméleti jogászok (egyetemi tanárok, illetőleg az állam- és jogtudomány doktorai), vagy legalább húsz évi szakmai gyakorlattal rendelkező jogászok közül választja. Ezzel a rendelkezésével szigorúbb feltételeket támaszt az Alkotmánybíróság leendő tagjai számára, amely feltételek szükségesek az Alkotmány értelmezéséhez, és a törvényben meghatározott egyéb feladatok elvégzéséhez. Ilyen feltételeket a rendes bíróság bírói számára jogszabály nem követel.

Halmai Gábor egyik tanulmányában úgy fogalmaz: „a magyar jogirodalomban többségi álláspont szerint a magánjogi jogviszonyok alanyai nem közvetlen címzettjei az Alkotmánynak, eszerint a bírói ítéleteket sem lehet közvetlenül Alkotmány szakaszaira alapozni”. E felfogás szerint az Alkotmány elsősorban a törvényhozó számára alkotott norma, egy úgynevezett keret, amin nem léphet át a törvényalkotó tevékenysége során. Amennyiben a bíró alkotmányellenességet vél egy törvény szövegében, úgy köteles az Alkotmánybírósághoz fordulni.⁷¹

Felmerült az a kétely miszerint, az alapjogok magánszemélyekkel szemben való közvetlen alkalmazása, a magánjog alkotmányjoggal való helyettesítését jelentené. Tehát a magánjogi természetű jogviták nem a tágabb értelemben vett magánjog szabályai szerint dőlnek el, hanem az egymással szemben álló alapjogok közötti bírói mérlegelés alapján. A magánszemélyek között közvetlenül az alapjogok alapján történő bírászkodás a törvényhozó szerepebe helyezi a bíróságokat. A különböző élethelyzetekre vonatkozó részletszabályokat a bírónak kell megállapítani. Márpedig, ha az adott élethelyzetben felmerülő érdekkonfliktus egyúttal alapjogok konfliktusát is jelenti, akkor a mérlegelés az Alkotmány 8.§ (2) bekezdése szerint az Országgyűlés dolga, ugyanis az alapvető jogokra és kötelezettségekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg.⁷²

A rendes bíróságok gyakorlatában az Alkotmány ezek alapján másodlagos szerepet tölt be, amelynek okát több irányból vizsgáltuk. Az Alkotmány 70/K.§ és értelmezési kérdései érdemben nem határozták meg a jogszabályhely tartalmát. Ez különösen vonatkozik az

⁷⁰ Tóth Gábor Attila: Az emberi jogok bírói védelme In. Társadalmi szemle 1995. 7. szám 42-43. o

⁷¹ Halmai Gábor, Az emberi jogokat védő magyarországi intézmények Osiris 2003. 230. o.

⁷² Sonnevend Pál: Az alapjogi bírászkodás és korlátai, In. Fundamentum 1998.4. szám 79-80. o.

Alkotmánybíróságra. A bírói kar szocializációja kisebb mértékben, de szerepet játszik. A legfontosabb ezek mellett az alapjogokat szabályozó jogszabályok. Az Alkotmány kimondja, hogy az alapjogokra vonatkozó szabályokat csak törvény állapíthat meg.⁷³ Ha minden ilyen szabályt korlátozásnak tekintünk, akkor megállapítható, hogy ma a hatályos magyar szabályozás alapján az alapjogok a rendes bíróságok előtt csak korlátozottan érvényesíthetők.

4. Záró gondolatok – de lege ferenda

Az alapjogi bírászkodást ma Magyarországon három olyan jogintézmény látja el, amelynek működésében diszfunkcionalitások figyelhetők meg. Az elméleti álláspontok és javaslatok mellett nem elhanyagolható a gyakorlati érvényesülésük sem. A dolgozatban felvázoltuk az elméleti hátteret, a jogintézmények szabályozását. Megvizsgáltuk a témával foglalkozó szakemberek véleményét, csoportosítva pro és contra szempontrendszer alapján. A kutatással arra kívántunk rávilágítani, hogy az Alkotmányra való hivatkozás és az Alkotmány közvetlen alkalmazása, a gyakorlatban nem valósul meg olyan mértékben, mint amelyre a jogszabályok lehetőséget biztosítanak. Mindezek alapján felvázolunk egy olyan alternatívát, amely véleményünk szerint megvalósítaná a magyar alapjogi bírászkodást.

A központi, elvi alap az Alkotmány jelenleg is hatályos 70/K.§-a. A bíróságok szempontjából alapvető követelmény, hogy ha a bírósági eljárás során felmerül az Alkotmány alkalmazása, akkor ezzel a lehetőséggel a bíróság éljen, és a bíró jogszabályként alkalmazhatja, értelmezheti az Alkotmányt.⁷⁴ Ha a bíró úgy ítéli meg, hogy a jogszabály (amit az eljárás során alkalmaz) alkotmányellenes, akkor automatikusan a jogforrási hierarchiában felette álló jogszabályt alkalmazná (erre az Alkotmány is felhatalmazást ad: 35§ (2) bekezdése, 37§ (3) bekezdése, 44/A. § (2) bekezdése.)⁷⁵

A bíróság előtt három alkotmányossági probléma merülhet fel. Elsőként a bírónak meg kell vizsgálnia, hogy az ügy elbíráható-e a hatályos jogszabályok alapján? Ebben az esetben a közismert eljárás indul el, a hatályos jogszabályok alapján hoz ítéletet.

A második lehetőség, hogy az ügy a hatályos szabályok alapján egyértelműen nem dönthető el, mert az alapjogról rendelkező törvény az esetet nem szabályozza megfelelően. Ekkor az ellentétet a jogszabály és az alkotmány egybevetésével és egy helyes értelmezéssel

⁷³ Alkotmány 8.§ (2) bek.

⁷⁴ A hatályos szabályok ezt nem tiltják.

⁷⁵ Ez a gyakorlatban is működik, ha egy rendeletet talál a bíró alkotmányellenesnek Halmai Gábor: Az Alkotmány, mint norma a jogalkalmazásban. In: Fundamentum, 1998/3 77-81.o.

fel lehet oldani. Az ilyen esetekben megengednék a bírónak, hogy az ügyben ítéletet hozzon. Viszont az értelmezésnek korlátokat kell szabni, mert ha nem szabnánk, akkor az a jogegységet illetve a jogbiztonságot sértené. Ennek érdekében az értelmezést három kritériumhoz kötjük.

Az első kritérium, hogy az alkotmányos rendelkezés értelmezésénél, a bíró a törvényi keretből nem léphet ki, hiszen ekkor már quasi jogalkotóként funkcionálna. A bíró akkor marad meg a törvényi kereteken belül, ha az értelmezés megfelel a törvény céljának és a jogalkotó szándékának.

A második korlát az alkotmánykonform értelmezés. Az alkotmánykonform értelmezés tekintetében mintaadó lenne a német gyakorlat. Ez abban áll, hogy a bírakat kötelezettséggel terhelik az alkotmány meghatározott értelmezésére. A bírói értelmezés három feltételnek kell, hogy megfeleljen, amik az egységes jogértelmezést garantálják. Az egyik feltétel: ha az Alkotmánybíróság egy törvényi rendelkezés értelmezéséről kimondta, hogy alkotmányellenes, akkor a bíró e szerint nem értelmezheti a törvényi helyet (ez a javaslatban megvalósul, mivel a bírónak figyelembe kell venni az Alkotmánybíróság vonatkozó gyakorlatát.) Az Alkotmánybíróság addig nem semmisíthet meg törvényhelyeket, amíg a törvényt - szövegének nyelvtani értelmezésével – olyan értelmezéssel lehet ellátni, ami az alkotmánnyal összeegyeztethető. Ez a második feltétel. A harmadik feltétel pedig, hogy az alkotmánykonform értelmezés a nyelvtani értelmezést nem sértheti meg. Tehát csak a nyelvtani értelmezés keretein belül nyílik lehetőség az alkotmánykonform értelmezésre (a javaslatban nem a szöveg szerinti értelmezést szabtuk meg korlátnak, hanem a törvény célját és a jogalkotó szándékát).⁷⁶

A harmadik kritérium, ha az AB egy alapjogot valamilyen értelmezéssel már ellátott, vagy szűkítette az alapjog határait, akkor a bíró ettől nem térhet el. Ilyen tekintetben kötelező lenne rájuk az AB értelmezési gyakorlata. Ez lenne az elsőfokú eljárás.

A fellebbezési eljárás a rendes bíróságok hatásköre. Ennek egyik oka, hogy az Alkotmánybíróság nem rendes bírósági fórum és ezért a bírói függetlenséget sértené, ha fellebbviteli szerve lenne egy első fokú bíróságnak. További ok, hogy itt az értelmezés problémája merül fel, és a felettes bíróság az értelmezés helyességét vizsgálja meg. Ha azt helyesnek ítéli, akkor helybenhagyja az ítéletet, ha nem, megsemmisíti, és új eljárást kezdeményez vagy maga, dönt.

⁷⁶ Pokol Béla: Jogelmélet Századvég Kiadó 2005. 217-240. o.

Fennáll a lehetősége ekkor annak, hogy a hasonló ügyekben, eltérő értelmezések születnek az egyes bírók előtt. Ennek kiküszöbölésére szolgálna a Legfelsőbb Bíróság jogegységi határozata. Viszont itt felmerül ismét az absztrakt alkotmányértelmezés problémája, ami ma kizárólag az Alkotmánybíróság joga. Azonban ebben az esetben a Legfelsőbb Bíróság nem absztrakt módon értelmezi az Alkotmányt, hanem normakontrollt végez: az Alkotmányt veti össze a jogszabállyal.

Manapság ez a probléma már csak elvi éllel vethető fel, mivel az Alkotmánybíróság a hatáskörébe vonta a Legfelsőbb Bíróság jogegységi határozatainak alkotmányossági felülvizsgálatát. Ebben a helyzetben pedig nem volna célszerű fenntartani az AB kizárólagos hatáskörét az alkotmány absztrakt értelmezésére, mivel az AB így a bírósági rendszer függetlenségét sérti, ezért engedhető meg a Legfelsőbb Bíróság alkotmányértelmezése.

A harmadik eset, amikor a bírónak közvetlenül az Alkotmány értelmezésével és alkalmazásával kell döntést hoznia. Ekkor a bíró az Alkotmány rendelkezéseinek értelmezésével dönti el az ügyet. Az ügyfélnek ekkor is lehetősége van fellebbezésre a megfelelő fórumokon. Véleményünk szerint a 70/K.§ alapján erre a mai hatályos szabályozás alapján is lehetősége van a rendes bíróságoknak.⁷⁷

A *de lege ferenda* javaslatunk központi tétele a 70/K.§ alkalmazása, azonban biztosítékként szükséges a konkrét normakontroll és az alkotmányjogi panasz módosítása. A 70/K.§ mellett ez a két intézmény kiegészítő jelleggel erősítené a bíróságok alapjogi ítélkezését, és a peres felek igényeinek érvényesítését. A bírói értelmezési problémáknak az eldöntésére a konkrét normakontroll intézménye, mint lehetőség a bíró rendelkezésére áll az eljárás minden szakaszában. Az Abtv. 38.§-át azonban ki kell egészíteni azzal, hogy a bíró nem köteles az AB-hoz fordulni.⁷⁸

Az alkotmányjogi panasz fenntartását két feltételhez kötjük. Először a panasz alapját kiterjesztjük a jogszabály alkalmazása mellett, a bírósági, hatósági határozat alkotmányellenességére is. A második feltétel, hogy a törvény az alkotmányjogi panasz eljárásjogi szabályait az utólagos normakontroll szabályaitól eltérő rendelkezéssel határozza meg.⁷⁹ Az új eljárási szabályok szerint a panaszos felülvizsgálathoz való joga az AB határozat kihirdetésével nyílik meg.⁸⁰

⁷⁷ Ennek megvalósulásához nem feltétlen feltétele a részletes eljárási szabályok meghatározása.

⁷⁸ 38.§ annyiban változik: (1) A bíró - a bírósági eljárás felfüggesztése mellett - az Alkotmánybíróság eljárását kezdeményezheti, ha az előtte folyamatban levő ügy elbírálása során olyan jogszabályt vagy állami irányítás egyéb jogi eszközét kell alkalmazni, amelynek alkotmányellenességét észleli.

⁷⁹ 48. § (1) Az Alkotmányban biztosított jogainak megsértése miatt alkotmányjogi panasszal fordulhat az Alkotmánybírósághoz az, akinek a jogséremlme az alkotmányellenes jogszabály alkalmazása vagy

A javaslat megvalósulásának feltétele a 70/K.§ helyes tartalmának gyakorlatban való kialakítása, valamint a szükséges jogszabályi módosítások, amelyekkel a magyar jogrendszer alapjogi bírászkodása hatékonyabb módon érvényesülne. Egyrészt az állampolgárok alapjogaikkal kapcsolatos igényeiket teljesebb mértékben tudják érvényesíteni, másrészt a bíró egyéni jogértelmezése (ide értve: mind az alkotmányt, mind az egyéb jogszabályokat) elindulhat egy olyan úton, amely megvalósít egy demokratikusabb, a bíró szerepét fokozottabban hangsúlyozó igazságszolgáltatást. A jelenlegi gyakorlat hiányosságainál fogva a módosítás elengedhetetlennek tűnik. Eötvös József szavai nyomán: csak minden alapvető jogok és kötelességek érvényesítése azon alap, amelyen egy szabad alkotmány épülhet.

alkotmányellenes bírósági határozat folytán következett be, és egyéb jogorvoslati lehetőségeit már kimerítette, illetőleg más jogorvoslati lehetőség nincs számára biztosítva.

(2) Az alkotmányjogi panaszt a jogerős határozat kézbesítésétől számított hatvan napon belül lehet írásban benyújtani.

⁸⁰ Az eljárási szabályok az Abtv. 43.§-a bekezdése nem alkalmazható.

De iurisprudencia et iure publico

Felhasznált irodalom

- Alkotmány kommentár, Complex Jogtár (Balogh Zsolt – Holló András – Kukorelli István – Sári János: Az Alkotmány magyarázata. KJK-Kerszöv, Budapest, 2003)*
- Badó Attila - Loss Sándor (szerk.): Betekintés a jogrendszerek világába. E-press Nyomda Kft Szeged, 2004 75-105; 127-219. o.*
- Bitskey Botond: Mikor forduljon a bíró az Alkotmánybírósághoz. In Jogtudományi Közlöny, 2004 329-335. o.*
- Boros László, Fórum, Fundamentum 2007/3. szám 33-36.o.*
- Drinóczi Tímea: Megjegyzés egy alkotmánybírói döntéshez – a 70/K. § In. Acta humana 18. évf. 2007. 1-2. szám 26 - 40. o.*
- Enyedi Krisztián: Alapjogok védelme és az alkotmányjogi panasz In. Collega 2-3/X évfolyam 26-29.o.*
- Halmai Gábor: Az alkotmány, mint norma a bírói jogalkalmazásban. In Fundamentum, 1998/3 77-81.o.*
- Halmai Gábor: Az alkotmányjogi panasz – jelen és jövő? In. Bírák Lapja 3-4/ 1994 45-50.o.*
- Halmai Gábor: Emberi jogok. Osiris Budapest, 2003 193-251.o.*
- Hanák András: Madison unokája vagyok én. In Sajtószabadság és emberiségi jogok, 1998 24-34 o.*
- Hanák András: Egy különös abortusz után. In Fundamentum, 1998/3 82-86.o.*
- Harmathy Attila: Bírói gyakorlat-alkotmány. In Magyar jog, 2004/11 641-648.o.*
- Jean-Mary Auby – Jean-Bernard Auby: Közjog: alkotmányjog; közszabadságok; közigazgatási jog. Budapest, Nagy és Trócsányi Ügyvédi Iroda 1995, 209-212. o.*
- Jobbágyi Gábor: A dávodi abortuszper. In Jogtudományi közlöny, 2002/11-12 465-473.o*
- Kilényi Géza (szerk.): Egy alkotmány-előkészítés dokumentumai: kísérlet Magyarország új Alkotmányának megalkotására, 1988-90. MTA Államtudományi Kutató Központ. Budapest, 1991.*
- Kilényi Géza, Fórum, Fundamentum 2007/3 39-42.o.*
- Kovács István, Tóth Károly (szerk.): Nyugat-Európa Alkotmányai. Közgazdasági- és Jogi kiadó (KJK) Budapest, 1988 301-315.o.*
- Kukorelli István (szerk.): Alkotmánytan I. Osiris, Budapest. 2007 27-29; 59-74.o., 84-87. o.*
- Lehoczkyné Kollonay Csilla: Kezdeti lépések a foglalkoztatási diszkrimináció bírósági gyakorlatában. In Fundamentum, 1998/4 91-95.o.*

- Lomnici Zoltán:* Mire alkalmas a bíra alapjogi bírászkodása. In Sajtószabadság és emberiségi jogok, h.n. 1998 35-42 o.
- Lomnici Zoltán:* Az alapjogi bírászkodás feltételei. In Bíróügyi Határozatok, 1995/6 476-477.o.
- Mezei Péter:* A bírák szerepe a magyar jogrendszerben – a XX. század első felének jogelméleti gondolkodói tükrében In Jogelméleti szemle, 2002/3
- Mezey Barna (szerk.):* Magyar alkotmánytörténet. Osiris Budapest, 2003 468-474.o.
- Navratyil Zoltán:* A bírói jogértelmezés AB-i kontrolljának problémái – különös tekintettel az élő jog és az alkotmányos értelmezési tartomány koncepcióira. In Alkotmányjogi TDK 2004/2. kötet
- Paczolay Péter:* Könyörtelen bírói hatalom-a bírói alkotmányértelmezés problémái. In Jogállam, 1993/2 21-40.o.
- Pokol Béla:* A jogalkalmazás alkotmányjogiasítása. In Jogtudományi közlöny, 2000/10 373-380.o.
- Pokol Béla:* Bírói döntési folyamat elemzése. In Jogelméleti szemle, 2002/1/4
- Pokol Béla:* Jogelmélet. Századvég Budapest, 2005 217-240.o.
- Rácz Attila:* Az alkotmány értelmezése-alkalmazása In: Jogérvényesítés, 2002 125-129.o.
- Rácz Attila:* Az alkotmányos jogok védelme és az alkotmányjogi panasz. In Acta Humana Emberi jogi követelmények 8.sz. 1992 32-54.o.
- Ruszoly József:* Európa alkotmánytörténete. Püski Budapest, 2005 261-299.o.
- Salamonné Solymos Ibolya:* A bírói jogalkalmazás az Egyesül Államokban. In Magyar jog, 1991/7 424-429.o.
- Sári János:* Alapjogok, Osiris 2006. 330-334. o.
- Sári János:* Rendes bíróságok alapjogi bírászkodása. In Jogtudományi közlöny, 2006/1 3-8
- Sonnevend Pál:* Az alapjogi bírászkodás és korlátai. In Fundamentum, 1998/4 79-84. o.
- Sólyom László:* Az Alkotmánybíróság hatáskörének sajátosságai In. Benedek-émlékkönyv Pécs, 1996. 5- 34. o.
- Sós Vilmos:* Példátlan ítélet. In Fundamentum, 1998/3 87-88. o.
- Takács Albert:* Az alkotmány normativitása. In Lőrincz Lajos 70. születésnapjára tiszteletére (émlékkötet)
- Takács Albert:* Alkotmányosság és törvényesség védelme bíróságok útján. In Jogtudományi közlöny, 1989/9 443-455.o.
- Tilk Péter:* Az alkotmányjogi panasz mint a bíróságok és az alkotmánybíróság eljárásának kapcsolódási pontja. In Bírák Lapja 2/2002 59-66. o.

Tóth Gábor Attila: Az emberi jogok bírói védelme. In Társadalmi szemle, 1995/7 40-44. o.

Trócsányi László (szerk.): A mi Alkotmányunk. Complex Budapest, 2006

Uitz Renáta: Egyéni jogsérelmek és az alkotmánybíróság In. Fundamentum 2/1999. 39-52. o.

Varga Csaba: A bírói folyamat természetének kutatása. In Jogtudományi Közlöny, 1994/11
459-464. o.

Csatlós Erzsébet PhD-hallgató,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Nemzetközi Jogi és Európa-jogi Tanszék

Az Arktisz története a területkövetelési jogcímek tükrében I. A kezdetektől az első területszerzési kísérletekig

1. Bevezetés

A sarki térség államainak az Északi sarkvidékre vonatkozó szuverenitása - az '50-es évektől kezdve pedig elsősorban a kiaknázható kontinentális talapzat - mintegy száz éve folyamatosan vita tárgya. Kezdetben a szárazföldi részek váltak elérhetővé a hajózási lehetőségek fejlődése révén, hamarosan nemzetközi jogilag igazolható jogcímeken „gazdát is találtak”, majd a technikai fejlődésnek hála fény derült a térség igazi vonzerejére: az alatta húzódó kontinentális talapzatban rejlő kiaknázatlan kőolaj és földgáz készletre, valamint az egyéb ásványkincsekre. Tekintve, hogy az Arktisz e vitatott területe javarészt egy óceán és az azon úszó jégtáblák tömege, a nemzetközi jogban ismert klasszikus területszerzési jogcímek, mint az okkupáció szóba sem jöhetnek. Vagy mégis? Egyenlőségjelet lehet-e tenni a *terra firma* és a *terra glacia* között, ahogy azt számos esetben megtették az Antarktisszal való összehasonlításkor? A nemzetközi jog szempontjából nehéz a kérdés, ugyanis az állandó szuverén hatalom kiterjesztésének tárgya – eddig – többek között, ahogy az a szárazföldeknél megfigyelhető, a stabilitás és az állandóság kritériumával kellett, hogy rendelkezzen. Ezek alapján a helyüket az áramlásokkal folyamatosan változtató, valamint folyamatosan olvadó, olykor megfagyó jégtáblák a logika szabályai szerint nem vonhatóak állami szuverenitás alá, ennek ellenére folyamatosan megkísérik azt. A következőkben röviden áttekintem a térség azon jellemvonásait, amelyek a jogi minősítést befolyásolják csakúgy, mint azokat, amelyek ezt az egyedülálló természeti képződményt gazdaságilag és stratégiaileg is vonzóvá teszik a térség államai számára. Ezt követően pedig az Arktisz történelmét térképezem fel az egyes korszakokban felmerült területszerzési jogcímek fényében arra kutatva a választ, hogy jogilag vajon lehetséges-e állami hatalom alá vonni bármely részét is.

2. Az elnevezés és a hozzá tartozó terület, valamint annak földrajzi és fizikai sajátosságai**2.1. Az elnevezés és az általa lefedett terület**

Az Arktisz mint földrajzi fogalom eredetileg az *Ursa Maior*¹ (görögül: Arktosz, magyarul: Nagy Medve) csillagkép alatt elhelyezkedő északi sarkvidéki területet jelentette.

Képszerűbb megközelítési mód a legmelegebb hónap, a július, időjárás térképén a Föld egyenlő középhőmérsékletű helyeit összekötő vonalak által meghatározott területet: e szerint az Arktisz a Föld északi féltekén a 10° izoterma által meghatározott területtel esik egybe.² Ez tekinthető a tudomány szempontjából a legmegfelelőbb meghatározásnak, annak ellenére, hogy ez a legkevésbé vizuális.

Leggyakrabban azonban a geográfusok által alkalmazott definíció használatos, amely az északi szélesség 63,5°-ától északra fekvő területet³ jelenti, ahol a téli illetve a nyári napforduló idején a Nap nem emelkedik a horizont fölé⁴.

Véleményem szerint a téma szempontjából legalkalmazhatóbb meghatározás Robert D. Hayton 1958-ban született elmélete. Eszerint az Északi-sarkvidék, nem azonosítható szimplán az Északi-sarkkörrel kezdődő, attól északra fekvő területtel, mert a sarkkör csak azoknak az északi pontoknak a halmazát jelöli, ahol a Nap télen nem látszik folyamatosan. Szerinte az Arktisz középpontja a Jeges-tenger medencéje és ezt a területet három részre osztja. A *szubarktikus terület* az, amelyen legalább egyszer, de 4 hónapnál hosszabb időre akár 50 °F (10 °C) fölé is emelkedhet a hőmérséklet. Az „*igazi Arktiszként*” nevezett térség minden, ami a szubarktisztól északra esik, és ahol a legmelegebb időben sem emelkedik 50 °F

¹ Az *Ursa Maior*-nak nevezett csillagképben elsőként az ókori görögök ismerték fel egy medve alakját, de Észak-Amerika indián törzsei szintén medveként azonosították. A görög mitológia szerint az *Ursa Maior* Kallisztó nimfa megfelelője, akit szeretője, Zeusz főisten medvévé változtatott, az *Ursa Minor* pedig Kallisztó fia, Arkosz, aki tévedésből lelőtte anyját, ezért változott medvévé. *Sparrow, Giles: Az Univerzum közelről: gyakorlati útmutató az éjszakai égbolt jelenségeihez és értelmezésükhöz.* Gabo. Budapest. 2001. 83.

² *Pharand, Donat.: The Legal Status of the Arctic Regions.* HR. (1979. II.) 59.

³ Ebbe a körbe a következő vizek tartoznak bele: a Jeges-tenger; a Baffin-öböl; a Beaufort-, Barents-és a Bering-tenger; a Bering-szoros; a Chukchi-tenger; a Davis- és a Dán-szoros; Kelet-Szibériai- és a Grönland-tenger; a Hudson-öböl; a Kara- és a Laptev-tenger; a Nares-szoros és a Norvég-tenger. Az ide tartozó szárazföldi szigetek pedig: az amerikai Alaszka, Aleutian-szigetek, és az oroszokkal közös Diomedesz-szigetek; a kanadai Újfundland, Labrador, a Kanadai Arktisz-szigetecsoporthoz, az Ellesmere-szigetek, az Északnyugati-Területek, Nunavik és Yukon; az orosz Ferenc József-föld, Új-Szibériai-szigetek, Novaya Zemlya, Severnaya Zemlya, Szibériai-szigetek; a norvég Medve-sziget, Finnmark, Svarbald és a Jan Mayen; a dán Grönland és a javarészt az Északi-sarkkörtől délre található Izland.

⁴ *Osherenko, G. - Young, O. R.: The Age of the Arctic: Hot Conflicts and Cold Realities.* Cambridge University Press. 1989. 11.

(10 °C) fölé a hőmérséklet. A harmadik kategória a *sarki szegmens*, ahol a hőmérséklet még a legmelegebb hónapokban is csak maximum 32 ° F(0 °C).⁵

Közös az elméletekben az, hogy magát az Északi-sarkot egyik sem tekinti az Arktisz részének.

A továbbiakban az Arktisz elnevezés alatt a két utóbbi kategóriát említem, ugyanis ennek a területnek a jogi helyzetével adódnak problémák, a szárazföldek kivételével, azok helyzete ugyanis tisztázott.

2.2. Földrajzi és fizikai sajátosságok: A Jeges-tenger és a jégtáblák világa

Az Arktisz valójában egy 4300 méter mély víztömeg, vagyis a Jeges-tenger és az ezen megfagyott vízfelszín, ami a különböző irányú áramlatok és a szél miatt mozog. Ez a jégtábla a 70-es években még a vízfelszín 90 %-át fedte lefedte, átlagosan 3 m vastag volt, és helyenként kisebb tavak, folyók tagolták.⁶ Már maga az a tény, hogy a nyílt tenger felszínén egy jégtábla található, és arra különböző jogcímeken ugyan, de igényt tartanak az államok, felvet számos nemzetközi jogi kérdést. Emellett a jégfelszín mozog és – ha nem is az egész hatalmas tábla, hanem a felmelegedés miatt a róla leszakadó kisebb jégszigetek – , esetleg beúszhatnak egy, a parti állam felségjoga által uralt területre, és ezzel számos, eddig fel sem merült kérdés kerülne napvilágra.

2.3. A terület jelentősége: miért szükséges tisztázni a jogi helyzetét?

Az Arktisz politikai, gazdasági és hadászati fontosságára először *Vilhjalmur Stefansson*⁷ hívta fel a figyelmet még a '20-as években, amikor megjósolta a transzpoláris légi közlekedési eszközökkel és tengeralattjárókkal kivitelezett vízi útvonalak széleskörű elterjedését. Már akkor azt hangsúlyozta, hogy a jég nem akadály, hanem a fejlődés ugródeszkája.⁸ Nem kellett sokáig várni az elmélet beigazolásához, a második világháború máris felértékelődött a helyzete.

⁵ Hayton, R. D.: Polar Problems and International Law. American Journal of International Law. 1958. 747.

⁶ Pharand, i.m. (2. jegyzet) 79-80.

⁷ Az észak prófétájaként is emlegetett Stefansson a 20. század hajnalán élt és legfőképpen az Arktisz- térségét kutatta. Életművét, a Barátságos Arktiszt (The Friendly Arctic), tíz éven át írta. [http://northernwaterways.com/library/content/view/57/\(2009.04.16.\)](http://northernwaterways.com/library/content/view/57/(2009.04.16.))

⁸ Osherenko - Young: i.m. 4-5.

2.3.1. Katonai jelentőség

Először a hidegháborús időszakban figyeltek fel az Arktisz stratégiai helyzetére, amikor a két szemben álló szuperhatalom a Bering-tenger partjainál - az USA Nyugat-Alaszkában, a Szovjetunió pedig Kelet-Szibériában -, tengeri katonai támaszpontot létesített, és ezzel gyakorlatilag 56 mérföldre redukálta a közöttük lévő távolságot. Az USA felállított egy kutatóbázist,⁹ amelynek célja a vízfelszín alatti hajózási lehetőségek megteremtése volt. Elsőként 1958. augusztus 3-án indítottak útjára tengeralattjárót, ez a volt a Nautilus. Az USA hozzáállása a többi Arktisz-államot¹⁰ is cselekvésre készítette: radarállomásokat létesítettek Norvégia kivételével, mivel számukra ezt az 1920-as, a Svarbald-szigetekre vonatkozó szerződés szerint tiltott cselekmény.

2.3.2. Gazdasági jelentőség

Az Arktisz területe alatt hatalmas kontinentális talapzat húzódik meg, amely eddig még csak becslést tartalmaz, de mindenképp jelentős mértékben tartalmaz kőolajat, földgázt és egyéb olyan ásványkincseket, amelyek rendkívül vonzóak a térség államai számára.

Az Északi-sarkvidék ezen gazdasági értéke a '60-as évek vége felé már nyilvánvalóvá vált. Számos mesterséges szigetet és vízi létesítményt építettek, majd főleg a Prudhoe-öbölben a '80-as években megkezdődtek a kitermelések. Elsősorban Kanada és az Egyesült Államok investáltak jelentős pénzeszközöket a partjaikhoz közel eső kontinentális talapzat kiaknázásába, így kezdődtek meg a munkálatok a Beaufort-tengerben, ami kanadai oldalon évekig eredménytelen volt. A másik három ország - Norvégia, Oroszország és Dánia – nem volt ilyen aktív, pusztán néhány kísérleti jellegű előfúrást végeztek.¹¹ Oroszország is, annak ellenére, hogy a neki jutó kontinentális talapzat közel 400 mérföld széles, valamint szénhidrogénekben gazdag, egészen 2007-ig nem igyekezett kitermelésbe kezdeni, habár folyamatos geológiai vizsgálatokat végzett ilyen célból. Az államok viszonylagos passzivitásához hozzájárult az, hogy a fúráshoz szükséges technikai feltételek megteremtése hatalmas mennyiségű pénzeszközöket igényelt volna, az oroszoknak pedig még évtizedekre elegendő kőolaj- és földgázmennyiség áll rendelkezésére. Ennek ellenére nem elhanyagolható az a tény, hogy csak szénhidrogénekből közel 100-200 billió hordó kőolaj és 2-3000 millió

⁹ Naval Arctic Research Laboratory, *Pharand*: i. m. (2. jegyzet) 60.

¹⁰ A szektor-elmélet szerint 5 ilyen állam van: Kanada, az USA, Dánia, Norvégia és Oroszország.

¹¹ *Kunig, P., Arctic*. In: *Encyclopedia of International Law*. 12 Geographic Issues. North-Holland. 1990. 25.

köbméter földgáz vár – az előzetes becslések alapján – kiaknázásra. Szintén figyelembe kell venni azt, hogy jelentős nemzetközi visszhangja lesz annak, ha ezt a mennyiséget nemzetközi jogilag nem különösebben igazolható jogcímenen öt állam sajátítaná ki, mint ahogy azt Oroszország 2007 augusztusában véghezvitt cselekménye is bizonyítja.¹²

2.3.3. Hajózással összefüggő jelentőség

Az Arktiszhoz tartozó kontinentális talapzat ásványkincseinek kiaknázása egyúttal magával vonja majd a tengeri kereskedelem fellendülését. Észak-Amerikában már többször is szóba került, hogy a Prudhoe-öbölben kibányászott olajat az Északnyugati-Átjárón keresztül szállítsák; és ami a földgázt illeti, annak folyékony állapotú szállítását már a '60-as években megszervezte Kanada. A másik oldalon az oroszok igaz, hogy a kiaknázás területén nem jeleskedtek eddig, de a tengeri szállítási lehetőségek felderítésében messze megelőzik a többi Arktisz-államot. Nagyszámú jégtörő hajóval rendelkeznek, így minden lehetősége megvan, hogy az Északkeleti- Átjárón keresztül évente 3-4 hónapon át közlekedjenek a Jeges-tengeren.¹³

Az Északi-sarkvidéken át vezető útvonalak kulcsfontosságúak lehetnek a jövő kereskedelmében, hadászatában. „Az Arktisz az nekünk, ami a mediterráneum volt a görögöknek, a világ közepe.”¹⁴ A globális felmelegedésnek, valamint a technikai fejlődésnek köszönhetően eddig legyőzhetetlennek hitt akadályok válnak járhatóvá, így például a Tokió-London hajózási útvonal az eddigi 13.800 mérföldről csaknem a felére, 7.500 mérföldre csökkenne, ha a hajózás lehetősége biztosított lenne.

Ugyanakkor itt is felmerül a probléma, hogy mennyire tekintsük nemzetközi jogi területnek az útvonalakat: megkérdőjelezhető jogcímen öt állam – de inkább csak Kanada, és Oroszország – próbálja a joghatóságát kiterjeszteni erre a területre, korlátozva ezzel az egész nemzetközi jogközösség szabad áthaladáshoz való jogát.

Az Arktisz jellemzőinek rövid bemutatásával szerettem volna érzékeltetni a terület különleges voltát, speciális jellemzőit és néhány ezáltal generált jogi problémát. Az Arktisz politikai fontosságát az elmúlt évtizedek eseményei gyorsan megváltoztatták, de ennek kordában tartásához az ENSZ Tengeri Jogi Egyezményében foglaltak nem elegendőek, az öt

¹² Északi-sark: olajért mennek az oroszok.

http://www.sg.hu/cikkek/54036/eszaki_sark_olajert_mennek_az_orszok (2009.04.17.)

¹³ *Pharand*: i. m. (2. jegyzet). 61.

¹⁴ *Hayton*: i. m. 747.

Arktisz állam nem veszi figyelembe más államok érdekeit, a terület nemzetközi jogi megfigyelés alá vonása pedig 1958-ban megbukott.¹⁵

3. Az Arktisz megjelenése a történelemben: az idők kezdetétől az 1800-as évekig

Az első Arktiszra utaló írásos anyag az a 9. századi a norvég vikingektől származik, majd 982-ből, amikor Vörös Erik vezetésével Grönlandon települést hoztak létre. Az európai államok érdeklődése előtt ez az északi, zömmel jéggel borított terület az *inuit* nép kizárólagos hatalma alatt állt. Régészeti bizonyítékok állnak a rendelkezésünkre, melyek azt mutatják, maga a társadalmi berendezkedés a pusztaság, a part menti jég és víz létfenntartási célú kiaknázására szerveződött, és zavartalanul élt egészen az 1800-as évekig. Jogi szempontból tekintve a fagyott vízfelületet a part folytatásaként szárazföldként kezelték, a terület kiterjedését pedig addig számították, ameddig az alapvetően terméketlen vidéket a létfenntartásukhoz hasznosítani tudták.

Az hajózási hullám 1496-ban indult meg, mikor VII. Henrik megbízta a John Cabotot, hogy felfedezőutakat tegyen az északi, keleti, illetve a nyugati vizeken, az útjaira vonatkozó feljegyzések azonban nem maradtak fenn. Az 1500-as éveket Martin Frobisher, majd John Davies utazásai jellemezték, ők írtak először jelentéseket az inuitokról, illetve rendíthetetlenül keresték az Északnyugati Átjárót, majd számos angol felfedező folytatta a sort, ezért van az, hogy a területen kevés kivétellel csak angol nevű szigetek vannak.¹⁶

3.1. Az Északnyugati Átjáró keresése¹⁷

A 15. század vége és a 20. század eleje között az eurázsiai gyarmatosító hatalmak számos expedíciót indítottak útnak, hogy rátaláljanak egy Észak-Amerikát nyugatról és északról megkerülő lehetséges kereskedelmi útvonalra. Az átjáró keresése felgyorsította Észak-Amerika északnyugati és északkeleti partvidékeinek átkutatását. Ezt az útvonalat a britek nevezték el Északnyugati Átjárónak.

Miután kiderült, hogy a szárazföld olyan tömböt képez, amelyen nem vezet keresztül víziút, a figyelem Kanada sarki vizei felé fordult. Ebbe az irányba is több expedíció indult, 1607-ben és 1609-ben Henry Hudson, 1615-ben William Baffin vezetésével. A legnagyobb,

¹⁵ Ibid. 752.

¹⁶ An Arctic Timeline: 1496-1962. <http://www.south-pole.com/arctic00.htm> (2009. 04. 17.)

¹⁷ Ibid. (2009.04.17.)

tragikus végű vállalkozást 1845-ben Sir John *Franklin* vezette. Az ő felkutatására indított expedíciók gyakorlatilag az átjáró jelenős részét feltérképezték. 1906-ban Roald *Amundsen* lett az első hajós, aki Gjøa nevű hajójával sikeresen keresztülhaladt a kanadai sarki vizeken.

3.2. Az Északkeleti Átjáró keresése¹⁸

Az Északkeleti Átjáró tengeri útvonal az Atlanti-óceántól a Csendes-óceán irányába Oroszország szibériai partvidéke mentén. Az útvonal jó része sarkvidéki vizeken vezet és bizonyos részei évente csak mintegy két hónapig mentesek a jégpáncéltól.

Az északi tengeri útvonal után sok évszázadon keresztül kutattak, főleg gazdasági okokból. Kezdetben a *vikingek*, akik új útvonalakat kerestek a prém- és elefántcsont-kereskedelem számára, a felfedezések korában pedig Európa többi hajós népe érdeklődését is felkeltette a feltételezett útvonal létezése.

Oroszországban az északi tengeri útvonal gondolatát először *Geraszimov* diplomata vetette fel komolyan, 1525-ben, pedig a Fehér-tenger partvidékének gyarmatosai és kereskedői, a *pomorok*, már a 11. századtól kezdve elkezdték az útvonal egyes részeinek felderítését.

A 17. századra már folytonos tengeri utat létesítettek Arhangelszk és a Jenyiszej torkolata melletti Mangazeja kereskedelmi lerakattal. A *Mangazeja-út* az északi-tengeri útvonal korai elődje volt.

Az átjárót más észak- és nyugat-európai országok – Anglia, Hollandia, Dánia, Norvégia – hajósai is kutatták, akik Kína és India felé kerestek új, reményeik szerint a délinél rövidebb tengeri utat. Bár ezek a korai expedíciók nem találták meg az átjárót, számos felfedezéshez vezettek. A leghíresebbek a holland Willem *Barents* utazásai a 16. század végén, aki többek között a Spitzbergákat is felfedezte.

Attól való félelmében, hogy az angolok, vagy a hollandok megvetik a lábukat Szibériában, Oroszország 1619-ben lezárta a Mangazeja-utat. A pomorok aktivitása Észak-Ázsiában csökkent, és a 17. században a régió felfedezői már a *szibériai kozákok*, akik a *kocs* nevű speciális sarkvidéki hajóikkal egyik folyótorkolattól a másikig hajóztak. Fedot Alekszejev és Szemjon Gyezsnyev 1648-ban a Kolima folyó torkolatától kelet felé hajózva

¹⁸ History of Exploration.

<http://www.historyworld.net/wrldhis/PlainTextHistories.asp?groupid=2084&HistoryID=ab90> (2008.05.10.)

kijutott a Csendes-óceánra, a Csukotka-félszigethez, és ezzel bebizonyították azt is, hogy Ázsia és Észak-Amerika között nincs szárazföldi kapcsolat.

Nyolcvan évvel később egy másik orosz felfedező, a dán születésű *Vitus Bering*, 1725 és 1730 I. Péter orosz cár megbízásából, a „Kamcsatka Expedíció” révén lett ismert. Az ugyancsak Bering vezette „Második Kamcsatka Expedícióra” 1735 és 1742 közt került sor, melyben két hajó, a Szent Péter és a Szent Pál vettek részt. A hajókat egy vihar szétválasztotta egymástól, így *Csirikov* elsőként térképezte fel Észak-Amerika észak-nyugati partvidékét, míg Bering a visszaúton felfedezte az Aleut-szigeteket.

Az orosz cári flotta egyes egységei folytatták a felfedező utakat. Az egy ilyen expedíció *Szemjon Ivanovics Cseljuszkin* vezetésével 1742 májusában elérte az Északkeleti Átjáró – és egyben az eurázsiai kontinens – legészakibb pontját, a Cseljuszkin-fokot. 1872 és 1874 között többek között az osztrák-magyar északi-sarki expedíció szintén megpróbálta megtalálni azt a hajózható tengeri folyosót, mely keletre vezet, helyett azonban felfedezték a Ferenc József-földet.

A 19. század közepére bizonyosodott be, hogy az átjáró teljes hosszában hajózható. Az első sikeres teljes útra azonban csak 1878-ban került sor, amikor a finn-svéd *Nordenskiöld* báró nyugat-keleti irányban végighajózott az átjárón. 1915-ben az utat *Borisz Vilszickij* orosz expedíciója az ellenkező irányban is megtette.¹⁹

4. A felfedezések és a hódítások kora: az 1800-as évektől az 1900-as évek elejéig

A terület feltérképezésére már az 1600-as években indultak hajóutak elsősorban a Hudson Bay Company (Hudson Öböl Társaság)²⁰ irányítása alatt, de a hajózási technika fejlettsége csak a 19. században tette lehetővé az Észak-sarkkörön túli zord, fagyos vidék megközelítését, a hajózás pedig csaknem lehetetlen volt. Ki kell azonban emelni, hogy egészen az 1900-as évekig csak az Északi-sarkkörön túlnyúló szárazföldeket tudták

¹⁹ Az átjáró kereskedelmi újrahasznosítása már egy évvel Nordenskiöld útja előtt megkezdődött, amikor a „Kara-expedíciók” mezőgazdasági termékeket szállítottak a Kara-tengeren keresztül Szibéria távoli vidékeire, hála a rádió, a gőzhajó és a jégtörő hajók adta lehetőségeknek. Az 1917-es forradalom után a kommunistává lett Oroszország nemzetközileg elszigetelődött, ami megnövelte az északi út fontosságát. Ez volt a Szovjetunió keleti és nyugati területeit összekötő legrövidebb út, és egyben az egyetlen, amely nem vezetett keresztül ellenségesen viselkedő országok vizein. 1932-ben az Otto Juljevics Schmidt professzor vezette szovjet expedíció lett az első, amely egyetlen nyár alatt elhajózott Arhangelszktől a Bering-szorosig anélkül, hogy megállt volna kitélelni. 1935-től hivatalosan is megnyílt az északkeleti átjáró, mint kereskedelmi útvonal.

²⁰ Az 1669-ben alapított brit Hudson Bay Company volt az első kereskedelmi társaság, aki az Arktisz-vizek felé is nyitott. Arctic Chronology, A Postal History Gallery of Related Events 1675 - 1799.

<http://www.southpole.com/aspp000.htm> (2009.04.17.)

megközelíteni, felfedezni, azon túl, a Jeges-tenger jégvilágában a fizikai körülmények miatt nemigen tudtak teljes körű feltárásokat végezni. Az amerikai Peary 1886 és 1909 között hét utat tett a sarkvidéken, míg végül 1909. április 6-án elsőként elérte az Északi sarkot,²¹ légi útvonalon pedig 1926-ban a norvég Amundsen²² mondhatta el ugyanezt magáról. A sarkköri államok expedíciók szervezésével, vagy csak véletlenül, útjaik során elkezdtek felfedezni a térség szigeteit, okkupálták őket, és terjeszkedésükkel a 19. század végére teljesen megszüntették az inuitok uralmát.

4.1. Az 1825-ös és az 1967-es határszerződések: a szektorelmélet csírái

Az 1800-as években ezek a terjeszkedések még pusztán a szárazföldi térségre vonatkoztak, és elsősorban az államterületek elhatárolásai voltak jelentősek. A korszak két legjelentősebbike az 1825. évi Nagy-Britannia és Oroszország közötti, valamint az 1867. évi USA és Oroszország közötti határszerződés volt.²³

Alaszka az észak-amerikai kontinens északnyugati felén fekvő terület, amelynek északi része az Északi-sarkkörön túlra esik, így hozható összefüggésbe az Arktisz térségével. Területe ekkor Oroszországhoz tartozott, aki féltette uralmát a szabadon mozgó amerikai szörmekereskedőktől, ezért az akkori orosz cár, I. Sándor 1821-ben kiadott egy ukázt, amivel meghatározta az Alaszkához tartozó parti tenger északnyugati határát, hogy ezzel is távol tarthassa az idegeneket.²⁴ Az ukáz szerint az 51° szélességi körtől a Bering-tenger felé eső rész számított orosz parti tengernek. Ezt az egyoldalú határmegvonást az USA és Nagy Britannia is vitatta, majd mindkét részről a fent említett szerződések rendezték az ellentéteket.²⁵ Mindkét szerződés földrajzi határokat alkalmazott.

Az Arktisz szempontjából az államhatárookra vonatkozó előírások a legfontosabbak, ugyanis ezek meghatározásához a 141° és 169° nyugati hosszúsági fokokat hívták segítségül. A hosszúsági fokok alkalmazása pedig néhány jogtudósnak ahhoz szolgált alapul, hogy ezeket az elsősorban szárazföldre vonatkozó államhatárokat egyben az országokhoz tartozó tengeri

²¹ Times Archive. 1909. Commander Peary Reaches the North Pole. http://archive.timesonline.co.uk/tol/viewArticle.arc?articleId=ARCHIVE-The_Times-1909-09-08-03-001&pageId=ARCHIVE-The_Times-1909-09-08-03 (2009. 04. 11.)

²² Biography of Amundsen. <http://www.south-pole.com/p0000101.htm> (2009.04.17.)

²³ Ezeknek a határszerződéseknek mára már elsősorban történelmi jelentőségük van, de emellett szektorelmélettel kapcsolatos problémát is felvetettek – csak akkor még nem így fogalmaztak.

²⁴ Kushner, H. I: Conflict on the Northwest Coast. 1975. 32-33.

²⁵ Az 1867-es szerződés tulajdonképpen egy adásvételi szerződés volt. Az oroszok belefáradtak Alaszka védelmébe, ezért jobbnak látták, ha eladják azt az USA-nak, minthogy az egyre sűrűsödő amerikai terjeszkedési kísérletek szakítsák el tőle fegyveres harcban.

területek határának is titulálják. Ha ehhez hozzávesszük, hogy az 1825. évi orosz-brit szerződés eredeti, francia nyelvű szövege szerint a terület északi határa kiterjed „*dans son prolongement jusqu'à la mer glaciale*”, vagyis a Jeges-tengerig, az 1867. évi szerződés szerinti pedig a határ Alaszka és Oroszország között „*without limitation into the Frozen Ocean*”, korlátozás nélkül terjed ki a Jeges-tenger felé.²⁶ Az 1825. évi szerződés hiteles francia szövegében a „*jusqu'à*” kifejezés kétértelmű helyhatározó szó. Egy részről jelentheti, hogy a határ a Jeges-tenger kezdetéig, vagyis annak déli határáig tart, de másrésről értelmezhető úgy is, hogy az a Jeges-tenger északi kiterjedéséig húzódik, vagyis a leszabályozott terület még magában foglalja a Jeges-tenger teljes területét a nyugati hosszúság 141° – 169° között egészen az Északi-sark pontjáig, ahol a vonalak találkoznak.

Földrajzi szempontból tökéletes megoldás a hosszúsági fokok államhatárként való alkalmazása, hiszen jellegénél fogva nem semmisül meg, nem tűnik el, mindig megállapítható a helye, és olyan „kerítést” jelent, amely egészen az Északi-sarkig fut, így azt sugallhatja, hogy a hosszúsági fokok által közbezárt terület is a három államhoz tartozik. Ugyanakkor a szerződések megkötéséhez vezető körülményekből megállapítható, hogy magával a Jeges-tengerrel és annak jégvilágával kapcsolatban az államoknak semmilyen szándéka nem volt akkoriban. Korabeli diplomata álláspontok szerint azonban az előbbi értelmezés a helytálló, vagyis az Alaszka és Kanada közötti határ megáll a Jeges-tenger előtt, azt megelőzően húzódik. A későbbi 1867-es határt megállapító szerződés angol és francia nyelvű szövegezése közötti ugyanilyen jellegű megfogalmazások teszik nyilvánvalóvá, hogy a szerződő felek különböző álláspontokat képviselnek az északi határ tekintetében. Egyes álláspontok szerint azért, mert Oroszország már ekkor is tengeri területek felé szeretett volna terjeszkedni, így az általa alkalmazott francia megfogalmazás ezért ilyen „homályos”.²⁷

Ilyen előzményekkel nem kétséges, hogy mi lehetett az alapja a szektorelmélet felállításának. Ha azonban jobban megvizsgáljuk a két szerződést, akkor megállapíthatjuk, hogy még a legjobb, a szektor-teória mellett álló érv is gyenge lábakon áll. Az Alaszka vonatkozó megállapodásokat ugyanis olyan felek kötötték, akiket elsősorban halászati, tengeri hadászati, illetve tengeri kereskedelmi érdekek motiváltak.

A felvázolt tények alapján elsősorban kanadai és orosz jogtudósok, jogászok kezdtek kombinálni, és az Arktiszra vonatkozó területszerzési jogcímet kreálni. Jóllehet az Egyesült Államokat igen közelről érintette a két szerződés, ő nem találta jogilag elég megalapozottnak,

²⁶ Pharand, Donat., The Legal Regime of the Arctic: Some Outstanding Issues. International Journal Vol. 39. 1984. 743-744.

²⁷ Auburn, F. M.: Antarctic Law & Politics, C. Hurst & Company. London. 1957. 18-19.

hogyan ez alapján területi igénnyel lépjen fel. A későbbi gyakorlat őt igazolta, s mára Oroszország az egyetlen, aki földrajzi összefüggésnek erre a speciális elméletére alapozva tartja fenn az Arktiszra vonatkozó igényét.

4.2. A szektorelmélet megjelenése és annak okai

Az a területszerzési mód, melynek során egy állam a delimitáció kérdését szélességi és hosszúsági körökkel rendezzi, és ezzel a szuverenitását a földfelszín egy területére kiterjeszteni, a legkevésbé sem új keletű dolog.²⁸ Az első megjelenése 1493. május 4-re tehető, amikor VI. Sándor kiadta az *Inter Caetera* nevű pápai bulláját, melyet 1494. június 7-én a közismert *Tordesillas-i szerződés* váltott fel, melyben a két akkori konkurens felfedező hatalom, Spanyolország és Portugália vonták meg ilyen módon a területeik határát.²⁹

Az 1900-as évek elejére egyre nagyobb volt a felfedezők tömege az északi térségben, kaotikussá váltak az állapotok, egyértelműen tisztázni kellett, hogy melyik felfedezett terület melyik államhoz tartozik.

Ennek megoldására született meg a szektorelmélet, mint területszerzést igazoló jogcím, amelyet először *Pascal Poirier* kanadai szenátor fejtette ki nyilvánosan a Szenátusban egy 1907-ben elhangzott beszédében. Célja az volt, hogy formálisan deklarálja az országtól északra eső területek feletti jogot egészen az Északi-sarkig. Elmélete szerint azoknak az államoknak, amelyeknek a területe átnyúlik az Arktisz térségébe – vagyis az Arktisz-államoknak –, joga van minden, tőle északra eső területre, legyen az akár föld, víz vagy jég. Szerinte ez a jog azon a földrajzi kapcsolaton alapul, ami az államterület és az igényelt terület között fennáll.³⁰ Ez azért volt szükséges, mert a jogszerű területszerzési módok egyike sem volt alkalmazható ezeken a hideg égövi területeken, az elmélete alkalmazásával viszont Kanada például a 60° – 142° nyugati hosszúsági körök és az Északi-sark által meghatározott háromszöglegű térségre kiterjeszthette a szuverenitását.

Olyan terület megszerzése, amely azelőtt nem állt más állam szuverenitása alatt – mint az Arktisz jégvilága – okkupáció jogcímén lehetséges. Ilyen esetekben az addigi „senki

²⁸ *Williams, S. A: An Introduction to International Law – Chiefly as Interpreted and Applied in Canada. A.L.C. de Mestral. Butterworths. 1979. 160.*

²⁹ Megegyeztek, hogy minden Európán kívüli területet egyenlő arányban osztanak fel egymás között. A szerződés képzeletbeli vonalat húzott észak-déli irányban, kb. 2060 km-re a Zöldfoki-szigetektől nyugatra (nyugati hosszúság 46° 37 ' körül). A szerződés értelmében a vonaltól nyugatra minden föld Spanyolországé (ez Dél-Amerika nagy részét is jelentette), keletre pedig Portugáliáé.
<http://www.hhrf.org/umku/23szam/lap.htm> - 33k (2007. 09. 15.)

³⁰ *Castel, J.-G.: International Law. 3rd Edition. Butterworths. Canada. 1976. 160-161.*

földje” (*res nullius*), egy állam szuverenitása alá fog tartozni, ha az adott állam a felségjoga jelül nemcsak formálisan, hanem ténylegesen is birtokba veszi azt, akár csak kis részben is.³¹ A területfenségiség – ahogy *Teghze Gyula* fogalmazott – ugyanis a tényleges birtoklás által tartatik fenn, és megszűnik a terület elhagyása következtében, a birtoklás tényének (*corpus*) és szándékának (*animus*) megszűnése folytán.³² Vannak azonban olyan területek, ahová ezen a jogcímen nem tudták kiterjeszteni az államok a szuverenitásukat a terület fizikai korlátai miatt. Ekkor merült fel a földrajzi egybefüggőség elmélete, amit először a 18. század során, az afrikai gyarmatosítások idején alkalmaztak, hogy a part menti kisebb enklávékhoz újabb és újabb területeket csatolhassanak.³³ Leginkább azonban a sarkköri térségeken, a tengeri területek, s mindenekelőtt a kontinentális talapzat jogintézményének keretei között használták fel: a megszerezni kívánt területre a saját államterületük folytatásaként tekintettek, és ezen a jogcímen vonták a joghatóságuk alá.

Az Arktisz-térség egyik legfőbb jellemzője a zord éghajlat és maga a terület, ami tulajdonképpen egy nyílt tengeren úszó jégtábla. Az embertelen fizikai adottságoknak köszönhető, hogy csak a 20. század kezdetén sikerült egyáltalán keresztülhajózni.

Az okkupáció, mint területszerzési jogcím azért nem áll meg, mert az *animus*-szal (birtoklási akarattal) szemben – ami nyilvánvalóan megvan – a *corpus* hiányzik: lényegileg lehetetlen volt ott bármiféle szuverenitás fennállását kifejező emberi létesítményt, és ezzel együtt embereket odatelepíteni. Azok a területek, amelyeket a földrajzi összefüggés elméletével próbáltak az államok a fennhatóságuk alá vonni, a haytoni „igazi Arktisz” és az attól északabbra fekvő térséget jelentik. Az Arktisz esetében tulajdonképpen öt állam állhatott elő területköveteléssel, amelyet oly módon döntöttek el, hogy a partvonalak határon elhelyezkedő pontját összekötve az Északi-sarkkal az így kapott háromszögletű területek képezték egy-egy állam arktiszi területét.³⁴ Ezeket a hosszúsági és szélességi körökkel meghatározott háromszögeket más néven szektoroknak nevezik, innen ered a területszerzési jogcím elnevezése. Így tulajdonképpen azt mondhatjuk, hogy az igénnyel fellépő államok kvázi a tengerparti területeik meghosszabbításaként kivetítették a szuverenitásukat egészen az Északi-sarkig, a többi állam pedig ezt csendben tűrte. Úgy is mondhatnánk, hogy hallgatólagosan beleegyeztek, annak ellenére, hogy a nemzetközi bírói és választott bírói gyakorlat sem abban az időben, sem napjainkban nem kapcsol a földrajzi egybefüggőséghez

³¹ Case concerning the legal status of certain territories in Eastern Greenland. PCIJ. Ser. A./B., No. 53, 1933.

³² *Teghze Gyula*: Nemzetközi jog. Városi Nyomda. Debrecen. 1930. 239.

³³ *Kovács Péter*: Nemzetközi jog. Osiris. Budapest. 1997. 258.

³⁴ *Dupuy, Pierre- Marie*: Droit International Public. 16^e Edition. Dalloz. 2002. 36.

közvetlen joghatást, inkább csak számot vet vele, ahogy azt az Állandó Nemzetközi Bíróság a *Palmas-ügyben* kifejtette.³⁵

A gyakorlatban az 1900-as évek elején nem volt nagy jelentősége ennek az elméletnek, kizárólag Oroszország ragaszkodott hozzá, de a terület közlekedési és kutatási célokra kívül különösebb érdeklődésre nem tett szert.

5. A megismerés és a területszerzési próbálkozások kora: az 1920-60-es évek

A szárazföldi terjeszkedést követően a tenger felé fordult az államok figyelve, technikai fejlesztésekbe fogtak, és a hajózási feltételek egyszerűsödése mellett a térség hasznosítása vált az elsődleges céllá.³⁶ A kezdeti feltérképezést követően először csak kutatóállomásként kezdték alkalmazni a jégtáblákat, majd a pontosabb feltérképezésnek hála az egyéb gazdasági potenciálra is fény derült, és ezzel párhuzamosan az államok érdeklődése is nőtt, olyannyira, hogy megpróbálták minél jogszerűbb érveket találni a szuverenitás kiterjesztésére.

5.1. A megismerés kezdetei: okkupáció a jégtáblákon és kezdetleges hasznosítás

1946. augusztus 14-én az amerikai légierők radarképén fedezték fel az első, mintegy 125 km² területű jégtáblát, majd 1950-ben még két másikat találtak, és végül mintegy 28 kisebb-nagyobb, 7-8 mérföld átmérőjű jégtáblát számoltak össze az Arktisz vizein. *Dr. Hattersley-Smith* kezdte el kutatni ezek eredetét, és 1952-re arra a következtetésre jutott, hogy az Ellesmere-sziget északi, eljegesedett részének letört darabjai, amelyekkel már Peary is találkozott az útjai során. Az élelmes amerikaiak és szovjetek rögtön a megszerzendő területet látták bennük, és megpróbálták őket fizikailag az uralmuk alá vonni, és azokat valamiképpen hasznosítani.³⁷ Az Északnyugat-Alaszkánál elhelyezkedő T-3-as lemez, vagy más néven a Fletcher's Ice Island története az iskolapéldája annak, hogy mi a fő probléma ezekkel a jégtáblákkal.

³⁵ Kovács: i. m. 258.

³⁶ Roth, Robert. R.: Sovereignty and Jurisdiction over Arctic Waters. *Alberta Law Review*. Vol. 28. No. 4. 1990. 851.

³⁷ Az USA a T-3-as lemezt, az Arlis II.-t, az Alpha-t és a Charlie-t, a Szovjetunió pedig a North Pole 6-ot és a North Pole 7-et próbálta meg ideig-óráig a magáénak tudni. Ezeket a jéglemezeket elsősorban kutatási célokra használták, ugyanis kitűnő terep mind biológusoknak, a geográfusoknak, a meteorológusoknak és más tudósoknak is. *Pharand, D.: Legal Status of Ice Shelves. Les Cahiers de Droit*. 1969. 468-473.

A T-3 okkupálásával 1954 és 1961 között kísérleteztek az amerikaiak. Annak ellenére, hogy az összes jégtábla közül ez volt a legstabilabb (1952-ben 31 mérföld kerületű és a legkeskenyebb helyen is 5 mérföld széles), a viharok miatt mégis folyamatosan alámerült, majd újra a vízfelszínre került, így minden egyes ilyen esemény előtt evakuálni kellett, majd újból odatelepedni. Mivel légi úton megoldható az utánpótlás, ezért a létfenntartás nem okozott gondot. Az egyetlen, ami gondot okoz az áramlatok jövés-menése, valamint a globális felmelegedés, amelynek okaival itt most nem foglalkozok, csupán szemléltetésként jelzem, hogy 1962-ben a T-3 jelentősen csökkent a tábla mérete és vastagsága is, 1967-ben a jelentések már csak úgy jellemezték, hogy az 6 mérföld hosszú, és 3 mérföld széles, így egyre kevésbé bírja az áramlások okozta kihívást. A végzet előbb-utóbb minden jégtáblát utolért feldarabolódás formájában.³⁸

5.2. A szektorelmélet kritikái

Poirier szektorelméletét kevesen fogadták el, mégis állandó pozíciót vívott ki magának az Arktisz történelmében. A két háború közti időszakban jelentős figyelem övezte a területet és sokan fejezték ki a véleményüket vele kapcsolatban. Ellenzői azzal érveltek, hogy teljesen ellentétben áll mindazzal, amit a nemzetközi jog a területszerzéssel kapcsolatban eddig elismert. A fő ellenérv ellene az volt, hogy alkalmazásával olyan területekre is ki lehet terjeszteni az államok igényét, amelyet még fel sem fedeztek, és a fő kérdés, hogy igényelhet-e jogszerűen egy állam egy olyan területet, amelyről jóformán semmit sem tud? Poirier azzal védekezett, hogy szerinte ez a földrajzi megosztás az egyetlen lehetséges megoldás arra, hogy az érdekelt államok között ne legyen feszültségforrás a területi kérdés.³⁹

5.2.1. Az Arktisz-államok véleménye

Kanada és a Szovjetunió kivételével az államok ellenezték a szektorelmélet létjogosultságát. *Smedal*, egy neves norvég publicista, az USA, Dánia és Norvégia véleményét összegezve kifejtette, hogy ilyen alapon bármely államnak, akár tudományos

³⁸ Ibid.

³⁹ A szektorelmélet mellett Poirier nem ellenkezett a konvencionálisabb területszerzési elméletekkel sem. A terra nullius birtokbavételével kapcsolatosan kifejtette azon álláspontját, amit később az Állandó Nemzetközi Bíróság is a Palmas-ügyben. Szerinte az Arktisz megszerzéséhez nem kell más, mint tényleges birtoklás és megfelelő jogcím, ami véleménye szerint az okkupáció lehetne. Más kérdés, hogy ezzel az álláspontjával szöges ellentétbe kerül az általa kidolgozott elmélettel. *Castel*: i.m. 162.

akár, gazdasági okok miatt érdekében állhat, hogy az Arktisz egy része felett szuverenitást gyakoroljon, ezért jogtalanok tartja azt, hogy olyan államokat, amelyek nem közvetlen az Arktisztól délre fekszenek, eleve kizárják a területszerzés lehetőségéből.⁴⁰ Az Egyesült Államok sose fogadta el az elmélet jogszerűségét, és más nemzeti követelést sem a térségre vonatkozóan. Amikor a kormány 1926-ban a tengerészet vezetésének tanácsát kérte abban a kérdésben, hogy szükséges lenne-e egy konferenciát összehívni a sarki térség öt cikkelyre osztásának meghatározásához, azt a választ kapta, hogy ezzel gyakorlatilag a nyílt tengerre terjesztenék ki az állami szuverenitást. Az USA véleménye szerint ez azt eredményezné, hogy mesterségesen hoznának létre egy zárt tengert, amely megakadályozná az összes többi államot, hogy a *mare liberum* elvvel éljen, ezt pedig nem lehet megengedni.⁴¹ Ami a többi Arktisz-államot, Dániát és Norvégiát illeti, náluk sosem okozott problémát a szektorelmélet, mert a szárazföldi területeiket nemzetközi jogilag igazolható jogcímeken szerezték, különösebb északi törekvéseik pedig nem voltak, a gyakorlatban a szóban forgó térséget nemzeti érdekzónán kívülinek tekintették.⁴²

5.2.2. Kanada pálfordulása

A legérdekesebb elméleti síkú fejlődés Kanadáé volt, aki hivatalosan sosem foglalta parlamenti törvénybe, vagy közigazgatási határozatba a szektorelméletet, de 1925. június 10-én hivatkozott rá, amikor Stewart belügyminiszter az Alsóházban tartott beszédében bejelentette Kanada igényét a nyugati hosszúság 60°-141° közötti elhelyezkedő Arktiszra, amelyet még térképen is kanadai területként ábrázoltak.⁴³

1938-ban egyértelműen elfogadták a szektorelméletet, amikor a bányáügyi miniszter az Alsóházban tartott beszédében kifejtette, hogy semmilyen hatalom nem kérdőjelezheti meg Kanada szuverenitását az arktiszi területeken. Azzal érvelt, hogy a nemzetközi gyakorlat világos elveket fektetett le, amelyek alapján olyan térségekre is kiterjeszhető a szuverenitás, ahol még sosem járt ember. Azt ugyan nem említette, hogy melyek ezek az elvek, csak utalt rá, hogy azok nem a szektorelmélethez kapcsolódnak.⁴⁴

⁴⁰ Castel: i.m. 163.

⁴¹ Theutenberg, B. J.: The Arctic Law of the Sea. 52 Nordisk Tidsskrift Int'l Ret. 1983. 16.

⁴² Ibid, 16.

⁴³ Castel: i.m. 163.

⁴⁴ Rousseau, Charles: Droit International Public. Tome III. Les Compétences. Sirey. Paris. 1977. 216.

1953-ban *St. Laurent* miniszterelnök megismételte ezeket a gondolatokat, miszerint semmi sem vonhatja kétségbe azt a tényt, hogy aktív okkupáció és tényleges szuverenitásgyakorlás révén a kanadai fennhatóság egészen az Északi-sarkig kiterjed.⁴⁵ A szavai értelme azonban nem teljesen világos: mit ért aktív okkupáción és tényleges szuverenitásgyakorláson, mikor ezzel a területtel pont az a probléma, hogy ezek a jogintézmények nem realizálódhatnak rajta, pont ezek kiküszöbölésére volt szükség a szektorelmélet alkalmazására.

Az előbbi kijelentések után teljes *párfordulatot* jelent a miniszterelnök három évvel későbbi, 1956-os beszéde, melyben azt állítja, hogy a szektorelméletet sosem alkalmazták a jégre, kizárólag a szárazföldre. A tengert akkor is tengernek tekintik, ha be van fagyva, és akkor is, ha folyékony állapotú: a szektorelmélet szempontjából ez ugyanis lényegtelen, az egyikre sem vonatkozik.⁴⁶

Ezután végképp felmerülhet az emberben a kérdés: de akkor mégis mire alkalmazzák? Ugyanis ami szárazföld volt, azt okkupálták, ami ennél északabbra kerül el az Arktiszon, az víz és jég.

1957-ben Hamilton, Kanada külügyminisztere próbálta helyretenni a dolgot többkevesebb sikerrel. Kifejtette, hogy a fő területtől északra eső szigetcsoport Kanada területét képezi. Ide sorolja azokat a szigeteket is, amelyek nem szokványos fizikai jelleggel bírnak, vagyis jégből állnak, és állandóan mozognak a tenger felszínén. Majd levonja a következtetést: ezek a jégsziget - csoportok nem rendelkeznek a szárazföld klasszikus tulajdonságaival, a Jeges-tenger pedig nem tekinthető nyílt tengernek, emiatt a nemzetközi jog általános szabályai nem alkalmazhatóak rájuk. Máskor pedig azt nyilatkozta, hogy a szuverenitás egy terület tényleges okkupálásával, és a felette megvalósult irányítással realizálható, és hogy az Északi-sarkvidék csak akkor lesz Kanadáé, ha majd ténylegesen is okkupálni fogja. Ez az effektív okkupációra épülő politikai hozzáállás 1958-óta jellemzi Kanada Arktisz-politikáját, amit 1969-ben *Trudeau* miniszterelnök is megerősített, mikor deklarálta, hogy a szektorelmélet jégre és vízre nem alkalmazható.⁴⁷

A fenti esetekből látszik, hogy a problémák nem a szektorelmélet alkalmazásából adódtak, az nem okozott eddig – jogirodalmi vitákat kivéve – semmilyen konfliktust.⁴⁸

⁴⁵ *Castel*: i. m. 165.

⁴⁶ *Ibid* 166.

⁴⁷ *Ibid* 166., *Theutenberg*, i.m. 16.

⁴⁸ *Johnston*, V. Kenneth: Canada's Title to the Arctic Islands. 14 *Canadian Historical Review* 24. 1933. 25-26.

5.2.3. A szovjet álláspont

A szovjet szektort hivatalosan csak az 1926. április 15-i dekrétum állapította meg, de a *Vilitzky* kapitány által felfedezett, a szárazföldtől északra található *szárazföldi* területekre vonatkozó igényt már az 1916. szeptember 20-án kiadott jegyzékben kinyilvánította.⁴⁹ Probléma két szigettel kapcsolatban merült fel, ugyanis ekkorra már Kanada okkupálta a Wrangel-szigetet, az Egyesült Államok pedig a Gerald-szigetet. A Szovjetunió ekkor hivatkozott először a földrajzi összefüggésre, pontosabban a neki járó szektort igényelte az 1867-es szerződésre hivatkozva. Ezt az érvelést nemcsak a két kérdéses szigetre, hanem az összes tőle északra, az Arktisz - térségben található szigetre kiterjesztette.⁵⁰ Ennek nyomtatékosítására adta ki a Központi Végrehajtó Bizottság az 1926-os dekrétumot, amelyben minden, az Arktisz-térségben található *szárazföldi* területet, ami a Szovjetunió partjai és az Északi-sark között helyezkedik el, és a dekrétum kiadásának időpontjában nem áll másik állam felségjoga alatt, a Szovjetunió területének deklarál. Ez vonatkozik minden eddig felfedezett és jövőben felfedezendő területre is. Innentől származtatja a jogirodalom a Szovjetunió hivatalos szektorelméletre épülő területszerzési politikáját, amit ugyan *expressis verbis* sehol nem nevesítenek szektorelméletként, sőt, ahogyan említettem, kizárólag szárazföldre vonatkoztatták: a jégvilágra a szovjet jogtudósok terjesztették ki annak hatályát, viszont a szovjet külpolitika is ehhez áll közelebb, mintsem a hivatalos deklarációkhoz. A szovjet jogtudós, *Lakhtine* szerint csak a szektorok által adható használható megoldás az északi területek hovatartozásának problémájára, és a parti államoknak egyébként is igazolható az igényük esetleges gazdasági és katonai védelemi szempontok miatt is.⁵¹ Véleménye szerint ezeknek a területeknek – akár felfedezték őket, akár még nem – az effektív okkupációtól függetlenül annak az államnak a fennhatósága alatt kell állniuk, akihez az adott szektor tartozik. Ezt a *rayona tyagoteniya* elvével magyarázta, ami nem más, mint a földrajzi kontinuitás elvének szovjet elnevezése.⁵² A szovjet gyakorlat is alátámasztotta ennek az elvnek a létezését, miután kizárólag a Bering - és a Barents-tengereket hagyták meg nyílt tengernek, az összes többire kiterjesztették a szovjet fennhatóságot – ha máshogy nem is, de a tengeri útvonalakra vonatkozó szabályozással -, ráadásul Kanada és az USA is elvetette a

⁴⁹ E szerint a szovjet szektor a következő szárazföldi területeket tartalmazza: a Wrangel-sziget, a Ferenc-József-föld, az Új-föld, az Északi-föld, az Új-Szibériai-szigetek és az ezektől északra fekvő terület a keleti hosszúság 32° 4 ' 35 " és 168° 49 ' 30 " között. A szektor északi határa itt is az Északi - sark.

⁵⁰ *Rousseau*, i. m. 212.

⁵¹ *Lakhtine*: Rights Over the Arctic. 24. American International Law 703. 1930. 7-11.

⁵² *Ibid* 7.

területi igényeit a Szovjetunióval szemben, így tulajdonképpen elismerték annak szektorelméletre alapozott területszerzését.⁵³

5.3. Újfajta területszerzési, területigazolási jogcímek

5.3.1.A Jeges-tenger, mint parti tenger vagy beltenger

A szektorelmélet relatíve gyenge nemzetközi jogi érvei miatt számos egyéb próbálkozás született, amelyek területszerzési jogcímként jelentek meg. Az 50-es években és a 60-as évek elején Kanada és a Szovjetunió részéről is történtek lépések, melyek során az északi vizeket *parti tengerként* vagy *beltengerként* próbálták a szuverenitásuk alá vonni. Habár a két kategória nem ugyanazt a dolgot jelenti, de a korabeli hivatkozások alapján nem derül ki, hogy a hatályos és az 1958-ban megállapított tengeri jogi kategóriák közül melyiket is takarja az államok követelése.⁵⁴ 1957-ben a kanadai miniszterelnök ilyen jogcímen követelte az Északnyugati Átjáró vizén a kanadai szuverenitás elismerését, miután sérelmezte 3 amerikai hajó áthaladását a területen.⁵⁵ A ma és az 1958-ban hatályos tengerjogi kategóriák felhasználásának fényében valószínűleg beltengeri minősítést érthettek ezalatt, ott ugyanis teljes és korlátozástól mentes szuverenitást gyakorolhat a parti állam, minden idegen hajó kizárható a térségből. A Szovjetunió is csatlakozott a hasonló érveléshez, amikor 1960-ban az államhatár védelméről alkotott statútumban beltengerként a Szovjetunióhoz tartozónak deklarálta többek között az öblök, tengerek és átjárók vizét, amelyek történelmileg hozzá tartoztak, a történelem folyamán az oroszok, illetve a szovjetek használták.⁵⁶

Az ellentábor véleménye is napvilágot látott ezzel egy időben: azzal érveltek, hogy a Jeges-tenger nem tekinthető beltengernek azért sem, mert az a tény, hogy a Csendes- és az Atlanti-óceánnal, vagyis két nyílt és hajózható vízterülettel is összeköttetésben van, eleve kizárja a beltengeri minősítést. Semmi sem indokolja, hogy ne alkalmazzunk a *mare liberum* elvet a Jeges-tengerre is ugyanúgy, mint bármely másakra.⁵⁷

⁵³ *Pharand*: i. m. (2. jegyzet) 63-64.

⁵⁴ A neves Arktisz-kutató, Donat Pharand szerint a korban még szinonimaként használták a két fogalmat. *Roth*: i. m. 852.

⁵⁵ *Pharand*, Donat.: Canada's Sovereignty over the Newly Enclosed Arctic Waters. *The Canadian Yearbook of International Law*. 1987. 325.

⁵⁶ Az 1960. augusztus 5-én született „Statute on the Protection of the State Boundaries of the USSR” az 1927. évi szabályozás helyébe lépett. *Ibid*.

⁵⁷ *Svarlien*, Oscar: *The Legal Status of the Arctic*. *American Society of International Law*. 1958. 142.

5.3.2. Res communis omnium usus versus res nullius

Ezzel szemben az USA és a többi két Arktisz-állam, Norvégia és Dánia továbbra sem élt semmilyen területi követeléssel, tagadták annak lehetőségét, hogy bármely államnak joga lenne a vízen vagy a jégen területet követelni, sőt a kiaknázás tekintetében *res communis omnium usus* kategóriának tekintik a Jeges-tengert.⁵⁸ Emellett olyan nézetek is napvilágot láttak, hogy a térség inkább tekinthető *res nulliusnak*, mint *res communisnak*, ami azt jelenti, hogy követelhető ott terület, ha az annak szuverenitás alá vételéhez a szükséges jogi feltételek adottak. Ez pedig egyelőre csak a *terra firma* esetén áll fenn, a Jeges-tenger többi részére pedig a Grotius által is lefektetett nyílt tengerek szabadsága-elvnek megfelelően nem terjedhet ki állami szuverenitás. Tekintettel arra, hogy a jégvilág a Jeges-tenger integráns részét képezni, így arra is ugyanez a szabályozás vonatkozik.⁵⁹

Annak ellenére, hogy egységes álláspont, illetőleg nemzetközi szabályozás nem létezett az Arktiszra vonatkozóan, nem állíthatjuk, hogy szabályozás nélkül maradt a térség, elvégre az érintett államok folyamatosan próbálták rendezni annak sorsát, ha máshol nem, belső törvényekben, amelyek olyan tárgykört érintenek, ami kapcsolódik a térséghez. Ilyen volt például a kanadai part menti halászat védelme érdekében született törvény, amely a parti tenger definícióját alkotta meg, vagy a büntető törvénykönyv, ami a büntető joghatóságra vonatkozóan állapította meg annak 3 tengeri mérföldes kiterjedését. Meg kell azonban említeni a korszak végi, az 1958. évi ENSZ Tengeri Jogi Egyezmény megszületését, amelynek hatása már csak a következő korszakban érezhető, de egyértelműen jelzi, hogy a tengerjogi szabályok a körülmények miatt felértékelődtek, egyezményben való rendezésük elkerülhetetlen volt.⁶⁰ A korszak végére ezzel párhuzamosan az is világossá vált, hogy az elméleti síkú vita a terület feletti szuverenitás kérdésében nem marad sokáig csak papíron, és a jéglemezeken elhelyezett számos kutatóállomás eredményeinek hála egyre nagyobb fény derült a térség kincseire is.

⁵⁸ Kutner, L.: The Arctic Ocean: A Contest of Sovereignty. The Common Law Layer 1. 1983. 5.

⁵⁹ Svarlien: i. m. 141.

⁶⁰ Roth: i. m. 853.

*Feledy, Botond PhD Student,
Eötvös Loránd University
Doctoral School of Law and Political Sciences
DAAD Research scholar at Freie Universität Berlin*

The explicative value of public-private separation in interest representation

1. Introduction

1.1. The origin of the research question

Since central governments have been established in order to conduct the affairs of a political community under their authority, they have always had to deal with the presence of interest groups.

One could witness diverse forms of solutions over the centuries how the rulers and the ruled channelled in the special interests, whether they were balanced, unequal, co-operating or confronting with each other. After the principle of popular sovereignty got widely accepted in the ideologies present in our democracies, new forms of institutionalised interaction between the political decision-makers and the interest groups have taken place. Their evolution lasts without cease.

Once the classical pluralist idea was rejected, according to which the emergence of one interest group triggers quasi automatically the emergence of the counter-interest group,¹ there was no doubt that for the sake of unbiased government and legislation, one has to better understand the interest group activity in order to be able to draft effective regulation. Most democratic countries have no regulation at all nonetheless. As interest representation is the very core issue of all democratic states and being so it is strictly circumscribed by several democratic principles, it would be logical to expect that the margins of democratic legislation over the western hemisphere would converge and yield similar solutions. However, that does not seem to be the case. The interest representation is openly dealt with and regulated in the Anglo-Saxon countries but much less attention is devoted to the issue on the Continent. The

¹ Dahl, A. Robert, *Who Governs? Democracy and Power in an American City*, Yale University Press, 2005.

European Union seems to become the first exception, owing to mainly the presence of inter- and transnational actors.

In spite of the common declared objectives of all regulation of interest representation, namely (1) assuring the open access to political decision making which is rooted in the fundamental right to petition, (2) assuring the transparency of the public decision making process and (3) countering corruption, the regulatory regimes set up in the US and at the European institutions took surprisingly different shapes. As long as the European Commission propagates self-regulation of the interest representation community, which means that the Commission is reluctant to propose even a mandatory register of lobbyists, the US Congress changed track in 1995 and adopted detailed rules for direct lobbying and for ‘honest leadership’,² applying to lobbyists, to the members of Congress and in some cases to public servants as well.

Till a certain degree one is certainly used to experience divergent democratic problem-solving legislation, for example the structure of the healthcare system or the configuration of constitutional courts, nevertheless these regulatory regimes are usually constructed from the same elements, even if in different proportions.

That is the reason why we find the rather huge gap between existing interest representation regulation worth of explication. In the United States already the founding fathers put an accent on the righteous treatment of special interests – or as they called it, factions.³ As a result of the sophistication of the regulation over hundred years, today twenty thousand Washington lobbyists on Capitol Hill must face rigorous rules in their interaction with public decision-makers, in particular with legislators.⁴ This means regular financial disclosure, declaring the interests represented, complying with code of good conduct, restriction of gifts and financial support to decision-makers, restricting of the so-called ‘revolving door’ practice, mandatory registration of lobbyists – and in case of shortcomings, severe fines may be imposed on the violators.

The second largest lobbying community of our knowledge resides in Brussels, in the capital of the European Union. Their number is estimated over ten thousand, depending on the methodology applied.⁵ Meanwhile, the European institutions have no common approach to the regulation of interest representation: as long as the European Parliament accepted a

² Lobbying and Disclosure Act of 1995, Honest Leadership and Open Government Act of 2007.

³ Madison: Federalist Papers, No. 10.

⁴ Overall more than thirty thousand lobbyists are registered through the federal states of the US.

⁵ Lehmann, Wilhelm and Bosche, Lars, ‘Lobbying the European Union, Current Rules and Practices’, Directorate-General for Research, Working Paper, Constitutional Affairs Series, AFCO 104 EN, 2003.

mandatory lobby register, the European Commission, the body that is still the most important in the eyes of lobbyists for having quasi-exclusive right of law initiation, has defended its soft regulation approach, which covers mainly an informal, non-mandatory register and the belief in the self-regulation of the interest representation community through the establishment of and compliance to a code of conduct. The European Parliament disposes a mandatory lobby-register, nevertheless the data supplied by the accredited individuals contains nor case-to-case information, neither any financial disclosure. Besides the two main institutions, the European Economic and Social Committee introduced a regime to institutionalise the dialogue with the civil society. The other EU Institutions have no explicit rules.

Several questions follow: do these regulations share truly the same objectives? Is there a difference in the belief concerning the power of the self-regulation of the interest representation community? Could it be explained by the different factors in their respective history? Are these divergent legislative attitudes leading finally to the same results? Is there such a difference between the lobbyists of Washington and Brussels that they cannot be treated the same way?

In order to find answers to these puzzling questions, we wish to examine the framework of legal-historical factors that may have contributed to the regime-difference. The borderline, over which lobbying is supposed to pass, stands in the focus of our analysis, namely the border of public and private realms. For any enquiry dealing with interest representation, this should be the starting point, to make certain axioms explicit. The public-private separation will be treated first in view of sovereignty concepts, how willing is the state to accommodate societal interests under different interpretations of sovereignty. Secondly we ask how the border is dividing the actors of our interests, whether there is a similar concept behind Brussels and Washington about the public and private realms. We will argue that both in the concept of sovereignty and in the public-private dichotomy numerous variations were observable since the birth of these ideas, nevertheless the forces of globalisation were able to converge the approaches employed. In result, the earlier deviation of the understanding of private-public relationship still retains certain explanatory value.

1.2. Interest representation research

The research of interest representation lately has brought the focus on widening the spectrum of theories and eventually to bring overarching theories to the field, while in the last

decades the abundance of case studies is evident. The problem consists in the segmentation of research: different EU policies – and the unequal distribution of competence of the EU - triggered different level of activity of interest groups. Study of consumer protection or transport liberalisation can bring truly contradictory results.⁶ Furthermore, not only the empirical analysis and methodology diverges, but the applied theoretical sets as well. Interest representation studies first took tools from comparative politics and international relations, later developed their own frameworks of theoretical and normative analysis, however, these frames are not necessarily compatible, leading to an unfortunate situation where case studies are incomparable. The present paper intends to avoid further segmentation and wishes to expand our knowledge on the subject matter in the following ways.

Firstly, we believe that the study of the regulation of lobbying is a case where sectorial differences of interest groups play no role. In other words, all actors in the political system are influenced by the form of regulation, thus they all have incentives to participate and to seek to promote their own interest. In this way the regulation of interest representation is a meta-case, establishing a general framework for all sectors, so our investigation in this perspective can escape from falling into the trap of segmentation.

Secondly, the research undertaken will help future researchers to be explicit about their axioms. Social sciences have always devoted much time to epistemology, even if epistemology has transformed into a research area of its own. Yet one cannot and should not side-step from the major questions as the replies may largely influence the research agenda, topic and methodology. Interest group scholars themselves remarked the lack of epistemological consciousness: “As Baumgartner and Leech have put it for the US literature, such progress will come only 'from an increased willingness to be explicit in our theoretical perspectives, from clear statements of the limits of our chosen theoretical perspectives, and from concerted efforts to build on the findings of others'.”⁷ The deeper comprehension of the public-private separation reveals the too often implicit axioms.

Thirdly, our comparison of the European Union and the United States (restricted though to Washington and Brussels, member states in both case are omitted) bridges gaps of the discipline. On the one hand, the use of the concept of sovereignty opens a connection between interest group research and a classical domain of political science and jurisprudence. The better integration of interest group research has been a longstanding objective. Still in

⁶ Rainer Eising: *The Political Economy of State-Business Relations in Europe*, Routledge, 2009, p. 17.

⁷ Baumgartner, F. R. and Leech, B. *Basic Interests. The importance of groups in politics and political science*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998, p. 21., in: Eising 2009, p. 18. (Italics ours)

2006 the discipline was regarded to be in the state of a “not so splendid isolation”⁸ or “elegant irrelevance”⁹, despite the recurrent borrowing of methodological tools and adaptation of theories from other fields of political science.

On the other hand, the relevance of any comparison between the US and the EU in this respect have been disputed earlier. Certain scholars have argued so that the difference of the two systems renders any comparison senseless, or at least, the comparative way is not considered the most useful in view of a sui generis European forum.^{10,11} Recently though the European exceptionalism is in decline and the comparativism is encouraged in order to promote the convergence of EU-US knowledge and scholarship, and to successfully integrate existing middle-level theories while avoiding further segmentation.¹² “A comparison between the two largest lobbying ‘industries’, namely Washington, DC and Brussels, is particularly insightful for a better understanding of the ways in which institutional conditions determine lobbying methods or styles. Even if the EU is not a state like the United States (US), lobbyists in both polities interact with a fixed set of institutions that are comparable in terms of the functions and roles they play in the policy process. Comparisons between the US and the EU are gradually becoming more common, but they are still in their infancy.”¹³

1.3. Definitions

Almost as an obligatory paragraph in the relevant literature, hardly any author pass without lamenting on the lack of commonly accepted definitions concerning interest representation. Already, the names to cover interest groups or lobbyists and their activity vary across huge spectre: interest organisation, special interest groups, economic interests, factions, strikers, pressure groups, advocacy groups, organised associations, political associations, issue networks, policy networks etc. All belongs to a given approach with its implicit and explicit presumptions.

⁸ Beyers, Jan, Eising, Rainer and Maloney, William, 'Conclusion: Embedding Interest Group Research', *West European Politics*, 31: 6, 2008, pp. 1292-1302.

⁹ Baumgartner, Frank R., and Beth L. Leech, *The Importance of Groups in Politics and in Political Science*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998.

¹⁰ Coen, David and Richardson, Jeremy, *Lobbying the European Union, Institutions, Actors, and Issues*, Oxford University Press, New York, 2009.

¹¹ Woll, Cornelia, 'Lobbying in the European Union: From sui generis to a comparative perspective', *Journal of European Public Policy*, 13:3, 2006, pp. 456-469.

¹² Beyers-Eising-Maloney 2008,

¹³ Woll, 2006, p. 457.

The paper will use interchangeably “interest representation” and “lobbying” in describing the organisational level, and it will talk of “lobbyist” and “interest group” at the individual-collective level. Although the term “lobbying” still has to cope with some negative associations due to earlier lobby scandals, we believe that lobbying is a central and inevitable phenomenon of democracies – and of any hierarchical political system. The misuse of lobbying as a synonym to corruption is still present in the news, refuelling the negative association times by times.¹⁴ Scientifically it is often argued that the differentia specifica of lobbying is the target: as long as corruption is dealing with single discretionary decisions, as a grant, subsidy or authorisation; lobbying implicitly – however not always – denotes legislative lobbying.

2. Sovereignty and private-public separation

2.1. Outline of the analysis

The paper will not deal with the description of the interest representation regulations that have already been object of different studies.¹⁵ Our interest lies in the socio-philosophical and legal framework of the United States and the European Union, in what extent may the historical path be accountable of the difference of the interest representation legislation. When we consider lobbying as an intermediation between privately organised groups and the public decision-maker – who ultimately represents the authority of the state – then it is justly asked how private groups may have access to public affairs; what is held public and what is private?

The public-private distinction is fundamental in Western culture, nevertheless one should be aware that it may denote very different concepts in politics, in normative theory, in democratic theory, or in the philosophy. Weintraub published one of the few analytical essays that deals in depth with the problem. He identified four frames of the modern private-public discussion: (1) the liberal-economic model, taking the state and the market separate, (2) the republican model, where public is discerned from the administrative state and from the market as well, (3) the dramaturgic-sociological research where public is the space for a fluid socializability and (4) finally the frame of family (private) and the outside world (public) in

¹⁴ Higgs, Robert, "Military-Economic Fascism", *The Independent Review*, XII:2, Fall 2007, pp. 299-316.

¹⁵ For an up-to-date introduction, see Obradovic, Daniela, 'Regulating Lobbying in the European Union', Chapter 15 in Coen, David and Richardson, Jeremy, *Lobbying the European Union, Institutions, Actors, and Issues*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 298-334.

modern feminist research.¹⁶ As we will examine the decision-makers relationship with those who are not directly responsible for the decision, the first two approaches must be studied, permanently being aware however when passing the borders between two concepts.

In our effort to focus the research, we have chosen one certain aspect of the public-private debate, relating to the first two frames of Weintraub, without entering into more detailed analysis of other domains. The openness of the state and the access (and will to access) of the non-state actors are not always overlapping phenomena. Accordingly, we investigate two readings: first we ask how the public-private relationship was understood in the age of nation-states when the concept of sovereignty was drafted. What is the approach of the state towards its subjects? The idea of sovereignty is diverse, it seems that it has followed variable tracks depending on the social context. Is it similar or divergent in the two systems, the US and the EU respectively? May it be relevant to regulation? How is the openness conceived by the general concept? This is our first factor.

Secondly, zooming in on the access-arena, we trace back how the public-private borderline evolved over time and how this evolution of the separation is affecting the understanding of lobbying. Our second factor is thus the public-private borderline.

Whether the state is superior to individuals or is institutionalized as a partner, as a neutral mediator, it fuels scientific and political discussions since the ancient times. It returns under different coats but the basic question remains the same. One recent form is the thin borderline between private and public realms. Lately, communitarians and liberals disagree over the priority of individual or collective autonomy.¹⁷ Another earlier version puts it into the liaison of individual interest to the common interest. The latter has been defined in several ways, public will, general will, public interest, *raison d'État* and so on. What is the individual's margin of manoeuvre facing the authority of a fief, a king, a state or another individual?

Our examination begins first with the debate in an older set of terminology based on the principles of sovereignty. Secondly we analyse the newer terms of public-private separation.

¹⁶ Weintraub, Jeff, 'The Theory and Politics of Public/Private Distinction', in: Weintraub, Jeff and Kumar, Krishan, *Public and private in thought and practice: perspectives on a grand dichotomy*, The University of Chicago, London, 1997, pp. 1-43. p. 7.

¹⁷ G. Fodor, Gábor, 'Az érdek mint a politika mozgatórugója' in: Kégler, Ádám – Bayer József (ed.) *Kormányzati, gazdasági és civil érdekérvényesítés az Európai Unióban*, MTA PTI, Budapest, 2009.

2.2. Sovereignty, openness and the impact of human nature

We will concentrate on the period after the birth of modern statehood. The next paragraphs try to answer in an abstract and historical perspective the question whether the individual will and the interference of the individual in the affairs of the ruler (or the state) is desirable, prohibited, encouraged or discouraged in principle.

The original idea of the subsequent interpretations was found in Raymond Aron's post-war lectures,¹⁸ the re-application of his analysis for interest representation is our own. Aron's historical comparison draws from the 17-18th century of England and France, two leading democracy of the 20th century, nonetheless his theorization is valid (and intended to be valid) for all democracies of the West. The line of thoughts of course does not cover all aspects and may be judged even subjective, nevertheless we find it very useful in explaining some basic principles of today's democracies relevant to interest representation.

Still, in a preliminary remark it has to be justified why this two country may be representative when the paper deals with Brussels and Washington. The Anglo-Saxon linkage between the history of England and the United States is clear, the common law tradition though later took different shapes, altogether the image of governance converged a lot in the early years and the last fifty years of their common history. On the other hand, why France? The French administrative culture was central to all the long history of the European Communities and of the EU. "As far as the EU is concerned, its administrative system was built according to French traditions and conceptions."¹⁹ While the French administrative culture influenced the functioning of the European Commission and other European institutions; the presence of functionaries socialised in the French way has been significant as well. Think of the "concours", the famous entry exams for future administrators, in addition to the system of Directorate Generals and other characteristic footprints. One could also mention the only recently fading importance of the French language. The EU later of course adapted to the recent developments of world politics and the enlarging integration, by being transformed into a global player on its own, yet path-dependency shall not be ignored.

Aron's interest was to describe how "large is the range of action of the dominant oligarchy compared to the mass of citizens".²⁰ By oligarchy, he understands that a smaller

¹⁸ Aron, Raymond, Introduction à la philosophie politique – démocratie et révolution, Inédit, Paris, 1997.

¹⁹ Neunreither, Karlheinz, 'Elected legislators and their unelected assistants in the European Parliament', The Journal of Legislative Studies, 8: 4, 2006, p. 40-60, citation from p. 48.

²⁰ Aron 1997, p. 57.

number of rulers govern the masses of citizens; numerically the governors are always and necessarily lesser than the governed. He applies this principle to all hierarchical social organisations, so he had to look for other factors to delimit and explain the variability of regimes in the world. He found that by the democratic regimes the same concept of sovereignty is put in practice through electoral competition, the actual functioning of the regimes vary greatly in their *modus operandi*, depending on the source of the sovereign power, on how much the governors can be contested.

On this ground we find it particularly interesting to introduce Aron's comparison of the two country and their “early” logic of access.²¹ How are the different conceptions of sovereignty dealing with the access of outsiders to government issues? His variable in the analysis is *inter alia* the perception of human nature. The presumption lays down that in the early days of popular sovereignty the philosophical impact was great: depending on the judgement of human nature, whether it was deemed inherently bad or good, played an important role in determining the interpretation of popular sovereignty and the desired relationship between citizen and the state. Bad human nature is resulting in a different reading of sovereignty, as does good human nature. As Aron himself notices, this version of the lecture of history is just one out of many, as “there are numerous philosophies, otherwise contradictory, in the origin of the two readings [why the democracies developed in different ways]”.²²

The *Contrat Social* and its application during the French Revolution, with all its implicit ideas, is contrasted to the English constitutional-process. Theodore Woolsey noted in 1893, “[T]he quality of sovereignty, however, does not necessarily imply unlimited power or unchecked power; much less undelegated power.”²³ The adaptation of the philosophical concept of sovereignty to the everyday political life meets numerous crossroads, resulting in diverse outcomes.

In the first case, the French environment was favourable – in large part due to Rousseau – to believe in an inherently good human nature. The foundations of the centralised

²¹ “Logic of access” is a recognised *terminus technicus* of interest group research, denoting the underlying pattern of private parties’ access to state institutions (legislature, government, justice), which sometimes is investigated under the so-called “venue-shopping” or “forum-shopping”. See for example: Michalowitz, Irina, *EU Lobbying: Principals, Agents And Targets Strategic Interest Intermediation In Eu Policy-making*, Public Affairs And Political Management series, volume 4, Lit Verlag, 2006.

²² Aron 1997, p. 72. (translation ours)

²³ Woolsey, Theodore, *Political Science or The State*, New York: Scribner's, 1893, 1, p. 203. in: Garson, G. David, ‘*On the Origins of Interest-Group Theory: A Critique of a Process*’, *The American Political Science Review*, 68:4, 1974, pp. 1505-1519

French government may be found right there, together with the accentuation of equality in detriment to autonomy of the individuals. To unfold this previous sentence, consider the next arguments. First, the elected governors of the people are inherently good persons, insofar that one presumes the pre-emption of abuse of power is less important than the guarantee of the popular roots of power.

On the other hand, the representation function – the election of governors – is also a technical necessity, given that the population was already too large for a direct democracy, unlike in Switzerland's small cantons.²⁴ In the interpretation of the popular sovereignty during the Revolution, the decision made by the elected representatives is the people's decision. If one wants to be loyal to the idea of the popular sovereignty, the accent in this reading is put on the origin of power. This is assured by the equality of the people: as long as everyone (of course not in today's terms) is eligible, the optimist foundation of the democracy considers this condition sufficient to avoid abuse of power. Not the barriers in front of the governors, but the origin of power lies at the heart of the Rousseau-type optimist democratic interpretation.

To complete the image of Aron's good governors, consider their stance: they are the representatives of the sovereignty and of the public will. The general interest that they represent is superior to any individual interest, since, as Rousseau elsewhere defined, the general interest (or general will, *intérêt général*) is not the simple vector of individual wills, it may even be contrary to those. So the general interest must be firstly respected and the guardians of the general interests are the elected representatives.

What happens if the human nature is taken inherently bad? The picture changes completely to the adverse. Logical or not, if people are bad, they are called to be interfering with government affairs. We consider in the second place the 'pessimist' foundations of democratic regimes. By introducing the evolution of England, the analysis is founded on Hobbes. The well-known *bellum omnium contra omnes*²⁵ denotes a natural state where the

²⁴ Aron points out two possibilities to link the popular sovereignty and the electoral competition. One is the technical necessity, the other is the development of the democratic regime through the evolution of earlier representative bodies, as in the case of England. However he accentuates strongly that the electoral competition is just one possible form of the put-in-practice of popular sovereignty. Aron 1997, p. 59-60.

²⁵ Hobbes, Thomas, *De Cive*, Praefatio, section 14. Original context: "Ostendo primo conditionem hominum extra societatem civilem (quam conditionem appellare liceat statum naturae) aliam non esse quam *bellum omnium contra omnes*; atque in eo bello jus esse omnibus in omnia." (*I show in the first place that the state of men without civil society (which state may be called the state of nature) is nothing but a war of all against all; and that in that war, all have a right to all things. Wikipedia Translation*)

human nature is everything but good. It is again esteemed that bad human nature underlies the sovereign theories.

Historically, the fight of the English nobles for more and more autonomy can be conceived as an act to counterbalance and delimitate the royal power. While slowly enlarging the independent subjects in the Kingdom, people must be conferred with rights of freedom in order to be able to resist and avoid the potential abuses of governors. The more rights the people have, the more the principle of popular sovereignty is valid, in other words, the more the people are sovereign. The sovereignty is then defined in opposition to the governor. Eventually the governor's position is also effected by the evolution of events and enlargement of freedom rights. The institution of governor was going to be fully circumscribed and loses the autonomy of decisions in the most vital questions. The possibility of demise of the ruler is the breakthrough point of popular sovereignty. As the ultimate step of the application of popular sovereignty, the electoral competition gains its importance here, when the people can elect their own governor. That is the other way to relate the electoral competition and democratic ideas, where the will to elect stems from the delimitation of rulers. Contrary to the French version, as equality is not in the focus, the rulers are not symbolising the popular sovereignty of power through election. Their decisions must be legitimised otherwise, by respecting the opposition. Without listening to the voices of minority, the ruler is simply unable to fulfil his role and seems to abuse his power.²⁶

The guarantee of the stability of the state – ruled probably by bad humans – is the constitution, delimiting the rights of the governor for the benefit of the people. In comparison to the ‘optimist’ regime, the accent is not on the origin of power but on its limitation. Thus the liberty of the people – the individual autonomy vis-à-vis each other – is the cornerstone of the democratic state, as free people are able to stop the abuses of the rulers. “Less the people are good, less should the power be left alone to governors”.²⁷ Through the imposition of individual autonomy, the interference in public affairs is not only allowed but also necessary to keep the balance of power.

²⁶ It would be worthy of further consideration to compare the use of “people” and “nation” in the two contexts: the famous “We the people” beginning of the US Constitution and widespread presence of “la nation” in the French political texts.

²⁷ Aron 1997, p. 72.

2.3. Derivatives for interest representation studies

The opposition characterized by Aron is also mirrored in the later market-literature. To begin with, general will is not always understood as superior, suggested by Rousseau. His qualitative differentiation between public (general) and private interest stands in complete contradiction to Adam Smith's invisible hand, which consists of the sum of the individual wills. Enlarging by one step our understanding, Smith and Locke promotes markets free from state intervention because the self-interest is not bad in itself, while in the worldview of Hobbes or Bentham the self-interest is not driving to any good, as a consequence the patriarchal state has to step in and administer the interactions. To put it plainly, the hand must be visible.²⁸ Good and bad nature not only explains the sovereignty concepts but the market concepts as well.

This debate is replicated in several forms in political theory and philosophy, where individualist moralism is driving to the primary respect of individual rights, in spite of the political community.²⁹ Habermas put it into the categories of „liberal-democracy” and „civic republicanism”, where the first is supporting most the civil autonomy, while the second embraces in the first place the political or collective autonomy.

Once the people have not only good men as governors, but at the same time these governors are vested in absolute power and may decide about the manifestation of the public will as happened in France, it is not possible to imagine any interference from the bottom. Firstly, there is no reason to doubt the decision of the ruler, secondly, the elected ruler is the only one in a legitimate position to elaborate on decisions. In more severe interpretation, the interference of private individuals promoting particular interests would put the realisation of general interest in danger, so any interaction should be in principle excluded.

The French (or optimist) interpretation of sovereignty is consequentially creating a supreme role for the state in regard of the society, where intercourse with anyone who is deprived of the legitimacy of elections goes against the principle of sovereignty. In other words, the elected representatives are not mediators of interests or spearheads for certain special interests, they themselves are the representatives of interests in a simple one level game. Outside of the legal and legitimate arena, no interest should be channelled. In the English example, by contrast, such a limitation would directly drive to the abuse of power.

²⁸ Weintraub 1997.

²⁹ G. Fodor 2009.

The different importance of equality and autonomy (or liberty) determines the place of special interests in the social structure.

It is not surprising after all that we witness the oldest lobby culture of Europe around the Westminster. By contrast, at the *Assemblée Nationale* in France lobbyists are rare, instead a very different network of interconnected public servants and CEOs has developed. The two separate example of state evolution sums up well why the lobbyists have always been welcomed – never prohibited – in England and in the United States, and why the traditional French centralized state had been deaf for classical lobbying and till today is offering very limited possibilities.

This in turn explains why the Anglo-Saxon countries have an empirical advantage in dealing with lobbying: since their foundation the question is openly debated and the presence of lobbyist is mainly accepted, just their way of operation is disputed. The negative connotation of the word ‘lobbyist’ shows the strength of the other interpretation, where lobbyists are a threat to democratic institutions and to the majority rule. Minority is not synonym for a necessary counterbalance.

The relevance of such differences is however blurred probably by the most recent developments in statehood and sovereignty in the era of globalisation. The EU as a new supranational organisation has been reformed in many ways to stand better the globalisation process. The US is also not exempted from the pressure of globalizing forces. In such context, it rests only a philosophical hypothesis how much the history of thought can impress the processes of today.

The certain conclusion can be however drawn that Washington and the constituents of the federation have long been experiencing with lobbying and on occasion with its regulation. Conversely, the European Union is not only lacking experience because of its shorter history (almost about ten times shorter 1776 vs. 1992), but the original stance of several continental states and founding members was considerably different on lobbying. Under this angle, it is noteworthy that the United Kingdom joined just later the Community. Let us draw further conclusions after the discussion of the public-private separation.

2.4. The thin red line: border of public and private realms

In this chapter we attempt to map the birth and evolution of the border between public and private realms. In our eyes this is highly necessary to understand the logic of interest

groups and their interaction with public bodies. Certain answers see the border completely artificial, product of ideological discourses. Others understand it by giving supremacy to the state. Whatever shall be the reply, it is of relevance to the regulation of lobbying, which in itself is the institutionalized interaction of private and public. That is our chief argument why this separation should stand in the focus of lobby-regulation studies. We are going to present how the separation grew out and where it is standing now.

The fundamental questions that are touched by the chapter are numerous: whether the regulation of interest representation should be considered as a victory of the public decision-makers in bridging the public and private realms under their own direction, so the public sphere can continuously oversee private affairs and get free information input? Or is the existence of a stringent regulation advantage for those who support the supremacy of the private sphere in opposition to the public realm, and the installation of an official regime of interest representation is just one step forward to appropriate the public bodies? Proceeding so is just to open the backdoor for more and more private interference?

2.4.1. United States and Anglo-Saxon traditions

It is widely accepted in the common-law tradition that the jurisprudence of the Middle Age did not understand the private-public distinction in our modern way. Today's private and public law were deeply intertwined and these bounds were loosened in the US jurisdiction from the early 19th century on. Since then serious ideological fights populate the backyard of the public-private debate.

The reappearance of the distinction was a result of more parallel processes, most importantly the emergence of the “market” and the intention to counterbalance the previously absolute ruler or in other words, to interpret and apply the popular sovereignty. This two catalysed each other and contributed on a large scale to the rise of classical liberalism. Locke and the ideas of natural rights stood in face of the absolute ruler who was seen as omnipotent in both – public and private – spheres. (It's another question whether the ruler indeed so influential was.) On the other hand, the concept of an efficient market rooted in a special symbiosis of private and public: it denied the existence of a substantial public realm, by defining it as a frame. It means that the public realm ideally is composed substantially of

private terms (or will).³⁰ The public became not more than the simple vector of private interests, leading the invisible hand. In turn, the neutrality of the state – as it was theoretically deprived of any substance – was set as the norm. Hence arrives the “night watch” and “laissez-faire” policy.

Practically speaking, the emergence of the market means that the societies witness a rising new class, the bourgeoisie. In the dynamical balance of social power it came as a natural consequence that the nouveau-riche, after gaining considerable economical power, they also reclaimed political power, first in order to secure their assets and secondly to assure their expansion. This social dynamic had its own ideologies and theories, which explained in the new terminology of the market for the contemporaries why their cause should be supported.

As a consequence of the ascendancy of the ideology of markets, the neutrality of private law was enforced through several new amendments, which targeted to separate the private and public legal fields. Just one typical example is the tort law, where earlier punitive damages were in use, the new wave banned it in the name of neutrality and of the pullout of public law from the spheres of private law. This was the unbundling of the 19th century. Now consider lobbying for a moment: is there a need to lobby the legislation if it has no competence and the state is denied of substance? On the other hand, the state itself becomes a playing field for societal interests, as earlier said, the vector of private wills. So how can we discern whether a regulatory state is lobbied or if lobbies are indeed providing the substance for the public decisions?

The critic of the separation gained stronger voice after the First World War.³¹ Legally they argued that everything is public, even the sacro-saint heart of private law, the contract was said to be a delegation of public power. Private law in their eyes was just as coercive as any other law, promoting a certain distributive order. Legal theory was divided, in the concrete cases it was even more difficult to coherently select the causes where state intervention could be justified. The special interests and their way to the federal and state levels are more and more known; their work and influence became a public issue. It is not by accident that the famous “Politics: Who Gets What, When and How” by Harold D. Lasswell was written in 1935.

³⁰ Horwitz, Morton J., "The History of the Public/Private Distinction", University of Pennsylvania Law Review, 130:6, Jun., 1982, pp. 1423-1428

³¹ Garson, 1974.

However, the history will quickly repeat itself: by the end of the Progressive Era, the Great Depression brings the state back in, the border of public and private is considerably altered by the New Deal. Meanwhile, the critic of the truly active interest group life has a stronger voice, eventually claiming the intervention of public institutions. In the renewed interpretation of the public sphere, the state institutions are called to hinder the self-interested actors' proliferation in the public affairs. Once more the notion of public interest is filled with substance, the state is seen as an actor on its own right in order to keep back the otherwise malicious special interests. One may remark that the state is again not considered as a negotiator of interests, instead the trustee of the 'greater good'. Institutions are expected to transcend the egoist individuals, the offspring of market liberalism.

The Keynesian economic intervention as good as it was, the experience of the Second World War and the totalitarian ideologies managed to retransform again the definition of public interest. To put it bluntly, the simple promotion of any "general interest" was feared to be the first step toward dictatorship. The concept of market returns again into politics, letting no air to an autonomous public realm. The golden age of pluralism followed with such emblematic figures as Robert A. Dahl. The US Congress adopted the Federal Regulation of Lobbying Act in 1946. For the next fifty years, despite scandals, not much legislative work is performed in the field.

A definition of the state similar to the liberal-pluralist understanding was illustrated by Raymond Aron, who asserted as well that democracy in the developed industrial nations is simply the competition of organised groups.³² Moreover, as we noted above, he also stated that democracy was just a type of oligarchy,³³ where given – elected – group governs. This would match him with the elite pluralist approach.³⁴ The EU itself was also characterised as such times to times: shall it be named "inter elite-communication"³⁵ or "democratic elitism"³⁶ the meanings converge.

³² Aron, Raymond, Introduction a la philosophie politique – démocratie et révolution, Inédit, Paris, 1997.

³³ Aron 1997, p. 56.

³⁴ E.g.: Schattschneider, Elmer Eric, The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy in America (1960).

³⁵ Vasovic, Vucina, 'Polyarchical or Consociational Democracy?', in Vanhanen, Tatu (ed.), Strategies of Democratisation, Crane Russak, London, 1992, p. 91 from Chrysochoou, Dimitris N., 'Democracy and Symbiosis in the European Union: Towards a Confederal Consociation?', West European Politics, 17:4, 1994, pp. 1-14.

³⁶ Bachrach, Peter, The Theory of Democratic Elitism: A Critique, Univ. of London Press, London, 1967, in Chrysochoou, Dimitris N., 'Democracy and Symbiosis in the European Union: Towards a Confederal Consociation?', West European Politics, 17:4, 1994, pp. 1-14.

All in all, the Keynesians were largely dismissed to the benefit of liberalism and deregulation. One may curiously witness its partial return now as a reply to the last widespread financial crisis in 2009. In historical perspectives this dynamic is though small wonder.

The public-private distinction, however, was incorporated in the legal practice more and more. The normative political theories engaged in a dispute concerning its scope and not over its necessity. The conservative and liberal ideology draws two divergent borderlines, where the public realm ends and where the private begins. The major question to which they answer differently: what are the dimensions of the public realm? Traditionally, the conservatives wish to have less public realm in economics and more in the private life (marriage, family, sexual intercourse), while the liberals in the opposite, wish to reinforce the presence of the state in the economics and yield more freedom to individuals in the private life.³⁷ So conservatives are economic liberals. Of course, a whole bunch of normative theory supports each; the course of history privileged both in different decades.³⁸

For our investigation it is worth noting that lobbying can be considered under two different angles. Once when we adopt the idea of the pluralist neutral state, the abundant life of interest groups would be considered as a healthy sign, the state is a formal judge among them. Secondly we may accept the interventionist-protective state, supported by the anti-lobby critics. By contrary, this state would keep interest groups out of the reach. At the occasions of lobby regulation analysis, it is central to determine whether the public body became more or less accessible for certain groups after the regulation, whether the interests of the public body were incorporated in the piece of law or if the regime in its current form is just a vector of the different particular interests.

2.4.2. Public-private separation in Europe

Vestiges from the Ancient Greece and Rome have survived and still play an important role in our frame of thinking - assumed Habermas in his book on the transformation of

³⁷ Here we must pay attention to the confusing terminology, economic liberalism promotes the market while political liberalism in the sense used here is understood as socially sensible, equality-supporting ideology, that would regulate more the markets.

³⁸ Mnookin, Robert H., 'The Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation', University of Pennsylvania Law Review, 130:6, Jun., 1982, pp. 1429-1440.

Öffentlichkeit.³⁹ In the following analyse we rely greatly on the historical line drawn by Habermas as his research on the public sphere could not be paralleled till today.⁴⁰ His deep moral engagement for the successful renewal of democratic institutions is well reflected in his research, which remains as relevant today as fifty years ago.

In the Ancient Greece, the citizens of the *polis* drove a double life: taking part in the affairs of the *polis* and meanwhile mastering their household, the *oikos*. Without the latter there was no chance to take part in the common affairs. The Roman traditions survived in many ways, already at the linguistic level: “*res publica*” as “common-wealth”, as “the denomination of the Roman Empire” or simply as “non-private property”. Others remarked that the republican and imperial traditions of Rome are quite different.⁴¹ During the republican regime, “public” meant self-determination and self-governance, while in the latter period the “public” imperial administration was institutionally separated from the ruled populations in most cases. This thin demarcation line resurfaced in the Hobbes-Smith opposition mentioned above, when the nature of self-interest (or simply human nature) gives reason to idealize a neutral or interventionist state. Later, pluralists and the neocorporatists recreate the same separation, through other optic, but based on the same cleavage.

Similarly, the Greek “*politeia*” had diverse meanings. The German tribal legal expressions of “*gemeinlich*” and “*sonderlich*” as “common” and “particular” could also gain meaning in the feudal epoch and later, “this specific meaning of ‘private’ as ‘particular’ reverberates in today’s equation of *special* interests to *private* interests”.⁴²

The *dominium-imperium* contrast and *privatus-publicus* distinction lived throughout the Middle Ages, especially in the works of the legal scholars, but had less significance due to the feudal (manorial) system.⁴³ The lord of the land had some similar household-prerogatives as a *pater familias*, mainly the *iurisdictio* over the people under his command. Nevertheless, a noble in tenure who received the land as a fief, did not dispose the entire spectrum of property rights over the land. That formed later a huge barricade for capitalist development because credits would have been accorded on the basis of mortgage, so slowly - starting in the United

³⁹ Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, 1961.

⁴⁰ Finlayson, James Gordon, *Habermas – a very short introduction*, Oxford University Press, 2005.

⁴¹ Weintraub 1997.

⁴² Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Polity Press, p. 6.

⁴³ A very interesting example is the use of “private rule” and “public rule” in Hobbes’ early scientific work. Private rule means that the sovereign’s immediate will is satisfied with the governance and he talked about public rule when the benefit of the commonwealth was the objective of the ruler. Naturally they both can overlap. For further details see: Abosch, Yishaiya, ‘*The Conscientious Sovereign: Public and Private Rule in Thomas Hobbes’s Early Discourses*’, *American Journal of Political Science*, 50:3, Jul., 2006, pp. 621-633.

Kingdom in the 17th century, but lasting till the 18-19th century in the Eastern parts of Europe, - the fiefdoms were cleared from their feudal obligations, becoming privately owned and thus being able to be mortgaged for credits. The liberation of serfs and peasants surged at the same period with these developments.

As in the US, the expansion of market principles was driving to the reinvention of public-private separation. Habermas nails down that there was no public-private separation in sociological ways during the High Middle Ages in Europe. The evolution of representation can best explain how the mainly inseparable public-private life from the 16th century on finally approached our terms and meanings we attribute to them today. Before the de-personification of the state, in the age of the incorporation of the authority by the ruler, it was impossible to separate the two spheres. A vivid comparative image of “The structural transformation of the public sphere” can illustrate the point through architecture: the king’s bedroom often served public purposes, where the ceremonies of the morning wake-up and the evening “*couchée*” were completely normal, moreover the ruler could receive visitors in his bedroom. By contrast, afterwards these “private” rooms were restricted in access and transformed into spaces of privacy; later the bourgeois architecture of the epoch in large proportion expanded the individual private rooms to the cost of the common spaces of earlier ages.

So how is the separation realised? The original use of *privatus* as an expression meant those who had no public office. The extension of the meaning of the word gained significance once the ruling elite – nobles and bourgeois – excluded the people from their acts of representation. In other words, when the higher classes slowly closed up and bordered themselves from the people, in turn the society distanced itself from the leadership. By the end of the process, concludes Habermas, the public-private separation gained a new meaning, where the two could be opposed.

The symbols of the earlier ages, whose traditions were rooted in the inseparateness, were privatised. The Church became one public corporation out of many, the religious freedom being one of the first private autonomy. The budget of the ducal territory and its household were separated. Till the 16th century, the English judges sought of tax as a private gift arranged by the parliament and not as a public obligation. It took its present form only after the acceptance of sovereignty theories in the 17th centuries.⁴⁴ Military, bureaucratic and justice functions were separated and privatised from the court. The household was overruled

⁴⁴ Horwitz 1982.

by the market, expanded under public authority, but practised on private grounds. The scope of the word “economy” stretched over the limits of the household for the first time and started to cover its present sense. Finally, the public guilds and other associations of interests of the Middle Age loosed their public stance and in consequence formed something in opposition to the reified-distanced state: the public-private separation was born.⁴⁵

Habermas uses later the terms system and lifeworld to describe the dualism of the similar idea of public and private, moreover, he introduces a tripartite division of the spheres. The public sphere is dressed as the intermediary between private sphere and the sphere of public authority. Later he visions an ideally neutral state where the rulers are only legitimate according to his democratic theory, when they listen to the wishes articulated through the public sphere.

The state as an organisation (and not as a person or group), hence independent structurally of the personality of its ruler, turned to be subject to the “rule of law” and constitutionality. It would have been unimaginable earlier, with a personalised-incorporated state of the Middle Age, where only God could have been superior. The erosion of such untouchable authority begun with the discussion of sovereignty and the courage to put a ruler in front of justice: whether the bad ruler can be brought down.

Since then, private people coming together form a public, this public may oppose the state however, being existentially distinct.⁴⁶ This is a huge step forward: the public (in this sense), which earlier consisted of the state and its servants, now is an entity criticising it, for example in the bourgeois salons. How much the public means the assembly of private? We already discussed it through the example of Rousseau’s general will and Smith’s invisible hand. As a principle we may lay down that though the separation persists over the last two hundred years, the realm what the two covers are changing invariably.

2.5. Modern ages – the effect of globalisation

Once born, the disjunction of private and public has gone through a similar history as in the US, leaving us with the situation of our era and the most actual questions: how does

⁴⁵ The linguistic traces of the earlier expressions were kept sometimes: when talking about the “publikum” of an early journal or public act, we were speaking of the “world”, “le monde”, “Lesewelt” or “die Welt”. It is not by accident that these words still figure in the main titles of journals. The French language guarded the expression all long, “tout le monde” - “every of the world” stays today for “everyone”. Habermas pp. 25-26.

⁴⁶ This definition by Habermas is though not giving a tangible result, the two notions remain inherently interconnected.

globalisation influence the public-private separation? What do the theories of the modern state stipulate? Is the concept of the separation covering reality or do we talk about an unreliable abstraction or an ancient relic?

A well-known account of the liberal ideology with the consequences of liberal society is narrated by Marx.⁴⁷ Instead of the recital of the pivotal place of property rights in history, here we are interested in his description of the tripartite self-state-other relationship because that is *in concreto* dealing with our subject. In his view, the alienation of the self from the other resides in the double life forced upon the individuals by the enlargement of privacy and at the same time, the impossibility to gain personal experience of communal feelings. "Man leads a double life... In the political community he regards himself as a communal being; but in civil society he is active as a private individual, treats other men as means... and becomes the plaything of alien powers."⁴⁸ The process of public life, which could sustain the community, is atomized by the state's intermediation, in other words, the self perceives the others in reference to the state, since it is the state that defines the rights of each. Individual private right-holders are inherently alienated, hindered in communal experience and reassuring the state's central role by each interaction. The introduction of private rights thus atomised the society and the state could pose itself in the middle of the relations as a frame, interpreter or mediator. As private rights are being guarded by state intervention, the first depends on the latter for being respected.

One can also put the problematic in terms of trust: the more the community dissolves by individualisation according to market principles projected on the private sphere, the less trust we have in each other by having less opportunity to build up trust on communal experience. Subsequently, the lower the trust, the more one has to rely on a third party – the state – to empower relationships. The public sphere of earlier forms being dismantled, Habermas notes an essential outcome: humanity – in the sense of achieving fame and recognition – has changed sides. In the ancient Greece it would have never been imaginable that the humane act is performed in the private realm, it must always have been public and had to relate to the public, mainly decoded as fame – or recognition, in today's modern vocabulary.⁴⁹ After the bourgeois turn in the 18-19th century, humanity's understanding

⁴⁷ Freeman, Alan and Mensch, Elizabeth, *The Public-Private Distinction in American Law and Life*, Buffalo Law Review, vol. 36., 1987, pp. 237-257.

⁴⁸ Marx, Karl, On the Jewish Question, in *Writings of the Young Marx on Philosophy and Society*, 1967, p. 226-228, 241. cited in Freeman and Mensch 1987, p. 241.

⁴⁹ See as well: Honneth, Axel, *Struggle for Recognition: Moral Grammar of Social Conflicts*.

moved to the private realm under the guise of charity, individual self-realisation and the like.⁵⁰

Habermas also notes in his later political works how much the conditions for public sphere, that once in principle provided equal access to everyone (in condition of a certain degree of education and amount of property though), became impossible to maintain and how public opinion turned to be manipulated through mass-media. When certain actors of the economy reached higher and deeper degree of internationalisation than the political structures of nation states, the problems are further aggravated. As a result, the definition – the framing – of the public-private separation is less in the hand of political actors than economic ones.

2.5.1. Legal theory

In Freeman and Mensch's interpretation, the border of public and private determines the range of state responsibility and accountability.⁵¹ Once a decision is recognised as a private one, the responsibility also falls on the decision-maker, on an individual, falling short of public help.⁵² To drive the argument further, they state that the result of the private public separation without an objective content ultimately ends up with mutually exclusive rights conferred to individuals, creating cases that cannot be judged in coherent manner. Both sides might find an adequate and logical line of reasoning for their cause, nevertheless the decision will stay on discretionary grounds, showing different patterns over time. Legal history seems to confirm the argument that subsequent judgements are indeed not manifesting a sophistication of the very same borderline between public and private, but vaguely redrawing it time to time.⁵³

From another perspective, legally speaking, the reply of the lawyer is short: "As an analytical construct, the public/private distinction was articulated as part of the ideological

⁵⁰ Habermas p. 28.

⁵¹ Freeman and Mensch 1987.

⁵² The reply to the question in which extent we hold the others responsible for their situation is also predetermined by the public-private line, as in the private sphere everyone is to blame for her/his fault. In societies relying on divine order it may be decided by the supreme being or the faith and the like. Today the belief in the merit-based society, directly deriving from the individualised vision of the market, explains the misfortune of others by their lack of merit for more (no hard workers etc.). Socially pre-constructed reality and namely equal chances for each represents thus two truly divergent account of our social life, hardly compatible. Nevertheless, social theory also dealt in evolutionary terms with social hierarchy, see Social Dominance Theory in Sidanius, Jim and Pratto, Felicia, *Social Dominance: An Intergroup Theory of Social Hierarchy and Oppression*, Cambridge University Press, 2001.

⁵³ See reversed cases of the US Supreme Court or other jurisdictions.

foundations of the bourgeois state.”⁵⁴ Sure, by the 19th century, after the adoption of Roman law in most European countries, one witnessed the contrast of two absolute right: sovereignty and propriety. How such a situation could come to life is rather explained by the evolving power groups in the society than the science of law: “There is no ‘public/private distinction.’ What does exist is a series of ways of thinking about public and private that are constantly undergoing revision, reformulation, and refinement [...] The public/private distinction poses as an analytical tool . . . but it functions more as a form of political rhetoric used to justify particular results.”⁵⁵ As the Roman law reception was not carried out in England, the legal developments took different shapes, and the same goes for the United States. If we accept Cutler's argumentation, the separation is not the best way to express the process under investigation, it would be rather characterized by insulation. The economy has insulated itself from political control.^{56, 57}

Karl Klare argues “[T]he peculiarity of legal discourse is that it tends to constrain the political imagination and to induce belief that our evolving social arrangements and institutions are just and rational, or at least inevitable, and therefore legitimate. The modus operandi of law as legitimating ideology is to make the historically contingent appear necessary. The function of legal discourse in our culture is to deny us access to new modes of conceiving of democratic self-governance, of our capacity for and experience of freedom.”⁵⁸

Very critical in its tone, Karl's and Cutler's brief historical account of the distinction aims to raise their voice against the growing unaccountability of private actors executing public roles. Here their argumentation implicitly justifies however the distinction with another ideological turn: they reintroduce the disdained separation by identifying the boundary of

⁵⁴ Cutler, A. Claire, 'Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law', *Review of International Political Economy*, 4: 2, 1997, pp. 261-285, p. 262.

⁵⁵ Klare, Karl, 'The public/private distinction in labour law', *University of Pennsylvania Law Review* 130, 1982, pp. 1358-1422, p. 1362, in: Cutler 1997 pp. 265-266.

⁵⁶ Not a unique event in history, the wars of investiture could be drafted in similar manner: the Church willing to cut itself from the laic power-centres. As kings were not depending on the Church existentially (though excusing a ruler was not uncommon) as the modern nation-state's apparatus was depending on taxation of the economy, the battle in the 13th could not be won against the sovereigns, later evolving into reformatory movements and secessions from Roman authority.

⁵⁷ Inasmuch as *laissez-faire* was a purposeful political tool and ideology, international private law, by its nature, can not be natural and manifests a need for the legitimacy of international private commerce. Cutler also notes a crucial dissimilarity in relating international private law to other branches of law: as far as in the Continental tradition it is under the auspices of international law, bifurcating in international private and public law, in the common law countries it was originally more considered as a municipal law. One should remark the extraterritorial character of international private law, extending the jurisdiction of the sovereign state in given cases, which is seen as contradictory to sovereignty itself for Cutler and others.

⁵⁸ Klare, Karl (1982) 'The public/private distinction in labour law', *University of Pennsylvania Law Review* 130, 1358-1422 in Cutler 1997, p. 276.

public-private realms in the terms of democratic accountability. Public actors shall retain accountability. The question remains unsolved in legal theory, with strong claims against the necessity or at least the usefulness of the distinction.⁵⁹

2.5.2. From balance to excess

The centralisation of political power, which deprived the representation function from the nobility of the countryside in large part, paved the way for the extension of private 'rule', for the new forms of capitalism. The vacuum left behind by lower nobility was filled. Moreover, as the centralised state is depending on the taxation of the subjects – otherwise unable to maintain the necessary bureaucracy and standing military – the developing market-economy with its flourishing commerce is also depending on the political unity and secure environment. This symbiosis is grasped in the precious moment of the foundation of a new legal branch. Justice Joseph Story used the expression “international private law” in Commentaries on the Conflicts of Law in 1834 for the first time, nevertheless presuming that the objective of international public and private law remains the same: the regulation of commerce and affairs for the benefit of the states, as in his eyes commerce was dependent on political unity and vice-versa.⁶⁰

The recent process of globalisation, in the eyes of certain, renders the distinction useless,⁶¹ as public actors through privatization and direct presence juxtapose with private actors with increasing roles on public life and policy. Globalisation is indexed in many ways, beyond question stands however that it influences the US and the EU both in key spheres, leading to the undermining of a distinction that was created two hundred years ago in the support of actors of a previous era.

The category is probably not the most appropriate thus to grasp the essence of lobbying and interest representation, as it is flawed by ideologies on the first hand and the globalisation seems to overwrite the hence classical state-society relations. However, as it is so deeply rooted in our traditions, dealing with the separation is inevitable for social scientists. So far, few studies have paid attention to this framework of interest representation.

⁵⁹ Deegan, Anne, ‘*The Public/Private Law Dichotomy And Its Relationship With The Policy/Operational Factors Distinction In Tort Law*’, QUT Law and Justice Journal, 2001, accessed on 01.15.10 at <http://www.austlii.edu.au/au/journals/QUTLJJ/2001/18.html>

⁶⁰ Cutler 1997.

⁶¹ Kennedy, Duncan (1982) ‘*The stages in the decline of the public/private distinction*’, University of Pennsylvania Law Review 130, pp. 1349-1357.

The supply side of interest representation – meaning the for-profit and non-profit private actors – and the demand side – public institutions – are inherently netted by the phenomenon of public-private separation.

Scholars of international political economy have been investigating for decades the relations of public and private actors, together with international relations scholars of the transnational school.⁶² Susan Strange talks about the evaporation of state authority, in part taken over by private actors and thus leading to the “casino capitalism”. The deregulation – the retreat of the state from the boundaries of the former public realm - consequently leads to the coming into existence of a gray zone where nor the state, neither the private actors are able to regulate or control. The borders between public and private activity are blurred. Finally, the deregulation is construed as a negative-sum game, where the loss of state authority is not necessarily followed by a take-over of the gap.⁶³ The same idea pops up in Manuel Castells trilogy on the information society, he describes the same phenomenon as black holes in the world.⁶⁴ Previously Karl Polanyi also spelled out the artificial nature of market-state separation, which underlies the public-private distinction.⁶⁵

Habermas, once he outlined the formation of the public sphere as a space for contestation and discussion, independent from the state, he later sketches the reasons of the decay as well. First, there is a backward trend: in the representative culture of feudalism only one side was active, the overwhelmed spectators by the representative acts were passive. The step made forward by the bourgeois Öffentlichkeit is exactly by bringing the other side in movement, hence it is a conversation and dialogue. He argues that in the late capitalism the passivity returned by the spread of mass media, where routinised processes are carried out but not rational discussion.⁶⁶ The openness (or inclusivity) of the public space vanished to be replaced by an arena of influence, where the participants strive for the control of the flow of information. In his terminology, the welfare state and corporate capitalism eventually have gained so wide interference into the individual’s life, that the borders of the system and the lifeworld, or in the paper’s term, the public and the private are not clear anymore.

⁶² Keohane, Robert O. and Nye, Joseph, *Power and Interdependence: world politics in transition*, Longman Publishing Group, 2001, (3^{ème} ed.)

⁶³ Strange, Susan, ‘*The Westfailure system*’, *Review of International Studies*, vol. 25., 1999, pp. 345-354., and Brown, Chris, ‘*Susan Strange – a critical appreciation*’, *Review of International Studies*, vol. 25., 1999, pp. 531-535. See as well: Strange, Susan, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy* (Cambridge Studies in International Relations), Cambridge University Press, 1996.

⁶⁴ Castells, Manuel, *The Information Age: Economy, Society, and Culture*, Vol. 1-3., Wiley-Blackwell, 1996-97-98.

⁶⁵ Polanyi, Karl, *The Great Transformation*, Beacon Press, 2nd Edition, 2001.

⁶⁶ Finlayson 2005.

2.6. Explaining the regulation of interest representation

As a conclusion, we may ascertain in general that our factors would have had massive explanatory value for long decades or even a century, however recently their explicative strength has been deflated by the process of globalisation and the convergence of governance functions in the *Abendslander*. Yet, a critical assessment of the narrative surrounding the separation is still yielding important results, demonstrating the reframing of the borderline in the interests of the actually powerful players of political discourses.

At the outset, the trajectory of the evolution of public-private separation was on the same societal grounds, namely the emergence of the market and the reclaim of independence of the new bourgeoisie. Later it developed in divergent legal and theoretical ways, mainly by the end of the 19th till the Second World War. After the war, several factors contributed to the convergence of the understanding in the dichotomy, albeit the borderline was never the same in any two given jurisdiction. Generally speaking, still, the common experience of totalitarianism, the increasing integration of the world economy and the growing interdependence of international actors forced the corroboration of common perception of the dichotomy. Translated practically, the neoliberal deregulation policy of finance and investment was widespread in the industrialized states, which in turn had serious collateral effects on the governance and the margins of manoeuvre of governments. We will not discuss the case of the WTO and other international organisations dealing with the (direct or indirect) regulation of commerce, but as Cutler also argued, this domain played a crucial role in the converging public-private discourses. Over time, the separation is growing less relevant to describe the real functioning of state-individuals relations. The advocates claim that it is a relic of earlier social conflicts and still used in the support of political ideologies.

All in all, the United States as one of the leaders – perhaps initiator⁶⁷ – of globalisation and of neoliberal economic policies together with the European Union, an institution that was in part reinforced as a reaction to globalisation, they are both facing similar challenges in a similar global context. In addition, this context is particularly influential in economic terms, where the market-actors incline for similar legal frames on many fields.⁶⁸ It seems that the

⁶⁷ In Susan Strange's hypothesis the United States is the relative winner of the process of globalisation as in the negative-sum game of authority-dissipation, Washington is loosing the least, while other states are more severely touched.

⁶⁸ Of course there is no doubt that the environmental law or the labour law is not amongst the fields that the market actors would prefer to harmonise, however the common international interpretation of legal security of investments, property rights and free competition are crucial for them.

public-private separation as a tool resurges in the hands of market-ideologists. On the other hand, the framing of social discourses by the actual power groups in the society is a natural phenomenon.⁶⁹

Therefore, we do not believe that the earlier divergent understanding of private and public realm – even if conserving a few customs, habits and frames – could be entirely accounted for the differences in the regulation of interest representation in the present era. Perhaps in the second half of the 20th century, when the neocorporatist and welfare states in Europe abounded while in the US the classical pluralist state was on its height, the public-private variable would have yielded an important difference enough.

The same seems to be applicable to Aron's simplified but very spectacular distinction of the English-based state evolution, open to bottom-up civil interference into government affairs, and the French centralist state, being much closer for outsider influence. The checks and balances interpretation of popular sovereignty, philosophically based on the bad human nature stands in opposition to the reading of the French way of popular sovereignty, where the presumably good human nature creates an almost impenetrable private-public border. Aron's reading of sovereignty and especially of popular sovereignty explains well the different traditions in the private-public relations of the early modern times. However, the recent developments of globalisation equally influence this phenomenon, resulting in a *grosso modo* similar situation in the two political regimes.

At the same time the normative content of the dichotomy shall not be ignored. The private-public dichotomy is definitely not an inevitable way of describing the natural course of human life. As a subjective question, one might always ponder how much ideological load the distinction bears, but apparently not the fact itself is in question, whether it contains political charge at all.

In sum, the convergence witnessed in the era of globalisation is overwriting certain predisposition and renders other obsolete. The public-private separation is still playing an important discursive and legal role, while its weight on lobby regulation needs to be further examined. Certainly, when it comes to path-dependent phenomena, the present regulations reflect in part the legal-ideological status quo. Our objective was to shed some very humble light on the implicit axioms concerning the public-private separation in order to discover its normative influence in the debates of interest representation studies.

⁶⁹ Sidanius and Pratto 2001.

Bibliography

Articles

- Abosch, Yishaiya*, 'The Conscientious Sovereign: Public and Private Rule in Thomas Hobbes's Early Discourses', *American Journal of Political Science*, 50:3, Jul., 2006, pp. 621-633.
- Beyers, Jan, Eising, Rainer and Maloney, William*, 'Conclusion: Embedding Interest Group Research', *West European Politics*, 31: 6, 2008, pp. 1292-1302.
- Brown, Chris*, 'Susan Strange – a critical appreciation', *Review of International Studies*, vol. 25., 1999, pp. 531-535.
- Chrysochoou, Dimitris N.*, 'Democracy and Symbiosis in the European Union: Towards a Confederal Consociation?', *West European Politics*, 17:4, 1994, pp. 1-14.
- Cutler, A. Claire*, 'Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law', *Review of International Political Economy*, 4: 2, 1997, pp. 261-285.
- Deegan, Anne*, 'The Public/Private Law Dichotomy And Its Relationship With The Policy/Operational Factors Distinction In Tort Law', *QUT Law and Justice Journal*, 2001, accessed on 01.15.10 at <http://www.austlii.edu.au/au/journals/QUTLJJ/2001/18.html>
- Freeman, Alan and Mensch, Elizabeth*, 'The Public-Private Distinction in American Law and Life', *Buffalo Law Review*, vol. 36., 1987, pp. 237-257.
- G. Fodor, Gábor*, 'Az érdek mint a politika mozgatórugója' in: Kégler, Ádám – Bayer József (ed.): *Kormányzati, gazdasági és civil érdekérvényesítés az Európai Unióban*, MTA PTI, Budapest, 2009, p. 18.
- Higgs, Robert*, 'Military-Economic Fascism', *The Independent Review*, XII:2, Fall 2007, pp. 299-316.
- Horwitz, Morton J.*, 'The History of the Public/Private Distinction', *University of Pennsylvania Law Review*, 130:6, Jun., 1982, pp. 1423-1428
- Kennedy, Duncan (1982)* 'The stages in the decline of the public/private distinction', *University of Pennsylvania Law Review* 130, pp. 1349-1357.
- Klare, Karl*, 'The public/private distinction in labour law', *University of Pennsylvania Law Review* 130, 1982, pp. 1358-1422, p. 1362, in: Cutler 1997 pp. 265-266.

- Lehmann, Wilhelm and Bosche, Lars*, 'Lobbying the European Union, Current Rules and Practices', Directorate-General for Research, Working Paper, Constitutional Affairs Series, AFCO 104 EN, 2003.
- Neunreither, Karlheinz*, 'Elected legislators and their unelected assistants in the European Parliament', *The Journal of Legislative Studies*, 8: 4, 2006, p. 40-60.
- Mnookin, Robert H.*, 'The Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation', *University of Pennsylvania Law Review*, 130:6, Jun., 1982, pp. 1429-1440.
- Obradovic, Daniela*, 'Regulating Lobbying in the European Union', Chapter 15 in Coen, David and Richardson, Jeremy, *Lobbying the European Union, Institutions, Actors, and Issues*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 298-334.
- Strange, Susan*, 'The Westfailure system', *Review of International Studies*, vol. 25., 1999, pp. 345-354.
- Weintraub, Jeff*, 'The Theory and Politics of Public/Private Distinction', in: Weintraub, Jeff and Kumar, Krishan, *Public and private in thought and practice: perspectives on a grand dichotomy*, The University of Chicago, London, 1997, pp. 1-43.
- Woll, Cornelia*, 'Lobbying in the European Union: From sui generis to a comparative perspective', *Journal of European Public Policy*, 13:3, 2006, pp. 456-469.
- Woolsey, Theodore*, *Political Science or The State*, New York: Scribner's, 1893, 1, p. 203. in: Garson, G. David, 'On the Origins of Interest-Group Theory: A Critique of a Process', *The American Political Science Review*, 68:4, 1974, pp. 1505-1519.

Books

- Aron, Raymond*, *Introduction à la philosophie politique – démocratie et révolution*, Inédit, Paris, 1997.
- Baumgartner, F. R. and Leech, B.* *Basic Interests. The importance of groups in politics and political science*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998.
- Castells, Manuel*, *The Information Age: Economy, Society, and Culture*, Vol. 1-3., Wiley-Blackwell, 1996-97-98.
- Coen, David and Richardson, Jeremy*, *Lobbying the European Union, Institutions, Actors, and Issues*, Oxford University Press, New York, 2009.

Dahl, A. Robert, Who Governs? Democracy and Power in an American City, Yale University Press, 2nd edition, 2005.

Habermas, Jürgen, The Structural Transformation of the Public Sphere, Polity Press.

Michalowitz, Irina, EU Lobbying: Principals, Agents And Targets Strategic Interest Intermediation In EU Policy-making, Public Affairs And Political Management series, volume 4, Lit Verlag, 2006.

Rainer Eising, The Political Economy of State-Business Relations in Europe, Routledge, 2009.

Sidanius, Jim and Pratto, Felicia, Social Dominance: An Intergroup Theory of Social Hierarchy and Oppression, Cambridge University Press, 2001.

Strange, Susan, The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy (Cambridge Studies in International Relations), Cambridge University Press, 1996.

*Herger Cs. Eszter egyetemi docens,
Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Jogtörténeti Tanszék*

*Eszter Cs. Herger associate professor,
University of Pécs Faculty of Law
Department of Legal History*

„For better or for worse, till death...” The symbols of the legal customs related to marriage in the European Legal Culture¹

European legal culture is primarily rooted in Roman-Germanic heritage and Jewish-Christian revelation – although it is not intact from Asian and Islamic effects. The words “Qaenam vocaris, Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia” from the Roman culture, expressing the union between husband and wife are still well-known just like the so called chupa from the Jewish culture, which is a “canopy” stretched above cedar and cypress wood poles and decorated with innumerable stars as a sign of being blessed with a lot of children. The two cultures have common features in respect of wedding traditions such as the ring, the symbol of endlessness, which was originally made of iron and was without any decorations, however, there are substantial differences as well. While similarities can be attributed to marriage as a factual phenomenon of life and to its legal regulation, differences primarily stem from the philosophy of religion and morals.

The ideal concerning marriage and family according to which marriage is the long-lasting cohabitation of a man and a woman for begetting offsprings (*liberorum quaerendorum causa*) was developed quite early by Roman thinking.² If a free man and a free woman who had a *ius conubium* in respect of each other entered into cohabitation – without any formalities – with the intention of permanently living in matrimony, their relationship was considered to be a marriage by the legal order. Regardless of the fact whether it was a marriage with or without *manus*, which latter was rendered possible even by the Law of the

¹ Much of the material of this study is based on Eszter Cs. Herger, *A nővételtől az állami anyakönyvvezetőig. A magyar házassági köteléki jog s az európai modellek* (Budapest-Pécs, 2006).

² See Orsolya Péter, *Család és gyermekáldás – eszmény és valóság a római forrásokban*, Manuscript (Miskolc, 1993), p. 3.

Twelve Tables,³ the establishment of the cohabitation were usually demonstrated for outsiders by certain customs which obviously changed substantially during times. In ancient Roman society the time and character of ceremonies were determined by religion in accordance with the fact that a certain character of sanctity was attributed to marriage (*divini et humani iuris consortium*).⁴ As the consummation of the marriage entailed violence against the woman, religious festivals were not considered suitable for entering into a marriage since all kinds of violence had to be refrained from on such occasions. The second part of June and the whole of July were considered especially favourable, which obviously meant that childbirths were avoided in winter months.

The first step in the sequence of nuptial traditions was giving out the maiden (tradition) then a piglet was offered as a sacrifice to Juno. The gall of the piglet was taken out in order to ensure the marriage would be free from any bitterness. The bride took off her toga and offered it to Fortuna Virginalis, then put on a white tunic, fastened a girdle around her waist which was later to be unfastened by the groom and covered her head with a red or yellow veil. The heelpost of the bride's future house was smeared with the grease of the slaughtered sheep or pig. The meat of the animal was eaten on the sacrificial feast which lasted till the rise of the evening star. After the feast the bride accompanied by the wedding guests was lead to the house of her husband (*deductio uxori in domum mariti*). Two of the nuptial maidens (*paranymhae*) took her by her arm and the third carried a burning torch in front of her. According to Plutarch the custom of pretending to abduct the bride before the *deductio* could be traced back to the rape of the Sabine women. The groom threw walnuts all over the place for the children gathering outside the house as a sign of giving up the light-mindedness of youth and childish jokes and hoaxes. The bride left the parental house with three as-es, she brought the first for her husband, the second for the family altar and she left the third in the sanctuary by the nearest trifurcation. When arriving at the threshold of the house decorated with flowers and green branches, the groom lifted the bride over the threshold. Then was the question, “What's your name?” asked, to which the answer could only be, “Where you are Gaius I am Gaia”.

The traditions coloured with sacred elements and the ancient rites began to decline together with the fading away of pagan religion during the Dominate. Whether this can be

³ Ferenc Benedek, *A manusszerzés és a házasságkötés alakításai a római jogban*, Dolgozatok az állam- és jogtudományok köréből X (Pécs, 1979), p. 7.

⁴ „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”, Dig. 23. 2. 1.

linked to the moral decline of Roman society in the Classic Age is not subject to question. It should be noted that adultery was sanctioned only in the case of the wife even under ancient law. Marriages without the acquisition of manus became more frequent due to the influence of the idea of humanism inherited from the Greeks (“Man is the measure of all things”). Fritz Schulz⁵ also blames the thesis of homo mensura from Protagoras for the spreading of sexual liberty and the aversion to marriage in public thinking. By that time not much had been left from marriage with a divine character, entered into in order to generate children, and in which Gaius and Gaia became united. The discrepancy between the ideal and the real, which primarily manifested itself in abortion, the ritual killing of children born with bodily defects and abandoning infants in ancient law,⁶ by the end of the Republican Period had manifested itself in the legal regulation of dissolution: dissolution (divortium) on the ground of mutual agreement was unlimited, no ground for divorce had to be proved. This was modified by the Christian emperors after 380 A.D. inasmuch as the conditions of unilateral dissolution (repudium) were made stricter.⁷

During the decline of the Western Empire, according to the customary laws of the Germanic tribes which got settled down marriage was a dissolvable cohabitation with the strong dominance of the husband. The purpose of marriage – like in Rome – was to generate lawful offsprings. The power of the husband over his wife derived from the fact that in most of the cases the form of contracting marriage was buying a woman (Kaufehe/Muntehe), through which the wife was placed under the power of the husband (Munt, mundium).⁸ Originally the form of buying and selling was applied only exceptionally in the case of a marriage outside the tribe (exogamous marriage). In the beginning the contracting party on the side of the woman was the tribe, later the father of the maiden, while on the side of the husband the activities of the relatives were restricted to giving consent and enhancing the solemnity of the proposal of marriage. This co-operation was degraded to a custom – together with the decline of its legal importance – but as a custom it remained in existence for long. Following a successful proposal of marriage the tribe of the woman and the groom concluded a contract in which the power over the bride was transferred to the future husband. The legal

⁵ For the influence of the idea of humanism on the way of the moral thinking see Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (Aalen, 1992), p. 103.

⁶ See Péter, pp. 3-10.

⁷ See Mihály Móra, A házassági kereseti jog eredete és kialakulása, *Notter Antal emlékkönyv* (Budapest, 1941), p. 791.

⁸ For the content of the mundium see Clausdieter Schott, *Trauung und Jawort* (Frankfurt, 1992), pp. 19-20. and also see Heinrich Mitteis, *Deutsches Privatrecht* (München, 1980), p.54.

act was followed by a number of symbolic acts. First the woman was handed over within the circle of relatives. She was placed under the power and protection of the husband: this was also expressed by the tools handed over, such as a sword, a spear or maybe a hat or gloves. In Swabisch provincial law gloves symbolised the following promise: if a free Swabisch man married a free Swabisch woman, he gave her seven pairs of gloves representing seven promises concerning the husband's obligations. Then the groom grasped the hands of his bride, stepped on her foot, seated her on his lap or covered her with his cloak. The wedding ceremony ended with solemnly seeing the bride home. The fact that the nuptial bed was made in the presence of the guests was of special importance. On the one hand – citing *Sachsenspiegel* – the wife “trit in sin recht, swen se in bedde geit”, on the other hand later the persons present could prove at any time that the marriage had been consummated. This custom first disappeared in towns becoming more and more civilian, however, it was kept among nobles and villains until the age of civic societies.

Germanic tribal customs⁹ were really practical and profane, they had no divine or strong moral character at all. Polygamy was in existence in the circle of the notability until the Carolingian Age. Only the woman was obliged to conjugal fidelity. The widow originally followed her husband even to the grave, though later common-law granted her a possibility to remarry. From the end of the 5th century the Franks belonged to the Roman Church, then the subjugated tribes were rapidly converted to Catholicism. Nevertheless, clerical principles hardly prevailed and customs passed down from ancestors seemed a lot stronger. According to the laws of Salian and Ripuarian Franks the husband had an unrestricted right to dismiss his wife, moreover, Alemans allowed dissolution on the ground of mutual agreement. If elsewhere, for example among the Burgundians or Visigoths an appropriate ground for dissolution was required, it included first of all adultery on the side of the woman. The tribal laws of the Visigoths can be regarded exceptional since there the wife also had the right to dissolution if her husband committed sexual perversion or forced the woman to commit adultery. Nowadays, when the institution of family is said to be in the state of crisis in European culture, on the basis of historical experience it seems that the Roman-Germanic heritage according to which *the core of the institution of marriage was to ensure lawful succession and conjugal fidelity was primarily essential for this reason* should be taken into consideration.

⁹ For the tribal laws see Móra, 804-809. and also see Konrad Maurer, *Über altnordische Kirchenverfassung und Ehe recht, Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte II* (Osnabrück, 1966), pp. 545-547.

Although the Jewish-Christian revelation also attaches exceptional significance to the command “Be fruitful and multiply”,¹⁰ the core of marriage is something different here: it is a certain “threefold cord”,¹¹ a relationship of *covenant* (b’rit, diathéké), in which Adam becomes one with Eve, who is fit for him and was created for him.¹² And then marriage is really peaceful – according to Solomon, the king “showing peace”. Although the Torah made it possible for a husband to dismiss his wife with a letter of divorce (get) if he found any “indecent” in her¹³ and in Talmudic times – just to be on the safe side – the amount of “severance pay” due to the wife in the case of a divorce was stipulated right in the marriage contract (ketuba). Nevertheless, all this may only be regarded an expedient arrangement since the Holy Scripture clearly declares that the Creator “loathes dismissal”.¹⁴ Relying on the third component of the threefold cord, the Creator, this unique biblical covenant always made it possible to resolve a marriage conflict by reconciliation and not by dismissal provided the divine law was followed from deep-seated personal conviction.

Let us now turn our attention to the symbolic representation of all this.¹⁵ Engagement ceremonies could take place after the marriage vow and its putting into writing. This included putting on an engagement ring and saying a certain engagement formula. While in Talmudic times usually one year had to lapse between engagement and wedding, later the two events often took place at the same time. Wedding – as it has already been mentioned – took place under a chupa which symbolised the free sky and the stars referring to the promise God had made to Abraham according to which God would give Abraham as many offsprings as many stars there were in the sky. Fathers planted a cedar tree when they had a son born and a cypress tree when they had a daughter born so that they would be able to make the poles of the chupa from them. The marriage was often contracted on a Tuesday after the monthly period of the maiden. The head of the bride was covered with a shawl, the groom wore a white burial robe, a kittel, his head was often sprinkled with ash. These signs of mourning were meant to keep the angel of death away from the marriage. The groom was made to stand facing east and his bride was led up to him and made to walk around him three or seven times.

¹⁰ The Holy Bible, Translated from the Original Texts (Dillenburg, Reprint 1995), Genesis, chap. 1, v. 28.

¹¹ Ecclesiastes, chap. 4, v. 12.

¹² Genesis, chap. 2, v. 21-23. See Ignác Süss, *A zsidó házassági jog tekintettel hazai törvényeinkre* (Köszeg, 1882), p. III., Andreas Eberharter, *Das Ehe- und Familienrecht der Hebräer mit Rücksicht auf die ethnologische Forschung dargestellt* (Münster, 1914), and also see A Billauer, *Grundzüge des babylonisch-talmudischen Eherechts* (Berlin, 1910), pp. 9-23.

¹³ Deuteronomy, chap. 24, v. 1.

¹⁴ Malachi, chap. 2, v. 14-16.

¹⁵ See J. H. Hertz (ed.), *Mózes öt könyve és a Háftárak* (Budapest, 1984) and also see Tamás Féner – Sándor Scheiber, ... és beszéld el fiaidnak ... (Budapest, 1984).

From the 16th century the wedding ceremony was started by reciting seven blessings over a cup of wine among the Jews in Europe. Some lines of one of these blessings well illustrate the Jewish concept of marriage: “Gladden the beloved companions as you made glad your creation in the Garden of Eden from days of old. Blessed art thou, Lord, who gladdens groom and bride.” Following the blessings came the essential moment of the ceremony, the declaration of intent by the groom. He placed a ring on the forefinger of his bride’s right hand and said, “Behold, you are consecrated to me by this ring, according to the ritual of Moses and Israel.” From the 1st century on – so as to protect the bride – the marriage contract was also read out under the chupa. Rabbinic law regarded engagement as a pure legal transaction that is why substitution was allowed then. Wedding, however, was regarded as the symbol of connubial union, consequently both parties had always to be present. After the wedding two feasts were given, one on the day of the wedding and the other a week later. Guests were entertained by the groom’s friends and the two bride leaders the so called *susbins*. The veiled bride was then accompanied from the parental house to the house of the groom. Meanwhile a wreath was put on the head of the bride, walnuts and almonds were thrown among the onlookers and singers praised the beauty of the bride just like Solomon had praised the beauty of Sulamit in the Song of Songs.

According to the revelation of the whole Holy Scripture marriage is a holy covenant ordained by God. However, while Mosaic Law rendered the dismissal of a wife possible, the New Testament returned to the marriage concept of the covenant made with Adam – and with him by all men. Jesus regarded marriage such a tight relationship that it could only be dissolved in the case of adultery: „But I say unto you, that whosoever shall put away his wife, not for fornication, and shall marry another, commits adultery; and he who marries one put away commits adultery.”¹⁶ Although by the end of the antique age marriage was contracted without any formalities by the consensus of the two parties (*consensus facit nuptias*),¹⁷ the solemn customs concerning wedding survived though with some Christian flavour. Instead of the pagan Roman customs, parties usually took a marriage vow with their hands on the Bible, although obviously it had no legal significance.¹⁸

Following the Catholicisation of Germanic tribes, religious syncretism, that is the mixing of Christian principles and tribal customary law in most cases resulted in the survival of ancient customs, but afterwards a religious ceremony took place as well. The benediction

¹⁶ Matthew, chap. 19, v. 9.

¹⁷ Ulpianus, Dig. 35. 1. 15.

¹⁸ See Schott, pp. 19-28.

ceremony was established in order to get the blessing of the church and was available on condition the parties had met the canon law requirements. The oldest known marriage liturgy dates back to the 6th century. According to it the parties gained the blessing in the course of the so called *velatio* when the priest covered the new couple by a canopy or veil. Oddly enough, this custom was justified by words taken from the Letter to the Hebrews, “...by the new and living way that he opened for us through the curtain, that is, through his flesh.”¹⁹ All this took place publicly at the door of the church or in the church where the hands of the parties were joined and sometimes it was supplemented by an oath. Although there were several variations of gaining the blessing in western church, all such acts were acknowledged only as a confirmation of marriage and not as acts bringing about and establishing marriage by canon law up to the 13th century. In 1215 the Fourth Council of the Latheran found it sufficient to prohibit marriages contracted without church formalities²⁰ but in the middle of the 16th century the Council of Trent rendered all such marriages null and void, in other words, what had been customs or Christian obligations became essential to the validity of the marriage.

To what extent the canon law of Catholic and Protestant denominations adhered to biblical morals is another issue. Before the 12th century the position as to whether the lack of conjugal fidelity or any other cause may be a ground for allowing only separation or also the dissolution of the bond and re-marrying the divorcees changed several times in the Council Decrees of the Catholic Church and in the writings of the Fathers of the Church. It had become unequivocal that Catholic canon law ruled out the dissolution of marriage raised to the rank of sacrament (*perfectum matrimonium*) approximately by the time the collection of canon law, *Decretum Gratiani* was compiled in 1140 under the influence of the Cluny reform movement.²¹ If someone committed adultery (*adulterium*), his or her spouse could only request a clerical court to grant separation (*separatio a thoro et mensa*). As opposed to it, the law of the protestant denomination exceptionally made dissolution possible mainly in the case of adultery or grievously assaulting or deserting one’s spouse in order to remedy an unbearable situation. Thus the laws of denominations safeguarded conjugal faithfulness but if family relationships deteriorated irrevocably and the parties did not voluntarily and

¹⁹ Hebrews, chap. 10, v. 20.

²⁰ See Péter Erdő, *Az egyházjog forrásai. Történeti bevezetés* (Budapest, 1998), pp. 165-179.

²¹ See Imre Kazali, *A katolikus egyházjogtan kézikönyve különös tekintettel Magyarország jogi viszonyaira II* (Vác, 1877), pp. 396-398. and also see Péter Erdő, *Egyházjog a középkori Magyarországon* (Budapest, 2001), pp. 229-231.

wholeheartedly feel that they should stick to their partner, no external moral compulsion could settle the problem. In Hungary, where religious plurality has prevailed since the 16th century, the lack of conjugal faithfulness could be regarded the most frequent matrimonial conflict even in the 18th and 19th centuries according to the known matrimonial cases. Long-lasting cohabitation out of marriage occurred in everyday life as well as having lovers and businesslike sexual relationships.

As opposed to the absolute values of Jewish-Christian culture, nowadays relativism concerning good and bad, right and wrong is “trendy”. According to it values are what one considers as such and man is the exclusive measure of valuable and valueless things. As the idea of homo mensura is growing in popularity, legal order often reacts to social expectations by further relaxing laws on marriage. It is open to question in European and Hungarian law likewise, whether marriage is a relationship between a man and a woman or merely between two parties and whether it is a moral fellowship where faithfulness plays an important role. When experts encourage the formation of positive and community orientated attitudes to values in response to family problems²² and other symptoms of social crises and at the same time highlight that the formations of the power of the state play a part in forming and educating people and forming their consciousness, the vow “till death do us part” occurs to the legal historian together with other traditional values without which the peoples of Europe could hardly have lived to see the 21st century.

²² See Antal Ádám, Az alkotmányi értékek fejlődési irányairól, *Jura*, Vol. 1. (2002) and by the same author, Az emberi jogok mint értékek, *Acta Humana*, Vol. 34. (1999), p. 21.

*Julesz Máté tudományos munkatárs,
Szegedi Tudományegyetem Népegészségtani Intézet*

*Máté Julesz research fellow,
University of Szeged Department of Public Health*

The Legal, Social and Economic Framework of a Green New World

1. A Green New World to Come

Article 2 of the Johannesburg Declaration on Sustainable Development (2002) says: „We commit ourselves to building a humane, equitable, and caring global society, cognizant of the need for human dignity for all.” Article 5 of the Declaration says: „We assume a collective responsibility to advance and strengthen the interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development – economic development, social development and environmental development – at the local, national, regional and global levels.” According to Article 7 of the Declaration: „Recognising that humankind is at a crossroads, we have united in a common resolve to make a determined effort to respond positively to the need to produce a practical and visible plan to bring about poverty eradication and human development.” A new era is to come in the world policy: an era of green thinking not solely in philosophy, but also in the field of law and economics. What we now witness, is a global transformation of the existing econo-technical shape of the world. Legal changes are immanent. George Soros announced in *Népszabadság*, on October 27th, 2009: „A new war cannot be allowed to ourselves, as our civilisation is already on the brink of failure; and we live in the shadow of a climate catastrophe and of the nuclear weapons.” (*Népszabadság* 2009a: 17.) Soros predicts the upcoming of China and the eclipse of the USA. One might not know whether it will be so or not. Many economists think in a similar way. In June 2009, the World Bank prognosticated that China’s economy would grow by 7.2 % in 2009. (*Népszabadság* 2009b: 8.)

Legal tools have to be **legitimate** alike. What is *jure definitum*, is not necessarily *legitimum*. The *omni populo accepta lex* is the proper legal tool of a democracy of plural ethics. A law made by parliament might not pass the test of a plural democracy when most

people are against it. Environmental problems are to be solved by social cooperation and legitimacy. In countries like Hungary, it is unquestionable that laws are made by socially accepted state organs and, thus, **legitimacy** is concomitant with **legality**. China may come up only when her state and society will be separated from each other and the human rights will be considered not just *in theoria*. In this way, the Chinese economy may really produce an environment-conscious welfare state. It is still a long way to run. Up to then, the role of world leader stays with the USA and the European Union. China, India, and Brazil are on the right way to become leading political and economic powers of the Earth, however, this is not an evolution, rather a special, not European type of revolution. More time is needed for these giant countries to achieve a miraculous but also democratic transfiguration into a new state order and a new socio-economic structure. It is certain that China dictates in Asia, and Brazil has emerged in South-America.

2. Splendors and Miseries of Environmentalism

John Dewey wrote in his *Reconstruction in Philosophy* in 1920: „Man differs from the lower animals because he preserves his past experiences. What happened in the past is lived again in memory. About what goes on today hangs a cloud of thoughts concerning similar things undergone in bygone days. With the animals, an experience perishes as it happens, and each new doing or suffering stands alone. But man lives in a world where each occurrence is charged with echoes and reminiscences of what has gone before, where each event is a reminder of other things. Hence he lives not, like the beasts of the field, in a world of merely physical things but in a world of signs and symbols.” (Dewey 2004: 1.)

The legal systems of our globe are various. The cause of environmental protection urges states to harmonize their legal and ethical rules. Despite the fact that, on the level of ethics, there is an understanding among states, in terms of law, there are still some discrepancies. For a greener future, legal systems ought to be much more compatible than today. The upcoming countries try to express their green thinking via new law products, nevertheless, theory is sometimes shadowed by practice. It is not enough to speak about environmentalism: the new giants of the Earth – like China, Brazil, India etc. – should learn from the historical mistakes of the USA, the UK, France and Germany in the field of environmental policy. The new giants, replying to the criticism of the developed world, tend to plead the example of France, the UK or that of the USA, though, they ought to avoid those

countries' miseries and keep only their splendors. Present days' developed countries rightfully await a more environmentalist approach on the part of the developing world. It is also true that the new participants of the world economy should be given more subsidies and informal help. If a gap is generated between the developed and the developing world, the hope of a global accord on environmental topics will be dissipated.

Harmonising the British law with the continental law, or approaching the Tswana law to the USA's legal system would be really difficult. International covenants on first and second generations of human rights and documents on the environmental rights and duties of the states are to be correctly implemented. Hans Kelsen wrote in his *Pure Theory of Law* in the 1930s: „The contradiction between international law and national law has nothing to do with contradiction in logic. It is only a special case of conflict between higher and lower level norms.” (Kelsen 2001: 80.) International law is, when constitutional, a norm higher than national law. Most states retain their right to decide whether an international norm is constitutional or unconstitutional. International law might be refused by states, though, it might only happen on the grounds of the rule of law. In unfortunate cases, international environmental norms remain unaccepted by certain states. When it happens, it is a defeat suffered by the whole international community. Environmental protection should not be exposed to normative insufficiency.

The right to environment is considered to belong to a so-called third generation of human rights, since this right appeared as a human right not earlier than after 1966 (the year of admission of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and that of the admission of the International Covenant on Civil and Political Rights). Anyway, an innovative environmental law is needed in each and every country of our sociosphere, so as to keep the evolution procedure of green law in the hands of law-makers. Legal regulations are a must and there is also a need to transpose the international environmental law into inner law. On national levels, we could see environmental cases emerging long before nature protection was launched. In law products, nature protection started with international public law, then nature protection appeared on the level of national legislation too. Today, we have an international and a supranational (EU) environmental law alike. One must not forget that this legal evolution lasted over a century and that it has still not come to an end. The innovative environmental law prospects a never ending dynamism of all sorts of environmental norms: i.e. of the legal ones, the ethical ones, the natural ones, the artistic ones, the religious ones, and the scientific ones.

3. Pluralism in Green Law and Green Ethics

The legislative formulae of environmental law are either of a singular or of a plural character. In Hungary, the legislators opted for a plural mode of regulation. I.e. environmental law is regulated by several laws and oriented by some passages of the Constitution. This is the most frequently used method to cover environmental questions by means of law. Mainly in the past, we could see singular environmental codes, by which the totality of the environmental law was intended to be covered. Singular codes looked like mini green „constitutions” and they functioned with an infinitesimal practical profit. Nowadays, most countries have their separate environmental private law, environmental criminal law, environmental administrative law, environmental labour law, environmental constitutional law, etc. The singular code on environmental law has lost its function, mainly in those countries where a green Constitution is in force. In Hungary, the act on environmental law, i.e. the act No. LIII of 1995 is more than a secondary constitutional law containing the basic framework of environmental law. Other acts - like the act on nature protection, the act on animal protection, the act on forests, the act on the protection of wild life, the act on waste disposal, etc. – also express fundamental rights, though these rights are not yet to be found in the text of the Hungarian Constitution. A new wording of the Constitution or an amendment to the Constitution is thus needed. The Hungarian environmental law is of a plural character. Despite the original intention of the legislators, the act No. LIII of 1995 is not a singular code on environmental law. Several other acts of the parliament also postulate environment-related basic rights. Plural environmental law and plural environmental ethics are fundamental for a sustainable development. Ethical pluralism is to be expressed by law and environmental law cannot be expressed by one singular act of the parliament. The competing ethical approaches of environmental topics may be truly mirrored by a both formally and substantively plural environmental legal system.

A singular code on environmental law could also give voice to different views, however, legislators usually conceive one act according to one single view, so as to preserve the congruence of the normative texture. It is an informal effect that the existence of numerous acts conceals a greater possibility for distinct aspects to be expressed. Every law product is made with a special regard to the former and to the now existing regulations and the procedure of *legis latio* is under a constant influence of social and economic changes. Legislation happens in time and in space. Fortunately, the space stays unchanged, however,

the various time periods of law-making may have a significant impact on the text of the environmental norms. *Locus constans et tempus mobile* are characteristic features of the modern developed world. Territories must not be touched, nevertheless, in temporal dimension, political and ethical courses rotate. Thus, environmental law is from time to time amended, but new ideas are mostly added to it by means of newly conceived acts and orders. Due to this phenomenon, the material scope of the environmental law is under expansion.

4. The Shape of the Environmental Positive Law (The Case of China)

Stunning facts show us the negative environmental outputs' impact on the biosphere involving humanity. It is not only the risk of a hypothetical and faraway climate catastrophe that we fear - the actual warning facts already speak for themselves. The male fertility of humans has been constantly and quickly diminishing all over the world of the 20th century. The reasons have certainly been multifactorial; and too many of them are considered by experts to be of environmental origin.

Countless animal and plant races vanish, though, the urban people remain insensitive toward these phenomena. Diseases kill more and more urban inhabitants, but the linkage between environmental harms and public health stays unperceived by the healthier ones. It is not solely the declining environmental quality that kills people, but also the people's indifference toward environment and toward each other. Is it not a civilisational side effect? The word „civilisation” has always had a positive connotation, notwithstanding, the negative corollaries are also to be taken into account.

Environmental law is becoming more and more „technical”, due to the overwhelming environmental and legislative technicity. Environmental protection is based on facts and data of sciences, so law is supposed to follow this way of development. Law-makers feel it necessary to imply the scientific results in the legal norms, as much as possible. It is also important to closely define how these norms are to be applied in practice. The highly theoretical character of the environmental acts makes it necessary to determine the implementation's „what and how” by lower level legal tools. Some legal experts think that it is a sort of degradation of the environmental law; others believe it is the positive *modus* of codifying the relevant *lex naturalis*.

The above mentioned stunning facts make - or should make – the state and the society cooperate in hope for a better future. And all that not only for the next generations, but also

for the present generation. The Chinese model of not separating state from society may be fruitful in a short historical perspective. The coworking of state and society is a basic conception of a true environmentalism. Environmental protection and political order are in strong relationship. The short-term environmentalism of the Chinese model cannot measure up to the plural democracy's environmentalist efforts. Whereas environmental protection is an aim in a plural, green thinking democracy, it is just a means in a Chinese political model. The cooperation of the state and of the local municipalities with the civil social strata serves the aim of preserving and ameliorating the natural and the civilisational environments. Without a similar synergy of state and society, the lack of competing social actors pushes aside such long-term and abstract values as the protection of environment. And all these are perfectly reflected by the contrast of the environmental legal materials and the everyday's environment-consciousness. One should only remember the environmentalist efforts made before and during the Olympic Games in 2008 and the situation of Beijing's environment after the end of the events.

According to Article 26 of the Constitution of the People's Republic of China (1982): „The state protects and improves the living environment and the ecological environment, and prevents and controls pollution and other public hazards. The state organises and encourages afforestation and the protection of forests.” Article 9 of the Constitution says that „the state ensures the rational use of natural resources and protects rare animals and plants”. What the developed world expects from China in the field of environmental protection is transposing the existing text of law into practice. Legalising environmental protection is at a halfway point between environmentalism and disregarding the environmental quality. We shall see whether the model of a state gobbling up the society can achieve this transposition; whether China could really show an alternative example of environment-consciousness.

5. Environmental Piracy or: How to Save Jonas?

Environmental aspects are to be found in almost every normative text of the developed legal systems. Though, it is not the level of development of the concerned legal system to determine whether one may speak about a green state or not. A green state could exist on the foundations of a less developed normative environment too. Where the state is not environmentalist enough, it is the civil sphere's task to draw the attention of the negligent state to environmental questions. Where this civil sphere is under the pressure of the

governing authorities, environmentalism necessarily submerges. In this latter case – which is unusual in Europe and in North-America -, the ethical obligation to make steps is incumbent on the international community. The environment of the planet cannot be protected if the international and the national environmentalist efforts of the majority of countries gave opportunity to pirate countries to take an undecent profit from the interim situation. Such interim situations, along with the environmental piracy, are to be effaced as soon as possible. This is an exceptional and legitimate occasion for the international community to intervene in the affairs of a sovereign state. It is also an opportunity to detach society from state and to strengthen the civil sphere for a higher respect of global environmental goals.

Lawyers and scientists are sometimes in debate with each other. Whereas lawyers are mostly against the nuclear energy, scientists are mostly for it. The lawyers' opinion is backed by politics: they threaten the people with nuclear catastrophes and nuclear weapons of mass destruction. See Max von Sydow in the *Winter Light* by Ingmar Bergman. In Bergman's cult film, Jonas (Max von Sydow) commits suicide for fear of atomic bombs. Scientists – not all of them, of course - tend to say that the peaceful utilisation of the atomic energy should be kept as a possibility. I think it could save the world, since fossilic energy sources will certainly run out before they could be substituted by renewable energy. The legal technocracy negating nuclear energy is far too narrow-minded to be sustained. The legal answer of the governing power should be nuanced by scientific aspects. When some countries, like Iran or North Korea, develop nuclear weapons, they do not do it in the interest of their societies. In these cases, state has already consumed society; and we must not feel obliged by such countries. The politically civilised world should not be misled by a false nuclear and environmental policy. A syringe may be a means of healing in the hands of physicians, though, it may be a weapon in the hands of a murderer. We should not incarcerate the physicians together with the murderers.

Using nuclear energy for unacceptable purposes is a kind of environmental piracy; and the pirates' claims are not to be fulfilled. The peaceful utilisation of atomic energy is, for lots of top scientists, an acceptable risk. Nevertheless, politicians tend to underline that atomic energy is to be eliminated together with fossilic energy. In fact, those who really want to develop nuclear weapons will always have the opportunity to do so. Atomic energy is considered to be cheap, economical and environment-friendly when properly used. One must not forget the obvious risk of an atomic catastrophe, though this latter one is not in the same rank as a climate catastrophe. Climate problems are unavoidable unless mankind intervenes,

whilst a possible nuclear catastrophe will almost never occur until the international policy remains in the hands of gentlemen. These gentlemen are supposed to protect the globe from every danger, though their tools are restricted. A nuclear cataclysm would be fateful, but it can be prevented. The prevention of a pending climate catastrophe is, however, still beyond the reach of today's humanity.

6. The Rule of Law *versus* Draconian Legal Norms

Michel Foucault wrote in his *Les mots et les choses (Words and Things)* in 1966: „We have the impression – and we say it fairly frequently – that the history of nature should have appeared when the Cartesian mechanism had started to decline. When it finally turned out to be impossible to squeeze the whole world into the laws of rectilinear movement, when the complex world of plants and animals resisted to the simple forms of the extended substance, nature only then had to appear up in her outstanding richness; and the meticulous observation of the living creatures started exactly at the level where from Cartesianism had only recently withdrawn.” („On a l'impression – et on le dit souvent – que l'histoire de la nature a du apparaitre sur la retombée du mécanisme cartésien. Quand il se fut révélé finalement impossible de faire entrer le monde entier dans les lois du mouvement rectiligne, quand la complexité du végétal et de l'animal eurent assez résisté aux formes simples de la substance étendue, alors il a bien fallu que la nature se manifeste en sa richesse étrange; et la minutieuse observation des êtres vivants serait née sur cette plage d'où le cartésianisme à peine venait de se retirer.”) (Foucault 1966: 140.) Environmentalism, as a legal phenomenon, is there in the normative structure of the human societies. Environmentalism is partly instinctive, partly conscious. Environment-consciousness is rooted in the fabric of the instincts. Mankind is predestined, by God or by nature, to preserve the natural environment as a precious value. The environment, as a value, is in the possession of people, under state and civil control. When the state environmental policy is not in harmony with the social expectations, we meet a confrontation similar to any conflicts of interests in the course of history. The only difference is that the conflict is not about religion, property, personal liberty, social needs or money, but about environmental protection.

For the state, it is a must to consider the environmental interests of the community. For the society as a whole, it is a question of ethics. For the individuals, environment-consciousness remains within the reach of morality. The Hegelian distinction of morality and

ethics is nuanced by the *raison d'État* of respecting the right of everyone to a healthy environment. It is an advancement due to the rule of law that the European countries give this basic right not only to citizens, but to all inhabitants. Thus the hypocrisy of defending citizens and leaving alone the people who live *in loco*, is over. States are political creatures and many of them do not mind others but their citizens. Environmentalism is not related to citizenship. The protection of environmental values is the task of all inhabitants, according to their personal and collective priorities. The society herself should not be excluded from the protection of environment; nor should states wholly back out of environmental protection.

Still I think the role played by states to be important, though reduced to a normative point of minimum. This minimum means the creation of a legal framework and the sustainment of the basic rules and formalities. Anyway, environmental protection is (or should be) canalised by informal social mechanisms. All that is much simpler in a state

- which is too much underdeveloped to be able to legally bind inhabitants,
- or in a land where the rule of law fulfills its real functions

than in countries directed exclusively by Draconian legal norms.

State and law are not to be disregarded, especially concerning environmental protection. Accent is on men and women living in and living for their micro-environment. Law should be designed in order to circumscribe the basic rules and to determine the metes and bounds of a socially directed environmentalist state. In this way, society and state would together regulate each other's radius of action; and this would be an *operatio optima legum*.

7. The Environmental Social Benefit

It is difficult to have a look at the depth of social functioning. Environmentalism is connected rather to societies than to states. Under average legitimate circumstances, state is made by society. In reality, state tends to acquire power (authority) over people via legislative and regulative procedures. It is the people's responsibility to keep the state under a permanent civil control. In case this control is lost, the possibility of maintaining a green state and a green society disappears.

Economic and social interests meet, in a salient manner, at two points of the legal existence:

- in labour law
- and in environmental law.

Social and economic interests come directly to surface when working to earn our families' living and when working for a better future for our families (family as a human rights notion and family as an economic entity). Besides, economically, labour has a huge impact on environmental protection and *vice-versa*. The environmental industry is in an ever growing need for manpower and the future of environmentalism depends on the decreasing number of jobless people. The more people are involved in the green industry (directly or indirectly), the better these men and women will be integrated into an environment-friendly society. The legal *modus* is given by state, but it is also transformed, from time to time, by the individuals who try to make their environment viable. Finally, a green philosophy – a philosophy made by humans and, first of all, for humans – is supposed to conduct society and to harmonise the environmental *raison d'État* with the practical need of people for comfort. *De facto*, environment-consciousness is an unmeasurable self-sacrifice of more than one person at the expense of these persons' comfort. The sacrificed comfort may be of a material or of an immaterial character. Discomfort is material when, for example, people deprive themselves of luxury foods or luxury clothes; while discomfort is immaterial when e.g. free time and public attention are invested in producing environmental social benefit.

One must note that there is a psychic limit:

- As far as chattels are concerned by the green sacrifice, people, more or less, agree. If real estates are concerned – by a trespass, by floods, by wind erosion, by environment-friendly installations, like a noisy wind turbine -, society reaches a psychic limit which can hardly be passed over. A psychosomatic effect pushes back the otherwise environment-friendly and environment-conscious population.
- If luxury is to be given up, people normally admit it and they come back to the inferior goods. When the necessary goods are to be sacrificed, environmentalism attains the above mentioned psychic limit.
- If laws relating to the *ordo socialis* (like criminal law, procedural laws) are to undergo modifications in order to be more environmentalist, people usually say yes. When laws relating to the *ordo oeconomicus* (like property law, fiscal law, labour law) are envisaged to be less inhabitant-friendly and more environment-friendly, people generally say no. (The normative changes which are both inhabitant- and environment-friendly are, naturally, accepted by a broader mass of people.)

8. Is Environmentalism a Game of Losers?

Montesquieu wrote in his *The Spirit of Laws* in 1748 that the maritime law of Rhodes had been possibly righteous when giving the ship to those who, in time of tempest, do not leave the ship and refusing those who escape. (Montesquieu 2000: 708.) Environment is an arch of Noah and only those people who partake in its conservation and improvement merit to enjoy its fruits. Environmentalism is a society game oriented by *lex naturalis* and regulated by positive law. In the long run, *lex naturalis* preponders over man-made law. The game is never won: step by step, mankind loses its natural environment, unless being active on green policy. This game is that of losers: those who lose less than the others are considered to be the real winners.

The Montesquieusarde Weltanschauung has still a lot to tell today's people about human legal behaviour. Law undergoes changes, however, new law products never differ completely from legal norms of yesterday. The basic research of past sociologists, lawyers and economists conveys an abundance of knowledge to present societies. This knowledge is there to be examined and applied by the present generations. According to the development of natural sciences, law is to be formed and transformed. Basic research of social processes is to be continued. There is always new information to gather and to add to the global human culture. There is still a lot to do. Without the scientific heritage of preceding ages, environmental protection would be in lack of basic knowledge of what and how to do with climate change, air pollution, extinction of forests, losses of flora and fauna, industrial pollution and other environmental dangers.

Would the above mentioned Chinese model meet Montesquieu's approbation? Could Montesquieu think like the present Chinese leaders do? Could we, just as an experiment, go back to the 18th century and put the Chinese model to the test of history? Possibly, this model would be well functioning. There is no reason for astonishment. A premodern democracy was not more democratic than a postmodern dictature. None of them could be the hotbed of a long-lasting environmentalism. Without the adjective *long-lasting*, sustainable development cannot be imagined.

Examples taken from a farther temporal dimension, such as that of a Montesquieusard state, and examples taken from a farther spatial dimension, such as that of the Chinese model, let us have a clear view of evolution and devolution during the history of man. Holbach wrote in his *Système de la Nature (System of Nature)* in the 18th century: „Man is the creature of

nature, he exists in nature, he is subjected to the laws of nature, and he cannot separate himself from nature, not even in his thinking procedure.” („L’homme est l’ouvrage de la nature, il existe dans la nature, il est soumis à ses lois, il ne peut s’en affranchir, il ne peut meme par la pensée en sortir.”) (Holbach 1990: 37.)

9. There is Future for the Poorest Ones

Principle 2 of the Rio Declaration on Environment and Development (1992) says: „States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other states or of areas beyond the limits of national jurisdiction.” By virtue of Section 2 of Article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966): „All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic cooperation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of substance.” The really huge losses of natural values concern the upcoming countries, like Brazil, China and India. At first, it sounds somewhat strange that the underdeveloped African lands are in a better environmental stage. The NATO and the EU countries have an environmental advantage over them, but the „natural wealth and resources” of the upcoming giants, like those of Brazil, suffer indeed of an intensive environmental pollution and of a harsh consumption.

By contrast, the environment of many African and Southeast Asian countries, with sometimes medieval living circumstances and with almost no organised state economy, is less harmed than the the environment of the new giants. It is simply due to the fact that until other countries do not come to consume the natural resources, those resources remain unhurt by the primitive and near-natural local use of environment.

All these do not vote for a primitive and near-natural civilisation. The facts speak for themselves. It is also true that a civilisational defect favours a lawless atmosphere; and, after all, lawlessness leads to *incommodum populi*.

The advantage of the poorest countries seems to be **temporary** and **relative**:

- it is **temporary**, because, in a short time period, it will be over

- and it is **relative**, since it strongly depends on bigger and richer countries having influence on their poorest counterparts.

The poorest ones should follow the route of environmental revolution and social evolution. I.e. they ought to take profit of their natural wealth and should turn it into a gradual evolution of state and society so as to build up a modern type of political edifice. This political edifice would thus be compatible with the old western type of democracies, so communication between the old world and the possible new world would be alleviated. The Chinese model is not to be followed by the poorest ones. The Chinese model might be useful for Brazil or India, but not for African and Southeast Asian peoples suffering of famine and homelessness, of the shortage of medicine, and of the lack of public utilities. It was stated in the Johannesburg Declaration on Sustainable Development (2002) that „poverty eradication, changing consumption and production patterns and protecting and managing the natural resource base for economic and social development are overarching objectives of and essential requirements for sustainable development.” (Article 11) „The deep fault line that divides human society between the rich and the poor and the ever-increasing gap between the developed and the developing worlds pose a major threat to global prosperity, security, and stability.” (Article 12) „Globalisation has added a new dimension to these challenges. The rapid integration of markets, mobility of capital, and significant increases in investment flows around the world have opened new challenges and opportunities for the pursuit of sustainable development. But the benefits and costs of globalisation are unevenly distributed, with developing countries facing special difficulties in meeting this challenge.” (Article 14)

10. Environmentalism as an Act of Ecumenism

In 2009, pope Benedict XVI wrote in his encyclical letter *Caritas in veritate*: „Today the subject of development is also closely related to the duties arising from our relationship to the natural environment. The environment is God’s gift to everyone, and in our use of it we have a responsibility towards the poor, towards future generations and towards humanity as a whole.” (Article 48) „Human beings legitimately exercise a responsible stewardship over nature, in order to protect it, to enjoy its fruits and to cultivate it in new ways, with the assistance of new technologies, so that it can worthily accommodate and feed the world’s population. On this Earth there is room for everyone: here the entire human family must find the resources to live with dignity, through the help of nature itself – God’s gift to his children

– and through hard work and creativity. At the same time we must recognise our grave duty to hand the Earth on the future generations in such a condition that they too can worthily inhabit it and continue to cultivate it. This means being committed to making joint decisions after pondering responsibly the road to be taken, decisions aimed at strengthening the covenant between human beings and the environment.” (Article 50)

Pope Benedict XVI turns out to be an environmentalist pope. He never disregards the cause of environmental protection and he verbalises the urgent needs of the poor. Environment is for all, so it has to be defended by all the people. This is the religious summary of today’s environmentalism and this is what the pope writes and speaks about when addressing himself to the believers.

Non-believers are not excluded from society either. They ought to be approached via the common task of mankind to preserve nature. I think environmentalism might be a basic notion for ecumenism. It is in the hands of religious leaders and in the hands of leaders of states and societies to find the right way of cooperation. Churches are considered by many states as special civil organisations. In Hungary, there is no significant legal difference between a church and an association. Both represent the people’s interests before the government. The Hungarian government, and all governments of the world, should not put churches before associations and foundations: any kind of non-statal partaking in the social life is of a similar social value. Environment-consciousness has a strong need for ecumenism and for all sorts of coworking.

11. Summary

Nowadays, the situation of global environment raises problems for humanity. For the inhabitants of our planet, there is an increasing number of environmental difficulties to cope with. The activity of local people and that of states more and more keen on environmental topics is a good sign, however, there is still a lot more to do. If we say that present environmentalism is not enough, we do not do it in order to drive present generations to despair. The beginning of a green new world is to come. A new legal, social and economic framework is to be designed for a greener future. The basic notions of environmentalism are immanent in the global culture. People use these notions in the hope of making environment-consciousness a global reality.

Religion, politics, economy and other social factors determine the present shape of the blue planet. Some people think that future generations ought to struggle on their own for their lives. I believe that no one should be exposed to the idea of *struggle for life*. Every human, every animal and every plant race has a natural right to subsist. Biodiversity must not be overwritten by political currents adopting the odious notion of *struggle for life*.

Excluding people from society because of their race, gender, age, colour, religion, origin and because of other discriminating factors is unacceptable and it would be contrary to the spirit of environmentalism. Only those churches and those political parties have a real future which admit it not only in words, but also in deeds. Hostility among people is diametrically opposed to environment-consciousness. No reasonable environmentalism could exist without a *struggle for cooperation*. Extremism is not compatible with environmentalism, consequently the civilised world is not to be directed by Burgessian *clockwork oranges* (Burgess 1972).

Bibliography

- Burgess, Anthony (1972) [1962]: A Clockwork Orange.* Penguin Books, Harmondsworth, Middlesex.
- Dewey, John (2004) [1920]: Reconstruction in Philosophy.* Dover Publications Inc., Mineola, New York.
- Foucault, Michel (1966): Les mots et les choses (Words and Things).* Gallimard, Paris.
- Holbach, Paul Henri Thiry (1990) [1781]: Système de la Nature (System of Nature).* First Volume. Fayard, Paris.
- Kelsen, Hans (2001) [1934]: Pure Theory of Law (Reine Rechtslehre).* Rejtjel, Budapest.
- Montesquieu, Charles Louis de Secondat (2000) [1748]: The Spirit of Laws (De l'esprit des lois).* Osiris-Attraktor, Budapest.
- Népszabadság (2009a):* October 27th, 2009.
- Népszabadság (2009b):* October 31th, 2009.

*Szabó, Péter LL.M. (Erlangen-Nürnberg) Rechtsreferendar,
bnt Szabó Tom Burmeister Rechtsanwaltsbüro*

Vertragsrechtliche Probleme des Sport-Sponsoring im deutschen und ungarischen Recht

1. Einleitung

Die wirtschaftliche Bedeutung des Sport-Sponsoring ist in den letzten zwei Jahrzehnten immens geworden. Die sich aus den Sport-Sponsoring-Verträgen ergebenden Einnahmen machen einen festen Bestandteil des Budgets von Verbänden, Vereinen und einzelnen Athleten aus. Beispielweise ist das Sponsoring des Deutschen Fußball-Bundes (DFB) für den Mercedes-Benz als Generalsponsor jährlich 13 Millionen Euro Wert.¹ Die sechs Hauptsponsoren der Fußball-WM 2010 in Süd-Afrika bezahlten der FIFA je mehr als 100 Millionen Euro, um mit der WM zu werben.² Die zunehmende Kommerzialisierung und Medialisierung des Sports und der Welt erfordern von allen Wirtschaftsteilnehmern, irgendeine Art von Sponsoring zu betreiben. Dazu gewährleisten die neuen Medien ein attraktives Werbefeld für alle Unternehmen aber auch für Privatpersonen, die mit Hilfe des Sports ihres Image und Wahrnehmen für die Verbraucher verstärken wollen.

Bei der vertraglichen Gestaltung von Sport-Sponsoring tauchen besondere Probleme auf: die Komplexität der zu beachtenden Regelungen und Rechtsvorschriften, sowie das, dass diese Verträge meistens von Nichtjuristen formuliert werden, tragen in sich schon im Verhältnis von Gesponserten und Sponsor gewisse Gefahren, z. B. im Hinblick auf persönlichkeitsrechtliche Fragen. Außerdem spielen die auf der Verbandsautonomie beruhenden Verbandsregelungen bei der dogmatischen Beurteilung der entstehenden Rechtsprobleme eine besonders wichtige Rolle, deren Verhältnis zum staatlichen und überstaatlichen Recht (Zweispurigkeit) auch große Bedeutung hat. Darüber hinaus befinden sich die mächtigsten Verbände in ihrem „Zuständigkeitsbereich“ in Monopolstellung, was kartellrechtliche Fragen – vor allem aus der Sicht des Europarechts – aufwirft. Im

¹ Sponsor's, 5 2009, 14 f.

² Siehe den folgenden Bericht: <http://www.telegraph.co.uk/finance/2940670/Fifa-is-the-one-sure-firewinner.html>, letzter Abruf: 31.11.2009).

Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Problemen steht auch die im Sport-Sponsoring-Vertrag erstrebte Exklusivität.

Obwohl die vertragsrechtlichen Probleme des Sport-Sponsoring in praktischen und rechtlichen Bedeutung die sponsoringrelevanten verbands- und kartellrechtlichen Fragen nicht erreichen, gibt es einige wichtige und besondere Rechtsprobleme, die ausführlicher analysiert werden sollten. Rechtliche Analysen sind auch aus dem Grund wichtig, da die vertragsrechtlichen Fragen des Sport-Sponsoring von den Vertragsparteien in der Praxis eher nicht wahrgenommen werden. Im Hinblick auf diese Fragen entstehen die gleichen Rechtsprobleme gemäß deutschem und ungarischem Recht. Meistens lassen sich auch die gleichen Lösungen in beiden Rechtssystemen finden, nur teilweise kann man auf andere Ergebnisse kommen.

Der Beitrag gliedert sich in zwei größere Teile: erstens werden die vertragsrechtlichen Probleme des Sport-Sponsoring einzelner Athleten erörtert, zweitens werden die vertragsrechtlichen Fragen des Sport-Sponsoring von Vereinen und Verbänden analysiert. Die Darstellung der ungarischen rechtlichen Fragen – soweit es in Vergleich zum deutschen Recht abweicht – wird parallel mit den einzelnen Problemstellungen behandelt.

2. Begriff des Sport-Sponsoring-Vertrags

Der Begriff des Sport-Sponsoring-Vertrages lässt sich nach den Merkmalen des allgemeinen Sponsoring-Begriffs definieren:

- Das Sport-Sponsoring ist eine auf einem Vertrag basierende dauerhafte oder nur auf sich ein Sportereignis beziehende Beziehung des Sponsors und des Gesponserten mit einem kommunikationspolitischen Zweck;
- der Sponsor sichert dabei Geld oder geldwerten Vorteilen dem Sportler, oder der Sportorganisation;
- der Gesponserte leistet einen Werbeeffect, einen sog. Image-Transfer durch eine aktive Präsentation von einer Marke und/oder sonstigen geschäftlichen Beziehungen des Sponsors in sportlicher Umgebung;

- das Sport-Sponsoring entwickelt sich unter Ausnutzung einer starken medialen Präsenz sowie im Überlassen von Identifikationsmerkmalen zur werblichen Verwertung;³
- wobei der mit positiven Erlebniswerten besetzte Sport parallel zu einer geschäftlichen Bezeichnung oder eine Marke wahrgenommen wird.⁴

Das ungarische Sportgesetz (SG, Gesetz Nr. I von 2004 über den Sport) bestimmt im § 35 Abs. 1 SG den Begriff des Sport-Sponsoring-Vertrages, der mit den in der deutschen Literatur behandelten Definitionen in Wesentlichen übereinstimmt: „Im Sponsoring-Vertrag verpflichtet sich der Sponsor, eine natürliche oder juristische Person, bzw. eine Organisation ohne Rechtspersönlichkeit dazu, die Sporttätigkeit des gesponserten Sportlers, der Sportorganisation, des Sportverbands oder der öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Sports mit Geld- oder Naturalleistung zu fördern, der Gesponserte ermöglicht, dass seine Sporttätigkeit vom Sponsor während seiner Marketingtätigkeit angewendet wird.“ Diese gesetzliche Formulierung beinhaltet alle praktischen und wissenschaftlichen Merkmale des Sport-Sponsoring-Vertrags.

3. Vertragsrechtliche Probleme des Sport-Sponsoring einzelner Athleten

Besondere Rechtsprobleme können sich insbesondere aus dem zwischen dem Athleten und dem Sponsor abgeschlossenen Sport-Sponsoring-Vertrag ergeben. Als Solche gelten die Nutzungsmöglichkeiten, die Weiterübertragung und die Weiterverwendung der Persönlichkeitsrechte im Zusammenhang des durch den Vertrag zugunsten des Sponsors entstandenen Image-Transfers, sowie die Kündigungsregelungen.

³ Vgl. *Wegner*, Konstantin: Der Sportsponsoringvertrag – Vertragliche Aspekte des Einzelperson-, Institutional- und Eventsponsoring, Baden-Baden 2002, 1, A, III, S. 32; *Vieweg*, Klaus: Sponsoring und Sportrecht, *SpuRt* 1994 6 ff., sowie 73 ff., 6 (6); *Vieweg*, Klaus: Innehabung und Durchsetzung sponsoringrelevanter Rechte – Das Dilemma der Athleten im kommerzialisierten Sport, in: Württembergischer Fußballverband e. V. (Hrsg.): Sponsoring im Sport, Schriftenreihe Nr. 39, Stuttgart 1997, II, 1, S. 24; *Boochs*, Wolfgang: Sponsoring in der Praxis, Neuwied 2000, D, II, S. 227; *Fritzweiler*, Jochen/*Pfister*, Bernhard/*Summerer*, Thomas: Praxishandbuch Sportrecht, München 2007, 3. Teil, 2. Kapitel, Einführung, S. 285; *Schaub*, Renate: Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke, Tübingen 2008, § 4, II, 2, a, S. 91; *Roth*, Barbara: Vertragsrechtliche und ökonomische Analyse von Sportsponsoringverträgen, München 2001, B, 1, S. 27; *Reichert*, Bernhard: Sponsoring und nationales Sportverbandsrecht, in: Klaus Vieweg (Hrsg.): Sponsoring im Sport, Stuttgart 1996, I, 1, S. 31.

⁴ *Wegner*, 1, S. 26.

3.1. Rechtliche Probleme im Hinblick auf den sog. „Image-Transfer“

Der gesponserte Sportler leistet dem Sponsor einen Werbeeffect, der durch sein Image gewährleistet wird. Das Kennzeichen des Athleten darf durch den Sponsoring-Vertrag mit dem Geschäftskennzeichen des Sponsors in Verbindung gebracht werden, es führt sozusagen zu einem Image-Transfer zugunsten des Sponsors, also gestattet der Gesponserte dem Sponsor mit dem Abschluss des Sport-Sponsoring-Vertrages, sein Image, sein in der Öffentlichkeit entstandenes positives Persönlichkeitsbild zu verwerten. Diese sind besonders der Name, das Bildnis des Athleten, und der öffentliche Auftritt im Rahmen seiner Sportausübung.⁵ Demzufolge besteht die Hauptleistung des gesponserten Sportlers in der Nutzungsüberlassung seiner allgemeinen Persönlichkeitsrechte zu Werbezwecken für den Sponsor.⁶ Es handelt sich um einen Eingriff in die privaten Persönlichkeitsrechte des Athleten, hiernach stellt sich die Frage, ob die einzelnen Persönlichkeitsrechte Gegenstand eines Nutzungsrechtes oder rechtlicher Verfügungsgewalt im Sinne dinglicher Übertragbarkeit sein können, ggf. Ob wie die Schutz- und Verwertungsmöglichkeiten der sponsoringnehmerischen Leistung gewährleistet werden können.

3.1.1. Nutzungsüberlassung des Persönlichkeitsrechts zu Werbezwecken als Hauptleistungsgegenstand des Sport-Sponsoring-Vertrages von Athleten gemäß deutschem Recht

Da die Hauptleistung des Sponsors i. A. nur in Geldmittel besteht, charakterisiert der Image-Transfer des Gesponserten den Vertragsinhalt des Sport-Sponsoring, was wichtige persönlichkeitsrechtliche Fragen aufwirft.

3.1.1.1. Die allgemeinen und besonderen Persönlichkeitsrechte

Es ist seit langer Zeit geklärt, dass innerhalb des Persönlichkeitsrechts zwischen besonderen und allgemeinen Rechten unterschieden wird.

⁵ Wegner, 3, C, I, 1, S. 85 ff.

⁶ Wegner, 2, A, II, 1, S. 54.

3.1.1.1.1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann durch einen mannigfachen Inhalt beschrieben werden, dessen Schwerpunkte der Ehrenschatz, der Schutz gegen die Entstehung eines falschen Bildes in der Öffentlichkeit, das Kennnis der eigener Abstammung und der Schutz gegen den unbefugten Eingriff in die Intimsphäre sind.⁷ Diese sind eigentlich die deliktisch geschützten (§ 823 Abs. 1 BGB) Ausprägungen der Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art 1 Abs. 1 des Grundgesetzes, deswegen fehlen die ausführlichen gesetzlichen Regelungen.⁸

3.1.1.1.2. Besondere Persönlichkeitsrechte

Der Name, das eigene Bild, die Stimme einer Person, oder bei Athleten ihre sportliche Leistungen und Erfolge werden in der Literatur als besondere Persönlichkeitsrechte bezeichnet,⁹ die zugleich Identitätsmerkmale einer Person sind, die durch das GG und das BGB gegen die rechtswidrigen Eingriffe gewehrt sind.¹⁰ Im Hinblick auf den Image-Transfer sind eher diese besonderen Persönlichkeitsrechte von Interesse, namentlich spielen sie bei der sog. Nutzungsüberlassung eine wesentliche Rolle.

3.1.1.2. Die Übertragbarkeit der besonderen Persönlichkeitsrechte zur Verwendung von Werbezwecken

3.1.1.2.1. Abspaltung der Persönlichkeitsrechte

Die schon angedeutete Kernfrage ist hier, ob die einzelnen Persönlichkeitsrechte Gegenstand eines Nutzungsrechtes oder rechtlicher Verfügungsgewalt im Sinne dinglicher Übertragbarkeit sein können. Auf den Sport-Sponsoring-Vertrag gewendet erhebt sich die Frage, ob die erwähnten besonderen Persönlichkeitsrechte durch den Sponsoring-Vertrag auf den Sponsor übertragen werden können, wobei dem Sponsor sogar eine schutzwürdige

⁷ Medicus, Dieter: Allgemeines Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg/München 2006, 4, § 64, IV, 2, S. 422-425; vgl. Schmidt-Beliebtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfau, Axel: Kommentar zum Grundgesetz, Köln/München 2008, Art. 1 GG, C, 8, a, Rn. 58, S. 142 f.

⁸ Vgl. Hamacher, Karl/Weber, Nils: Werben mit sportlicher Prominenz, Sponsor's 1 2009 44 f., 44 (44); Vieweg: Innehabung... III, 2, a, bb, S. 33; Lettmaier, Saskia: Konzeption und Schutz des Kommerzialisierungswerts von Sportlern aus US-amerikanischer und deutscher Perspektive, in: Vieweg, Klaus (Hrsg.): Prisma des Sportrechts, Berlin 2006, II, S. 222.

⁹ Medicus, 4, § 64, IV, 1, S. 420-422; Vieweg: Innehabung... III, 2, a, bb, S. 32 f.

¹⁰ Wegner, 3, C, I, S. 85-92.

Rechtsposition gewährleistet werden soll.¹¹ In der Literatur gibt es zwei verschiedene Auffassungen.

3.1.1.2.1.1. Persönlichkeitsrechte als Abwehrrechte

Die eine Meinung sagt, dass die Persönlichkeitsrechte nicht übertragbar seien, da diese nur reinen Abwehrrechte darstellen, sie gehörten weder zu den Rechten im rechtsgegenständlichen Sinne, noch zu den Immaterialgütern. Die wesentliche Konsequenz besteht nach dieser Auffassung darin, dass das Persönlichkeitsrecht ein mehr oder weniger reines Schutzrecht ausgestaltet ist.¹² So erklärt diese Meinung das Sponsoring so, dass der Gesponserte dem Sponsor erstattet, in seine rechtlich geschützte Sphäre einzugreifen (sog. Eingriffsgedanke), was so nicht rechtswidrig sei.¹³ Dementsprechend ist die einzige Verwertungsform in der Einwilligung des Sportlers zu sehen.¹⁴

3.1.1.2.1.2. Vermögensrechte als abspaltbare Teile des Persönlichkeitsrechts

Die andere Ansicht vertritt die Auffassung, dass der Kern des Persönlichkeitsrechts zwar unübertragbar sei, aber die Übertragung der Nutzung des Persönlichkeitsrechts sei zu bejahen, das Recht auf den Schutz der Persönlichkeit und das Recht kommerzieller Verwertungsinteressen bildeten daher keinen Gegensatz.¹⁵ So wird zwischen persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Interessen innerhalb des Persönlichkeitsrechtes unterschieden, und die vermögensrechtlichen Elemente können mit dinglicher Wirkung einem anderen zur Verwertung überlassen.¹⁶

¹¹ Wegner, 3, C, I, S. 94.

¹² Ahrens, Claus: Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen: Ansatz einer Systembildung, Würzburg 2002, 1. Kapitel, 2. Teil, § 1, I, S. 98.

¹³ Wegner, 3, C, I, S. 94-95; Mehlinger, *SpuRt* 1996, 164 (164).

¹⁴ Ausführliche Erörterungen siehe dazu: Ahrens, 1. Kapitel, 2. Teil, § 1, I, 1, S. 99 ff.

¹⁵ Wegner, 3, C, I, S. 97-99; vgl. Fritzweiler/Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, I, 1, c, S. 291; vgl. Lettmaier, II, S. 223.

¹⁶ Siehe die Konklusionen von Ahrens, Ahrens, 5. Kapitel, § 3, S. 538; Fritzweiler/Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, I, 1, c, S. 291-292; die sog. Nena-Entscheidung des BGH hat hier den grundlegenden Wandel gebracht – BGHZ GRUR 1987, 128. Das Landgericht Frankfurt besagte die Abspaltung der Persönlichkeitsrechte von Lizenzfußballspielern ausdrücklich; siehe: Heermann, Peter: Wem stehen die Verwertungsbefugnisse an Persönlichkeitsrechten von Lizenzfußballspielern zu? *causa sport* 2009, 166 (166 ff.).

Innerhalb dieser Auffassung kann noch ein Unterschied gemacht werden, also ob diese gespaltenen vermögensrechtlichen Bestandteile nur durch eine beschränkte, gebundene Übertragung eines vom Persönlichkeitsrechts abgespaltenen Teilrechts zugelassen werden können, oder die als echten und übertragbaren Immaterialgüterrechte betrachtet werden können.¹⁷ Meines Erachtens ist die zweite Ansicht, die Abspaltung der Persönlichkeitsrechte als Immaterialgüterrechte, vorzugswürdig. Heute sind Namen von berühmten Athleten, und mit den Namen zusammengeknüpft Bilder schon immaterielle Rechtsgüter, eigentlich Marken geworden. Es sind auch solche Vertragstypen, bei denen die Leistung der einen Partei in der Nutzungsgewährleistung ihrer Name und Marke besteht, z. B. bei dem Franchising oder Joint Venture.¹⁸ Weitergehend auf dieser Gedankenweise kann man einsehen, dass das Image eines beliebten Berufssportlers auch als eine Marke, ein zu verwertendes Rechtsgut gilt.

Die Abspaltung des Persönlichkeitsrechts kann analog gemäß dem Urheberrecht auch auf gesetzlichen Grundlagen ausgelegt und unterstützt werden, da das Urheberrecht auch persönlichkeitsrechtliche und immaterialgüterrechtliche Komponente aufweist.¹⁹ Nach dem § 29 Abs. 1 und 2 UrhG ist die Veräußerung des Urheberrechtes unter Lebenden ausgeschlossen, aber zulässig sind die Einräumung von Nutzungsrechten, schuldrechtlichen Einwilligungen und Vereinbarungen zu Verwertungsrechten (§ 31 UrhG).

Mit der Beendigung des Sponsoring-Vertrags fallen die dinglichen Teilrechte auf den Gesponserten automatisch wieder zurück, das Mutterrecht erstarkt wieder zum Vollrecht.²⁰

3.1.1.2.2. Schutzwürdige Rechtspositionen des Sponsors und des gesponserten Athleten

Die bejahende Auffassung über die Abspaltung des Persönlichkeitsrechts sieht ferner voraus, dass die Rechtsposition des Sponsors insofern verstärkt werden soll, dass er sich gegen die rechtswidrigen Eingriffe in die ihm durch das Image des Sportlers gesicherte Leistung wehren kann, also soll er eine schutzwürdige Rechtsposition erlangen. Es benötigt im Sport-Sponsoring-Vertrag, dass der gesponserte Sportler einwilligt, dass der Sponsor

¹⁷ Fritzweiler/Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, I, 1, c, S. 292.

¹⁸ Z. B. kann an McDonalds, Burger King beim Franchising, und an die Sony Ericsson Group beim Joint Venture gedacht werden.

¹⁹ Wegner, 3, C, I, S. 99.

²⁰ Fritzweiler/Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, I, 1, c, S. 292.

gegen diese Eingriffe auch auftreten kann. Es setzt voraus, dass diese Einwilligung umlauffähig sein soll, was meiner Ansicht nach ohne Probleme hinzunehmen ist.²¹

Es ergibt sich die folgende Frage: bei dieser Einwilligung verbleibt das Recht dem Gesponserten auch, sich gegen rechtswidrige Eingriffe in seine Privatsphäre zu wehren? Meines Erachtens soll diese Frage bejaht werden, da es zu dem Kern der nicht übertragbaren Persönlichkeitsrechte gehört, aber es kann zugleich auch abgespaltet werden. Das bedeutet meiner Auffassung nach, dass die Person immer das Recht hat, Eingriffe gegen ihre eigene Person mittels des Rechts abzuwehren, aber er kann dieses Recht auch einem anderen, z. B. dem Sponsor zeitgleich aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags überlassen. Aber es ist auch festzustellen, dass diese dem Sponsor überlassene Einwilligung nicht freiwillig von dem Sponsor weiter übertragen werden kann, benötigt es meiner Meinung nach immer die eigene ausdrückliche und schriftliche Erklärung des Gesponserten.²² Solche Auffassungen können nicht unterstützt werden, dass der Gesponserte gegen Entgelt auf diesen Schutz zugunsten des Sponsors verzichtet, wonach bei einer Verletzung durch Dritte erhielt der Gesponserte einen obligatorischen Anspruch gegen den Sponsor, oder der Sponsor muss bei einer Verletzung obligatorisch gegen die rechtswidrige Person auftreten, da es meines Erachtens nur im Einzelfall zu beurteilen ist, ob eine Handlung rechtswidrig erweist oder nicht. Der Gesponserte sollte immer berechtigt sein, sich gegen Eingriffe Dritter rechtlich zu wehren, wenn er so beurteilt, dass es um einen rechtswidrigen Eingriff in seine Privatsphäre geht.²³ Außerdem muss sich der Gesponserte auch gegen die eventuellen rechtswidrigen Eingriffe des Sponsors selbst wehren können.²⁴

3.1.1.2.3. Weiterübertragung der an Image des Athleten erworbenen Rechte

Es ist auch fraglich, ob der Sponsor das durch einen Sport-Sponsoring-Vertrag überlassene Image noch weiter übertragen kann? Meiner Meinung nach bedarf es erstens immer der ausdrücklichen und schriftlichen Erklärung des Gesponserten, und zweitens soll im

²¹ Vgl. Wegner, 3, C, I, S. 100.

²² Bei einer Konstellation, wenn der Sportler mehrere Sponsors hat, und alle Sponsors können gegen rechtswidrige Eingriffe auftreten, ergeben sich weitere Fragen: können alle gegen den Verletzer Schadensersatz geltend machen, oder wie kann der Schaden aufgeteilt werden? Sind der Sportler und die Sponsors als Gesamtgläubiger anzusehen? Vgl. Fritzweiler/ Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, III, 2, a, S. 297.

²³ Vgl. Fritzweiler/Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, I, 1, c, S. 291.

²⁴ Vgl. Fritzweiler/Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, I, 1, c, S. 292-293.

Vertrag selbst geregelt werden, wem, wie und in welchem Umfang diese Rechte weitergegeben werden können. Die Auffassung, nach der eine eventuelle Weiterübertragung nicht der Einwilligung des Gesponserten bei einem ausschließlichen Sponsoring-Vertrag bedarf, ist auf keinen Fall vorzugswürdig.²⁵

3.1.2. Nutzungsüberlassung des Persönlichkeitsrechts zu Werbezwecken, als Hauptleistungsgegenstand des Sport-Sponsoring-Vertrages von Athleten gemäß ungarischem Recht

3.1.2.1. Übereinstimmungen in ungarischen und deutschen Persönlichkeitsrechtsvorschriften

§ 54 der ungarischen Verfassung beinhaltet die Rechte zur Menschenwürde, was auch eine allgemeine Handlungsfreiheit, so die freie Entfaltung der Persönlichkeit bedeutet.²⁶ Im ungarischen Recht sind die Persönlichkeitsrechte auch im BGB ausführlich geregelt. Es sind allgemeine sich auf alle Persönlichkeitsrechte beziehenden Vorschriften, sowie werden die einzelnen Persönlichkeitsrechte aufgeführt. § 75 Abs. 1 des ungarischen BGB besagt: „Die Persönlichkeitsrechte hat jeder zu respektieren. Diese Rechte stehen unter dem Schutz des Gesetzes.“ In § 75 Abs. 3 wird der erlaubte Eingriff in die Persönlichkeitsrechte geregelt: „Ein Verhalten verstößt gegen die Persönlichkeitsrechte nicht, wenn der Berechtigte es bewilligt hat, es sei denn, wenn die Bewilligung gegen das allgemeine Interesse verstößt oder das gefährdet. Die Persönlichkeitsrechte können nicht durch sonstige vertragliche Vereinbarung oder einseitige Rechterklärung eingeschränkt werden.“ Nach h. M. in der Literatur²⁷ gibt es eigentlich keinen bedeutenden Unterschied im Hinblick auf die wesentlichen Rechtsvorschriften im Verhältnis zum deutschen Recht und der Rechtsprechung.

²⁵ Vgl. Fritzweiler/Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, III, 2, b, S. 298.

²⁶ Petrik, Ferenc (Hrsg.): Alkotmány a gyakorlatban – Kommentár a gyakorlat számára (*Verfassung in der Praxis – Kommentar für die Praxis*), Budapest 2004, II, 1, S. 425 ff.

²⁷ Vgl. Zoltán, Ödön, in: Gellért, György (Hrsg.): A Polgári Törvénykönyv magyarázata (*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*), Budapest 2007, IV, VII. Kapitel, S. 256 ff.; Petrik, Ferenc (Hrsg.): A személyiség jogi védelme (*Rechtlicher Schutz der Persönlichkeit*), Budapest 1992, VI, 1, S. 180 ff.; Kecskés, László: Polgári jog – A személyek joga (*Zivilrecht – Recht der Personen*), Pécs 2005, XII, 4.1, S. 320 ff.

3.1.2.2. Abweichung im ungarischen Recht: persönliche Geltendmachung der Ansprüche und vertragliche Lösungsmechanismen

3.1.2.2.1. Persönliche Geltendmachung der Ansprüche im Falle einer Persönlichkeitsrechtsverletzung

Die einzige – aber gravierende – Abweichung zeigt sich im Vergleich des ungarischen Rechts zum deutschen darin, dass die sich aus dem Verstoß gegen die Persönlichkeitsrechte ergebenden rechtlichen Ansprüche nur persönlich vom Geschädigten geltend gemacht werden können, so ist die Einwilligung zu der Übertragung der Abwehrrechte – wie im deutschen Recht – gesetzlich nicht gestattet. § 85 Abs. 1 S. 1 des ungarischen BGB besagt: „Die Persönlichkeitsrechte können nur persönlich geltend gemacht werden.“ Nach h. M. in der ungarischen Literatur kann ein Rechtssubjekt seine subjektiven Rechte frei ausüben, was u. A. bedeutet, dass ein Rechtssubjekt selbst die Rahmen und Weise seiner Rechtsverfolgung bestimmen kann, da nur eine Person selbst ihre Persönlichkeit verwirklichen kann.²⁸ Wenn die Persönlichkeitsrechte einer Person verletzt worden sind, kann sie ihre Ansprüche nur persönlich geltend machen.²⁹

3.1.2.2.2. Vertragliche Lösungsmechanismen zugunsten des Sponsors hinsichtlich des erworbenen Images

Diese Auffassung bedeutet, dass im Falle des Sport-Sponsoring-Vertrages nur der Gesponserte gegen den Rechtsverletzer auftreten kann. Es kann erhebliche Probleme bereiten, weil sich der das Image des Gesponserten nutzenden Sponsor gegen seine durch Rechtsgeschäft erworbene Rechte verstoßenden Personen nicht wehren kann, er ist auf den Auftritt des Gesponserten angewiesen. Als Lösung in diesem Fall bieten sich meines Erachtens vertragliche Bestimmungen im Sport-Sponsoring-Vertrag an. Vor allem soll ausführlich geregelt sein, was für Verhalten als Eingriffe bewertet werden können, bei deren Vorliegen der Gesponserte seine Persönlichkeitsrechte auch im Interesse des Sponsors persönlich geltend machen soll. Der Sponsor hat in dieser Konstellation Interesse daran, den Kreis der als Eingriff angesehenen Verhalten so breit wie möglich zu ziehen, damit der

²⁸ Petrik (Hrsg.): A személyiség... VI, 1, S. 204 f.

²⁹ Petrik (Hrsg.): A személyiség... VI, 1, S. 206; Zoltán, in: Gellért (Hrsg.), VI, VII. Kapitel 314 f.; Petrik, Ferenc: A személyiség jogi védelme – A sajtó-helyreigazítás (*Rechtlicher Schutz der Persönlichkeit – Prozess auf Gegendarstellung der Presse*), Budapest 2001, S. 177 f.

Gesponserte gegen mehrere (Eingriffs)Verhalten zum Auftritt verpflichtet wird. Da das Anstreben eines Prozesses von dem jeweiligen Prozessrisiko abhängt, soll der Sport-Sponsoring-Vertrag auch solche Klauseln enthalten, die die Prozesskosten regeln und den auf den Prozess angewendeten zeitlichen, sachlichen etc. Aufwand des Gesponserten auch in Betracht ziehen. Entsprechende Schadensersatzklauseln sollen auch in den Vertrag aufgenommen werden, sofern der Gesponserte sich im Falle einer Rechtsverletzung nicht bereit zeigt, gegen den Rechtsverletzer aufzutreten. So können die aus sich der ungarischen gesetzlichen Regelung ergebenden Problemen meines Erachtens mit entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen im Sport-Sponsoring-Vertrag abgewehrt werden. Allerdings bedeutet dieses Rechtsproblem auch größere Lasten für den Gesponserten und Unsicherheiten für den Sponsor.

3.1.2.2.3. Analoge Anwendung der Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes

Eine mögliche Lösung hinsichtlich der persönlichen Geltendmachung der Ansprüche bietet noch die analoge Anwendung des § 15 des ungarischen Urhebergesetzes (Gesetz Nr. LXXVI. von 1999 über das Urheberrecht). Gemäß dieser Bestimmung kann der Lizenznehmer zum Schutz bestimmter Persönlichkeitsrechte des Urhebers auftreten, soweit diesem seinem Verhalten der Urheber im Lizenzvertrag ausdrücklich zugestimmt hat. Also sofern der Gesponserte eine ausdrückliche und schriftliche Erklärung (im Sport-Sponsoring-Vertrag) über seine Einwilligung zum Auftreten des Sponsors gegen rechtswidrige Eingriffe in seine Persönlichkeitsrechte abgibt, dann ist der Sponsor auch gemäß ungarischem Recht berechtigt, gegen diese Eingriffe aufzutreten. Daraus folgend dürften die Sponsoren auch eine solche schutzwürdige Rechtsposition erhalten, wie in deutschem Recht es im deutschen Recht vorgesehen ist (siehe Punkt 3.1.1.1.2).

3.2. Kündigung und damit zusammenhängende Probleme des Sport-Sponsoring-Vertrags

Hinsichtlich der Besonderheiten der Sportausübung können sich spezielle Kündigungsprobleme bei Sport-Sponsoring-Verträgen von einzelnen Athleten erheben. Die allgemeinen zivilrechtlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der ordentlichen Kündigung

sind auch bei dem Sport-Sponsoring-Vertrag anwendbar.³⁰ Besonderheiten tauchen aber im Hinblick auf die außerordentlichen Kündigungsgründe und die eventuelle Weiterverwendung der Persönlichkeitsrechte der gesponserten Athleten auf.

3.2.1. Außerordentliche Kündigung aufgrund schwerwiegender Vertragsverletzung

Im Mittelpunkt bei Sport-Sponsoring-Verträgen steht die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ohne Kündigungsfrist, also bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen und dadurch bedingter Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung. In den meisten Vereinbarungen sind diese schwerwiegenden Vertragsverletzungsgründe benannt. Darunter fallen insbesondere solche Verstöße, die das Image des gesponserten Athleten und damit auch des Sponsors beschädigen, wie Verletzungen von sportlichen Vorschriften oder von fundamentalen Grundsätzen des Fair Play, sowie Fragen hinsichtlich der privaten Lebensführung.³¹ Außerdem insbesondere können begründete Dopingfälle auf Sponsoring-Vereinbarungen auswirken.³² Das Problem steckt sich meines Erachtens darin, dass es im gegebenen Einzelfall schwer zu beurteilen ist, wann ein begründeter Dopingvorwurf oder eine Verletzung des Fair Play Prinzips vorliegt. Darüber hinaus ist es in manchen Fällen fraglich, ob ein solcher Verstoß auch Auswirkung auf die Imagebeurteilung des Sportlers hat.³³ Außerdem kann eine Verletzung der im Vertrag vereinbarten Exklusivität zur außerordentlichen Kündigung führen.³⁴ Um Streitigkeiten im Zusammenhang mit schwerwiegenden Vertragsverletzungen zu vermeiden, sollten bestimmte, mögliche Vorkommnisse im Vertrag beispielhaft als wichtiger Kündigungsgrund aufgeführt werden.³⁵

³⁰ Wegner, 5, B, VIII, 2, a, S. 217.

³¹ Vgl. Wegner, 5, B, VIII, 2, b, S. 218 f.; vgl. *Weiland*, Neil Georg: Kultur- und Sportsponsoring im deutschen Recht, unter besonderer Berücksichtigung urheber-, medien- und wettbewerbsrechtlicher Aspekte, Schriftenreihen zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung – herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Reihbinder, Band 74, Berlin 1993, § 14, S. 58; Vgl. *Birnstiel, Alexander/Janka*, Sebastian: Doping und Sportsponsoring – Imageschutz für Sponsoren, *Sponsor's 3 2009 44 f.*, 44 (44).

³² *Birnstiel/Janka*, *Sponsor's 3 2009 44 (44)*.

³³ Die „Marihuana-Affäre“ des US-Schwimmers Michael Phelps – wodurch er seinen Sponsor den Lebensmittelkonzern Kellogg verlor – kann ohnehin als eine schwerwiegende Vertragsverletzung angesehen werden, als der Sportler während Konsums von Marihuana im Internet für alle Nutzer gesehen war. Auf der anderen Seite soll man nur an Diego Maradona denken, der auch nach seinem langjährigen Kokainkonsum die beliebteste Person in Argentinien ist. Allerdings sehen knapp 60 Prozent der befragten Sponsoren zumindest einen kurzfristigen negativen Einfluss auf ihr Image bei Dopingkandalen, über ein Drittel befürchtet sogar langfristige negative Konsequenzen; siehe: *Studie Sponsoring Trends 2008*, *Sponsor's 9 2008*.

³⁴ *M. Partikel*, Andrea: *Formularbuch für Sportverträge*, 2. Auflage, München 2006, D, III, 3, S. 292.

³⁵ *Fritzweiler/Pfister*, in: *PHB SportR*, 3. Teil, 2. Kapitel, III, 4, a, S. 301.

Daneben wird der Sponsor in der Regel Interesse daran haben, finanzielle Entschädigung zu erlangen. Allerdings können Schwierigkeiten für den Sponsor bestehen, einen durch negativen Imagetransfer verursachten Schaden zu beweisen. Daher bietet es sich an, eine sog. Vertragsstraferegelung mit angemessener Obergrenze zu vereinbaren, in der es nicht auf Verschulden ankommt.³⁶

3.2.2. Weiterverwendung der Persönlichkeitsrechte des Athleten nach Kündigung

Im Falle eines Sport-Sponsoring-Vertrages von Athleten besteht die Leistung des Sponsors hervorgehoben in Geld, die Gegenleistung des Sportlers in Überlassung der Nutzung seiner Persönlichkeitsrechte. Bei einer Kündigung kann die Geldleistung sofort abgestellt werden, hingegen kann es im Hinblick auf die Nutzung der Persönlichkeitsrechte nicht immer der Fall sein, wenn z. B. der Sponsor eine Menge T-Shirt mit dem Bildnis des Gesponserten produzierte, oder er gerade eine Aktion betreibt. Wenn die Herstellung bestimmter Waren oder eine Marketingaktion noch von dem Vertrag, insbesondere von den Zahlungen des Sponsors gedeckt gewesen ist, so wird nach dem Prinzip Treu und Glauben (§ 242 BGB, § 4 Abs. 1 ungarisches BGB) dem Sponsor das Recht zubilligt, die Restwaren in angemessenem Umfang noch zu verkaufen oder die Werbeaktion zu beenden.³⁷ Um die Streitigkeiten zu vorbeugen, sollen diese Rechte schon beim Vertragsabschluss geregelt werden, meines Erachtens insbesondere die Dauer der Weiterverwendung und die dafür zu bezahlende Gegenleistung.

3.3. Zwischenfazit

Im Hinblick auf den durch das Sport-Sponsoring von Athleten angestrebten Image-Transfer gibt es viele zu beachtenden rechtlichen Probleme, die sich aus der besonderen Natur des Sponsoring ergeben. Solche sind die Fragen der Abspaltbarkeit der Persönlichkeitsrechte und die damit zusammenhängende Nutzungsüberlassung und Weiterübertragung, sowie die Fragen der außerordentlichen Kündigung und die Weiterverwendung des Images nach Beendigung des Vertrages. In der Praxis können die gleichen Lösungen sowohl im deutschen

³⁶ Birnstiel/Janka, Sponsor's 3 2009, 44 (45).

³⁷ Vgl. Fritzweiler/Pfister, in: PHB SportR, 3. Teil, 2. Kapitel, A, III, 4, b, S. 302; Vgl. Vékás, Lajos, in: Gellért (Hrsg.): I, S. 32 ff.

als auch im ungarischen Recht – mit Ausnahme der persönlichen Geltendmachung der sich aus der Persönlichkeitsverletzung erhebenden Ansprüche – gefunden werden.

4. Vertragsrechtliche Probleme des Sport-Sponsoring von Vereinen und Verbänden

Obwohl die vertrags-, verbands- und kartellrechtlichen Probleme des Sport-Sponsoring von Verein oder Verband rechtlich und praktisch eng zusammenhängen, können die reinen dogmatischen Erwägungen bezüglich der vertragsrechtlichen Probleme des Sponsoring von Verein und Verband gesondert behandelt werden.

4.1. Rolle der von Verein/Verband gegründeten Kapitalgesellschaften

Nach den neuesten Entwicklungen am Anfang dieses Jahrhunderts funktionieren viele Sportverbände und –vereine in Form einer Kapitalgesellschaft. Um eine genaue Analyse über die Rechtsfragen von Sport-Sponsoring-Verträgen von Vereinen und Verbänden zu erlangen, soll der wirtschaftliche Hintergrund von Vereinen und Verbänden kurz dargestellt werden.

4.1.1. Idealverein und kommerzielle Vermarktung

Die meisten Sportvereine und Sportverbände sind im Vereinsregister als rechtsfähiger, nicht wirtschaftlicher Verein gemäß § 21 BGB eingetragen. Der gleiche Grundsatz gilt auch gemäß ungarischem Recht: Gesellschaftliche Organisation kann nicht für wirtschaftliche Tätigkeit gegründet werden (§ 2 Abs. 3 Gesetz Nr. II. von 1989 über das Recht zur Vereinigung). Das ungarische SG besagt, dass ein Sportverein wirtschaftliche Tätigkeit nur als ergänzende Tätigkeit ausüben kann (§ 17 Abs. 1 lit. b SG). Da Vereine und Verbände anfangs keine kommerzielle Vermarktung betrieben haben, waren alle sog. „Ideal-, nicht wirtschaftlicher Verein“, weil ihr Satzungszweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet war. Heutzutage erfüllen alle Spitzensportvereine und -verbände die Merkmale eines Unternehmers im Sinne von § 14 Abs. 1 BGB. Obwohl die traditionelle Verankerung der Amateurabteilungen im Gesamtverein den ideellen Zweck noch aufscheinen lässt, dominieren die wirtschaftlichen Interessen. Beim Idealverein sollte die wirtschaftliche Betätigung im Rahmen einer ideellen Zielsetzung lediglich Nebenzweck sein (Nebenzweck-

Privileg).³⁸ Wenn ein nicht wirtschaftlicher Verein doch wirtschaftlichen Gewerbebetrieb betreibt, kann ihm die Rechtsfähigkeit nach §§ 43 Abs. 2, 44 BGB entzogen werden. In Ungarn kann das Gericht gegen den eine rechtswidrige Tätigkeit ausübende Sportverein (aufgrund § 16 Abs. 1 SG und § 16 Abs. 2 Gesetz über das Recht zur Vereinigung) verschiedene Maßnahmen ergreifen, um die gesetzeskonforme Tätigkeit des Vereins zu gewährleisten. Aus diesen Gründen sollten die Vereine und Verbände durch Formwechsel, Abspaltung zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft oder Ausgliederung zur Aufnahme in eine neue AG Gesellschaften gründen, damit Letztere mit rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung die kommerzielle Vermarktung und so das Abschließen von Sponsoring-Verträgen übernehmen.³⁹ Diese Formwechsel haben in Ungarn – zusammen mit erheblichen rechtlichen und praktischen Ungewissheiten – kraft Gesetzes erfolgt.⁴⁰ Allerdings wird die wirtschaftliche Expansion von Profi-Clubs als Verein oder Verband auf Basis einer extensiven Auslegung des Nebenzweck-Privilegs in der Praxis noch geduldet.⁴¹

4.1.2. Kapitalgesellschaften als Partei des Sport-Sponsoring-Vertrags

Aufgrund der vorgenommenen Analysen ist es bei der Erörterung der vertragsrechtlichen Probleme des Sport-Sponsoring von Verein und Verband zu beachten, dass gegebenenfalls nicht die Vereine oder Verbände selbst, sondern die von ihr gegründeten Kapitalgesellschaften als Partei an dem Sport-Sponsoring-Vertrag teilnehmen. Dadurch werden die Rechtsbeziehungen weiter komplizierter, da zwischen den Verein/Verband und den Sponsor auch die Kapitalgesellschaft als Partei des Sport-Sponsoring-Vertrages einrückt. Demzufolge muss weiterhin beachtet werden, dass nicht alle Vereine oder Verbände selbst die Sport-Sponsoring-Vereinbarung abschließen. Allerdings spielt dieser Umstand keine entscheidende Rolle bezüglich der zu analysierenden Erwägungen.

³⁸ Summerer, in: PHB SportR, 2. Teil, 1. Kapitel, D, II, 1, b, S. 124 ff.

³⁹ Summerer, in: PHB SportR, 2. Teil, 1. Kapitel, D, II, 3, S. 126 ff.; Wegner, 2, A, 2, S. 50 f. So gründete z. B. der Deutsche Handball Bund die Handball Marketing GmbH, oder der FC Bayern München eine AG, sowie überließ der Deutsche Fußball Bund die kommerziellen Aufgabenkreise dem „Die Liga – Fußballverband e. V. (Ligaverband) in Form der Rechtspacht. Letzterer gründete zur Durchführung seines operativen Geschäfts die Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL); Summerer, in: PHB SportR, 2. Teil, 1. Kapitel, D, II, 3, S. 126 f.

⁴⁰ Siehe die Bestimmungen des Gesetzes Nr. XXXI. von 1998 über die Änderung des Gesetzes Nr. LXIV. von 1996.

⁴¹ Summerer, in: PHB SportR, 2. Teil, 1. Kapitel, D, II, 3, S. 127.

4.2. Leistung gesponserten Vereins oder Verbands

Die Besonderheit der Leistung im Sport-Sponsoring-Vertrag von Verein und Verband liegt an ihrer „Doppelnatur“, die auch Einfluss auf die Vertragsgestaltung hat.

4.2.1. Doppelte Leistungsebene

Im Falle eines Vereins- oder Verbandsponsoring findet der Image-Transfer auf zwei Ebenen statt. Die erste Ebene ist die Leistung der Athleten, die aufgrund der jeweiligen Bindungswirkung Zugehörigen von Verein oder Verband sind, wodurch der Verein oder Verband dem Sponsor gestattet, Namen und Bildnisse seiner Sportler zu Werbezwecken zu verwenden. So ist der Verein oder Verband dazu verpflichtet, dass die zu ihm gehörenden Sportler die aktiven Werbeleistungen erbringen. Es ist zu betonen, dass die natürlichen Personen Athleten in dieser Konstellation mit dem Sponsor in keiner vertraglichen Beziehung stehen.⁴² Die zweite Ebene ist, dass der Verein oder Verband dem Sponsor die Verwendung des Vereins- oder Verbandsnamen und –logos zu Werbezwecken gestattet.⁴³ Wenn der Verein oder Verband eine Gesellschaft gegründet hat, um Sponsoring-Maßnahmen durchzuführen, dann verpflichtet der Sponsoring-Vertrag auch den Verein oder Verband, da diese Letzteren die Werbeeffect leisten.

4.2.2. Image

Demzufolge weist das Vereins- oder Verbands-Sponsoring strukturell eine Grundkonstellation auf, in der zwei Imageträger eingebunden sind: die juristische Person Verein oder Verband und die zu ihm gehörenden natürlichen Personen Athleten. Die alleinige Verwertung der Identifikationsmerkmale von Verein oder Verband ist mangels hinreichenden Kommunikationseffektes praktisch irrelevant.⁴⁴

⁴² Vgl. Wegner, 2, A, II, 1, b, S. 56.

⁴³ Solche Vereinsnamen sind vor allem im Basketball verbreitet, z. B. Alba Berlin oder Telekom Baskets Bonn; vgl. Wegner, 2, A, II, 1, b, bb, S. 56.

⁴⁴ Wegner, 2, C, IV, 1, S. 78.

4.3. Nutzungsüberlassung des Persönlichkeitsrechts von Athleten und Verein oder Verband zu Werbezwecken als Hauptleistungsgegenstand des Sport-Sponsoring-Vertrages von Verein und Verband

Die Verpflichtung zur doppelten Leistung im Sport-Sponsoring-Vertrag von Verein und Verband bedeutet einen Eingriff nicht nur in das Persönlichkeitsrecht von Verein oder Verband, sondern auch in das von den zum Verein oder Verband gehörenden Athleten. Infolgedessen setzt der Sponsoring-Vertrag von Verein oder Verband eigene Vereins- und Verbandspersönlichkeitsrechte vor, sowie bedarf es einer Einwilligung der zum Verein oder Verband gehörenden Athleten.

4.3.1. Namensrecht von Verein und Verband

Ein Verein oder Verband hat als solche kein eigenes Bild oder eigene Stimme – wie eine natürliche Person –, er verfügt aber über einen eigenen Namen, der Teil der besonderen Persönlichkeitsrechte ist. Der in § 12 BGB geregelte Namensschutz erstreckt sich auf den Verein oder Verband.⁴⁵ Das ungarische BGB dehnt die persönlichkeitsrechtliche Vorschriften auch auf die juristischen Personen aus, soweit diese Vorschriften von ihrem Charakter her nicht nur auf natürliche Personen angewendet werden können (§ 75 Abs. 2 ungarisches BGB). Das Ungarische Höchstgericht stellte mehrmals fest, dass das Namensrecht einer juristischen Person verletzt werden kann.⁴⁶ Aufgrund dieser Überlegungen gelten die hinsichtlich des Sport-Sponsoring von Athleten ausführlich analysierte Erörterungen über die Übertragbarkeit der besonderen Persönlichkeitsrechte zu Verwendung von Werbezwecken durch den Sponsor auch im Falle des Sport-Sponsoring-Vertrages von Verein oder Verband bezüglich des Namensrechts. Der Namensschutz erstreckt sich auch auf eine vom Verein oder Verband geführte Firma,⁴⁷ so gilt der Namensschutz auch auf die von Verein oder Verband gegründeten Gesellschaften.

⁴⁵ Reichert, Bernhard: Vereins- und Verbandsrecht, 11. Auflage, Luchterhand 2007, A, II, 9.2, S. 105 f.; Steinbeck, § 4, II, 3, S. 19.

⁴⁶ Kecskés, XII, 4.2, S. 325.

⁴⁷ Reichert: Vereins- und Verbandsrecht, A, II, 9.2.2, S. 106.

4.3.2. Übertragbarkeit der besonderen Persönlichkeitsrechte von Athleten zur Verwendung von Werbezwecken durch Verein oder Verband

Schließt der Verein oder Verband einen Sport-Sponsoring-Vertrag ab, verpflichtet er dadurch auch die zu ihm durch eine Bindungswirkung gehörenden Athleten. Eigentlich geht es hier meiner Meinung nach wieder um eine Abspaltung der Persönlichkeitsrechte von Athleten als Immaterialgüter, weil die Sportler dem Verein oder Verband die Nutzung ihrer Persönlichkeitsrechte „gestatten“.

4.3.2.1. Schutzwürdige Rechtspositionen von Sponsor und Athleten

Die bejahende Auffassung über die Abspaltung des Persönlichkeitsrechts sieht ferner voraus, dass die Rechtsposition des Sponsors verstärkt werden soll, damit er sich gegen die rechtswidrigen Eingriffe in die ihm durch das Image von Verein und Verband gesicherte Leistung wehren kann, also soll er eine schutzwürdige Rechtsposition erlangen (ähnlich wie bei dem Sport-Sponsoring von Athleten). Es benötigt die Einwilligung der Sportler, dass der mit dem Verein oder Verband in vertraglicher Beziehung stehende Sponsor gegen diese Eingriffe auch auftreten kann. Es bedeutet nicht das Unterschreiben von allen einzelnen Sponsoring-Verträgen, sondern diese Einwilligung soll durch die allgemeine (satzungs- oder vertragsrechtliche) Bindungswirkung zwischen Verein oder Verband und Sportlern erfolgen. Es geht in dieser Rechtskonstellation im Vergleich zum Sponsoring von einzelnen Athleten um eine „Doppelabspaltung“ der Persönlichkeitsrechte von Athleten, da die Sportler ggf. auch einen individuellen Sport-Sponsoring-Vertrag abschließen können.

4.3.2.2. Weiterübertragung der an Image von Verein oder Verband erworbenen Rechte

Hier erhebt sich die Frage, ob die Weiterübertragung der an Image von Verein oder Verband erworbenen Rechte wegen der Doppelnatur des Vereins- oder Verbandsimage auch die Einwilligung der Athleten benötigt? Meines Erachtens kann in diesem Fall auch zum gleichen Ergebnis gekommen werden, wie bei der schutzwürdigen Rechtsposition des Sponsors. Demzufolge bedarf die Weiterübertragung der durch die allgemeine satzungs- oder vertragsrechtliche Bindungswirkung zwischen Verein oder Verband und Athleten entfaltenen

allgemeinen Einwilligung von Sportlern. Diese Einwilligung kann z. B. beim Vereinseintritt oder der Lizenzhaltung abgegeben werden.

4.4. „Doppelnatur“ des Sport-Sponsoring-Vertrags von Verein oder Verband: Vertrag zu Lasten Dritter oder Versprechen der Leistung eines Dritten?

Da die Athleten wegen der Doppelnatur des Sport-Sponsoring von Verein oder Verband auch verpflichtet sind, ist es fraglich, ob dieser Vertrag als ein Vertrag zu Lasten Dritter – der Athleten – oder ein Versprechen der Leistung der Athleten durch den Verein oder Verband bewertet werden könnte.

4.4.1. Vertrag zu Lasten Dritter, Versprechen der Leistung eines Dritten oder Versprechen der Leistung durch einen Dritten

Der Vertrag zu Lasten Dritter verpflichtet unmittelbar vertraglich auch einen an dem Vertrag nicht beteiligten Dritten ohne seine Mitwirkung. Diese Art von Verträgen ist grundsätzlich unzulässig.⁴⁸ Allerdings kann jemand durch Vertrag die Leistung eines Dritten versprechen. Das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter macht das Versprechen nicht unzulässig, nur beeinflusst dieses Versprechen die Rechtsstellung des Dritten unmittelbar in keiner Weise.⁴⁹ Es kann das Versprechen der Leistung durch Dritte in dieser Konstellation auch in Betracht kommen. Ein solcher Vertrag liegt vor, wenn der Schuldner selbst zur Leistung verpflichtet ist, kraft Nebenabrede kann er die Leistung aber durch einen Dritten erbringen. Der Vertrag zwischen Schuldner und Dritten kann dann je nachdem zugunsten des Gläubigers berechtigender oder ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter sein.⁵⁰

4.4.2. Dogmatische Erwägungen

Demzufolge soll entschieden werden, welcher Vertragstyp zwischen den oben genannten Verträgen in unserem Fall vorliegt.

⁴⁸ Gottwald, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Auflage, München, § 328 Rn. 188, S. 2082.

⁴⁹ MünchKommBGB/Gottwald § 328 Rn. 16, S. 2035.

⁵⁰ MünchKommBGB/Gottwald § 328 Rn. 17, S. 2036.

4.4.2.1. Versprechen der Leistung durch einen Dritten oder Vertrag zu Lasten Dritter

Meines Erachtens kommt das Versprechen der Leistung durch Dritten im Falle eines Sport-Sponsoring-Vertrags von Verein oder Verband nicht in Frage. Nach grammatischer und logischer Interpretation handelt es sich hier darum, dass der Schuldner dem Gläubiger die Leistung eines Dritten verspricht, ohne dass er selber eine Leistung erbringen würde. Wie oben analysiert, gestattet auch der Verein oder Verband die Verwendung seinen Vereinsnamen und –logo, dadurch ist es als eine Gegenleistung zu bewerten.

Im Falle eines Vertrags zu Lasten Dritter wird der am Vertrag nicht beteiligte Dritte unmittelbar zur Leistung verpflichtet, was meines Erachtens bedeutet, dass der Sponsor gegen den Sportler des mit ihm im vertraglichen Verhältnis stehenden Vereins oder Verbands bei Nicht- oder Schlechtleistung von Verein oder Verband unmittelbar Schadensersatzansprüche gelten könnte. Es benötigt eine derartige Klausel im Sport-Sponsoring-Vertrag von Verein oder Verband, welche aber als nichtig angesehen werden muss.

4.4.2.2. Sport-Sponsoring-Vertrag von Verein oder Verband: Versprechen der Leistung eines Dritten

Da die oben erwähnten Vertragstypen ausscheiden, soll geprüft werden, ob die Voraussetzungen eines Versprechens der Leistung der vereins- oder verbandsangehörigen Athleten vorliegen. Es handelt sich im Falle eines Sport-Sponsoring von Verein oder Verband um ein vertragliches Versprechen der Leistung eines Dritten: der Verein oder Verband verpflichtet sich rechtsgeschäftlich, dass die zu ihm gehörenden Athleten den im Sponsoring-Vertrag genannten Pflichten nachkommen. Der Schuldner (Verein oder Verband) verspricht also in diesem Fall dem Gläubiger (Sponsor), dass ein Dritter (Athlet) eine bestimmte Leistung (Werbeleistung) erbringen wird. Gegenstand solcher Versprechen ist also eine den Vertragspartnern per se fremde Leistung, zu der nicht der Schuldner selbst, sondern gegebenenfalls ein Dritter verpflichtet ist.⁵¹ Erbringen die Athleten die versprochene Leistung nicht, kann der Sponsor gegen den versprechenden Verein oder Verband auf Erfüllung, auf Herbeiführung der Werbeleistung von Sportlern oder auf Schadensersatz wegen

⁵¹ von Staudingers, J. (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 328-345, Berlin 2009, Jagmann, Vorbem. zu §§ 328 ff. BGB, IV, 1, Rn. 31, S. 22 f.

Nichterfüllung klagen. Gegen die Athleten hat der Sponsor keinerlei Rechte, weil der Dritte sich ihm gegenüber nichts verpflichtet hat.⁵²

4.5. Zwischenfazit

Das besondere Kennzeichen des Sport-Sponsoring von Verein oder Verband ist die sog. Doppelnatur, die eine doppelte vertragliche Leistungsebene bedeutet. Diese Konstellation führt auch zur einer Doppelabspaltung der Persönlichkeitsrechte von Athleten. Bei Gestaltung dieser Rechtsverhältnisse ist die Rolle der von Vereinen oder Verbänden gegründeten Kapitalgesellschaften auch zu beachten. Schließlich handelt es sich im Falle des Sport-Sponsoring von Verein oder Verband um das Versprechen der Leistung eines Dritten.

5. Fazit

Die sich aus dem Sport-Sponsoring ergebenden Einkünfte machen ein großes Teil der Einnahmen von Athleten, Sportvereinen und –verbänden aus. So ist das Sponsoring für das Funktionieren des gesamten Sports von großer Bedeutung. Da das Sponsoring in keiner Rechtsnorm geregelter atypischer Vertrag ist, soll die Literatur rechtliche Anhaltspunkte in bestimmen Rechtsfragen für die Praxis entwickeln und ausarbeiten, was auch im Falle der vertragsrechtlichen Probleme des Sport-Sponsoring gilt.

Bei den Sport-Sponsoring-Verträgen von Athleten und Vereinen oder Verbänden spielt der Image-Transfer – die Nutzungsüberlassung des Persönlichkeitsrechts auf den Sponsor – die zentrale Rolle. Es setzt die Abspaltung des Persönlichkeitsrechts der Athleten voraus, wobei ein Teil dieses Rechts als unlauffähiges und übertragbares Vermögensrecht gilt.

Hinsichtlich des Sport-Sponsoring-Vertrags von einzelnen Athleten sollen die sich auf die Weiterübertragung und Weiterverwendung des übertragenen Images beziehenden Vorschriften und die Kündigungsregelungen vertraglich detailliert bestimmt werden. Darüber hinaus soll der Sponsor eine schutzwürdige Rechtsposition durch entsprechende Vertragsgestaltung erlangen. Der Sport-Sponsoring-Vertrag von Verein oder Verband ist durch eine doppelte Leistungsebene gekennzeichnet (die sog. Doppelnatur), was gleichzeitig

⁵² Vgl. Jagmann, in: von Staudingers Kommentar zum BGB, Vorbem. zu §§ 328 ff. BGB, IV, 1, Rn. 31S. 23.

auch ein Versprechen der Leistung der Athleten durch den Verein oder Verband bedeutet. Es führt dadurch zur sog. Doppelabspaltung der Persönlichkeitsrechte der Athleten.

*Sziklay Júlia jogász-politológus, PhD-hallgató,
Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola
Az Adatvédelmi Biztos Irodájának alapító tagja (1995-2008), jelenleg az Állampolgári Jogok
Országgyűlési Biztosának munkatársa.*

Az információs jogok történeti gyökerei – a köz- és magánszféra kategóriái alapján –

1. Bevezetés

A magánélet - ez a nehezen megfogalmazható, ám mindenki által világosan átélt és tudatosan megélt élettér - problematikája lényegében egyidős a társadalmak életével, ennek ellenére a magánélet értelmezéséről és védelméről szóló viták viszonylag új keletűek. Mindez összefüggésben áll azzal, hogy a magánélet védelme az új és igen hatékony információs technológiák megjelenésével rendkívül sérülékennyé vált, másrészt pedig az emberekben egyre inkább tudatosul, hogy a magánélet értelmezése szorosan összefügg a személyiség, a társadalom és az egyén szerepéről, helyéről vallott eszmékkel.

Az, hogy a személyiségvédelem központi kategóriájává a privátszféra vált, nem véletlen, hiszen a modern korban ez az a szűk terület, mely az egyén fennhatósága alatt maradt és amelyet védeni igyekszik minden külső behatástól. „A paradoxon az, hogy a szabályozás szükségessége és az ellen való védekezés egybefolyik, a szabályozás úgy nyer el mindent, hogy sokszor maga is, és önmaga ellen is véd. A 'szabályozás' nem oka, csak velejárója (rendezője, legitimálója stb.) az integrációs folyamattal járó 'beavatkozásoknak', a sokféle függőségnek – amelyeknek ma már csak egy része ered az államtól. Másrészt szaporodnak a személyt legközvetlenebbül érintő új tényállások – amelyeket, amint technikailag lehetővé válnak, rögtön alkalmaznak is (szervátültetés, a születésszabályozás új módjai, számítógépes nyilvántartások). Ezeket be kell építeni a társadalom rendjébe, szabályozni kell.”¹

A magánélet (privacy), mint mozgástér lényegi része az adott személyről szóló információk megszerzésének és felhasználásának problémája: milyen mértékben marad "ura"

¹ Súlyom László: A személyiségi jogok elmélete, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó Bp., 1983. 315. o.

az egyén a róla szóló információknak, mennyiben rendelkezhet velük szabadon, kizárhatja-e életének meghatározott részéből a külvilágot vagy köteles eltérni a világ szemét és száját.

(A Brandeis tanítvány) Ferdinand Schoeman amerikai jogfilozófus szerint a magánszféra fogalma megközelíthető úgy, mint

- igény, jogcím vagy jog, mellyel élve az egyén meghatározhatja, hogy mely vele kapcsolatos információk juthatnak mások tudomására,
- ellenőrzési helyzet az egyén személyes információi, személyisége intim vonatkozásai felett,
- állapot, melyben az egyénhez (hozzá kapcsolódó információkhoz, gondolataihoz, testéhez) való hozzáférés korlátozott.²

A magánszféra információs oldala az egyénre vonatkozó információk feletti ellenőrzés jogának garantálása, az adatvédelem nyelvére lefordítva ez nem más, mint az információs önrendelkezési jog.

A fogalom érvényességi köre nehezen definiálható, de azzal mindenki egyetért, hogy összefügg az információ és információvédelem, az elrejtőzés és a figyelem középpontba állásának kérdéseivel. A telefonlehallgatás, a kötelező orvosi vizsgálat, munkahelyi drogteszt, a házkutatás és a személyes holmik elkobzása, a számítógépes adatfeldolgozás, a személyi szám használata, a köztéri videózás, a rendőri igazoltatás stb. mind-mind egyértelmű példák a magánélet területéről és - tegyük hozzá - az Adatvédelmi Biztos Irodájának ügyköréből.

Az információs technológiák tökéletesedése a számítógépek számára határtalaná teszi az információhalmozást és keresést, ráadásul egyre nagyobb (hatalmi és kereskedelmi) érdek fűződik az adatok feldolgozásához és továbbításához. Másfelől viszont a modern társadalmak a szűk értelemben vett privátszférát egyre szigorúbb (jogi) eszközökkel igyekeznek óvni minden illetéktelen behatoló ellen, bár ez a fajta felfokozott érzékenység sok pszichológus és szociológus szemében csupán az elidegenedés folyamatának egyik szembetűnő bizonyítéka. Szélsőséges nézetek szerint a magánélet fokozott védelme kifejezetten káros társadalmi szinten, mert az aszociális és antiszociális magatartásformák terjedését segítik elő.

Az „érem másik oldala”, az információs szabadság ugyanakkor igény és jog a (tág értelemben vett) kormányzati dokumentumok nyilvánosságára, a hivatalos iratok titkosságának feloldására, a közélet működésének átláthatóságára. Patrick Birkinshaw

² Jóri András: Adatvédelmi kézikönyv, Osiris Kiadó, Bp. 2005, 11.o.

professzor gondolatmenete³ szerint: A kormányok a közérdek védelme érdekében léteznek, az információkat a köz érdekében használják fel, elszámoltathatóságukhoz információra van szükség. A megbízható információ előfeltétele a hatékony kormányzásnak, hiszen azok rendelkezésre bocsátása a kormány működésének javítását segíti elő. Az információhoz jutás joga szükségképpen hozzátartozik az állampolgári jogokhoz. Az információ: hatalom, és az információ kizárólagos birtoklása különösen az. A titkosság leplezi az önkényt, a rossz működési hatékonyságot és a korrupciót.

A politikai nyilvánosság feladata, hogy közvetítsen a polgári társadalom és a szükségleteknek megfelelő államhatalom között. Természetesen ennek előfeltétele a megfelelő fogadókészség mindkét oldalon, vagyis egy demokratikusan működő államhatalom és egy megfelelő politikai kultúrával rendelkező társadalom. Az "okoskodó közönség" kifejezést Habermas Kanttól vette át és azokra a polgári körökre alkalmazta, akiknek véleménye már nem egyszerűen valamilyen tárgyban kialakított vélekedés (opinion), hanem a közügyek (public affairs) feletti elmélkedés és ennek nyilvános megvitatása.

Az információs szabadság tehát az államhatalom átláthatóságának követelményét, az adatvédelem pedig a polgárok magánéletének az állammal és másokkal szembeni (mások alatt a közhatalom, a piac, a szervezetek, de a másik polgár is értendő) védelmének biztosítását szolgálja. Ma már mindkét érték egyaránt építőköve a modern alkotmányos állami berendezkedésnek.

Az adatvédelem a magánszféra-védelem, míg az információs szabadság a közélet ellenőrzésének sajátos jogi szabályozási eszköze, ezért mindenképpen tanulságos a két terület kapcsolatának történeti-filozófiai gyökereit feltárni és nyomon követni.⁴

2. A köz- és magánszféra kategóriák szétválásának története

A „privatus és publicus” avagy "Privacy and Publicity" görög eredetű kategória-párok, melyek aztán római közvetítéssel kerültek be az európai kultúrkörbe.

A görög városállamokban, a poliszokban a szabad polgárok számára a közös (koine) élesen elválk az egyes ember sajátjától (oikosz). A közélet, a biosz politikosz fő színtere a piactér, az agóra, de egyébként nincs helyhez kötve, a biosz politikosz témái éppúgy

³ Birkinshaw Patrick: Government and information, 1990, Butterworths (London, Austin, Tex)

⁴ Jürgen Habermas: A társadalmi nyilvánosság szerkezetváltozása c. könyvében leírt nyilvánosság-modellt alapul véve, Századvég Gondolat Budapest, 1993

felbukkanhatnak baráti beszélgetésekben, a bíraskodásban vagy a városállam vezetőinek tanácskozásában, mint a közösségi aktusokban, legyen szó akár hadviselésről vagy hadijátékról. A poliszban teljes jogú polgárnak lenni társadalmi ranghoz kötött tisztség, melynek előfeltétele egy bizonyos szintű magánautonómia - vagyon, család és háztartás felett hatalom - megléte. A magánélet részleteit azonban még szemérmes homály takarja, a mulandóság és szükségszerűség birodalmához tartoznak, ezzel szemben a nyilvánosság úgy emelkedik a görögök öntudatában, mint a szabadság és maradandóság szigete. Az, ami van, csak a nyilvánosság fényében tűnik elő, csak itt válik mindenki számára láthatóvá, - az arisztotelészi erények is csak nyilvánosság előtt teljesezhetnek ki és igazolódhatnak maradéktalanul.

A hellén nyilvánosságnak ez a modellje napjainkig ideológiai és ideáltipikus mintaként szolgál. Római közvetítéssel mindenekelőtt a *res publica* (eredetileg a *populus* számára általánosan hozzáférhető tulajdon), a köz és magán kategóriája hagyományozódott ránk a római jogi definíciókban a pandektisták munkáján keresztül, és tökéletesedett jogtechnikailag is a polgári társadalom és modern állam szétválásának folyamatában.

Az európai középkorban a *publicus* és *privatus* kategóriái szinte értelmezhetetlenek, a feudális hűbéri tulajdonviszonyokra nem is alkalmazhatóak, mert nincsenek olyan társadalmi - magánjogi - státusok, melyből a magánszemélyek bármilyen nyilvánosságba előléphetnének. Szűk körben (pl. a lovagi kultúrkörhöz kapcsolódva) létezik egy ún. reprezentatív nyilvánosság - nem véletlenül nevezik az uralom jelképeit (fejedelmi pecsét stb.) nyilvánosnak -, de ez inkább státuszhoz kötődik és személyi jelképek formájában nyer alakot.

XIV. Lajos korában a reprezentatív nyilvánosság szűk köre az uralkodó udvarába koncentrálódik és elsősorban a monarcha reprezentációját szolgálja.

A XVI. századtól a latin "*privatus*" szóból kifejlődik az angol "*private*", a francia "*privé*" és a német "*privat*" - "közhivatal nélküli" jelentés-tartalommal. A *private* jelenti az államapparátusból való kizárást, kizáródást, mert a köz fogalma az abszolutizmussal kialakult államra vonatkozik már csak, ami az uralkodó személyével szemben elválik és objektíválódik. A *public* vagy közönség nem más, mint a "magánüggyel szemben a közhatalom". Az állami szolgálatban lévő emberek közszemélyek (*public servants*), akik középületben munkálkodnak, közhivataluk van és hivatali ügyeik közügyletek. A másik oldalon állnak a magánszemélyek,

magánhivatalok, magánügyletek és magánházak - Gotthelf végül már magánemberekről beszél.

A XVIII. század végére a feudális hatalmi központok, az egyház- fejedelemség-nemesség triásza, melyekhez a reprezentatív nyilvánosság eddig kapcsolódott, a polarizáció folyamatában felbomlanak: az egyik oldalon magán-, a másikon nyilvános elemekre. A sorban első az egyház, mely a reformációval elveszíti lelki és ideológiai monopóliumát az isteni tekintélyre való támaszkodásban és a vallásszabadság (gyakorlásának) előbb helyi, majd általános biztosításával a vallás magánüggé válik. A fejedelmi hatalom polarizációját először az államkincstár és az uralkodó magánvagyonának szétválasztása jelzi. A bürokrácia kialakulásával, a központi hatalom támaszaként szolgáló hadsereg megszervezésével és az igazságszolgáltatás elkülönülésével a közhatalom intézményei kiválnak az uralkodó egyszemélyes irányítású udvarának árnyékából. A rendek közül a rendi-uralkodó elemekből intézményesül a parlament és igazságszolgáltatás, a foglalkozás-rendi elemekből pedig a városi céhek és társaik nyomán kibontakozóban van a polgári társadalom világa.

A polgári társadalom-politikai állam teljes szétválásának társadalmi előfeltétele a liberalizált gazdaság megteremtése a XIX. század elején. A társadalmi újratermelés szférájában az érintkezés, amennyire csak lehetséges, a magánemberek egymás közötti ügyévé változik és így lehetővé válik a polgári társadalom teljes privatizálódása. Az árutulajdonosok a piaci viszonyok felszabadításával tesznek szert magánautonómiára, így a "magán" pozitív értelemben a magántulajdon feletti teljes szabadság és rendelkezés jogának felel meg. A polgári jog nagy kodifikációi, a jogtörténeti értelemben is klasszikusnak mondott nagy polgári törvénykönyvek⁵ a XIX. század közepén megteremtik a normarendszert, mely a magánszférát védi és sérthetlenségét garantálja, vagyis a polgárok között a rendi és állami kikötésektől felszabadított érintkezés lehetőségét biztosítja. A magántulajdon sérthetlensége nyomán kivirágzik a szerződés, foglalkozás és öröklés szabadsága is.

A piacgazdaság viszonyainak elterjedésével tehát létrejön a "társadalmi" szféra, de egyidőben szükségessé válik a hatósági közigazgatás megteremtése is. A termelés felszabadul a hatósági irányítás alól, a másik oldalon pedig az adminisztráció egyszersmind mentesül a produktív munkától. A központosított közhatalom ernyőként a "magán" társadalom fölé emelkedik.

⁵ Poroszország 1794, Franciaország 1804, Ausztria 1811

Ezt a függetlenedési folyamatot kezdetben az intervencionista állami politika törekvései sem törli meg, mert az állami beavatkozás ekkor még szigorúan elkerüli a polgárok egymás közötti érintkezésének területeit. Az állami intervencionizmus a XIX. század végén Németországban azért jelentkezik olyan súlyosan, mert azokat az érdekkonfliktusokat, melyeket már a magánszférán belül nem lehet megoldani, a központi hatalom erői politikai síkra terelik és - a győzelem csekély reményével - politikai eszközöket vetnek be a „megoldás” érdekében. A társadalom, mint magánszféra léte akkor válik kérdésessé, mikor az állami mindenhatóság nevében maguk a társadalmi hatalmak tesznek szert hatósági illetékességekre (lásd proletárdiktatúra).

Olyan mértékben, ahogy az állam és a társadalom kölcsönösen áthatja egymást, a kiscsalád kiválik a társadalmi újratermelés folyamataival való összefüggéséből. A liberális korszak polgárai magánéletüket a hivatásban és a családban élik ki, melyhez az áruforgalom és a társadalmi munka éppúgy hozzátartozott, mint a közvetlen intim szféra.

A századfordulótól aztán a család színtere mindinkább magánjellegűvé, a munka és szervezet világa pedig mindinkább nyilvánossá válik. Már a polgári típusú patriarchális kiscsalád sem termelési közösség, bár a tulajdon megszerzésében és örökítésében a vérségi kötelék szerepe a kapitalizmus időszakában vitathatatlan.

A XX. században második felétől - különös tekintettel a szélsőséges magántulajdon-ellenes szocializmus időszakára - a családi tulajdon helyett a bérből és fizetésből élő családtagok individuális rendszeres jövedelme vagy állami segélyezése a tipikus. A család gazdasági funkciói helyett annak érzelmi funkciói kellene, hogy felerősödjének, de az összefüggés csak látszólagos. A család minél inkább kiesik a társadalmi újratermelés folyamataiból, annál inkább elveszti védelmi jellegét és atomjaira hullik szét.

Napjainkban a magánszféra általánosan individualizálódott, egyénekre szabott, és főleg a szabadidőre koncentrálódik vagy korlátozódik. A magánszféra zsugorodását a jogi szabályozás taxatív megfogalmazása is egyértelműen jelzi.

3. Konklúzió

A történeti kitekintésből egyértelmű, hogy a köz- és magánszféra egymáshoz viszonyított fejlődésének egyes fázisai az adott történelmi kor és társadalmi berendezkedés függvényei. Karl Friedrich Bahrdt megfogalmazása szerint "... a nyilvánosság és a

magánszféra között mindig kölcsönhatás áll fenn. Védelmező és megtámasztó magánszféra nélkül az egyént felszívja a nyilvánosság, mely viszont maga is éppen e folyamat következtében torzul el. Ha megszűnik a distanciának a nyilvánosság szempontjából konstitutív mozzanata, ha tagjai egymáshoz igazodnak, akkor a nyilvánosság tömeggé változik... A köz- és magánszféra kölcsönhatása meg van zavarva. Nem azért, mert a nagyvárosi ember persze tömegember, és ezért nincs már érzéke a magánszféra ápolása iránt, hanem mert nem sikerül neki az egész város egyre bonyolultabbá váló életét úgy áttekintenie, hogy az számára nyilvánossá válják. Minél inkább egy nehezen áttekinthető dzsungellé változik a város egészében, annál inkább visszahúzódik magánszférájába, mely egyre jobban kiépül, végül azonban mégis érezni kezdi, hogy a városi nyilvánosság szétesik, nem utolsósorban azért, mert a köztér a zsarnoki közlekedés rosszul rendezett színterévé alacsonyodott le."⁶

A köz- és magánélet kényes egyensúlyának megteremtése vagy megtalálása az egyén és a társadalom harmonikus fejlődésének egyik kulcsa. A legtöbb „normálisan” gondolkodó ember egyetért abban, hogy valamilyen egészséges egyensúly a magánélet és közszféra között elengedhetetlen, mert az egyénnek testi és lelki szükséglete fűződik az ilyen jellegű védelem és oltalom garantálásához, de elengedhetetlen ahhoz is, hogy a társadalomról, mint szabad és nyitott demokratikus szerveződésről beszélhessünk.⁷ Ehhez a megfelelő (de nem elégséges) háttérrel a demokratikus államhatalmi berendezkedés és az alkotmányos alapjogok – köztük az információs jogok – tisztelete biztosítja. A két információs jog ennek megfelelően szoros kapcsolatban áll egymással, a filozófiai háttérként megragadott magánszféra-közsféra fogalmak is egymás viszonylatában értelmezendők. Nem véletlen, hogy az Európai Emberi Jogi Bíróság információs jogokkal kapcsolatos ítélezési gyakorlata⁸ is ugyanezt a kategorizálást követi, mikor az ún. adatvédelmi eseteket az Egyezmény⁹ 8. cikkelye, vagyis a magán- és családi élet tiszteletben tartásához való jog¹⁰ alapján bírálja el, ugyanakkor 10. cikkely szintén kiterjesztően értelmezve nem csak a szabad véleménynyilvánításhoz, hanem a közérdekű információk megszerzéséhez és átadásához való jogot is tartalmazza. (A Bíróság gyakorlata alapján a 10. cikk az adatot kibocsátó szándéka alapján minősít egy adatot

⁶ H.B. Bahrdt: Von der romantischen Grossstadtkritik zum urbanen Städtebau. Schwizer Monatshefte, 1958. 44.1.

⁷ Politikai filozófiák enciklopédiája, Kossuth Könyvkiadó 1995, 307.o.

⁸ Forrás: <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?sessionId=37968496&skin=hudoc-in-en>

⁹ Emberi Jogok Európai Egyezménye

¹⁰ <http://www.lb.hu/egyezmény.html>

közérdekűnek, vagyis azokhoz a nyilvános adatokhoz segíti a hozzáférést, melyeket eleve a nyilvánosságnak szántak.)

A magyar szabályozásban az új Polgári Törvénykönyv fontos filozófiai újítása, hogy a polgári jogi-személyiségi jogvédelem keretében – a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya 17. cikkét idézve - először kerül magyar kódexben nevesítésre a magánélet védelméhez való jog természetesen azzal a fenntartással, hogy ennek a jognak a terét a bírói jogalkalmazásnak és jogértelmezésnek kell megfelelő alkotmányos érveket sem nélkülöző tartalommal kitölteni.

Váczai Péter egyetemi tanársegéd,
Széchenyi István Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Kar
Alkotmányjogi és Politikatudományi Tanszék

Alkotmányos korlátok a közigazgatás szervezete és működése felett

A közigazgatás alkotmányossága a legegyszerűbb megközelítésben a közigazgatási szervezeti rendszer és működés Alkotmányban foglalt szabályozási bázisát, a közigazgatásra vonatkozó alkotmányos rendelkezéseket jelenti. Az Alkotmányban szereplő szabályokon túlmenően tágabb értelemben pedig ide sorolhatjuk egyes kiemelkedő, „alkotmányerejű” törvények releváns rendelkezéseit is.¹ Álláspontom szerint azonban még ezen tágabb felfogás is túlságosan szűk, a jogszabályokban megjelenő rendelkezések mellett ugyanis napjainkban kiemelkedő szerepet játszanak egyéb olyan jogforrások, amelyek jogszabályi erővel nem bírnak, sőt, egyes esetekben még kötelező jogi jellegük is hiányzik. Éppen ezért az alkotmányosság hagyományos pozitív jogi felfogása helyett inkább annak tartalmi elemeire helyezném a hangsúlyt, a garancia-jellegét emelném ki, amely értelemben az alkotmányosság a jogilag szabályozott és korlátozott állami főhatalom követelményét rejti, olyan kritériumok együttese, amelyek az ideális demokratikus alkotmány tartalmát és megvalósulását jellemzik.² Tisztázást érdemel továbbá az alkotmányos állam és a jogállam fogalompár közötti különbségtétel is. Előbbit a közigazgatás szervezetével kapcsolatos követelmény, mely a hatalmi ágak megosztása elvének megfelelő államot jelenti, míg utóbbi a közigazgatás tevékenységének jog alá rendeltségét és az ebből szükségszerűen következő közigazgatási bíráskodás létét és létjogosultságának elismerését rejti. Mivel a közigazgatás szempontjából ideális állam mindkét feltételnek meg kell, hogy feleljen, ezért a továbbiakban a két fogalmat egyenrangú jelentőségüként, felváltva használom.

¹ Ld. Molnár Miklós: A közigazgatási alkotmányosság néhány elméleti problémája. Jogtudományi Közlöny, 1993. január. 1. o.

² Kukorelli István: Alkotmánytan I. Osiris Kiadó. Budapest, 2007. 22-28. o.

„Az emberek kormányzatba vetett bizalma és az iránta való engedelmessége egyaránt a közigazgatásának jó vagy rossz mivoltával arányos.”³ A kormányzat legfőbb célja éppen ezért a megfelelő közigazgatás kifejlesztése kell, hogy legyen a nép bizalmának elnyerése érdekében. Vajon pontosan milyen követelményeknek kell megfelelnie a közigazgatásnak annak érdekében, hogy elérje célját? A jelen tanulmány ezen kérdésre keresi a választ, méghozzá a címből is kitűnően kettős megközelítésből. Célszerű ugyanis megvizsgálni egyrészt a közigazgatási szervezetrendszer felépítésével, a szervezet egészével kapcsolatos alkotmányos kritériumokat, másrészt pedig a szervezet működésével, a közigazgatás tevékenységével összefüggő kívánalmakat. Ezen alkotmányos követelmények közös jellemzője, hogy mindannyian az alkotmányos állam fogalmában sűrűsödnek össze, célszerű tehát legelőször szemügyre venni: mi az alkotmányos állam lényege, melyek a legfontosabb fogalmi összetevői?

1. Az alkotmányos állam

Az alkotmányos állam a felvilágosodás eszmerendszerében gyökerező, a népképviselés és a közakarat jelentőségét hangsúlyozó liberális jogállamot és a szabadpiacból kiábrándult, az állami beavatkozás, tervezés és befolyásolás elvét valló szociális jogállamot követő fejlődési út legutóbbi és jelenlegi, ám nyilvánvalóan nem utolsó állomása.⁴ Az ésszerű fejlesztést és a fenntartható fejlődést szem előtt tartó új állameszmében megtalálható az előző kettő néhány eleme eredeti vagy módosult formában, ám számos új, lényegi sajátosságot hordoz magában.

Positív jogi nézőpontból szemlélve Magyarországon az alkotmányos állam fogalma egyetlen jogszabályi rendelkezéssel megragadható. „Az Alkotmány a Magyar Köztársaság alaptörvénye. Az Alkotmány és az alkotmányos jogszabályok mindenkire egyaránt kötelezőek.”⁵ Ebből következően az Alkotmány a többi törvény közül kiemelkedő alaptörvény, amelyben foglalt magatartási szabályok mindenkire nézve kötelezőek. Az egyéb magatartási szabályok pedig csak akkor bírnak kötelező érvénnyel, ha alkotmányosak, azaz

³ A. Hamilton beszéde az Alkotmányozó Gyűlésen 1787-ben.

⁴ Ádám Antal: A közigazgatás értéköttsége az alkotmányos jogállamban. *Tér és Társadalom*, 3/1999. 20-21.o.

⁵ Ld. a Magyar Köztársaság alkotmányáról szóló 1949. évi XX. törvény (a továbbiakban: Alkotmány) 77. § (1) és (2) bekezdései.

összhangban állnak az Alkotmány rendelkezéseivel.⁶ Ezen pozitív jogi felfogás nagy hátránya azonban, hogy egyáltalán nincsen tekintettel az Alkotmánnyal szemben támasztható tartalmi követelményekkel, az alkotmányosság kizárólag az Alkotmány érvényesülését jelenti, nem értékhozó, pusztán tény, a jogszerűséggel egyenlő.⁷ Éppen ezért szükséges bizonyos értékek beemelése vizsgálódásunk körébe, amely már egyfajta természetjogi felfogáshoz vezet bennünket.

Az Alkotmányra vonatkozó tartalmi kritériumok figyelembevételével kijelenthetjük, hogy az alkotmányos állam egy olyan államberendezkedés, ahol a jogrendszer garantálja az állampolgárok, illetőleg az állam területén élő emberek alapvető szabadságát oly módon, hogy az egyben az állam korlátját is jelenti. Ezen államberendezkedés alapján az állampolgárnak mindent szabad, amit a jog nem tilt, az állam viszont csak azt teheti meg, amire a jog kifejezetten felhatalmazza. Jogállami államberendezkedésben a jog uralma érvényesül, a jog előírásai mindenkire nézve kötelezők, a jog uralkodik, nem pedig az egyes emberek.⁸ Az alkotmányos állam tehát „formai értelemben pusztán a jogrendre vonatkozó alapvető szabályok létét és érvényesülését, tartalmilag pedig az igazságosság elméleti követelményének, illetve a hatalomgyakorlás korlátjául szolgáló szabadságjogoknak és szabadságbiztosítékoknak a szavatolását jelenti”.⁹ Más megközelítésben: „az alkotmányosság a társadalom és az állam működésére vonatkozó általános jogi elvárás-rendszer és egyúttal tendenciaszerűen érvényesülő ténylegesség.”¹⁰ Az alkotmányos állam érvényesüléséhez elengedhetetlen bizonyos alkotmányos biztosítékok megléte, melyek térben és időben relatíve változhatnak, ám mégis bizonyos fokú stabilitást visznek az állami berendezkedésbe. Ezen jogelvek köre a jogirodalomban szerzőnként más és más, általánosságban ide tartozik a népszuverenitás, a népképviselés, a hatalmi ágak elválasztása és egyensúlya, a törvények uralma, a törvény előtti egyenlőség és az emberi jogok érvényesülése.¹¹

Az alkotmányos állam és jogállam hagyományos összetevői mellett a mai globalizálódó világ számos olyan új jogréteget rejt magában, amely hatást gyakorol az adott

⁶ Vö. Patyi András – Varga Zs. András: Közigazgatási Jog. Általános Rész. Ideiglenes jegyzet, 2007. 22. o.

⁷ Uo. 23. o.

⁸ Ld. Bragyova András: Az alkotmánybíráskodás elmélete. Budapest, 1994. 36-44. o.

⁹ Ld. Patyi András – Varga Zs. András: Közigazgatási Jog. Általános Rész. Ideiglenes jegyzet, 2007. 26. o.

¹⁰ Ld. Tamás András: A közigazgatási jog elmélete. Budapest, 2005. 222. o.

¹¹ Ld. Kukorelli István: Alkotmánytan I. Osiris Kiadó, Budapest, 2007. 29-31. o.

állam közigazgatásának alkotmányos működésére.¹² Ezen jogrétegek közül az alábbiakat emelném ki:

1.2. Az Európa Tanács szerepe

1.2.1. Az Európai Emberi Jogi Egyezmény (ECHR) hatása

Az Európai Emberi Jogi Egyezmény a XX. század második felére megkerülhetetlen követelményrendszerre lett egy magára valamit is adó és magát demokratikusnak deklaráló állam számára. Annak ellenére, hogy az Egyezmény alapvetően az emberi jogok alkotmányjogi dimenzióját ragadja meg, mégis nagy hatással bír a nemzeti közigazgatási jogrendszerek európaizálódását tekintve, lévén, hogy az európai országok számottevő többsége részese az Egyezménynek, habár az Egyezmény inkább az alkotmányjog, mintsem a közigazgatási jog területére fókuszál. Ezen hatás különböző mértékben észlelhető az egyes államokban, azonban az Egyezmény formális jogi státusza az adott országban nem szükségképpen határozza meg a jogrendszerre gyakorolt hatásának erősségét. Még a brit és az ír bíróságok is figyelembe veszik az Egyezményt annak ellenére, hogy az nem része a belső joguknak. A jelen tanulmány szempontjából az Egyezmény 6. cikke érdemel kiemelt figyelmet, amely biztosítja a bírósághoz fordulás jogát és ezáltal az általános jogvédelmet, továbbá általános jogelveket fogalmaz meg a bíróság előtti eljárásra nézve. Az Egyezmény közigazgatási jogra gyakorolt hatása többé-kevésbé meghatározott területekre korlátozódik, kiemelve itt a 6. cikkben meghatározott garanciák eljárási kikényszerítését annak érdekében, hogy létrejöjjön egy minimum-követelményrendszer Európában.¹³

1.2.2. Az Európa Tanács ajánlásai

Az Európai Emberi Jogi Egyezmény aláírásával az Európa Tanács tagállamai kifejezték azon eltökéltségüket, hogy tiszteletben tartanak bizonyos jogelveket, amelyek a közigazgatási hatóságoknak a magánszemélyekkel való viszonyát szabályozzák, ideértve a

¹² Ld. többek között Szilágyi István: Alkotmányosság, alkotmányeszmé, civil társadalom. Comitatus, 1999. július – augusztus. 25-27. o.; Ádám Antal: A közigazgatás értéköttsége az alkotmányos jogállamban. Tér és Társadalom, 3/1999. 32. o.

¹³ Jürgen Schwarze: The convergence of the administrative laws of the EU Member States. European Public Law, Vol. 4. Issue 2. Kluwer Law International Ltd. 1998. p. 200-203.

közigazgatási jogot is. Ezen elvek azután számos, a Miniszteri Bizottság által elfogadott egyezmény, döntés és ajánlás révén tovább lettek csiszolva, amely jogforrások így a részes államok által alkalmazandó alapvető elveket tartalmazzák, amelyeket az adott kormányzatnak követnie kell ahhoz, hogy eleget tegyen a jogállamiság kívánalmának.¹⁴ Az Európa Tanács ajánlásai és döntései kétségkívül nagy hatással bírnak, érdemes azonban ezzel kapcsolatosan megjegyezni azt, hogy az egyes államok által megkötött egyezményekkel ellentétben az ajánlások és határozatok nem bírnak jogi kötőerővel a tagállamok számára. Mindazonáltal nem elhanyagolható erkölcsi és politikai hatással bírnak, amely két dologból ered: mindenek előtt, meglehetősen nehéz, habár nem lehetetlen egy kormányzat számára olyan jogelveknek a figyelmen kívül hagyása hosszú időn keresztül, amelyek tiszteletben tartására a térség összes többi állama vagy legalábbis az országok többsége ígéretet tett. Ezen túlmenően, nyilvánvalóan kétséges lenne egy olyan állam jóhiszeműsége, amely nem csupán részt vett a javaslat kidolgozásában, de szavazatával hozzájárult ahhoz, hogy az egy határozat formáját öltse, majd később megtagadja annak követését. A politikusok, az állampolgárok és a

¹⁴ Lásd:

- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (80) 2 számú ajánlása a közigazgatási hatóságok mérlegelési jogkörének gyakorlásáról (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 1980. március 11.-én a Miniszteri Megbízottak 316. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának R (81) 19 számú ajánlása a közigazgatási hatóságok által kezelt adatokhoz való hozzáféréstől (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 1981. november 25.-én a Miniszteri Megbízottak 340. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (84) 15 számú ajánlása a közigazgatás felelősségéről (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 1984. szeptember 18.-án a Miniszteri Megbízottak 375. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (87) 16 számú ajánlása a nagyszámú ügyfelet érintő közigazgatási eljárásokról (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 1987. szeptember 17.-én a Miniszteri Megbízottak 410. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (91) 10 számú ajánlása a közigazgatási hatóságok által kezelt személyes adatok harmadik személyek részére történő közléséről (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 1991. szeptember 9.-én a Miniszteri Megbízottak 461. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2000) 6 számú ajánlása az európai köztisztviselők státusáról (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 2000. február 24.-én a Miniszteri Megbízottak 699. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2000) 10 számú ajánlása a köztisztviselők magatartási szabályairól (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 2000. május 11.-én tartott 106. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2002) 2 számú ajánlása a hivatalos iratokhoz való hozzáféréstől (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 2002. február 21.-én a Miniszteri Megbízottak 784. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2003) 16 számú ajánlása a közigazgatási és bírói döntések végrehajtásáról a közigazgatási jog területén (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 2003. szeptember 9.-én a Miniszteri Megbízottak 851. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2004) 20 számú ajánlása a közigazgatási döntések bírósági felülvizsgálatáról (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 2004. december 15.-én a Miniszteri Megbízottak 909. találkozóán)
- Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2007) 7 számú ajánlása a jó közigazgatásról (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 2007. június 20.-án a Miniszteri Megbízottak 999. találkozóán) (a továbbiakban: Ajánlás)

különbféle politikai nyomást gyakorló tényezők így kiválóan felhasználhatják ezen jogi normákat érveléseik alátámasztására, valamint további érvek is levezethetők a szövegekből az egyes nemzeti jogok alapján, természetesen csak a jogforrások tartalmával és szellemiségével összhangban.¹⁵

1.3. Az Európai Unió szerepe

1.3.1. Az Alapvető Jogok Európai Chartája

Az Európai Unió égisze alatt született Alapvető Jogok Európai Chartája emberi jogi aspektusból az első lényeges lépésnek tekinthető abba az irányba, hogy az Unió gazdasági együttműködésből valódi politikai közösséggé váljék. A Charta V. részében külön cím alatt nevesíti a megfelelő ügyintézéshez való jogot (*right to good administration*), amely a következő összetevőket tartalmazza:

*Mindenkinek joga van ahhoz, hogy ügyeit az Unió intézményei, szervei és hivatalai részrehajlás nélkül, tisztességes módon és ésszerű határidőn belül intézzék. Ez a jog magában foglalja: mindenkinek a jogát arra, hogy az őt hátrányosan érintő egyedi intézkedések meghozatala előtt meghallgassák, mindenkinek a jogát arra, hogy a személyére vonatkozó iratokba a bizalmas adatkezeléshez, illetőleg a szakmai és üzleti titokhoz fűződő jogos érdekek tiszteletben tartása mellett betekintszen, valamint az igazgatási szervek azon kötelezettségét, hogy döntéseiket indokolják. Mindenkinek joga van ahhoz, hogy az Unió a tagállamok jogában foglalt közös általános elvek alapján megtérítse számára az intézményei és alkalmazottai által feladatuk teljesítése során neki okozott károkat. Mindenkinek lehetősége van arra, hogy az Alkotmány nyelveinek valamelyikén írásban forduljon az Unió intézményeihez, és ugyanazon a nyelven kapjon választ.*¹⁶

A Chartában ezen felül további alapelveket is kidolgoztak, amelyek közvetlenül a jó közigazgatás elvéhez kapcsolódnak annak ellenére, hogy szerkezetileg a dokumentum külön tárgyalja őket. Néhány példával rávilágítva: az iratokhoz való hozzáférés joga (42. Cikk), valamint az Európai Ombudsmanhoz való fordulás joga bármely uniós állampolgár részéről azon hivatali visszaélések kapcsán, amelyeket közösségi szervek és testületek követnek el, az

¹⁵ Ld. Principles of Administrative Law Concerning the Relations Between Administrative Authorities and Private Persons. A Handbook (a továbbiakban: Kézikönyv). Directorate of Legal Affairs. Strasbourg, 1996, pp. 5-6.

¹⁶ Ld. Alapjogi Charta 41. Cikk.

Európai Bíróság és az Elsőfokú Bíróság ítélkező tevékenységét ide nem értve (43. Cikk). Mások az Európai Parlamenthez címzett petíciók benyújtásának jogát tartalmazzák (44. Cikk), a személyes adatok védelmének elvét (8. Cikk), valamint a jog előtti egyenlőséget (20. Cikk), a diszkrimináció tilalmát (21. Cikk), a kulturális, vallási és nyelvi különbözőséghez való jogot az Európai Unióban (22. Cikk), a férfiak és nők közötti egyenlőség elvét (23. Cikk), és végezetül az igazságszolgáltatásra vonatkozó elvek, különösen a hatékony jogorvoslathoz és a tisztességes eljáráshoz való jog (47. Cikk).¹⁷

A Chartával kapcsolatosan lényeges kiemelni, hogy alkalmazási köre az Unió intézményeire, szerveire és hivatalaira terjed ki, továbbá közvetlenül a tagállamokra is, amennyiben az Unió jogát hajtják végre. Ennek megfelelően saját hatáskörükben és az Unióra ruházott hatáskörök korlátain belül ezen intézmények kötelesek tiszteletben tartani a Chartában foglalt jogokat és betartani az abban foglalt elveket, valamint előmozdítani azok alkalmazását.¹⁸ Megjegyzendő ugyanakkor, hogy a Charta pillanatnyilag még nem kötelező erejű jogforrás. A dokumentumot a tagállamok képviselői a 2000. decemberében tartott nizzai csúcstalálkozón fogadták el, megfelelő politikai támogatottság hiányában jogi erőre azonban nem emelkedett, nem vált az alapszerződések részévé, csupán politikai deklarációként a Nizzai Szerződés mellé rendelték, majd az Európai Alkotmány létrehozói külön egészként illesztették be az alaptörvénybe, annak második részét képezi. Az Európai Alkotmány viszont – mint ismeretes – még szintén nem került elfogadásra, így a Charta jogi sorsa és jogi normaként – jogi hivatkozásként – történő felhasználhatósága meglehetősen kérdéses.¹⁹ Talán a Lisszaboni Szerződés érvénybe lépése lehet az a kulcsmozzanat, ami lendületet adhat e téren.

¹⁷ A Chartával kapcsolatosan többek között ld.: Millett, Lord: The right to good administration in European Law. Public Law, Summer 2002. Sweet & Maxwell Ltd., 2002. p. 316-318; Solé, Julio Ponce: Good administration and European public law. The fight for quality in the field of administrative decisions. European Review of Public Law, Vol. 14, No. 4. Esperia Publications Ltd. 2002. p. 1524-1528; Tatham, Allan F.: EC law in practice: a case-study approach. HVG-ORAC Kiadó. Budapest, 2006. p.31-32.

¹⁸ Ld. Alapjogi Charta 51. Cikk (1) bekezdés.

¹⁹ Az Európai Alkotmány kialakulásának kérdéseiről ld. többek között: Kellermann, Alfred E. – de Zwaan, Jaap W. – Czuczai, Jenő: EU Enlargement. The constitutional impact at EU and national level. TMC Asser Press. The Hague, 2001. p. 3-53.

1.3.2. A helyes hivatali magatartás európai kódexe (The European Code of Good Administrative Behaviour)

Az alkotmányos európai közigazgatási eljárásjog fejlesztése terén kiemelkedő szerepet játszott az Európai Ombudsman, amikor is az ezredfordulón a közösségi intézmények körében végzett mélyreható vizsgálat eredményeképpen egy egységes eljárási szabályrendszer hiányára világított rá és ennek szükségességét húzta alá. Az Ombudsman által lefolytatott vizsgálat arra mutatott rá, hogy a közösségi ügyintézésel összefüggő különböző hivatali visszasságok fő oka az, hogy nincsen egy olyan világos szabályrendszer, amely meghatározná a tisztviselők számára, hogyan viselkedjenek a polgárokkal való kapcsolatuk során, ennek elkerülése érdekében mindenképpen szükséges egy ilyesfajta Kódex megalkotása. Mindezek alapján az Európai Ombudsman egy ajánlás-tervezetet nyújtotta be a különböző közösségi szervekhez, intézményekhez és testületekhez, melyhez – egyfajta zsinórmértékként – mellékelte az általa készített helyes hivatali magatartás európai kódexét.²⁰

A Kódex az általános és alapvető jogelveken túlmenően (pl. jogszerűség elve, diszkrimináció tilalma, objektivitás és arányosság elve, tisztességes eljárás követelménye) számos konkrét, a gyakorlatban rendkívül lényeges eljárási szabályt is tartalmaz (pl. ésszerű határidő követelménye, indokolási kötelezettség), továbbá a hagyományos eljárási jogszabályoktól eltérően a dokumentum tartalmaz ún. viselkedési szabályokat is a tisztviselők számára (a hivatalnok a polgárokkal fenntartott kapcsolatai során szolgálatkészen, helyesen és előzékenyen jár el, köteles a legsegítőkészebb magatartást tanúsítani, hiba esetén elnézést kérni, stb.). Az Ombudsman a Kódexszel kapcsolatos kíváncsalmként fogalmazta meg, hogy rendelkezéseinek kizárólag az uniós polgárok és a közösségi szervek viszonyrendszerére kell koncentrálnia, továbbá a hatékonyság és az állampolgárok általi könnyű hozzáférhetőség érdekében a szabályzatot rendelet formájában lenne célszerű elfogadni és közzé kellene tenni a Hivatalos Lapban.²¹ Már talán a fentiekből is megállapítható, hogy a Kódex valóban teljeskörű garanciarendszert tartalmaz a közösségi intézmények eljárásai vonatkozásában, több tekintetben túl is mutat a hagyományos tagállami szabályozáson, így rendkívül hasznos lett volna általános követelménnyé, egyfajta vezérfonallá tenni az uniós szervek számára. Az

²⁰ A Kódex teljes, az Európai Parlament által jóváhagyott és legutóbb 2005-ben közzétett szövegét ld. <http://ombudsman.europa.eu/code/hu/default.htm>

²¹ A vizsgálatról bővebben ld.: Draft recommendation of the European Ombudsman in the own initiative inquiry OI/1/98/OV

intézmények közül azonban a Parlament volt az egyetlen, aki adoptálta a dokumentumot, a többi szerv tekintetében az Ombudsman szava elhalt a közösségi bürokrácia útvesztőjében.

1.4. Az erkölcsi követelmények felerősödése

A mai alkotmányos állam egyfajta paradoxona, hogy a modern világ embertelenségei közepette – vagy talán éppen ezért – egyre inkább megfigyelhető a jogrendszer – és ezáltal az alkotmány és a közigazgatási jog – erkölcsiesedése. Mivel a hagyományos jogi eszközök sikertelennek mutatkoztak a negatív jelenségek (mint korrupció, erőszak és különféle visszaélések) elleni küzdelemben, egyre felerősödtek azok a törekvések, melyek kötelező erejű, speciális erkölcsi normák kidolgozása és kötelezővé nyilvánítása irányába mutatnak. A jóhízműsítésre és tisztességre, a jog rendeltetészerű gyakorlására, a joggal való visszaélés tilalmára, a közszolgálati és ágazati erkölcsi kódexek kidolgozására vonatkozó szabályozással számos erkölcsi követelmény nyer jogi elismerést, ami által lehetővé válna azon érvelés lerombolása, mely szerint bizonyos megnyilvánulások habár erkölcstelenek, de nem ütköznek jogszabályba, így nem jogellenesek. Kiemelten lényeges szerepet játszanak ezen erkölcsi követelmények a közszolgálat szférájában, különösen a köztisztviselők tekintetében egyre nagyobb az elvárás etikai normák és erkölcsi rendelkezések kimunkálására és elfogadására, amelyek révén kiterjedhetne és megerősödhetne a közigazgatás értékkötöttsége.²²

A köztisztviselőkre vonatkozó viselkedési szabályok fontosságát az Európa Tanács is felismerte, amikor egy külön ajánlást fogadott el az európai köztisztviselők státusáról.²³ A fenti követelmények alapján az Európa Tanács egy olyan ajánlás elfogadására törekedett, amely tartalmazza a jó közigazgatásra vonatkozó alapelveket, melyek vezérfonalul szolgálhatnak a tagállamok jogalkotása számára. A Tanács arra ösztönözte a részes államok kormányait, hogy „jogalkotásuk és jogalkalmazásuk során” vegyék figyelembe az ajánláshoz mellékelteként csatolt alapelveket. Ezzel párhuzamos elveken nyugszik a magyarországi idevágó jogi szabályozás is, a köztisztviselők jogállásáról rendelkező törvény ugyanis preambulumban kimondja: a társadalom közmegebecsülését élvező, demokratikus közigazgatás feltétele, hogy a közügyeket pártpolitika-semleges, törvényesen működő,

²² Ld. Ádám Antal: A közigazgatás értékkötöttsége az alkotmányos jogállamban. *Tér és Társadalom*, 3/1999. 35-36.o.

²³ Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2000) 6 számú ajánlása az európai köztisztviselők státusáról (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 2000. február 24.-én a Miniszteri Megbízottak 699. találkozóján)

korszerű szakmai ismeretekkel rendelkező, pártatlan köztisztviselők intézzék.²⁴ Rendkívül fontos tehát, hogy mind az állami közigazgatási, mind az önkormányzati közigazgatási rendszerben világosan elhatárolhatók legyenek a politikai és a közigazgatási funkciók. Ezt szolgálja a közigazgatási tevékenység elhatárolása a politikától, a korszerű szakmai ismeretekkel rendelkező, kizárólag a köz érdekében munkálkodó, a társadalom által megbecsült köztisztviselői kar kialakítása, mely lehetővé teszi a közügyek demokratikus intézését.²⁵

Az alkotmányos állam és jogállam fenti követelményei eltérő módon és erősséggel jelennek meg a közigazgatás szervezete és működése vonatkozásában. Míg a szervezettel kapcsolatosan a hatalmi ágak megosztása tekinthető azon elvnek, amely köré a rendszer felépíthető, addig a működéssel összefüggésben a joguralom, a jogszerűség, a jogbiztonság és a jogorvoslathoz való jogok azok, amelyek kiemelkedő szerepet játszanak. A továbbiakban ezen rendezőelvek alapján kívánom bemutatni az alkotmányos közigazgatás követelményét.

2. A közigazgatás szervezetének alkotmányos kötöttsége

2.1. A hatalmi ágak elválasztásának elve, a közigazgatás a hatalmi ágak rendszerében

A hatalommegosztás igénye a különböző állami tevékenységek (funkciók) határainak rögzítését, hordozóinak kijelölését, és mindezek viszonyának – vagy a kapcsolat hiányának – megállapítását takarja. „A hatalommegosztás elve az alkotmányos állam egyik leghosszabb múltra visszatekintő és legkalandosabb sorsú eszméje. Éppen történetisége miatt azonban talán az alkotmányelmélet legtöbb félreértése és megghiúsult várakozása is ehhez a fogalomhoz kötődik.”²⁶ A hatalommegosztás elmélete álláspontom szerint egy olyan nagyjelentőségű jogelv, amelynek kétségkívül máig érvényes hatása van az államelméletben, a hatalmi ágak felépítéséről alkotott klasszikus felfogása azonban napjainkban már számos kiegészítésre és pontosításra szorul.

A Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága már több határozatában értelmezte a hatalmi ágak elválasztásának, ezen belül a bírói hatalom függetlenségének az Alkotmány 50.

²⁴ Ld. a köztisztviselők jogállásáról szóló 1992. évi XXIII. törvény (a továbbiakban: Ktv.) preambulumát.

²⁵ Ld. Ktv. Kommentár

²⁶ Takács Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. Jogtudományi Közlöny. 1993. június. 209. o.

§-ában meghatározott természetét és garanciális tartalmát.²⁷ Az Alkotmánybíróság értelmezésében a hatalmi ágak elválasztásának alkotmányos szerkezetében a bírói hatalom függetlenségének kitüntetett szerepe van. A bírói hatalom legfőbb sajátossága a másik két, „politikai” jellegű hatalmi ággal szemben ugyanis az, hogy állandó és semleges. A bíróságok tehát nincsenek olyan kölcsönös meghatározottságban és függőségben a többi hatalmi ágtól, mint amilyenben azok egymás között vannak. A hatályos Alkotmány által létrehozott parlamentáris kormányzati rendszerben ugyanis a törvényhozói és a végrehajtó hatalom is egymástól szervezetenként elválasztva működnek ugyan, ám a politikai akaratképzésnek e parlamentáris szerkezetében a törvényhozó és a végrehajtó hatalom elválasztása a hatalommegosztás elméletének klasszikus formájához képest szükségképpen mindig részleges és viszonylagos. A törvényhozó és végrehajtó hatalom elválasztása ma lényegében a hatáskörök megosztását jelenti a parlament és a kormány között, amelyek azonban politikailag egymással rendszerint összefonódnak. Ahogy erre az Alkotmánybíróság rámutatott, a mai parlamentáris rendszerekben a parlamenti többséget alkotó pártok alakítanak kormányt, a parlament többnyire a kormány törvényjavaslatait szavazza meg, a kormány és hivatalai - a végrehajtó hatalom - a törvények kezdeményezése és végrehajtása során hatalmi túlsúlyra tehetnek szert.²⁸

A közigazgatás a hatalmi ágak hagyományos rendszerében egyértelműen a végrehajtó hatalmi ághoz sorolandó, ezen eredeti felfogás azonban mára már számos szerző szerint meghaladottá vált. Napjaink modern államában ugyanis a végrehajtó hatalom mindinkább fikcióvá vált, helyébe pedig a közigazgatás lépett, amely már nem csupán a végrehajtás jellemző vonásait rejti, hanem a mindennapos állami feladatmegoldás önálló funkcióját is, éppen ezért nem igazán illeszthető be a hagyományos alkotmányos rendszerbe a végrehajtó hatalom részeként, sokkal inkább a politikai végrehajtás alapvető szervezeteként kell rá tekinteni.²⁹ A jogirodalomban már régóta kérdés: mennyiben tekinthető a Kormány a közigazgatás részének? Amennyiben a Kormányt a közigazgatási szervezet csúcsszerveként definiáljuk, úgy ez a kapcsolat egyértelmű, lényeges viszont megjegyezni, hogy a Kormány a hagyományos közigazgatási, végrehajtó szerepkör mellett szűk értelemben vett kormányzati tevékenységet is ellát, amely kormányzati funkció azonban már nem tartozik a közigazgatás

²⁷ Ld. 53/1991. (X. 31.) AB határozat; 38/1993. (VI. 11.) AB határozat.

²⁸ 17/1994. (III. 29.) AB határozat.

²⁹ Takács Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. Jogtudományi Közlöny. 1993. június. 218. o.

körébe. Megfordítva a képletet, a közigazgatásnak is vannak olyan elkülönült feladatai, szervezetei, hatáskörei és jogosítványai, amelyek csak a közigazgatást illetik meg, így egyfajta relatív autonómiával bír, mely hatékony működéshez elkerülhetetlen.³⁰ Akárhonnan is szemléljük a kérdést, kétségtelen, hogy az Alkotmány alapján a Kormánynak erőteljes jogosítványai vannak a közigazgatás vonatkozásában: a Kormány ugyanis jogosult az államigazgatás bármely ágát közvetlenül felügyelete alá vonni és erre külön szerveket létesíteni,³¹ jogosult továbbá a jogszabályok kivételével az alárendelt szervek által hozott minden olyan határozatot vagy intézkedést megsemmisíteni, illetőleg megváltoztatni, amely törvénybe ütközik.³²

A közigazgatás fenti új szerepének megértéséhez a társadalom szervezéséből kell kiindulni. Takács Albert szerint a társadalom irányításának két alapvető rendszere létezik, a politikai és a közigazgatási. Előbbi a társadalmi célok megfogalmazását végzi, ekként a társadalom elsődleges integrációs rendszereként funkcionál, hiányzik azonban belőle a végrehajtás, a konkretizálás. Ez utóbbi, a politikai döntések végrehajtása ugyanis a közigazgatás, mint másodlagos integrációs rendszer feladata egyedi kötelező döntések útján.³³ A közigazgatás összetett mivoltából fakadóan egyfajta bürokratikus hatalom, melyből következően egyfajta feszültség figyelhető meg közöttük és az állam politikai szervei között. A közigazgatás különleges helyet foglal el ugyanis az állami szervek között, lévén, hogy az állami szervezési, szabályozási és rendezési feladatok sokasodásával párhuzamosan egyre nőtt a közigazgatás súlya és jelentősége, a politikai célkitűzések megfogalmazásakor egyre nagyobb figyelmet kellett fordítani a közigazgatás adottságaira, a közigazgatási cselekvés lehetőségeire.³⁴ Éppen ezért a politikai szerveknek egyre inkább ügyelniük kellett arra, hogy a megnövekedett közigazgatás ne hagyja függetlenedjen a politikai szándékoktól, továbbá ne hagyja egymással rivalizálva egymás akadályait képezze. Az általam elfogadott nézet szerint a közigazgatás a végrehajtó hatalom gyakorlásának meghatározó, de nem egyedüli összetevője, ami által megkettőződik a végrehajtó hatalmi ágon belüli akaratképződés: „a politikai és alkotmányos főhatalom birtokosa és a kormányzottak közé beépül a közigazgatás egyre

³⁰ Fazekas Marianna – Ficzer Lajos: Magyar Közigazgatási Jog. Osiris Kiadó, Budapest, 2005. 41-42. o.

³¹ Ld. Alkotmány 40. § (3) bekezdés.

³² Ld. Alkotmány 35. § (4) bekezdés.

³³ Takács Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. Jogtudományi Közlöny. 1993. június. 219-220. o.

³⁴ Vö. Kukorelli István: Alkotmánytan I. Osiris Kiadó, Budapest, 2007. 49. o.

nagyobb szervezetrendszerre, amely jelentős befolyással bír nemcsak az akaratképződés eredményére, hanem annak tartalmára is”.³⁵

2.2. A végrehajtó hatalom viszonya a törvényhozáshoz

A hatalommegosztás elméletének fénykorában a népszuverenitás gondolatának és a képviseleti elvnek az erőteljes dominanciája volt jellemző. Ez alapján a törvényhozó hatalmi ágat megtestesítő parlament, azaz a nép képviselőit tömörítő testület a „nép bizottsága”, így a kormány mint a végrehajtó hatalom csúcsszerve nem lehet több, mint a parlament alárendelt testülete. A hatalmi ágak illetően meglévő primátusában tehát a parlamentet más hatalom nem előzhette meg, a törvényhozó hatalmi ág közvetlen befolyást gyakorolhatott a többi hatalmi ágra – mindenekelőtt a végrehajtásra –, az ellenkező irányú hatásgyakorlás azonban elméletileg kizárt. Ez a megoldás szinte törvényszerűen következett a történelmi folyamatokból. Korábban, az alkotmányos monarchiák idején a végrehajtó hatalom kizárólag az uralkodónak tartozott felelősséggel, a parlament pedig éppen ezen uralkodói hatalommal szemben lépett fel akként, hogy az egyszemélyes uralom helyett a legfőbb hatalom nép általi, ám közvetett, parlamentáris gyakorlását vallotta. A törvényhozó hatalom ekként az uralkodó helyébe lépett, magához ragadva bizonyos „uralkodói felségjogokat”. A törvényhozó és a végrehajtó hatalom közötti kapcsolat ugyanakkor nem vázolható fel pusztán egyirányúként, a kormánynak ugyanis elemei érdeke, hogy a végrehajtó tevékenység alapját jelentő törvények összhangban álljanak politikai érdekeivel, célszerű tehát a két hatalom politikai tartalmú összefonódása.³⁶

A mai magyar alkotmányos struktúrában az Országgyűlés dominanciája figyelhető meg, lényeges azonban kihangsúlyozni, hogy hierarchikus alá-fölérendeltség nincsen a törvényhozó és a végrehajtó hatalom között, előbbi nem utasíthatja utóbbit. Emellett azonban megfigyelhető a végrehajtó hatalom bizonyos függősége a törvényhozástól, ami egyrészt a Kormány és a közigazgatás Országgyűlés előtti felelősségében, másrészt pedig a parlamenti ellenőrzésben ölt testet. További kapcsolódási pontként pedig megemlíthető a törvényhozói döntések előkészítésében és szervezésében játszott kormányzati és közigazgatási szerep.³⁷

³⁵ Ld. Patyi András – Varga Zs. András: Közigazgatási Jog. Általános rész. Ideiglenes jegyzet, 2007. 281. o.

³⁶ Takács Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. Jogtudományi Közlöny. 1993. június. 216-217. o.

³⁷ Vö. Fazekas Marianna – Ficzere Lajos: Magyar Közigazgatási Jog. Osiris Kiadó, Budapest, 2005. 32-33. o.

A parlament meghatározó szerepe természetesen fakad a magyar államberendezkedésből, alkotmányos hatásköréből fakadóan az Országgyűlés „a népszuverenitásból eredő jogait gyakorolva biztosítja a társadalom alkotmányos rendjét, meghatározza a kormányzás szervezetét, irányát és feltételeit”.³⁸ E jogköréből fakadóan a közigazgatás szervezetének és működésének legfontosabb szabályait az Országgyűlés határozza meg, ami nemcsak azt jelenti, hogy az Országgyűlés törvényt alkot az egyes ágazati anyagi jogi és eljárási szabályokról, hanem ezekben rendelkezik a legfontosabb szervezeti jogi szabályokról is, sőt, bizonyos szervezeti formákat egyenesen alkotmányozói jogkörben szabályoz. Ebben a megoldási formában a Kormány és a miniszterek felhatalmazást kaphatnak a szervezetrendszer további szabályainak megalkotására, de az alapvető döntések meghozatala és irányvonalak meghatározása a törvényhozás joga. Ezen a helyzeten változtatott a 2006-os közigazgatási reform, mely rendkívül széleskörű jogalkotói felhatalmazás biztosított a Kormánynak, a Kormány ezáltal gyakorlatilag szabad kezet kapott a közigazgatás szervezetének, irányításának, vezetésének, felügyeletének és ellenőrzésének kialakítására. Lényeges kiemelni, hogy mindezen szabályokat eredeti jogalkotói hatáskörében jogosult megalkotni, a közigazgatási jogalkotás ezáltal eggyel alacsonyabb jogforrási szintre süllyedt.³⁹ A szabályozási mód vitatott voltán túl alkotmányossági aggályokat is felvetett, így a döntést az Alkotmánybíróságnak kellett meghoznia.

Az Alkotmánybíróság határozatában kimondta, hogy a helyi önkormányzatok feletti törvényességi ellenőrzés az önkormányzati alapjogok szabad gyakorlása korlátozásának lehetőségét is magában rejti, ezért a törvényességi ellenőrzés gyakorlására jogosult szerv hatáskörét 2/3-os törvény kell, hogy szabályozza. Az Ötv.-nek ez a szabálya fővárosi, megyei szervként iktatta be a közigazgatási hivatalt az államszervezetbe, azaz a 2/3-os törvényben megnyilvánuló politikai konszenzus kiterjedt arra is, hogy a helyi önkormányzatok felett fővárosi, megyei szinten működő államigazgatási szerv gyakorolja a törvényességi ellenőrzést. Ezért az Ötv. szabályozási koncepciójának lényeges elemét érintette az a módosítás, amely a „fővárosi, megyei” jelző hatályon kívül helyezésével lehetőséget adott a közigazgatási hivatalok államszervezetben elfoglalt helyének megváltoztatására. Ezért ezzel a módosítással a törvényhozó túllépte az Alkotmányban biztosított felhatalmazása kereteit, ami miatt a szabályozás alkotmányellenes.⁴⁰

³⁸ Alkotmány 19. § (2) bekezdés.

³⁹ Ld. Patyi András – Varga Zs. András: Közigazgatási Jog. Általános rész. Ideiglenes jegyzet, 2007. 275. o.

⁴⁰ 90/2007. (XI. 14.) AB határozat.

Egy másik indítvány alapján az Alkotmánybíróságnak állást kellett foglalni abban a kérdésben is, hogy az államigazgatás szerveinek szabályozása, az államigazgatási szervek intézményesítése, illetőleg jogállásuk meghatározása tekinthető-e az Alkotmány alapján kizárólagos törvényhozási tárgynak? Az Alkotmány maga tartalmaz szabályozást arra nézve, hogy az államigazgatási szervezeti rendszerbe tartozó szervek közül, melyek létesítéséhez kívánja meg a törvényi szabályozást, ezeken túlmenően azonban a Kormány is jogosult az államigazgatási szervezetet módosítani. Az indítványozó által alkotmányellenesnek tartott kormányrendeletek központi hivatalok, illetőleg területi államigazgatási szervek jogállásáról, tehát olyan, a Kormány irányítása alá tartozó államigazgatási szervezetrendszerbe tartozó államigazgatási szervekről rendelkeznek, amelyekre az Alkotmány 40. § (3) bekezdése alapján a Kormány szervezetalakítási joga kiterjed, ebből következően az indítványozó által felsorolt kormányrendeletek alkotmányellenessége nem állapítható meg.⁴¹

A Kormány ezt követően az önkormányzati törvény módosítása nélkül és a megsemmisített kormányrendelettel megegyező tartalommal, lényeges változtatások nélkül fogadta el 2008. nyarán a közigazgatási hivatalokról szóló kormányrendeletet, melynek alkotmányossági felülvizsgálata iránt több indítványt nyújtottak be. Eljárása során az Alkotmánybíróság megállapította, hogy a korábbi határozatában megállapított alkotmányellenes helyzet változatlanul fennáll. A regionális közigazgatási hivatalok létrehozásához az alkotmánybírósági határozatban az Alkotmány 44/C. §-ának értelmezése alapján kifejtett érveknek megfelelően a 2/3-os többséggel elfogadott önkormányzati törvény módosítására lett volna szükség. Az Országgyűlés azzal, hogy nem módosította az önkormányzati törvényt, nem szabályozta újra a közigazgatási hivatalok államszervezetben elfoglalt helyét, elmulasztotta az Alkotmány 44/C. §-ából következő jogalkotási kötelezettségét. Az a tény, hogy a jogalkotási kötelezettség teljesítésére megállapított határidő eltelt, és a megsemmisített rendelkezés hatályát veszítette, nem eredményezte azt, hogy az alkotmánybírósági határozat által megállapított alkotmányellenes helyzet, és ezzel együtt az Országgyűlés jogalkotási kötelezettsége megszűnt. A Kormány azzal, hogy alkotmányosan előírt törvényi alapok nélkül kormányrendeletben intézményesítette a közigazgatási hivatalokat, olyan szabályozási körben rendelkezett, amelyet az Országgyűlésnek kellett

⁴¹ Uo.

volna 2/3-os törvényben szabályoznia, elvonta az Országgyűlés hatáskörét, a szabályozás tehát alkotmányellenes.⁴²

2.3. A végrehajtó hatalom viszonya az igazságszolgáltatáshoz: a közigazgatási bírászkodás

A hatalmi ágak megosztásának klasszikus rendszerében a bírói hatalom fő feladata a magánszemélyek jogvitáinak eldöntése, valamint a bűncselekmények elkövetőinek felelősségre vonása volt. A polgári és a büntető igazságszolgáltatás igénye mellett azonban felmerült annak követelménye is, hogy a bíróságok a megsértett jogrendet ne csupán a fenti két esetben védelmezzék, hanem a másik két hatalmi ág törvénytelen cselekedeteivel szemben is. A törvényhozás bírói kontrollja azután az alkotmánybírászkodás intézményesülésével valósult meg, míg a végrehajtói hatalom a közigazgatási bírászkodás megteremtésével.

A közigazgatási bírászkodást a hatalmi ágak elválasztásának nézőpontjából szemlélve megállapítható, hogy a közigazgatási határozatok bírósági felülvizsgálatáról szóló alkotmányi rendelkezés a hatalmi ágak egymáshoz való viszonyának rendezése érdekében szabályozza a bíróságok funkcióját a közigazgatás ellenőrzésében.⁴³ A közigazgatási bírászkodás az alkotmányos közigazgatás egyik legfontosabb tartalmi követelménye, a jogállam kritériuma, egyes szerzők szerint „a jogállam a bíróságok által megvalósított alkotmányos közigazgatás”.⁴⁴ A magyar szabályozást szemlélve a közigazgatási bírászkodásra vonatkozó szabályozás hiányos voltával találhatjuk szemben magunkat. Az Alkotmány lakonikus tömörséggel mindössze annyit mond, hogy a bíróság ellenőrzi a közigazgatási határozatok törvényességét,⁴⁵ hallgat azonban arról, hogy ezt milyen eljárásban és milyen szempontok szerint végzi, sőt, maga a közigazgatási bírászkodás kifejezés sem szerepel az alaptörvényben. Teszi ezt annak ellenére, hogy az Alkotmány módosításakor a jogalkotó jelentős szerepet szánt ezen szakasznak, azt egyenesen a közigazgatási bírászkodás alkotmányos alapjainak megteremtéseként aposztrofálta,⁴⁶ ám ezen rendelkezés önmagában nyilvánvalóan nem alkalmas ennek elérésére, további elvi alapok szükségesek. Ilyenként tekinthetünk az

⁴² Ld. 131/2008. (XI. 3.) AB határozat.

⁴³ Ld. 953/B/1993. AB határozat.

⁴⁴ Ld. Holló András: Az Alkotmánybíróság a közigazgatás alkotmányosságáért. Magyar Közigazgatás, 2005. november. 641. o.

⁴⁵ Alkotmány 50. § (1) bekezdés.

⁴⁶ Ld. az Alkotmány módosításáról szóló 1989. évi XXXI. törvény 30. §-ához fűzött indokolás.

Alkotmány jogorvoslati jogot deklaráló,⁴⁷ a bírói utat megnyitó,⁴⁸ valamint az állami döntések elleni kifogások bíróság előtti érvényesíthetőségét megteremtő⁴⁹ passzusai, az igazi „áttörést” azonban az Alkotmánybíróság hozta meg folyamatos jogfejlesztő gyakorlata révén, amikor a közigazgatási határozatok bírósági ellenőrzésének Alkotmányban rögzített követelményén keresztül magának a közigazgatási anyagi jognak az alkotmányossági alapkövetelményeit határozta meg.⁵⁰

A 32/1990. (XII. 22.) AB határozatban a testület leszögezte: mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenesség a közigazgatási határozatok bírósági felülvizsgálatára vonatkozó törvényi szabályozás elmulasztása, ezért felhívta a Kormányt, hogy határidőn belül terjesszen az Országgyűlés elé olyan törvényjavaslatot, amely a közigazgatási határozatok törvényességének bírósági ellenőrzését az Alkotmánynak megfelelően szabályozza. Az államigazgatási határozatok bírósági felülvizsgálatáról rendelkező rendelet⁵¹ a megalkotásakor nem ütközött az akkor hatályos Alkotmány rendelkezéseibe, de alkotmányellenessé vált az Alkotmány 1989-es módosítása folytán, amely az Alkotmány jelenlegi 50. §-át meghatározta. Az Alkotmány ezen passzusa ugyanis általánossá teszi a bíróságnak a közigazgatási határozatok törvényességének ellenőrzésére vonatkozó jogát. A támadott MT rendeletnek egyes – a bírósági felülvizsgálatot lehetővé tevő – rendelkezései tartalmukban nem alkotmányellenesek ugyan, de alkotmányellenes az, hogy e felülvizsgálatot csak e jogszabály által felsorolt államigazgatási határozatok esetében teszi lehetővé. Ezt az alkotmányellenességet csak olyan új törvény megalkotásával lehet megszüntetni, amely a bírósági felülvizsgálat lehetőségét alkotmányossá teszi.

A közigazgatási bíráskodás létét ugyanakkor nem elegendő pusztán kinyilvánítani, konkrét garanciákat is meg kell teremteni annak tényleges érvényesülése érdekében. Ezt erősítette meg az Alkotmánybíróság is, amikor kimondta: a közigazgatási határozatok törvényessége bírósági ellenőrzésének szabályozásánál alkotmányos követelmény, hogy a bíróság a perbe vitt jogokat és kötelezettségeket az Alkotmány 57. § (1) bekezdésében meghatározott feltételeknek megfelelően érdemben elbírálhassa. A közigazgatási döntési jogkört meghatározó szabálynak megfelelő szempontot vagy mércét kell tartalmaznia, amely

⁴⁷ Ld. Alkotmány 57. § (5) bekezdés.

⁴⁸ Ld. Alkotmány 57. § (1) bekezdés.

⁴⁹ Ld. Alkotmány 70/K. §

⁵⁰ Vö. Patyi András: A magyar közigazgatási bíráskodás a hatályos magyar alkotmányos rendszerben, az Alkotmánybíróság határozatai tükrében. Jogtudományi Közlöny, 2001. október. 430. o.

⁵¹ Ld. 63/1981. (XII. 5.) MT rendelet.

alapján a döntés jogszerűségét a bíróság felülvizsgálhatja. Az Alkotmánybíróság nyomatékkal mutatott rá arra, hogy az eljárási garanciák teljesedéséhez önmagában a bírói út megléte nem elegendő; az Alkotmány által megkövetelt hatékony jogvédelem megléte attól függ, hogy a bíróság mit vizsgálhat felül. Az eljárásnak ahhoz kell vezetnie, hogy a bíróság a perbe vitt jogokat és kötelezéseket az ott írt módon valóban „elbírálja”: az összes, az Alkotmányban részletezett követelmény - a bíróság törvény által felállított volta, függetlensége és pártatlansága, az, hogy a tárgyalás igazságosan és nyilvánosan folyjék - ezt a célt szolgálja, csak e követelmények teljesítésével lehet alkotmányosan véglegesnek számító, érdemi, a jogot megállapító döntést hozni. A közigazgatási határozatok törvényességének bírói ellenőrzése tehát alkotmányosan nem korlátozódhat a formális jogszerűség vizsgálatára. A közigazgatási perben a bíróság nincs a közigazgatási határozatban megállapított tényálláshoz kötve, és a jogszerűség szempontjából felülbírálhatja a közigazgatási szerv mérlegelését is. Nem csupán az a jogszabály lehet alkotmányellenes, amely kifejezetten kizárja a jogkérdésen túlmenő bírói felülvizsgálatot, vagy annak a közigazgatási mérlegeléssel szemben olyan kevés teret hagy, hogy az ügy megfelelő alkotmányos garanciák közötti érdemi „elbírálásáról” nem beszélhetünk, hanem az olyan jogszabály is, amely az igazgatásnak korlátlan mérlegelési jogot adván semmilyen jogszerűségi mércét nem tartalmaz a bírói döntés számára sem.⁵²

A közigazgatási határozatok bírósági felülvizsgálata kapcsán kérdéses az intézmény jogorvoslati jellege, azaz hogy a bírósági felülvizsgálat mennyiben eredeztethető a jogorvoslathoz való jogból. Az Alkotmánybíróság joggyakorlata meglehetősen ellentmondásos e témakörben.⁵³ Egyik korai határozatában a testület – egy másik döntésére történő utalással – kinyilvánította, hogy az államigazgatási (hatósági) döntés ellen a bírósághoz való fordulás joga kielégíti az Alkotmány 57. § (5) bekezdéséből és 50. § (2) bekezdéséből eredő alkotmányossági követelményeket,⁵⁴ azaz egyértelműen utalt az Alkotmány jogorvoslati jogot garantáló passzusára. Mindössze egyetlen hónapra a fenti döntés után az Alkotmánybíróság azonban homlokegyenest másként vélekedett a közigazgatási bíráskodás jogorvoslati szerepéről: Az államigazgatási határozatok bíróság előtti megtámadhatósága nem a jogorvoslathoz való jogból fakad, hanem a bíróságoknak az

⁵² 39/1997. (VII. 1.) AB határozat.

⁵³ Ld. Patyi András: A magyar közigazgatási bíráskodás a hatályos magyar alkotmányos rendszerben, az Alkotmánybíróság határozatai tükrében. Jogtudományi Közlöny, 2001. október. 420-422. o.

⁵⁴ Ld. 66/1991. (XII. 21.) AB határozat.

Alkotmány 50. § (2) bekezdésében, valamint a 70/K. §-ban megállapított hatásköréből.⁵⁵ Későbbi döntéseiben⁵⁶ a testület főként ezt az irányt tekintette meghatározónak, mindazonáltal a továbbiakban is megfigyelhető volt némi ingadozás a kérdésben.⁵⁷

2.4. A helyi önkormányzatok mint hatalmi tényezők

A helyi önkormányzatok, habár számos jellemzőjükkel a végrehajtó hatalmi ághoz húznak, autonómiájukból fakadóan mégsem illeszthetők be problémamentesen a hatalommegosztás klasszikus rendszerébe. Egyes szerzők szerint új hatalmi tényezőként kell velük számolni, mások véleménye alapján pedig valamilyen módon mégiscsak beleilleszthetők a hatalommegosztás sémájába, még hozzá a hatalom területi megosztását testesítik meg. Ez utóbbi tényező a hagyományos hatalommegosztási modellben értelemszerűen nem kaphatott helyet, hiszen az erős területi, központtól független hatalom egyfajta feudális megoldásként élt a jogtudományban, éppen amely ellen a felvilágosodás gondolkodói küzdöttek. A helyi hatalom először Benjamin Constant elméletében fogalmazódott meg, aki az addigi horizontális hatalommegosztást vertikális elemekkel egészítette ki, még hozzá a decentralizáció gondolatának felvetésével. Megkerülhetetlen tény ugyanis, hogy egy adott államban léteznek a központi akarattól eltérő helyi érdekek, olyan helyi sajátosságok, amelyeket indokolt figyelembe venni a hatalomgyakorlás során, Constant szerint azonban ezek nem ölthetnek testet az országos hatalomtól független funkciókban.⁵⁸ „Eddig a helyhatóság a végrehajtó hatalom függő ágának tartatott: ellenkezőleg áll, nem kell ugyan soha ezt akadályoznia, de tőle függenie se kell.” Az alkotmányos keretek között tehát nem határolható le szerinte külön municipiális hatalmi ág, az csupán a saját érdekeltségen alapuló „helybeliség” alapján különül el.⁵⁹

Fenti követelmény következetesen érvényesül napjainkban is, az önkormányzatok léte ugyanis nem terjeszkedhet túl az állami szuverenitáson, működésük során a szuverén állam elsőbbsége érvényesül. Az önkormányzati tevékenységek köre továbbá nem ölelheti fel az állami funkciók teljes tárházát, egyes feladatokat (pl. igazságszolgáltató funkció)

⁵⁵ 15/1993. (III. 12.) AB határozat.

⁵⁶ Vö. 689/B/1993. AB határozat, 1310/D/1990. AB határozat.

⁵⁷ Ld. 930/B/1994. AB határozat.

⁵⁸ Takács Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. Jogtudományi Közlöny. 1993. június. 266-267. o.

⁵⁹ Ld. Kukorelli István: Alkotmánytan I. Osiris Kiadó, Budapest, 2007. 42. o.

értelemszerűen nem gyakorolhatnak. Az önkormányzatok működése a helyi sajátosságokon, a helyi közügyek intézésén alapul, a közhatalom helyi gyakorlását és a helyi közszolgáltatások ellátását tűzi ki alapvető feladatául, ahogyan erre Alkotmányunk is utal.⁶⁰ A helyi közügyek ellátásához ugyanakkor nem társul a teljesen autonóm eljárás lehetősége, az önkormányzat e körben ugyanis az állam megbízását teljesíti, az önkormányzati feladatok megfogalmazása az állam feladata, az állam továbbá felügyeletet gyakorol az önkormányzatok működése felett, melynek legvégső és legszélsőségesebb megnyilvánulásaként a központi hatalomnak lehetősége van felosztatni az adott önkormányzatot, véget vetni ezáltal működésének. Ebből következően tehát az önkormányzatok egyrésztől nem tekinthetők államon kívüli képződményeknek, mivel szervesen illeszkednek az állami szervezeti rendszerbe, másrésztől azonban az államtól való teljesen független és önálló önkormányzat sem valósítható meg.⁶¹ Alkotmányos követelmény mindazonáltal, hogy a központi állami-kormányzati szervek csak normatív alapon irányíthatják az önkormányzatokat, konkrét önkormányzati ügyekben nem avatkozhatnak bele. Ezen elv alól mindössze két kivétel van: az Országgyűlés vonatkozásában az alkotmányellenesen működő helyi önkormányzat felosztatásának joga, a Kormány részéről pedig az önkormányzatok feletti törvényességi ellenőrzés.

A helyi önkormányzatoknak a központi végrehajtó hatalomtól való különállása és önállósága már számos alkotmánybíróági határozat vizsgálatát képezte, a jelen tanulmányban a helyi önkormányzati alapjogok jogi jellegét és korlátozhatóságát emelném ki.

A helyi önkormányzathoz való jogot az Alkotmány 42. § rögzíti, amikor kimondja: a község, a város, a főváros és kerületei, valamint a megye választópolgárainak közösségét megilleti a helyi önkormányzás joga. A helyi önkormányzás a választópolgárok közösségét érintő közügyek önálló, demokratikus intézése, a helyi közhatalomnak a lakosság érdekében való gyakorlása. Az Alkotmány 43. § szól a helyi önkormányzati alapjogokról, melyeket azután az Alkotmány 44/A. § (1) bekezdése részletez.

Ahogyan azt Dr. Vörös Imre alkotmánybíró egy különvéleményében kifejtette,⁶² az Alkotmány e három rendelkezése oly módon függ össze, hogy a 42. § általánosan, generálklauzula-szerűen megfogalmazza a helyi önkormányzathoz való kollektív alapjogot. Ennek az alapjognak, mint a helyi önkormányzat alapjogi jogalanyisága szempontjából „anyajognak” a részletezett, de nem kimerítő felsorolását tartalmazza a 43-44/A. §. A 44/A. §

⁶⁰ Ld. Alkotmány 42. §

⁶¹ Vö. Fazekas Marianna – Ficzer Lajos: Magyar Közigazgatási Jog. Osiris Kiadó, Budapest, 2005. 173. o.

⁶² Ld. Patyi András: Egyes önkormányzati alapjogok viszonylagossága. Magyar Közigazgatás, 1998/9. 23. o.

már csak azért sem tekinthető kimerítő, hanem csupán önkormányzat-specifikus felsorolásnak, mivel az önkormányzatot jogi személyként egyébként mindazok az alapjogok megilletik, melyek jellegüknél fogva a jogi személyekre is alkalmazhatók. A helyi önkormányzathoz való kollektív alapjogot tehát tartalommal részben a 44/A. §-ban felsorolt, részben pedig azok az alapjogok töltik meg, amelyeket az Alkotmány alapjogokról rendelkező XII. fejezete, továbbá az Alkotmány más fejezetei tartalmaznak, de amelyeket az Alkotmánybíróság - állandó gyakorlata szerint - jogi személyekre is alkalmaz.⁶³

A helyi önkormányzathoz való jog az adott közigazgatási egység választópolgárait megillető kollektív alapjog, mely tartalmánál fogva az alapvető jogokhoz hasonló védelemben részesül – mely védelem tehát nem tér el az Alkotmányban foglalt többi alapjog védelmétől – és egyúttal az önkormányzati jogok anyajogát is jelenti.⁶⁴ Az Alkotmánybíróság szerint az Alkotmány 44/A. § (1) bekezdésében szabályozott alapjogok viszont a helyi képviselő-testületek számára biztosított olyan hatáskörcsoportok, amelyek a helyi önkormányzás körében az önkormányzatok számára biztosított autonómia alkotmányos garanciáit képezik.⁶⁵ Az önkormányzatokat az egyes alapjogok körében megillető autonómia azonban nem feltétlen és korlátozhatatlan. Az alapjogok szabályozása elsősorban a kormánnyal és az államigazgatással szemben nyújt alkotmányos garanciát az önkormányzatok számára. A törvényhozót az Alkotmányban szabályozott önkormányzati alapjogok annyiban korlátozzák, hogy azokat nem vonhatja el, nem állapíthat meg olyan mértékű korlátozásokat, amelyek valamely önkormányzati alapjog tartalmának kiüresedéséhez, tényleges elvonásához vezetnek.⁶⁶ Az önkormányzati alapjogok korlátozásával szemben nem alkotmányossági követelmény az, hogy arra valamely alkotmányos jog érvényesítése, valamely alkotmányos cél érdekében szükségszerűen és azzal arányosan kerüljön sor. Önkormányzati feladatot és hatáskört (azaz nem államigazgatási feladatot és hatáskört) csak törvény, valamint az Alkotmány és a törvényi keretek között maradó helyi önkormányzat képviselő-testületének rendelete állapíthat meg. Nem vállalhat részt a helyi közügyek (önkormányzati feladatok) szabályozásából a Kormányrendelet vagy a miniszteri rendelet. Azon szabályozási megoldás és módszer továbbá – amely a jogalkotási hatáskört formailag meghagyja ugyan az önkormányzatoknál, de azt tartalmilag bizonyos esetekben mégis elvonja – szintén alkalmas a

⁶³ Ld. 64/1993. (XII. 22.) AB határozat

⁶⁴ Vö. 18/1993. (III. 19.) AB határozat és 22/1993. (IV. 2.) AB határozat.

⁶⁵ Ld. 4/1993. (II. 12.) AB határozat.

⁶⁶ Ld. 1/1993. (II. 12.) AB határozat.

helyi önkormányzati rendeletalkotásban testet öltő autonómia lényeges tartalmának korlátozására. Az Alkotmánybíróság kimondta: az Ötv. nem áll azon az elvi alapon, hogy helyi közügyeket csak és kizárólag a helyi (települési) önkormányzatok láthatnának el, ha azonban a törvényhozó az ilyen ügyek ellátását az önkormányzatra bízta, annak mikénti gyakorlása során a helyi autonómiát garantáló alkotmányossági előírásokat tiszteletben kell tartania.⁶⁷

A helyi önkormányzatok alkotmányos szabályozásával kapcsolatosan vitatott a jogirodalomban, hogy vajon milyen terjedelemben és mélységben kellene az Alkotmánynak rendelkeznie e tárgykörben. Egyes szerzők szerint hiba lenne, ha túlságosan részletezően szólna az alaptörvény a helyi önkormányzatokról, az Alkotmánynak csupán a mindenkori önkormányzati rendszerben alkalmazandó legfontosabb alapelvekre kellene szorítkoznia,⁶⁸ mivel a klasszikus írott alkotmányok ún. chartális formája napjainkra már válságba jutott. A jogi szabályozottság igénye ugyanis szétfeszíti a klasszikus alaptörvény kereteit, a legfontosabb alkotmányos normákat ezáltal több törvénynek, illetőleg ezek hivatalos értelmezéseinek kellene tartalmazni. A garanciákon túlmutató, túlságosan részletes szabályozással pontosan az alaptörvényi jellegét veszítené el az Alkotmány.⁶⁹ Mások ezzel szemben nem tartanák szerencsésnek, ha a mindenkori törvényhozó szinte bármikor és korlátlanul, a saját elképzelése szerint rajzolhatná át az önkormányzati rendszert, ez egy jogállamban ugyanis megengedhetetlen, éppen ezért igenis szükséges egyfajta részletesebb alkotmányos szabályozás.⁷⁰ Jómagam ezen utóbbi állásponttal értek egyet.

3. Alkotmányos követelmények a közigazgatás működése vonatkozásában

A közigazgatás működése körében a közigazgatás által ellátott tevékenységek közül a hierarchián kívüli igazgatás két alapvető formáját, a hatósági jogalkotást és a hatósági jogalkalmazást emelem ki a továbbiakban és törekszem felvázolni a velük kapcsolatos alkotmányos követelményeket. Mindkét tevékenységfajta alapvető sajátossága, hogy a közigazgatás csak törvényi felhatalmazás alapján avatkozhat be az igazgatott szférájába,

⁶⁷ Ld. 2/2001. (I. 17.) AB határozat

⁶⁸ Ld. Fürcht Pál: Az új Alkotmány önkormányzati normáihoz. Magyar Közigazgatás, 1995/6., 330. o.

⁶⁹ Ld. Ivancsics Imre: A helyi önkormányzatok alkotmányos szabályozásának néhány kérdése. Magyar Közigazgatás, 1994/10., 595-596. o.

⁷⁰ Vö. Verebélyi Imre: Az önkormányzatiság alkotmányos alapjai. Magyar Közigazgatás, 1995. szeptember, 481-492. o.; Fürcht Pál: Az új Alkotmány önkormányzati normáihoz. Magyar Közigazgatás, 1995/6., 330. o.

valamint, hogy az igazgatottaknak csupán néhány szféráját érintheti, nem pedig átfogóan valamennyi életviszonyát.

A modern állam, megnövekedett feladatai teljesítése érdekében különféle jogokkal és kötelezettségekkel ruházza fel a közigazgatást. A közigazgatási funkciók körét alapjában véve három tényező határozza meg: a modern demokráciák céljai, prioritásai és értékei, valamint azok jogi keretei; a technikai, emberi és gazdasági erőforrások, amelyek a közigazgatási hatóságok rendelkezésére állnak; végezetül a közigazgatási apparátus hatékonyságába vetett bizalom.⁷¹ A közigazgatási tevékenységek köre meglehetősen széles, a közigazgatásnak a közösség érdekében végzett szerteágazó tevékenysége gyakran érint bizonyos hagyományosan védett egyéni jogokat, megfelelő egyensúly kell ezért, hogy fennálljon ezen utóbbi jogok és a közérdek között. Ennek megvalósítása a közigazgatási jog egyik legfőbb feladata, amely nem csupán a közigazgatási feladatok megszervezésének eszközeként jelenik meg, hanem felfogható úgy is, mint ami szabályozza a közhatalom gyakorlását és ellenőrzi annak működését. A közigazgatási jog ezen ágának világos szabályai és elvei erősíthetik a jogbiztonságot és csökkenthetik az önkényesség lehetőségét ezen a területen anélkül, hogy megnyirbálná a közigazgatás szükséges és kívánatos mérlegelési szabadságát.

3.1. Hatósági jogalkotás

A közigazgatási jogalkotás a közigazgatás közhatalmi, azaz a szervezeten kívül hatást gyakorló tevékenységfajtája, olyan tevékenység, melynek során a közigazgatás külső jogalanyok irányába általános jelleggel jogokat és kötelezettségeket állapít meg és ezeknek állami kényszer útján szerez érvényt. Napjaink jogállamaiban nemcsak a parlamentet illeti meg a szabályozás joga, bár az általa alkotott törvények kétségtelenül a jogrendszer alapját képezik és elsőbbséget kell, hogy élvezzenek a többi jogforrással szemben, ezáltal korlátokat állítva fel az egyéb jogalkotó szervek számára. A parlamenten kívül még egyéb, főként a végrehajtó hatalom körébe sorolt állami szerveket, illetőleg személyeket is megillet a jogalkotás jogosítványa, a közigazgatáson belül a Kormányt és annak tagjait, valamint a helyi önkormányzatokat kell mindenképpen kiemelnünk. Mivel az államigazgatási szervek általi és

⁷¹ Principles of Administrative Law Concerning the Relations Between Administrative Authorities and Private Persons. A Handbook (a továbbiakban: Kézikönyv). Directorate of Legal Affairs. Strasbourg, 1996, pp. 5-6.

a helyi önkormányzati jogalkotás eltérő lényegi sajátosságokat hordoz magában, ezért célszerű külön-külön megvizsgálni e két kérdéskört.

3.1.1. Az államigazgatás körébe tartozó jogalkotás

Az Alkotmány értelmében a Kormány a maga feladatkörében rendeleteket bocsát ki és határozatokat hoz, melyeket törvénnyel nem lehetnek ellentétesek,⁷² a Kormány tagjai – azaz a miniszterelnök és a miniszterek – pedig törvényben vagy kormányrendeletben kapott felhatalmazás alapján feladatkörükben eljárva rendeletet adnak ki, amelyek törvénnyel és kormányrendelettel nem lehetnek ellentétesek.⁷³ A jogalkotási törvény szerint pedig a Kormány az Alkotmányban meghatározott feladatkörében, illetőleg törvényben kapott felhatalmazás alapján,⁷⁴ míg a miniszter feladatkörében és törvényben vagy kormányrendeletben kapott felhatalmazás alapján ad ki rendeletet.⁷⁵

Az állampolgárok széles körére kötelezően érvényes jogszabályokon kívül a fenti jogalkotó szervek bizonyos állami irányítás egyéb jogi eszközei körébe tartozó jogi normákat is alkothatnak (normatíva határozat, illetve utasítás, valamint jogi iránymutatások), amelyek azonban csak a szervezeten belülre hathatnak és az alárendelt szervekre nézve állapíthatnak meg kötelező szabályokat. Ezt a követelményt erősítette meg az Alkotmánybíróság is, amikor kimondta: a belügyminiszter azon utasítása, amely az állampolgárok használatában levő önvédelmi fegyverek begyűjtésére és rendőrségi biztonsági letétbe helyezésére keletkeztetett rendőrhatalósági intézkedési kötelezettséget, olyan előírásokat tartalmaz, amelyek közvetlen kihatással vannak az állampolgárok jogaira. A jogalkotási törvény⁷⁶ szerint pedig az állampolgárok jogait és kötelezettségeit érintő előírás utasításban nem, csakis jogszabályban rendelhető el, az e törvényi rendelkezés figyelmen kívül hagyásával az utasítás tehát szemben áll az Alkotmánynak a jogalkotás rendjét meghatározó 7. § (2) bekezdésével. Ebből következően az indítványokkal támadott belügyminiszteri utasítás alkotmányellenes.⁷⁷

A fenti jogforrásokon kívül azonban a gyakorlatban még számos olyan típusú jogi norma létezik és fejt ki hatását, amelyek nem illeszthetők a jogforrási rendszer egyik ágába

⁷² Ld. Alkotmány 35. § (2) bekezdés.

⁷³ Ld. Alkotmány 37. § (3) bekezdés.

⁷⁴ A jogalkotásról szóló 1987. évi XI. törvény (Jat.) 7. §

⁷⁵ Jat. 8. § (1) bekezdés.

⁷⁶ Ld. Jat. 11. § és 49. §.

⁷⁷ 22/1991. (IV. 26.) AB határozat.

sem, és amelyeket jogalkotási törvényünk sem ismer. A különféle leiratok, körlevelek, útmutatók kapcsán felmerül a kérdés: vajon hogyan tekinthetők ezek jogforrástani szempontból? Fejthetnek-e ki effektív jogi hatást? Mit tehet velük az Alkotmánybíróság?

Az Alkotmánybíróság joggyakorlata nem volt mindvégig egységes ezen jogi normák tekintetében. 47/1991. (IX. 24.) AB határozatában a nevelési-oktatási intézmények vezetői megbízásának egyes kérdéseiről szóló 201/1990. MKM útmutató alkotmányosságának vizsgálatára vonatkozó indítványt a testület visszautasította, mivel az Alkotmánybíróság hatáskörébe a jogszabály, valamint az állami irányítás egyéb jogi eszköze alkotmányellenességének utólagos vizsgálata tartozik. A miniszteri útmutató – a jogalkotási törvény (Jat.) rendelkezései szerint - nem minősül sem jogszabálynak, sem az állami irányítás egyéb jogi eszközének. Az állami irányítás egyéb jogi eszközei körében a miniszter által kibocsátható aktusok sorában csak a miniszteri utasítást, jogi iránymutatásként pedig az irányelvet és a tájékoztatót nevezi meg a törvény. Az Alkotmánybíróság szerint nemcsak az állapítható meg, hogy az indítványokban kifogásolt útmutató az állami irányítás egyéb jogi eszközei között a miniszter által kiadható egyik alakzat elnevezését sem viseli, hanem tartalmi szempontból - teljes mértékben - azok egyikével sem esik egybe. Az útmutató ugyanis a jogszabály végrehajtására irányuló ajánlás, illetve az ehhez szükséges tény- és adatközlés mellett kötelező elemeket is tartalmaz. Láthatjuk tehát, hogy tartalmilag az útmutató korántsem volt aggálytalan, ám a formai érvek ekkor még erőteljesebbnek bizonyultak. De vajon a jogrendszer részét képezheti-e – méghozzá az alkotmányossági vizsgálat lehetőségének kizárása mellett – egy, a szabályozási körét illetően meglehetősen aggályos jogi norma?

A fenti döntését követően egy évre rá már más irányba fordult az Alkotmánybíróság, későbbi döntésében ugyanis megállapította, hogy a jogalkotásról szóló 1987. évi XI. törvény garanciális szabályainak mellőzésével hozott minisztériumi és egyéb központi állami szervektől származó, jogi iránymutatást tartalmazó leiratok, körlevelek, útmutatók, iránymutatások, állásfoglalások és egyéb informális jogértelmezések kiadása és az ezekkel való irányítás gyakorlata alkotmányellenes. Döntésének indokolásában a testület rámutatott arra, hogy a Jat. pontosan azért szabályozza részletesen az állam központi szervei által kibocsátható jogi iránymutatásokat, mivel a minisztériumok irányítási gyakorlatában elszaporodtak az irányítás informális eszközei, a leiratok, körlevelek, iránymutatások, útmutatók stb., amelyek kötelező erővel nem rendelkeztek, de a gyakorlatban úgy viselkedtek,

mintha jogi aktusok lennének. Gyakran túllépték az iránymutatás határait és ténylegesen jogszabályi tartalmuk volt, ezáltal kialakult egy olyan „formátlan jog”, amely az Alkotmány által jogalkotó hatáskörrel felruházott szervek által alkotott, kihirdetett jogszabályok elé helyezkedve gyakran lerontotta azok érvényesülését. A Jat. elfogadásának egyik jelentős eredménye éppen abban áll, hogy - az Alkotmányban szabályozott jogalkotó hatáskörök védelmében - élesen elválasztja a jogszabályokat az állami irányítás egyéb jogi eszközeitől, és annak biztosítékaként, hogy az állami irányítás egyéb jogi eszközei ne vehessék át a jogalkotás funkcióját, garanciális szabályokat állapít meg kibocsátásukra. Ez a szabályozás egyúttal kizárja azt is, hogy az államigazgatás központi szervei más formában, más eszközökkel befolyásolják a jogalkalmazás gyakorlatát.

Az Alkotmánybíróság elvi érveléssel mutatott rá arra, hogy az indítvánnyal támadott és hasonló minisztériumi, egyéb központi állami szervektől származó, jogi iránymutatást tartalmazó leiratok, körlevelek, iránymutatások, útmutatók, állásfoglalások és egyéb informális jogértelmezések, amelyek nem a Jat. garanciális szabályainak betartásával kerülnek kibocsátásra, sértik az Alkotmány 2. § (1) bekezdésében deklarált jogállamiság alkotmányos követelményét. Jogbizonytalanságot teremtenek, kiszámíthatatlanná teszik a jogalanyok, a jogalkalmazó szervek magatartását. Bár a bennük foglalt jogértelmezésnek, jogalkalmazási szempontnak semmiféle jogi ereje, kötelező tartalma nincs, miután az államigazgatás központi szervei bocsátják ki, alkalmasak arra, hogy a címzettek megtévesszék, s a címzettek kötelező előírásként kövessék azokat. Napjainkban, amikor kivételesen nagy jogalkotási teher hárul a jogalkotó szervekre, s ez lelassítja a jogalkotás folyamatát, fokozottan fennáll a veszélye annak, hogy az államigazgatás központi szervei továbbra is ilyen informális eszközökkel próbálják pótolni a jogszabályok hiányosságait. A törvényben foglalt garanciális szabályok be nem tartásával alkotott, ilyen iránymutatások könnyen válhatnak a jogi szabályozást pótló, a jogszabályok érvényesülését lerontó irányítási eszközökké, s ez a jogállamiság követelményével összeegyeztethetetlen. Hatáskörének megalapozásakor az Alkotmánybíróság vizsgálta a minisztériumi leirat jogi jellegét. E körben megállapította, hogy a minisztériumi ügyirat egy informális körlevél formáját ölti, formája alapján nem tekinthető az állami irányítás egyéb jogi eszközei közé tartozó aktusnak, azonban olyan tartalmat hordoz, amely alkalmassá teszi arra, hogy az állami irányítás egyéb jogi

eszközei közé sorolható jogi iránymutatásként érvényesüljön. Éppen ezért a testület vizsgálta a támadott útmutató tartalmi alkotmányosságát.⁷⁸

3.1.2. Az önkormányzati jogalkotás

Az önkormányzat által kiadható rendelet megalkotása tekintetében a jogi szabályozás meglehetősen következtelen, az ide vonatkozó jogszabályi rendelkezések egyáltalán nincsenek összhangban egymással. Az Alkotmány szerint a helyi önkormányzatokon belül a képviselőtestület bír jogalkotási hatáskörrel, amely a feladatkörében rendeletet alkothat, ami nem lehet ellentétes a magasabb szintű jogszabállyal.⁷⁹ A jogalkotási törvény az önkormányzati rendeletalkotási jog kapcsán differenciál, az önkormányzat rendeletet ad ki egyrésztől törvény felhatalmazása alapján a helyi, területi sajátosságoknak megfelelő részletes szabályok megállapítására, másrésztől pedig a magasabb szintű jogszabályban nem rendezett társadalmi viszonyok rendezésére.⁸⁰ Ezzel párhuzamos szabályozást tartalmaz az önkormányzati törvény is azzal, hogy magasabb szintű jogszabály helyett csupán egyetlen konkrét jogi aktust, a törvényt nevesíti, ami alatt azonban ebben az esetben az alkotmányosan kibocsátott országos szintű jogszabályokat kell érteni.⁸¹ Amennyiben ezen kritériumok nem teljesülnek, úgy az adott önkormányzati rendelet alkotmánysértő, így megsemmisítést von maga után az Alkotmánybíróság által.⁸²

Az önkormányzati jogalkotás esetén figyelmet érdemel a felhatalmazás alapján alkotott rendeletek témaköre, melyre akkor kerülhet sor, ha a törvényi szabályozás nagyobb hatékonysággal valósítható meg a helyi végrehajtási szabályok segítségével. E körben a helyi önkormányzat akár azt is mérlegelheti, hogy alkot-e az adott tárgyban jogszabályt, más esetben pedig a törvényben biztosított szabályozási alternatívák közül kell választania. Minden esetben szem előtt kell azonban tartani, hogy az önkormányzat csak arról rendelkezzen, amire a törvényi felhatalmazás kiterjed, nem lépheti túl jogalkotási hatáskörét. A képviselőtestület nem jogosult felhatalmazás nélkül a magasabb szintű jogszabály olyan

⁷⁸ Ld. 60/1992. (XI. 17.) AB határozat.

⁷⁹ Ld. Alkotmány 44/A. (2) bekezdés.

⁸⁰ Ld. Jat. 10. §

⁸¹ Ld. Dubeczne Károlyi Éva: Az önkormányzatokat érintő alkotmánybírósi határozatokból levonható főbb konklúziók. Magyar Közigazgatás, 1999/6., 309. o. Megjegyzem, hogy ezen jogi érvelés álláspontom szerint meglehetősen idegen a magyar jogrendszer fogalomhasználatától, ahol a törvény és az egyéb jogszabályok a terminusok terén is jól elhatárolhatók egymástól.

⁸² Vö. 6/1996. (II. 23.) AB határozat; 8/1996. (II. 23.) AB határozat; 23/2000. (VI. 28.) AB határozat.

kiegészítésére, amely a jogszabály módosítását vonja maga után.⁸³ A végrehajtás során hozott szabályok az egyes fogalmakat kitölthetik, az időtartamot meghatározhatják, de a törvény által megfogalmazott rendelkezéseket nem szűkíthetik.⁸⁴

A jogalkotási törvény korábban a Kormány számára is lehetőséget nyújtott arra, hogy rendeletben felhatalmazást adjon önkormányzati rendelet megalkotására a helyi, területi sajátosságoknak megfelelő részletes szabályok megállapítására. Az Alkotmánybíróság ezen szabályozást alkotmányellenessé nyilvánította és kimondta:⁸⁵ Az Alkotmánybíróság korábbi határozataiban már kifejtette, hogy „a törvényen kívül más jogszabály a helyi autonómiát nem korlátozhatja.”⁸⁶ „Az alapjogok szabályozása elsősorban a Kormánnyal és az államigazgatással szemben nyújt alkotmányos garanciát az önkormányzatok számára.”⁸⁷ Ez a biztosíték enyhészne el akkor, ha a Kormány rendelete is helyi rendeletalkotásra felhatalmazó (kötelező) rendelkezéseket tartalmazhatna. A Kormány saját feladatkörébe nem tartozhat az önkormányzati autonómiát korlátozó helyi rendeletalkotás kötelező elrendelése; ilyen tárgyú hatásköre az Alkotmány egyetlen rendelkezéséből sem vezethető le. Ellenkezőleg: az Alkotmány 43. § (2) bekezdése értelmében „a helyi önkormányzati jogokat és kötelezettségeket törvény határozza meg”. Az Alkotmány 35. § (1) bekezdésének az a rendelkezése, amelynek értelmében a Kormány „biztosítja a törvények végrehajtását”, sem tekinthető olyan generális felhatalmazásnak, amely a Kormány számára mind az önkormányzati, mind az államigazgatási feladat- és hatásköröket telepítő jog(rendelet)alkotás előtt megnyitná az utat. Megjegyzendő ugyanakkor, hogy egyes szerzők szerint a jogalkotási hatáskörök pontos meghatározása esetén nem találkozhat egymással és ezáltal nem is ütközhet az önkormányzati és a miniszteri vagy kormányrendelet. A két jogi tárgy nem ütközik, csak érintkezik egymással.⁸⁸ Ugyanakkor álláspontom szerint „a biztonság kedvéért” célszerű leszögezni a fenti követelményt.

Az önkormányzati jogalkotás vonatkozásában nemcsak a kormányzati ráhatást kell kizárni, hanem az egyéb államigazgatási korlátok léte sem megengedett. Az Alkotmánybíróság szerint az önkormányzati rendeletalkotás - mint az Alkotmányba foglalt önkormányzati alapjoggyakorlás - szempontjából alapvető garanciális jelentősége van annak,

⁸³ Dubeczne Károlyi Éva: Az önkormányzatokat érintő alkotmánybírósági határozatokból levonható főbb konklúziók. Magyar Közigazgatás, 1999/6., 309. o.

⁸⁴ Ld. 17/1990. (VII. 31.) AB határozat.

⁸⁵ Ld. 1/2001. (I. 17.) AB határozat

⁸⁶ 4/1993. (II. 12.) AB határozat

⁸⁷ 56/1996. (XII. 12.) AB határozat

⁸⁸ Ld. Fürcht Pál: Az új Alkotmány önkormányzati normáihoz. Magyar Közigazgatás, 1995/6., 330. o.

hogy döntéseiket érdemben csak a bíróságok, illetve rendeleteiket az Alkotmánybíróság bírálhatja felül, mégpedig csak törvényességi vagy alkotmányossági szempontból. Az önkormányzat döntési szabadságát súlyosan sérti az, ha az önkormányzati rendeletalkotás elé az államigazgatás irányából megfogalmazott törvénysértésre alapozott egyet nem értő vélemény akadályt gördít, ami a rendeletalkotási jog tartalmának kiüresedéséhez vezet.⁸⁹

Az Alkotmánybíróság mindazonáltal nem tartotta annyira szigorú kritériumnak a Jat. azon rendelkezését, mely szerint a helyi önkormányzat csak törvény felhatalmazása alapján, illetőleg magasabb szintű jogszabályban nem rendezett társadalmi viszonyok rendezésére adhat ki rendeletet. Határozatában az Alkotmánybíróság megállapította: önmagában véve az, hogy a társadalmi viszonyok meghatározott körét országos érvényű jogszabály a szabályozási körébe vonta, nem akadályozza az önkormányzati rendeletalkotásnak. Ha ugyanis helyi közügyről van szó, az önkormányzati testület közvetlenül az Alkotmány 44/A. § (2) bekezdésében biztosított jogkörében - külön törvényi felhatalmazás hiányában is - jogosult az országos szintű szabályozással nem ellentétes, ahhoz képest kiegészítő jellegű helyi jogalkotásra.⁹⁰ Az Alkotmánybíróság következetes gyakorlata szerint ugyanis ha valamely magatartást az országos szintű jogszabályok kifejezetten megengednek, akkor azt a képviselő-testület nem tilthatja meg az egész illetékességi területére kiterjedő érvénnyel. Annak azonban nincs akadálya, hogy az önkormányzati rendelet a város vagy község egyes övezeteire (földrajzilag pontosan meghatározott részeire, egyes utcáira, meghatározott objektumok körzetére) vonatkozó tilalmat vagy korlátozást állapítson meg. Ugyanúgy az sem alkotmányellenes, ha az önkormányzati rendelet a helyi lakosság érdekében, ugyancsak egyes övezetekre kiterjedő érvénnyel, szigorúbb korlátozást vagy tilalmat állapít meg, mint azt az országos jogszabály általános érvénnyel tette.⁹¹

Az önkormányzati jogalkotással kapcsolatosan ki kell emelni ugyanakkor, hogy ez nem csupán egyoldalúan jog, hanem egyben kötelezettséget is keletkeztet az önkormányzat terhére. Az Alkotmánybíróság egy korai határozatában megállapította, hogy Budapest Főváros XII. kerület Önkormányzatának képviselő-testülete mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenességet idézett elő azzal, hogy nem alkotta meg szervezeti és működési szabályzatát és nem alkotott rendeletet a helyi népszavazásról és népi kezdeményezésről. A XII. kerületi önkormányzat azzal, hogy a megválasztása óta - az önkormányzati választások

⁸⁹ Ld. 69/2002. (XII. 17.) AB határozat

⁹⁰ 17/1998. (V. 13.) AB határozat.

⁹¹ Ld. 2219/H/1991. AB határozat; 958/H/1993. AB határozat.

óta egy év telt el - nem alkotta meg szervezeti és működési rendjét szabályozó, valamint a helyi népszavazásról és népi kezdeményezésről szóló önkormányzati rendeletet, nem élt ezen alkotmányi és törvényi felhatalmazáson alapuló jogalkotói hatáskörével, jogalkotói mulasztást követett el.⁹² Az Alkotmány és az Ötv. nem ír elő határidőt e rendeletek megalkotására, s a jogalkotásra adott felhatalmazás önmagában nem keletkeztet szabályozási kötelezettséget a jogalkotó számára. A jogalkotói hatáskör gyakorlására adott jogszabályi felhatalmazás azonban - miután a jog jogkövetkezményeket fűz hozzá - határidő megállapításának hiányában is jogalkotási kötelezettséggé válik akkor, ha a jogalkotói hatáskör gyakorlásának hiánya miatt alkotmányellenes helyzet keletkezik. Ennek megfelelően az a tény, hogy a jogalkotó hatáskörrel bíró szerv elmulasztja valamely jogi szabályozást igénylő kérdés szabályozását, csak akkor alapozza meg az Alkotmánybíróság hatáskörét, ha a jogalkotói mulasztás eredményeként alkotmányellenes helyzet áll elő. A jogállamiság egyik alapvető követelménye, hogy a közhatalommal rendelkező szervek a jog által meghatározott szervezeti keretek között, a jog által megállapított működési rendben, a jog által a polgárok számára megismerhető és kiszámítható módon szabályozott korlátok között fejtik ki a tevékenységüket. Az Alkotmány az önkormányzatok alapjogai közé sorolja a helyi képviselő-testületnek azt a jogát, hogy a törvény keretei között önállóan alakítsa ki szervezetét és működési rendjét, amivel – miután a helyi önkormányzatok közhatalommal rendelkező szervek – egyúttal a képviselő-testület kötelezettségévé is teszi a jogállamiság követelményének megfelelő jogilag szabályozott szervezeti és működési keretek kialakítását. Ennek alapján alkotmányellenes helyzet állt elő, mert a jogállamiság követelményével összeegyeztethetetlen az, hogy az önkormányzat közhatalommal bíró szervei a szükséges jogi szabályozás hiányában jogi kötöttségek nélkül, szabad belátásuk szerint döntsenek a feladatkörükbe tartozó ügyekben. A rendelet hiánya továbbá alkalmas arra, hogy a kerület választópolgárait alkotmányos jogaik gyakorlásában korlátozza, megakadályozza, hogy önkormányzathoz való jogukat népszavazás útján gyakorolják.⁹³

Az önkormányzati jogalkotás vonatkozásában – csakúgy, mint a jogrendszer egészére nézve – lényeges alapelv a jogforrási hierarchia elve, ez azonban nem értelmezhető formálisan és mechanikusan. Amennyiben egy önkormányzati rendelet ellentétben áll valamely magasabb jogszabállyal, ez a helyzet önmagában még nem eredményezi

⁹² 56/1991. (XI. 8.) AB határozat.

⁹³ Uo.

automatikusan azt, hogy az önkormányzat rendelet alkotmányellenes, vizsgálni kell ugyanis a másik jogszabály alkotmányosságát is. Ezzel összefüggésben egy határozatában az Alkotmánybíróság megállapította, hogy a bányászatról szóló törvény bizonyos rendelkezései alkotmányellenesek, ezért megsemmisítette azokat, ellenben Ócsa nagyközségi önkormányzat rendelete alkotmányellenességének megállapítására és megsemmisítésére irányuló indítványt elutasította. Az indítványozó az önkormányzati rendelet megsemmisítését arra való hivatkozással indítványozta, hogy a rendelet a bányászatról szóló törvénnyel ellentétes, ezért sérti az Alkotmány 44/A. § (2) bekezdését, mely szerint a helyi önkormányzat rendelete nem lehet ellentétes magasabb szintű jogszabállyal. Az Alkotmánybíróság döntésében kimondta, hogy az indítványozónak azon álláspontja, amely szerint a megsemmisíteni kért önkormányzati rendelet magasabb szintű jogszabállyal ellentétes, formailag kétségtelenül helytálló. Az Alkotmánybíróság e formai törvényellenesség mellett azonban vizsgálni kívánta azt is, hogy az a törvényi rendelkezés, amellyel az önkormányzati rendelet ütközik, alkotmányosnak tekinthető-e. Ezért összefüggés okán utólagos normakontroll alá vonta a bányászatról szóló törvény egy passzusát is. Az ügy körülményeit mérlegelve az Alkotmánybíróság arra a meggyőződésre, hogy tartalmilag az indítvánnyal támadott önkormányzati rendelet alkotmányos, és a bányászatról szóló törvény vizsgált bekezdése áll az Alkotmánnyal ellentétben.⁹⁴

3.2. Hatósági jogalkalmazás

A jogállam elvei közül az alábbiak szolgálhatnak iránymutatásul a közigazgatási hatósági jogalkalmazás számára:

3.2.1. Jogszerűség, a jog uralma

A jogra már az ókori görög gondolkodók óta a kormányzati hatalom ellenőrzés alá vonásának elsődleges eszközeként tekintünk, ahogyan Arisztotelész fogalmazott: a jog által gyakorolt kormányzás magasabb rendű, mint az emberek kormányzása. A jó közigazgatás alap gondolata a jogszerűség elvén nyugszik. Ezen elv értelmében a közigazgatási szerveknek

⁹⁴ 29/1995. (V. 25.) AB határozat.

azon a jogi alapon és keretek között kell eljárniuk, amelyeket a jog meghatároz számukra.⁹⁵ A jogszerűség a legáltalánosabb értelemben azt jelenti, hogy minden személy (legyen szó akár természetes, akár jogi személyről) sőt, még a hatóságok is alá vannak vetve a jognak, azonban különböző módon. Az állampolgárokkal kapcsolatosan felmerülő jogvitákban ugyanis az államot úgy kell tekinteni, mintha maga is ugyanazon jognak és bíróságnak alávetett személy lenne, mint bárki más.⁹⁶ Az állampolgárok és a jogi személyek mindent megtehetnek, amit a jog nem tilt a számukra, a hatóságok azonban csupán azon esetekben járhatnak el, amelyekben a jog ezt lehetővé teszi a számukra. A jogszerűséget a jog által vezérelt államok (jogállamok) legalapvetőbb elvének is szokás nevezni, ezért ezen alapelv azt feltételezi, hogy az állam elismeri és gyakorlatában is betartja a jogállamiság alkotmányos elvét. Az Európa Tanács szerint a jogállamiság három lényeges elemet ölel fel:⁹⁷ először is, mindenki alá van vetve a jognak. Másodsor, mindenki számára lehetővé kell tenni, hogy tudomással bírjon a jog által előírt jogairól és kötelezettségeiről. Végezetül harmadszor, a jogi előírások betartását bíróságoknak kell ellenőrizniük, amelyek feladataik gyakorlása során függetlenek, és amelyek ítéletei kikényszeríthetők.

Kiemelkedő fontosságából fakadóan a jogszerűség elve meglehetősen korán felbukkant az Európa Tanács látóterében. A mérlegelési jogkör gyakorlásáról szóló R (80) 2 számú ajánlásában⁹⁸ a Miniszteri Bizottság leszögezte: a mérlegelési jogkörében eljáró közigazgatási szervet semmilyen más cél nem vezérelheti, csakis az, amely miatt a közhatalommal felruházták. A 2000-es évben egy új ajánlásában⁹⁹ az Európa Tanács továbbfejlesztette és kiterjesztette az elvet deklarálva, hogy a köztisztviselőknek feladataikat a jogszabályoknak, továbbá azon jogszerű előírásoknak és etikai követelményeknek megfelelően kell teljesíteniük, amelyek feladatuk ellátásához kötődnek. Eljárásuk során politikailag semlegesnek kell maradniuk és még csak megkísérelniük sem szabad azt, hogy útját állják a közigazgatási szervek jogszerű gyakorlatának, intézkedéseiknek vagy

⁹⁵ Ld. Kanska, Klara: Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights. European Law Journal, Vol. 10. No. 3. Blackwell Publishing Ltd. 2004. p. 299.

⁹⁶ Shapiro, Martin: Codification of administrative law: the US and the Union. European Law Journal, Vol. 2. Issue 1, March 1996. Blackwell Publishing Ltd. 1996. p. 26.

⁹⁷ Kézikönyv, p. 8.

⁹⁸ (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 1980. március 11.-én a Miniszteri Megbízottak 316. találkozóján)

⁹⁹ Az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2000) 10 számú ajánlása a köztisztviselők magatartási szabályairól (Elfogadta a Miniszteri Bizottság 2000. május 11.-én tartott 106. találkozóján)

döntéseiknek.¹⁰⁰ A döntéshozatal során a köztisztviselő mérlegelési jogkörét jogszerűen és pártatlanul köteles gyakorolni, kizárólag a releváns tények figyelembe vételével.¹⁰¹

A 2007-es Ajánlás¹⁰² értelmében a közigazgatási hatóságoknak a jogszabálynak megfelelően kell eljárniuk. Még mérlegelési jogkörükben eljárva sem cselekedhetnek önkényesen, mindenkor eleget kell tenniük a nemzeti és a nemzetközi jog előírásainak, valamint a szervezetüket, működésüket és tevékenységüket érintő általános jogelveknek. A közigazgatási hatóságok a hatáskörüket és az eljárásukat meghatározó jogszabályoknak megfelelően kell eljárniuk és csak akkor gyakorolhatják a rájuk ruházott közhatalmat, ha a megállapított tényállás és az alkalmazandó jog ezt lehetővé teszi, és csakis azon célból, amelyre kifejezetten felhatalmazták.

Az Európai Unió jogában a jogállamiság elve kiemelt szereppel bír, hiszen az Európai Uniót létrehozó Maastrichti Szerződés kifejezetten kinyilvánítja: az Unió a jogállamiság talaján áll.¹⁰³ A helyes hivatali magatartás európai kódexe szintén a bevezető rendelkezései között szól a jogszerűség elvéről mint a tisztviselő eljárásának általános alapjáról.

A jogszerűség elve természetesen Magyarországon is kiemelt jelentőséggel bír, az Alkotmánybíróság már több határozatában rámutatott arra, hogy a közigazgatási szervek tevékenységével kapcsolatosan az Alkotmány 2. § (1) bekezdésében szabályozott jogállamiság elvéből fakadó követelmény a közigazgatás törvény alá rendeltségének követelménye. Az a követelmény, hogy a társadalmi viszonyokba közhatalom birtokában beavatkozó közigazgatási szervek a jog által meghatározott szervezeti keretek között, a jog által szabályozott eljárási rendben, az anyagi jog által megállapított keretek között hozzák meg döntéseiket. A közigazgatási jogalkalmazás során hozott határozatok tekintetében az eljárásjog intézményrendszerének a jogállamiságból fakadó mindkét követelmény, a közigazgatási határozatok törvényessége és a jogbiztonság követelményének érvényesülését egyaránt biztosítani kell. A közhatalommal rendelkező szervek a jog által meghatározott szervezeti keretek között, a jog által megállapított működési rendben, a jog által a polgárok

¹⁰⁰ Ld. az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2000) 10 számú ajánlása, 4. Cikk

¹⁰¹ Ld. az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2000) 10 számú ajánlása, 7. Cikk

¹⁰² Ld. az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának (2007) 7 számú ajánlása a jó közigazgatásról (a továbbiakban: Ajánlás).

¹⁰³ Ld. TEU 6. szakasz. Hivatkozik rá többek között: Kanska, Klara: Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights. European Law Journal, Vol. 10. No. 3. Blackwell Publishing Ltd. 2004. p. 300.

számára megismerhető és kiszámítható módon szabályozott korlátok között fejtik ki tevékenységüket.¹⁰⁴

A jogszerűség elve a magyar közigazgatási hatósági eljárásban a törvényesség elveként, a közigazgatási aktusok joghoz kötöttségeként érvényesül. Ez a következő követelményeket támasztja az aktusok felé: a döntést hozó közigazgatási hatóságok jogszabály hozza létre, szintén jogszabály határozza meg a szerv joghatóságát, hatáskörét és illetékességét, továbbá az adott döntésnek meg kell felelnie az anyagi jogszabályoknak, eljárása során pedig be kell tartania az eljárási jogszabályokat. Az elv fontosságát jól mutatja, hogy a Ket. az eljárási alapelvekről szóló fejezetén belül rögtön a legelején, 1. §-ában foglalkozik az alapelvvel, a következőképpen: „A közigazgatási hatóság az eljárása során köteles megtartani és másokkal is megtartatni a jogszabályok rendelkezéseit.”¹⁰⁵ Ennek értelmében a közigazgatási hatóság köteles hivatalból is érvényt szerezni a jogszabályok rendelkezéseinek, nem várhat tehát az ügyfél vagy az eljárás más szereplőjének kérelmére.¹⁰⁶

3.2.2. Jobbiztonság

Ezen elv fontosságát jól mutatja az a tény, hogy a jogirodalomban több szerző is – az arányosság elvével együtt – a jó közigazgatás intézményének egyik kulcsfontosságú tényezőjeként tekint rá.¹⁰⁷ A közigazgatási szerveknek következetesnek kell lenniük döntéseik vonatkozásában azért, hogy kiérdemeljék az állampolgárok által beléjük vetett jogos bizalmat. A természetes személyek ugyanakkor rendelkezhetnek bizonyos szerzett jogokkal, amely alapvetően azt jelenti, hogy a közigazgatási aktusoknak nem lehet visszaható hatálya, hacsak a jog nem hatalmazza fel erre kifejezetten, illetve az ilyen aktus a természetes személy számára kedvező.¹⁰⁸

Az Ajánlás értelmében a közigazgatási hatóságoknak a jobbiztonság elvének megfelelően kell eljárniuk. Nem hozhatnak visszaható hatályú intézkedést, kivéve jogilag igazolt körülmények fennállása esetén és nem érinthetnek szerzett jogokat vagy végleges jogi

¹⁰⁴ Ld. 56/1991. (XI. 8.) AB határozat, ABH 1991, 454., 456.; 6/1999. (IV. 21.) AB határozat, ABK 1999, április 107., 109.

¹⁰⁵ Ld. Ket. 1. § (1) bekezdés első mondata.

¹⁰⁶ Bővebben ld. Patyi András (szerk.): Közigazgatási jog II. Közigazgatási hatósági eljárásjog. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2007. 92. o.

¹⁰⁷ Ld. Fortsakis, Theodore: Principles governing good administration. European Public Law, Volume 11, Issue 2. Kluwer Law International, 2005. p. 209.

¹⁰⁸ Kézikönyv, p. 13.

helyzeteket, kivéve, ha a köz érdekében ez elkerülhetetlen. Bizonyos esetekben, különösen akkor, ha új kötelezettségeket vetnek ki, ez szükséges lehet átmeneti intézkedések érvényesítése vagy a kötelezettségek hatályba lépéséhez szükséges ésszerű időtartam biztosítása végett.

Az Alkotmánybíróság következetes gyakorlata szerint: „A jogállamiság és jogbiztonság elvéből fakadnak az eljárási garanciák. Ezek alapvető jelentőségűek az egyes jogintézmények működésének kiszámíthatósága szempontjából.”¹⁰⁹ Ezt erősítette meg az Alkotmánybíróság a 75/1995. (XII. 21.) AB határozatában: „Az alanyi jogok és kötelezettségek érvényesítésére szolgáló eljárási garanciák a jogbiztonság alkotmányos elvéből következnek. Megfelelő eljárási garanciák nélkül működő eljárásban a jogbiztonság szenved sérelmet.”¹¹⁰ A jogbiztonság kettős követelményt támaszt a jogalkotóval szemben. Ennek megfelelően elsősorban a létrejött jogviszonyok stabilitásának eljárásjogi biztosítékait kell megteremtenie. Az igazságszolgáltatás és a közigazgatás hatékony működésének biztosítása ugyanakkor nem eredményezheti a jogbiztonságból levezethető eljárási garanciák sérelmét azáltal, hogy a címzettek számára biztosított alkotmányos jogok gyakorlását akadályozza meg. A jogbiztonság követelményéből következik az igazságszolgáltatás és az államigazgatás kiszámítható és hatékony működése, de a címzettek joggyakorlásának biztosítása is. E követelményeknek azonban megfelelő egyensúlyban kell lenniük a jogi szabályozásban. Azt, hogy ez a megfelelő egyensúly a hatályos szabályokban fennáll-e, az Alkotmánybíróság vizsgálhatja. A hatékonyság, az eljárás mielőbbi befejezéséhez fűződő érdek és az eljárás alá vont személyek jogai érvényesítésének követelménye ellentétbe kerülhet egymással. Alkotmányellenességhez vezethet, ha a jogi szabályozás egyoldalúan biztosít elsőbbséget akár a hatékonyság, akár a címzettek jogai érvényesülése követelményének. A hatékonyságnak biztosított feltétlen elsőbbség az eljárás alá vont személyek jogai érvényesítését hiúsíthatja meg. Az eljárás alá vont személyek jogai érvényesítésének parttalan lehetősége pedig az eljárást kezdeményezők jogérvényesítését lehetetlenítheti el.¹¹¹

A jogbiztonság követelménye a közigazgatás működésével kapcsolatosan azt a követelményt támasztja a törvényhozással szemben, hogy megteremtse a lezárt jogviszonyok stabilitásának eljárásjogi biztosítékait. A közigazgatási eljárásban azonban a jogbiztonság

¹⁰⁹ Ld. 11/1992. (III. 5.) AB határozat (ABH 1992, 77, 85.)

¹¹⁰ Ld. 75/1995. (XII. 21.) AB határozat (ABH 1995, 376, 383.)

¹¹¹ Vö. 46/2003. (X. 16.) AB határozat.

garantálásához az ügyfelek rendelkezésére álló jogorvoslati lehetőségek kimerítéséhez kapcsolódó anyagi jogerő nem elegendő, a jogbiztonság más eljárási jogoktól eltérő eljárási garanciák kiépítését igényli. A közigazgatás hatósági tevékenysége a jog által védett közérdek, valamely közösség jogainak, jogos érdekeinek védelme, a közrend, közbiztonság védelme, az egyes ember életének, testi épségének, biztonságának, jogainak védelme érdekében alkotott jogszabályok érvényesítését szolgálja. Abban az esetben, ha a határozat törvénysértő, nemcsak a jogorvoslati kérelem benyújtására jogosult ügyfél jogai szenvedhetnek sérelmet, hanem sérül a jog által védett közérdek is. Az ügyfél számára kedvező, ám törvénysértő határozat a közérdeket, másoknak a közigazgatási jog által védett jogait, törvényes érdekeit sértheti (pl. a környezetvédelmi előírások figyelmen kívül hagyásával megadott építési engedély mindazok jogát, jogos érdekét sérti, akik egészségét a környezetvédelmi előírások védelmezni hivatottak). Ezért a közigazgatási döntésekkel kapcsolatosan a jogbiztonsághoz hasonlóan alkotmányos követelményként fogalmazódik meg a törvény alá rendeltség, a törvényesség követelménye.¹¹²

A jogállamiság részét képező jogbiztonság elvével, azon belül is a visszaható hatályú jogalkalmazás tilalmával áll szoros összefüggésben a közigazgatási döntések hatályának kérdésköre.¹¹³ Ennek értelmében alapvető, a közzétételi kötelezettséghez kapcsolódó követelmény, hogy a létrejöttüket megelőzően nem állapíthatnak meg jogokat vagy kötelezettségeket az érintettek számára, sőt, a meghozatalukat követően is célszerű bizonyos időszakot az ügyfél rendelkezésére hagyni a teljesítésre. A közigazgatási döntések – bizonyos jogilag igazolt körülmények kivételével – nem léphetnek korábbi időpontban hatályba, mint elfogadásuk vagy közzétételük dátuma. Sürgős eseteket kivéve, a közigazgatási döntések megfelelő közzétételüket megelőzően nem alkalmazhatók.¹¹⁴ A Ket. megfogalmazása szerint: „Ha a döntés kötelezést tartalmaz, a teljesítésre határidőt vagy határnapot kell megállapítani. Ha a kötelezés jellege megengedi, a hatóság részletekben történő teljesítést is megállapíthat (engedélyezhet).”¹¹⁵

A Magyar Alkotmánybíróság számos határozatában foglalkozott a jogbiztonsággal, s a jogbiztonságra figyelemmel a visszamenőleges hatályú jogi szabályozás tilalmával. A jogbiztonság követelménye az Alkotmánybíróság értelmezésében a jogalkotó

¹¹² Ld. 2/2000. (II. 25.) AB határozat.

¹¹³ Ld. jelen fejezet 5. alapelvét (Jogbiztonság).

¹¹⁴ Vö. Jogbiztonság elve, jelen ajánlás 5. pontjában.

¹¹⁵ Ld. Ket. 74. § (1) bekezdés.

kötelezettségévé teszi azt, hogy a jogszabályok világosak, egyértelműek és működésüket tekintve kiszámíthatóak, előreláthatóak legyenek a jogszabályok címzettjei számára.¹¹⁶ Az Alkotmánybíróság a kiszámíthatóság és az előreláthatóság követelményéből vezette le a visszamenőleges hatályú jogalkotás tilalmának alkotmányos elvét,¹¹⁷ megállapítva, hogy „a jogállamiság egyik fontos alkotóeleme a jogbiztonság, amely egyebek között megköveteli, hogy az állampolgárok jogait és kötelességeit a törvényben megszabott módon kihirdetett és bárki számára hozzáférhető jogszabályok szabályozzák, továbbá meglegyen a tényleges lehetőség arra, hogy a jogalanyok magatartásukat a jog előírásaihoz tudják igazítani, ennek érdekében a jogszabályok a kihirdetésüket megelőző időre nézve ne állapítsanak meg kötelezettséget, illetőleg valamely jogszerű magatartást visszamenőleges érvennyel ne minősítsenek jogellenesnek. A jogbiztonság e két alapvető követelménye közül bármelyiknek a figyelmen kívül hagyása összeegyeztethetetlen az Alkotmány 2. § (1) bekezdésével, s így alkotmányellenes.

3.2.3. A közigazgatási döntésekkel szemben igénybe vehető jogorvoslatok

„Ahol jogosultság van, ott jogorvoslatnak is lennie kell.” – hangzik a latin mondás.¹¹⁸ A közigazgatási döntések felülvizsgálatának lehetősége és ezáltal a közigazgatás beszámoltathatósága hagyományosan a végrehajtói önkény ellen tett legelső és legalapvetőbb lépések egyikeként van számon tartva, így természetesen a jó közigazgatás elvének is lényegi összetevője. A jogorvoslati lehetőség azt hivatott szolgálni, hogy a közigazgatás legyen rákényszerítve az eljárási szabályok betartására, ellenkező esetben a döntés megsemmisítésre kerül, így a bíróságok közvetett úton biztosítják a jó közigazgatás érvényesítését a hatalmi ágak elválasztásának maximális figyelembe vétele mellett. A bírói jogvédelem meggátolja a közigazgatást abban, hogy meggondolatlanul és elhamarkodottan cselekedjen, méghozzá

¹¹⁶ Vö. korábban a jogbiztonság témakörében írtakkal. Ld. 9/1992. (I. 30.) AB határozat (ABH 1992, 59, 65-66.), 11/1992. (III. 5.) AB határozat (ABH 1992, 77, 81-82.), 28/1993. (IV. 30.) AB határozat (ABH 1993, 220, 225.)

¹¹⁷ Ld. 34/1991. (VI. 15.) AB határozat (ABH 1991, 170, 173.); 11/1992. (III. 5.) AB határozat (ABH 1992, 77, 81-82.); 25/1992. (IV. 30.) AB határozat (ABH 1992, 131, 132.); 28/1992. (IV. 30.) AB határozat (ABH 1992, 155, 158.); 4/1992. (I. 28.) AB határozat (ABH 1992, 332, 333.)

¹¹⁸ „*Ubi jus ibi remedium.*” Idézi: Millett, Lord: The right to good administration in European Law. Public Law, Summer 2002. Sweet & Maxwell Ltd., 2002. p. 309.

azáltal, hogy rászorítja őket az alapvető alkotmányos és egyéb jogi követelmények betartására.¹¹⁹

Az Emberi Jogok Európai Egyezménye a jogorvoslathoz való jogot kezdetben nem tartalmazta, a Bíróság az ezzel kapcsolatos sérelmeket is a 6. cikk rendelkezései alapján bírálta el. A Strasbourgban, 1984. november 22-én kelt Hetedik Kiegészítő Jegyzőkönyv 2. cikke azonban ezt beépítette az Egyezmény rendelkezései közé (13. cikk). Az ennek nyomán újraformálódó Bírósági gyakorlat kialakította azt az egységes álláspontot, hogy a jogorvoslati eljárás biztosítása nem abszolút kívánalom, s az államok élveznek bizonyos mérlegelési szabadságot a jogorvoslat módozatainak kialakításában.¹²⁰ Rámutatott azonban, hogy ahol jogorvoslati fórumok működnek, a jogorvoslati eljárás tekintetében is érvényesek az Egyezmény 6. cikkében foglalt követelmények.¹²¹

Az alapelv gyökerei Magyarországon egészen az Alkotmányig nyúlnak vissza, az Alkotmány 57. § (5) bekezdésében ugyanis kimondja: „A Magyar Köztársaságban a törvényben meghatározottak szerint mindenki jogorvoslattal élhet az olyan bírósági, közigazgatási és más hatósági döntés ellen, amely a jogát vagy jogos érdekét sérti.” Az Alkotmánybíróság számos határozatában, sokféle szempontból foglalkozott már a jogorvoslathoz való jog alkotmányos tartalmával, melyek az alábbiakban összegezhetők: „a jogorvoslathoz való jog lényegi tartalma az érdemi határozatok tekintetében a más szervhez, vagy ugyanazon szervezeten belüli magasabb fórumhoz fordulás lehetősége.¹²² Az Alkotmány a különböző eljárásokra vonatkozó törvényi szabályozásra bízta a jogorvoslati formák megjelölését, a jogorvoslatot elbíró fórumok megállapítását, valamint annak meghatározását, hogy hány fokú jogorvoslati rendszer érvényesülhet.¹²³ A jogorvoslathoz való jog követelményét az egyfokú fellebbezési rendszer is kielégíti, de a törvényhozó ezen túlmenő jogorvoslati lehetőséget is adhat.¹²⁴ A jogorvoslathoz való alapjog biztosítását jelenti, ha az eljárásban a törvény garantálja az érintett számára, hogy ügyét az alapügyben eljáró szervtől különböző szerv bírálja el.¹²⁵

¹¹⁹ Ld. Solé, Julio Ponce: Good administration and European public law. The fight for quality in the field of administrative decisions. European Review of Public Law, Vol. 14, No. 4. Esperia Publications Ltd. 2002. p. 1520.

¹²⁰ Ld. No. 26808/95, Dec. 16. 1. 96., D. R. 84-A p. 164.

¹²¹ Ld. Delcourt v. Belgium judgment of 17 January 1970, Series A no. 84.

¹²² Ld. 5/1992. (I. 30.) AB határozat (ABH 1992, 27, 31.)

¹²³ Ld. 1437/B/1990. AB határozat (ABH 1992, 453, 454.)

¹²⁴ Ld. 9/1992. (I. 30.) AB határozat (ABH 1992, 59, 68.)

¹²⁵ Ld. 513/B/1994. AB határozat (ABH 1994, 734.)

A jogorvoslathoz való jog, noha a bírói eljárásban is érvényesítendő, más jelentőséggel bír a közigazgatási és más hatósági döntésekkel kapcsolatban. A bírói úthoz való jog eltérő tartalmú a jogorvoslati joghoz képest, és részben több eljárási garancia érvényesülésének biztosítását írja elő. A közigazgatási szerv előtti eljárás és a bírósági eljárás egymással szoros viszonyban állnak, egymást kiegészítő és egymást ellensúlyozó szerepük van. A kettő összefüggésében kell tehát vizsgálni azt, hogy a jogorvoslathoz való jog ténylegesen érvényesül-e. A jogorvoslás lehetőségét vagy a közigazgatási szerv előtti eljárás, vagy a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálatára irányuló eljárás során kell biztosítani. Mindkét esetben követelmény a jogsérelem orvosolhatósága szempontjából a jogorvoslat hatékonysága: a jogorvoslatot általában a határozat végrehajtását megelőzően kell biztosítani. Ez utóbbi követelmény azonban nem abszolút jellegű, a jogrendszerben számos eltérés található. A felek különösen fontos érdekei vagy más okok egyaránt indokolhatják, hogy a jogorvoslati eszközhöz ne kapcsolódjék halasztó hatály, illetőleg a jogorvoslatra tekintet nélkül végrehajtásra kerüljön egy adott jogalkalmazói döntés.¹²⁶ Az Alkotmánybíróság gyakorlata szerint az a szabály, hogy jogorvoslattal „a törvényekben meghatározottak szerint” lehet élni, utalás az eltérő szabályozási lehetőségekre; egyebek között arra, hogy a jogorvoslatnak többféle formája lehet.¹²⁷ A jogorvoslathoz való alapvető jog tárgyilag csak a hatósági döntésekre terjed ki. Nem terjed ki a nem állami, pl. a munkáltatói,¹²⁸ vagy a tulajdonosi¹²⁹ döntésekre, és nem terjed ki az állami, de nem hatósági, pl. a katonai előjárói döntésekre.¹³⁰ A jogorvoslathoz való jog immanens tartalma az érdemi határozatok tekintetében a más szervhez vagy a magasabb fórumhoz fordulás lehetősége.¹³¹ A nem érdemi, nem ügydöntő határozat esetén ilyen felülvizsgálatot nem kötelező biztosítani.

A közigazgatási jogelmélet szerint „a jogorvoslat [...] a közigazgatási hatósági eljárás és az ennek során hozott döntések szintén eljárási szabályok alapján történő felülvizsgálatát jelenti a feltárt hiba orvoslás érdekében, az eljárás vagy a döntés felülbírálatának, azaz a döntés megváltoztatásának vagy megsemmisítésének a jogával.”¹³² „Jogorvoslat (jogorvoslati jog) alatt az érdekeltnek azt a jogát értjük, hogy az általa hibásnak tartott aktus

¹²⁶ Ld. 71/2002. (XII. 17.) AB határozat

¹²⁷ Ld. 5/1992. (I. 30.) AB határozat (ABH 1992, 27, 31.)

¹²⁸ Vö. 1129/B/1992. AB határozat (ABH 1993, 604, 605.)

¹²⁹ Ld. 1534/B/1990. AB határozat (ABH 1991, 602, 603.)

¹³⁰ Vö. 485/D/1992. AB határozat (ABH 1992, 611, 613.), 578/B/1992. AB határozat (ABH 1993, 590, 591.), 57/1993. (X. 25.) AB határozat (ABH 1993, 349, 351.)

¹³¹ Ld. 5/1992. (I. 30.) AB határozat (ABH 1992, 27, 31.)

¹³² Ld. Patyi András (szerk.): Közigazgatási jog II. Közigazgatási hatósági eljárásjog. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2007. 117. o.

semmisségének kimondását vagy az aktus orvoslását a fennforogni vélt jog- vagy érdeksérelem elhárítása végett kérjük [...], az erre irányuló kérelmet pedig jogorvoslati kérelemnek nevezzük. [...] Azokat az eljárásjogi intézményeket pedig, melyeken keresztül ez az orvoslás megtörténik, nevezzük jogorvoslati eszközöknek.”¹³³ Amennyiben ezen fogalmi elemek bármelyike hiányzik, úgy nem beszélhetünk jogorvoslati eljárásról, hanem csupán valamely egyéb, jogi szempontú kontroll következik be. A Ket már alapelvei között utal az elvire, felsorolva azon jogorvoslati eszközöket, amelyekkel az ügyfél az általa sérelmesnek tartott közigazgatási döntéssel szemben élhet: „A törvényben meghatározott kivétellel az ügyfél fellebbezést, újrafelvételi kérelmet, méltányossági kérelmet, jogszabálysértés esetén a bírósághoz keresetet nyújthat be.”¹³⁴ „A hatóság határozata ellen az e fejezetben meghatározottak szerint önálló jogorvoslatnak van helye. A hatóság végzése ellen önálló jogorvoslatnak akkor van helye, ha azt törvény lehetővé teszi. Jogorvoslati eljárás lefolytatására az ügyfél, továbbá a döntés rendelkező része által érintett személy (e fejezetben a továbbiakban együtt: ügyfél) kérelme alapján kerülhet sor.”¹³⁵ Kiemelést érdemel ugyanakkor, hogy a közigazgatási eljárási kódex a kérelemre induló jogorvoslati eljárások mellett tartalmazza a hivatalból lefolytatható döntés-felülvizsgálati eljárásokat is, a közigazgatási hatóság tehát az érdekeltek erre irányuló akarata nélkül is felülbíráhatja a meghozott döntést. Ennek háttérében az a felismerés húzódik, hogy nem csupán az érdekeltek egyéni jogséremlere jelenti a jogrend sérelmét, hanem a közérdek biztosítása is olyan fontossággal bír a közigazgatási jog területén, hogy esetenként még az egyén akarata ellenére is érvényre kell juttatni. A meghozott döntések tehát akkor is orvosolhatók kell, hogy legyenek, ha az ügyfélnek nem áll érdekében a jogorvoslati eljárás megindítása, mivel a döntés rá nézve kedvező. Ennek megfelelően a Ket. kimondja: „A közigazgatási döntésekkel összefüggő jogorvoslatok: a kérelem alapján lefolytatandó jogorvoslati eljárás és a hivatalból lefolytatható döntés-felülvizsgálati eljárás.”¹³⁶ Az ügyfél kérelme alapján lefolytatható jogorvoslati eljárások a fellebbezési eljárás, a bírósági felülvizsgálat, az újrafelvételi eljárás és a méltányossági eljárás. Hivatalból kerül sor a közigazgatási döntés felülvizsgálatára a döntést hozó hatóság saját hatáskörében indított eljárás keretében, a felügyeleti eljárás keretében, az

¹³³ Vö. Patyi András (szerk.): Közigazgatási jog II. Közigazgatási hatósági eljárásjog. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2007. 435. o.

¹³⁴ Ld. Ket. 4. § (3) bekezdés.

¹³⁵ Ld. Ket. 96. §, illetőleg 97. § (1) bekezdés.

¹³⁶ Ld. Ket. 95. § (1) bekezdés.

Alkotmánybíróság határozata alapján, valamint ügyészi óvás nyomán. Mind kérelemre, mind hivatalból lehetséges a döntés kijavítása, kicserélése és kiegészítése.

Irodalomjegyzék

- Ádám Antal*: A közigazgatás értéköttsége az alkotmányos jogállamban. *Tér és Társadalom*, 3/1999.
- Bradley, A. W. and Ewing, K. D.*: Constitutional and administrative law. Twelfth Edition. Longman, London and New York.
- Dubeczne Károlyi Éva*: Az önkormányzatokat érintő alkotmánybíróági határozatokból levonható főbb konklúziók. *Magyar Közigazgatás*, 1999/6.
- Fazekas Marianna – Ficzer Lajos*: Magyar Közigazgatási Jog. Osiris Kiadó, Budapest, 2005.
- Fortsakis, Theodore*: Principles governing good administration. *European Public Law*, Volume 11, Issue 2. Kluwer Law International, 2005.
- Fürcht Pál*: Az új Alkotmány önkormányzati normáihoz. *Magyar Közigazgatás*, 1995/6.
- Holló András*: Az Alkotmánybíróság a közigazgatás alkotmányosságáért. *Magyar Közigazgatás*, 2005. november.
- Ivancsics Imre*: A helyi önkormányzatok alkotmányos szabályozásának néhány kérdése. *Magyar Közigazgatás*, 1994/10.
- Józsa Zoltán*: Az államigazgatás feladatai a nemzetközi kihívások tükrében. *Magyar Közigazgatás*, 2006. szeptember.
- Jürgen Schwarze*: The convergence of the administrative laws of the EU Member States. *European Public Law*, Vol. 4. Issue 2. Kluwer Law International Ltd. 1998.
- Kanska, Klara*: Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights. *European Law Journal*, Vol. 10. No. 3. Blackwell Publishing Ltd. 2004.
- Kellermann, Alfred E. – de Zwaan, Jaap W. – Czuczai, Jenő*: EU Enlargement. The constitutional impact at EU and national level. TMC Asser Press. The Hague, 2001.
- Kukorelli István*: Alkotmánytan I. Osiris Kiadó. Budapest, 2007.
- Lőrincz Lajos*: A magyar közigazgatási jog változásai 1990-től. *Magyar Közigazgatás*, 2006. március-április.
- Millett, Lord*: The right to good administration in European Law. *Public Law*, Summer 2002. Sweet & Maxwell Ltd., 2002.
- Molnár Miklós*: A közigazgatási alkotmányozás folyamatáról. *Magyar Közigazgatás*, 1995/4.

- Molnár Miklós*: A közigazgatási alkotmányosság néhány elméleti problémája. Jogtudományi Közlöny, 1993. január.
- Patyi András – Varga Zs. András*: Közigazgatási Jog. Általános Rész. Ideiglenes jegyzet, 2007.
- Patyi András (szerk.)*: Közigazgatási jog II. Közigazgatási hatósági eljárásjog. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2007.
- Patyi András*: A magyar közigazgatási bírászkodás a hatályos magyar alkotmányos rendszerben, az Alkotmánybíróság határozatai tükrében. Jogtudományi Közlöny, 2001. október.
- Patyi András*: Egyes önkormányzati alapjogok viszonylagossága. Magyar Közigazgatás, 1998/9.
- Principles of Administrative Law Concerning the Relations Between Administrative Authorities and Private Persons. A Handbook. Directorate of Legal Affairs. Strasbourg, 1996.*
- Shapiro, Martin*: Codification of administrative law: the US and the Union. European Law Journal, Vol. 2. Issue 1, March 1996. Blackwell Publishing Ltd. 1996.
- Solé, Julio Ponce*: Good administration and European public law. The fight for quality in the field of administrative decisions. European Review of Public Law, Vol. 14, No. 4. Esperia Publications Ltd. 2002.
- Szente Zoltán*: A helyi-területi önkormányzatok alkotmányos szabályozásának elvei de lege ferenda. Magyar Közigazgatás, 1994/6-7.
- Szilágyi István*: Alkotmányosság, alkotmányeszmé, civil társadalom. Comitatus, 1999. július – augusztus.
- Takács Albert*: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. Jogtudományi Közlöny. 1993. június.
- Tamás András*: A közigazgatási jog elmélete. Budapest, 2005.
- Tatham, Allan F.*: EC law in practice: a case-study approach. HVG-ORAC Kiadó. Budapest, 2006.
- Tilk Péter*: Az önkormányzatokkal kapcsolatos alkotmánybírósági hatáskörök. Magyar Közigazgatás, 2002. március.
- Verebélyi Imre*: Az önkormányzatiság alkotmányos alapjai. Magyar Közigazgatás, 1995. szeptember.

*Fehér Lóránt PhD-hallgató,
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Agrárjogi és Környezetvédelmi Jogi Tanszék*

Farkas Csaba – Jenovai Petra – Nótári Tamás – Papp Tekla: Társasági jog

Farkas Csaba – Jenovai Petra – Nótári Tamás – Papp Tekla: Társasági jog című 534 oldalas könyv 2009 őszén jelent meg a szegedi Lectum Kiadó gondozásában. Az igényes kivitelű könyv szerzői szakmájuk ismert és elismert képviselői.

Jelen könyv a társasággá szerveződés minden mozzanatát be kívánja mutatni, az első szerveződő lépésektől egészen a megszűnésig. Részletesen ismerteti a különböző társasági formák jogi ismérveit, annak előnyeivel és hátrányaival együtt. Annak ellenére, hogy nem is olyan régen jelentős mértékben módosultak a társasági törvény és a cégtörvény rendelkezései, sőt azok hatálybalépése óta eltelt röpké kis időben is folyamatos jogszabály változtatások történtek, a könyv naprakész. A könyv XI. részre tagolódik, amelyek rövid ismertetésére alábbiakban kerül sor.

Az I. rész: Jogdogmatikai alapok. A négy fejezetre tagozódó rész bemutatja a társasági jog fogalmát, helyét és fejlődését a magyar jogrendszerben, továbbá ismerteti a társasági jog alapelveit és definiálja a társasági jogviszonyt és a különböző gazdasági társaságokat. A fejezet erénye, hogy kiemelten foglalkozik a társasági jognak a polgári joggal való kapcsolatára, felhívva a figyelmet a különböző nehézségekre is.

A II. rész: Az eredeti alapítás. A hét fejezetről álló rész ismerteti a társasági szerződés fogalmát, leírja annak megkötésének és módosításának a lehetőségeit, valamint foglalkozik a társasági szerződés érvénytelenségének az eseteivel is. Bemutatja a cégnévvel, mint az adott társaságnak a partnerek és az ügyfelek számára egyedi azonosítást szolgáló meghatározó eszközzel szemben támasztott követelményeket és azok miéértjét is. Ismerteti a különböző a társasági formák alapításhoz szükséges minimális tőke mértékét, és foglalkozik az alapításhoz szükséges tőke helyettesítéséül szolgáló apport (vagyonni értékkel rendelkező dolog, jog vagy például szellemi alkotás) értékének nem minden esetben könnyű meghatározásával is, amely segítséget nyújt a mindennapi gyakorlat számára. Ezt követően a cégképviselet és a

cégjegyzés módjainak a bemutatása következik. A II. rész a társaság életének a társasági szerződésnek a cégbírósághoz való benyújtását követő szakaszával, az előtársaságként való működéssel zárul.

A III. rész. *Származtatott alapítás.* Ez a három fejezetből álló rész, egy új társaságnak valamilyen jogelőd társaság formaváltása – egyesülés, összeolvadás, beolvadás, szétválás, különválás, kiválás – következtében létrejöttének az eseteit mutatja be, kiemelve ennek határidőbeli és illetékességi szabályait.

A IV. rész: *A gazdasági társaság szervezete.* A IV. rész négy fejezetből áll és a különböző formájú gazdasági társaságok eltérő szervezeti felépítését mutatja be. A különböző elnevezésű legfőbb döntést hozó testületnek és annak a szerveinek az ismertetésére vállalkozik – kitérve a mindennapi életben számos bírósági eljárás tárgyát képező hatáskör, a legfőbb döntéshozó szerv rendes és rendkívüli összehívásának, valamint annak határozatképességhez szükséges követelményeinek kérdésére – a könyv jelenleg ismertetésre kerülő része. A vezető tisztségviselővel szembeni követelmények, annak feladatainak és a tisztséggel járó felelősségről is itt olvashat a társasági joggal behatóbban foglalkozni kívánó egyetemi hallgató vagy érdeklődő. A könyv a szervezetrendszeren belül foglalkozik a felügyelőbizottsággal és bemutatja a könyvvizsgáló szerepét is.

Az V. rész: *A gazdasági társaságok törvényes működésének biztosítékai.* A bírói, szervezeti és tagi kontrollon túl didaktikusan felépítve kerülnek bemutatásra mind a cégbírósági, mind a választottbírósági eljárás lépései és jellemzői.

A VI. rész: *A gazdasági társaságok megszűnésének általános szabályai.* A hét fejezetből álló rész nagyon is aktuális napjainkban, amikor sajnos temérdek cég küzd fizetési nehézségekkel, likviditási gondokkal, vagy esetleg már a fizetéseképtelenségük is megállapítható külső gazdasági tényezők, piacvesztés vagy a rossz gazdálkodás, vezetői hiba vagy valamely más ok miatt. Ebből a részből ismerhető meg a gazdasági társaságok jogutóddal vagy jogutód nélküli megszüntetésének esetei. Az utóbbin belül – a vonatkozó szabályokkal együtt – bemutatásra kerül a végelszámolás önkéntes, kényszer és egyszerűsített esete, valamint a felszámolási eljárás. A fizetési nehézségekkel küzdő társaság részére átmeneti fizetési moratóriumot biztosító és egy reorganizációs program kidolgozását előíró eljárás, a csődeljárás szintén ebben a részben kerül ismertetésre, annak ellenére, hogy ezen eljárás nem eredményezi – sőt inkább az elkerülni hívatott – a társaság megszüntetését. A gazdasági társaságok megszűnésének módozataként még az ún. megszüntetési eljárás is

ismertetésre kerül. A jogutód nélkül megszűnt gazdasági társaság utóbb ismerté vált vagyontárgyának sorsát meghatározó vagyonrendezési eljárással és a megszűnt gazdasági társaság tartozásaiért való helytállás szabályainak ismertetésével zárul e rész.

A VII. rész: *A kooperációs társaság* című rész az egyesüléssel, egy atipikus jellegű társasággal foglalkozik, amely nem önálló nyereségre törekszik, hanem a tagok nyereségességét és érdekérvényesítését kívánja előmozdítani. Az egyesülés ugyan nem gazdasági társaság, de a létrejöttének, működésének, valamint a megszűnésének bemutatása a többi társasági formánál használt módszertan szerint történik.

A VIII. rész: *A jogi személyiség nélküli gazdasági társaságok*. A két fejezetből álló rész a közkereseti társaság és a betéti társaság fogalmával, alapításának feltételeivel, vagyonával, szervezeti működésével és a megszűnésével foglalkozik. Ebben a részben tájékozódhatunk részletesebben arról, hogy hogyan is érvényesül a háttérfelelősség a jogi személyiség nélküli gazdasági társaság tartozásaiért.

A IX. rész: *A jogi személyiségű gazdasági társaságok*. Ez a rész a korlátolt felelősségű társaság és a részvénytársaság szabályait bemutató fejezetekre tagolódik. Mindkét társasági forma meghatározásán túl ismertetésre kerülnek az alapítás szabályai, a tagok jogai és kötelezettségei, a szervezeti működésük, valamint a két társasági forma megszűnésére vonatkozó szabályok. A korlátolt felelősségű társaság esetében a fejezet részletesen kifejti a mellékszolgáltatás és az üzletrészre vonatkozó szabályozást. A zártkörűen működő és a nyilvánosan működő részvénytársaság jogi sajátosságai is ebben a részben kerültek bemutatásra.

A VIII. és a IX. rész elolvasása után megállapítható, hogy a jogi személyiség nélküli gazdasági társasági formák és a jogi személyiségű gazdasági társaságok esetében egyaránt átlátható és mindenre kiterjedően aprólékos működési szabályokat találhatunk, amelyek jelen formában történő ismertetése a napi gyakorlatban a felmerülő jogi kérdésekhez világosan megfogalmazott, alapos segítséget nyújt.

A X. rész: *Konszernjog* a társasági jog speciális területe. A már önállóan működő, különböző gazdasági társaságok gazdaságilag egységet képező formációjának – elismert vállalatcsoport és tényleges vállalatcsoport – működési szabályait e két fejezetre tagolt részből ismerheti meg az olvasó a szűkebb és a tágabb értelemben vett konzernjog különös szabályaival együtt.

A XI. rész. *A társasági jog európai dimenziói.* Nótári Tamás egyetemi docens a múltban (ókor, középkor, újkor) gyökerező társasági jog csírától haladva mutatja be a fejlődést a napjainkat meghatározó Európai Unió szabályozásig. Az első fejezet a társasági jog európai fejlődésébe nyújt bepillantást, amely során az ókori Egyiptom szerződéseinek a modern társasági szerződésben is megjelenő hasonló jogviszonyokat szabályozó elemeit figyelheti meg az olvasó. A visszatekintés bemutatja, hogy Babilóniában már ismerték a társasági-, a hitel- és a szállítási szerződést, valamint a bankszerű ügyleteket és a havi kamatszámítást is, de hangsúlyozza, hogy ezeknek a kereskedőkre vonatkozó önálló jogi léte még nem mutatható ki.

Az antik Hellasz kapcsán említésre kerül, hogy a szabályozás különbséget tett a belföldi és a tengerentúli kereskedelem között és magas szintű bankrendszer épült ki és működött. A két rivális – Athén és Spárta – között a kereskedelmet megítélő jelentős felfogásbeli különbségről is szó esik.

Az antik Rómában a fejlett kereskedelem igényeit szolgáló jogi intézmények ugyan kialakultak, ám *ius specialénak* tekinthető, avagy társasági jog nem alakult ki. A római jogban a társaság (*societas*) nem más, mint személyek szövetkezése megengedett vagyoni célra. A társaság nem jogalany, nem jogi személy, tehát külön vagyonnal sem rendelkezik, ám számos szabály befolyásolta a működésüket.

A középkori Európában olyan társasági formák alakultak ki, amelyek a befektetők és a kereskedők kockázatát megosztani voltak hivatottak, ilyennek tekinthető az itáliai *commenda* vagy *compagnia*, amelyeknek az alapjai a római jogban gyökereznek. Angliában az első társasági formák a középkori kereskedelmi céhek utódai voltak, melyek működésére az uralkodók mindig nagy hatással voltak. Az újkori társasági formáknál francia, német, osztrák, holland, olasz, spanyol, svéd, brit és orosz formációi kerülnek bemutatásra.

A második fejezet az Európai Unióbeli társasági jog vázlatos áttekintését mutatja be. Olyan kérdésekre kapunk választ, pl., hogy mit takar a társaságalapítás szabadsága, melyek a társasági jogi jogharmonizáció alapjai, milyen az Európai Közösség társasági jogi alkotása, melyek az irányelvtervezetek, mit nevezünk szupranacionális társasági formának, hogyan lehet európai gazdasági egyesülést (*ege*) alapítani, milyen a tagsági jogviszony alapításakor, illetve később. Megismerhetjük továbbá az Európai Részvénytársaság fogalmát, alapításának feltételeit, szervezeti felépítését, egyszintű és kétszintű irányítási rendszerét. A fejezetet az

Európai Szövetkezet fogalmának, alapításának, működésének, megszűnésének ismérével zárul.

Összességében jelen könyv egy olyan átfogó mű, amely érthetően dolgozza fel a társaságokra vonatkozó – sokszor szerteágazó – szabályozó joganyagot és segít eligazodni a kapcsolódó fogalmak között, továbbá bemutatja az összefüggéseket más jogágakkal is.

A világosan szerkesztett, jól tagolt könyv ugyan egyetemi tankönyv, s mint ilyen joghallgatók számára íródott, de az eredményes szakvizsgára készülők számára is nélkülözhetetlen olvasmány. Bátran ajánlható a végzett jogászok számára is, akik a mindennapi gyakorlati munkájukhoz kaphatnak naprakész segítséget belőle.

Jenovai Petra PhD-hallgató,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Polgári Jogi és Polgári Eljárásjogi Tanszék

Papp Tekla: Atipikus szerződések¹

Papp Tekla, a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara Polgári Jogi és Polgári Eljárásjogi Tanszékének docense, a kereskedelmi jog kutatója immár negyedik alkalommal jelentkezik a maga nemében hiánypótló jellegű egyetemi jegyzetével. Az első Atipikus szerződések című könyv 2004-ben történő megjelenése óta a joganyag folyamatos változása mellett a munka célja változatlan maradt: a joghallgatók részére rendszerező jellegű, áttekinthető és igényes tansegédlet összeállítása, amely a gyakorló jogászok számára is hasznos lehet. Az Atipikus szerződések című kötet legnagyobb erénye a szükségesség és arányosság elveinek a maximalizmus igényével való összeegyeztetése. Ebben a műben arra láthatunk példát, amikor egységbe foglalható az átlátható szerkezet és a lényegre koncentrált tartalom a tudományosság megtartásával, valamint izgalmas új területek bemutatásával.

A szerző - a tőle már megismert - a klasszikus magánjogi felosztáson alapuló (szerződés fogalma, alanyai, tárgya, tartalma, megszűnése), továbbá más szerződésekkel való tartalmi összehasonlításra és elhatárolásra, valamint a problémagócokra fókuszáló szisztémában dolgozza fel a szindikátusi szerződés, a távollevők között kötött szerződés, az üzleten kívüli (házaló) kereskedés, az önálló kereskedelmi ügynöki szerződés, a timesharing-szerződés, a konzorciós szerződés, a koncessziós szerződés, a licencszerződés, a franchise-szerződés, a lízingszerződés és a faktoring-szerződés szabályait. Az atipikus kontraktusok áttekintésével foglalkozó I. fejezetben megismerkedhet az olvasó e kötetek legújabb tendenciáival, az egészségügyi kezelési szerződéssel és a merchandising-szerződéssel.² Reflektálva a joggyakorlat által kialakított új megállapodásformákra, saját rendszerben az ún. ál-atipikus szerződések között ejt szót Papp Tekla a disztribútori, a dealeri, az outsourcing- és a befektetési kontraktusokról.³ A munka horizontjának méltatásán túl elismerést érdemel annak vertikuma, mélysége is. Jól mutatja a mű szakmai igényét a feldolgozott források köre. A

¹ Papp Tekla: Atipikus szerződések. Egyetemi jegyzet, Szeged, Lectum, 2009., 187. pp.

² Papp Tekla: Atipikus szerződések 18-23. pp.

³ Papp Tekla: Atipikus szerződések 23-25. pp.

szerző figyelme nem korlátozódott a közzétett, a hatályos, vagy a honi joganyag ismertetésére. Az atipikus szerződések besorolásánál végigvezeti az olvasót az új Ptk. kodifikációjának valamennyi lépésén, bemutatva a fejlődés ívét és irányát. Hasonlóképpen spektrumába vonja a Bírósági Határozatokban, az Ítéletáblai Határozatokban és a Bírósági Döntések Tárában megjelent döntések túl az egyes bíróságok kapcsolódó elvi jellegű eseti határozatait, kollégiumi állásfoglalásait is. Emellett a téma versenyjogi érintettségéből eredően a jogalkalmazás tendenciáinak bemutatásakor kiemelt hangsúlyt fektet a mű a Versenytanács határozatainak bemutatására. Papp Tekla azt sem hagyja figyelmen kívül egyetemi jegyzetében, hogy Magyarország 2004. május 1. óta az Európai Unió tagállama, így az Unió joga hazánkban is alkalmazandó, közösségi jogi vita esetén pedig az Európai Bíróság az érintett tagállam mellett valamennyi államban egyaránt irányadó döntést hoz – vagyis a nemzeti és a közösségi jog élesen nem választható el egymástól. A kötetben koherens rendszert alkotnak a közösségi és nemzeti jogi jogforrások, szerződéstípusonként az érintett kérdés taglalásánál jelennek meg az Európai Bíróság döntései, hangsúlyozva ezzel a két joganyag párhuzamosságát. A mű mélységét jól jelzi, hogy Papp Tekla vizsgálódásait kiterjeszti a jog jogforrásnak nem minősülő „kútfőire” is, a jogszabályok és jogalkalmazói döntések mellett szerephez jutnak a nemzeti és nemzetközi szakértői testületek, kutatóintézetek értelmezései, ajánlásai, modellszabályai egyaránt. Így az olvasó nemcsak de lege lata, hanem de lege ferenda is képet kaphat az atipikus szerződésekre irányadó jogról.

A könyvismertetésben eddig csak érintőlegesen felmutatott gazdag joganyag a laudált munkában egységes szerkezetben jelenik meg, a feldolgozott döntések, ajánlások, jogszabályi hivatkozások az adott jogintézmény jellegéhez leginkább illeszkedő helyen koherens szöveggé építve találhatóak. A kutatói és oktatói munka – és általában a jogász hivatás - legizgalmasabb pillanatát ragadja meg ezzel a jegyzet, nevezetesen amikor a szerteágazó forrásanyag egészzé áll össze. Ugyanakkor az egyes témákban elmélyülni kívánó kutatóknak és gyakorló jogásznak egyaránt kiváló segítség a felhasznált jogszabályok, jogirodalom és jogalkalmazói döntések áttekinthető és csoportosított jegyzéke minden egyes szerződést taglaló fejezet végén.

Bármely megszólított olvasói kör számára igen hasznos lehet továbbá, hogy Papp Tekla művében komplex látásmóddal közelíti meg az atipikus kontraktusokat. A klasszikus szűk értelemben vett polgári jogon túlmenően ugyanis kiemelten hangsúlyos a könyvben a fogyasztóvédelem és versenyjog szerepe. Talán e szerződések olyan vetületeiről van szó a fogyasztóvédelem és a versenyjog területén, amely a praxisban a leggyakrabban jelentkezik –

gondoljunk csak a lízing ügyletek és az üzlethelyiségen kívül kötött szerződések jelentős fogyasztóvédelmi ítélkezési gyakorlatára.⁴ Jól mutatja ezt a jelenséget az Európai Unió útkeresése, változó(félben levő) megközelítése a fogyasztóvédelem területén: elmozdulás a kevésbé szigorú, de valamennyi tagállamban egységes és ezért a minimum harmonizáció helyett a maximum harmonizációra koncentráló jogalkotás irányába.⁵ A magánjogi szemlélet és gondolkodásmód összeegyeztetése a számos közjogi elemet tartalmazó és közérdekvédelmi funkciót betöltő fogyasztót és versenyt óvó szabályozásra kihívás a jogalkotó, a jogalkalmazó és a jogtudós számára egyaránt. Erre tesz kísérletet a jegyzet.

Nem vitatván, hogy a könyv elsősorban az egyetemi oktatásban a joghallgatók pallérozásának céljával készült. Felmerül az olvasóban a kérdés, hogy hogyan és mennyiben hasznosítható a mű a praktizáló jogászság számára. A gyakorlatorientáltsághoz nem fér kétség a feldolgozott bőséges bírói gyakorlat, más jogalkalmazói döntések és a felvetett problémák jellege alapján. A tág látókörre utal a tematikus irodalomjegyzék is, ahol visszatérnek az adott területtel foglalkozó cégek, intézmények kiadványai és azok honlapjaira történő utalások. Közvetlen segítség a timesharing-, faktoring, önálló kereskedelmi ügynöki, vagy más szerződés kötésében közreműködni szándékozó ügyvédek, jogtanácsosok számára a jegyzet felépítéséből ered. A kontraktusok bemutatása ugyanis végigvezeti az olvasót egy szerződés lényeges elemein: az alanyok körén, a kötelem tárgyán, a gyakorlatban talán legfontosabb tartalmi elemeken, nem mulasztva el azt sem, hogy a problémák bemutatása révén idejekorán felhívja a kollégák figyelmét a gyakori buktatókra. Mindemellett az sem hagyható figyelmen kívül, hogy a jogászi hivatásrend nivóját jelzi a tudományos fejlemények követése és a jogtudománnyal való kölcsönhatás megteremtése, tudatos építése, mert nem csak a jó pap, de a jó jogász is (akár gyakorló ügyvéd, bíró, vagy kutató) holtig tanul.

⁴ A lízingszerződéseknél különösen a Legfelsőbb Bíróság számos döntése (BH 1991. 357., BH 1992. 776., BH 1994. 40., BH 1994. 97., BH 1995. 721., BH 1996. 257., BH 1997. 85., BH 1999. 468.) és a Csongrádi Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának 4/2005. (XI. 4.) sz. és 5/2005. (XI. 4.) sz. kollégiumi véleményei. Az üzleten kívül kötött szerződéseknél pedig elsősorban az Európai Bíróság ítélkezési gyakorlata (C-45/96., C-481/99., C-350/03., C-229/04., C-441/04., C-412/06.)

⁵ L.: Az Európai Parlament és a Tanács irányelv javaslata a fogyasztók jogairól COM(2008) 614.; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:HU:PDF>

Kiss Zoltán PhD-hallgató,
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Nemzetközi Magánjogi Tanszék

Nótári Tamás: Cicero – Válogatott védőbeszéddek I.¹

Nótári Tamásnak² a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar habilitált egyetemi docensének 2009-ben jelent meg a Lectum Kiadó gondozásában Cicero tíz védőbeszédét tartalmazó kötete. A műben megismerhetjük a Sextus Roscius Amerinus, Aulus Caecina, Aulus Cluentius Habitus, Lucius Licinius Murena, Publius Sestius, Marcus Caelius, Cnaeus Plancius, Caius Rabirius Postumus, Titus Annius Milo és Quintus Ligarius védelmében elhangzott beszédeket, amelyeket elemző tanulmányok vezetnek be.

Cicero, aki politikai pályafutása során elérte a legmagasabb tisztséget, a *consuli* méltóságot, hallatta szavát a legfontosabb politikai kérdésekben, de szerepet vállalt kevésbé jelentős perekben is, a védelem és a vád képviselőjében egyaránt. Részben azért, mert ezeknek politikai összefüggéseik is voltak, részben azért, hogy szónoki tudását összemérhesse azokéval, akik politikai ügyekben is ellenfelei voltak. Nótári ezen életműből merít, és elemző tanulmányok beiktatásával teszi még élvezetesebbé a fordításokat.

A kötet első fordítása Ciceronak az ameriai Sextus Roscius védelmében, 80-ban elmondott beszéde. Cicero ez alkalommal vállalt először védői szerepet büntetőperben, mely után maga a szónok bírálja túlradó, szertelen stílusát, elismerően szólva ugyanakkor önnön bátorságáról. Miután a sullai proscriptiókat követő zűrzavaros időszakban az idősebb Sextus Rosciust meggyilkolták, vidéki birtokaira pedig Chrysogonus – Sulla nagyhatalmú szabadosa – tette rá a kezét, fia, az ifjabb Sextus Roscius az elkobzott családi birtokról Rómába menekült. Chrysogonus, Capito és Magnus azonban nem érezték biztonságban a zsákmányolt vagyont, ezért úgy döntöttek, hogy az áldozat fiát az apagyilkosság (*parricidium*) koholt vádjával elteszik az útból. A vád ugyan igen gyenge lábakon állt, ám bíztak abban, hogy Chrysogonus Sullához fűződő kapcsolatára tekintettel senki sem mer majd védőként fellépni a

¹ Fordította, jegyzetekkel ellátta és a bevezetést írta Nótári Tamás. Szeged, Lectum Kiadó, 2009. 482 oldal

² Nótári Tamás Ciceróval kapcsolatos főbb művei: *Cicero, Négy védőbeszéd*. Szeged, Lectum, 2004. ; *Jog, vallás és retorika. Studia Mureniana*. Szeged, Lectum, 2006.; *Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena*. Passau, Schenk Verlag, 2008.; *Hogyan nyerjük meg a választásokat? Quintus Tullius Cicero: A hivatalra pályázók kézikönyve*. Fordította, a jegyzeteket, az előszót és az utótanulmányt írta Nótári T. Szerkesztette és a kísérő tanulmányt írta Németh Gy. Szeged, Lectum, 2006.

kétes hírű vádlóval, C. Eriussiusszal szemben. E ponton azonban tévedtek, mert nem számoltak Ciceróval. A hivatalos vádat megcáfolni nem ígérkezett nehéz feladatnak, hiszen Erucius nem is igyekezett túlságosan hihetővé tenni az általa előadott verziót, és az egyetlen kézzel fogható érv a vádlottal szemben az volt, hogy az apja meggyilkolásánál jelenlevő rabszolgákat nem hallgatta ki azonnal, s ezt nem jegyzőkönyveztette. Amikor ezt utóbb meg akarta tenni, már nem nyílt rá lehetősége, mivel a rabszolgák immáron Chrysogonus kíséretéhez tartoztak. A perben rejlő nehézség tehát politikai természetű volt, Cicero azonban bámulatos taktikai érzékkel megoldotta a feladatot, és az ifjabb Rosciust felmentették. A beszéd és az azzal járó veszedelmek felvállalása méltó gyümölcsöt hozott, hiszen inentől fogva Róma első advocatusai között tartották számon.

Az Aulus Cluentius Habitus büntetőügyében tartott védőbeszéd a leghosszabb ránk maradt, ténylegesen elhangzott cicerói *oratio* – 66-ból, vagyis Cicero *praetorságának* évéből származik. Bizonyos szemszögből a cicerói *ars oratoria* ékköve, hiszen narratívája eleven, szinte krimiszerűen fordulatos, az események, a helyszínek, idősíkok merészen, olykor látszólag logikátlanul, ám a szónok által elérni kívánt hatásnak alárendelve pontos kiszámítottsággal váltják egymást. Cluentiust egyfelől azzal vádvádolták, hogy mostohaapját, Staius Albius Oppianicust megmérgezte. A vád másik részének alapjául azon büntetőeljárás szolgált, amelyben nyolc évvel korábban Cluentius ellene elkövetett mérgezési kísérlettel vádolta meg Oppianicust, amelynek következtében Oppianicus száműzetésbe kényszerült. Az aktuális perben azzal vádolták, hogy a hajdani törvényszék pusztán azért nyilvánította bűnösnek Oppianicust, mert Cluentius állítólag megvesztegette a vádlókat. Cluentiust Cicerónak hála felmentették, ám amint Quintilianus beszámolójából megtudjuk, a szónok maga is elismerte, hogy ezt a bírák ügyes manipulálásával érte el. Cicero – talán éppen ezért – a *Pro Cluenti*ót szónoki pályafutása egyik csúcsteljesítményének értékelte. A beszéd valóban példaértékűnek tekinthető: a szónok mesterien váltogatja a stíluselemeket, ötvözi a pátoszt, az egyszerű leírást és a humort, találó pontossággal ábrázol krimibe illő helyzeteket és jellemeket, plasztikusan köt össze érveket és idősíkokat anélkül, hogy ez az áttekinthetőség rovására menne.

Cicero 56 márciusában mondta el beszédét Publius Sestius védelmében, akit a *lex Plautia de vi* alapján a közrendet/köznyugalmat sértő erőszakos cselekményekkel vádoltak, amelyekről védője meggyőzően bizonyította, hogy csupán a jogos védelmi helyzet megkívánta intézkedések voltak. Hogy védencét felmentették, nem csupán a zseniális tényálláskezelésnek volt betudható, hanem nagy valószínűséggel annak is, hogy a beszédben

kimerítő részletességgel, ám mégis magával ragadó pátosszal megfogalmazott politikai program elnyerte hallgatóságának tetszését. Cicero érvelése a perben teljességgel logikus és egyértelmű. Hogyan lehetne Sestiust *de vi* elítélni, hiszen oly sokáig nyugodtan tűrte Clodius és bandája tombolását, s csak miután hivatalának gyakorlása közben a *forumon* Clodius bandája rátámadt, állított fel testőrséget saját védelmére? Sestius csupán a jogos védelem eszközehez nyúlt, amikor a törvény nem nyújtott számára kellő oltalmat. Mindezek alapján tehát Sestius nem követett el bűncselekményt, sokkal inkább a „*vim vi*”, illetve „*arma armis repellere cuique licet*” elvet alkalmazta. A beszéd *prima facie* némiképp áttekinthetetlennek, túlzásfoltoknak látszik, s a vádlott személyével érdemben csupán az *oratio* néhány szakasza foglalkozik. Jóval nagyobb teret foglal el a szónok saját viszontagságainak és diadalának, vagyis száműzetésének és hazatérésének elbeszélése. Cicero hosszasan kitér az államról és az államférfi szerepéről alkotott elképzeléseire, amelyeket kiváltképp az ifjúság figyelmébe ajánl. Ehhez társul a *prooemium* és a terhelő tanú, Vatinius elleni invektíva, aki megvető hangon nyilatkozott az optimatákról, becsmérőleg *natió*nak (*natio optimatum*) nevezve őket. A felületes szemlélő ezek alapján egyetérthet azon, már az antikvitásban felhangzó véleményekkel, hogy Cicero túlonként eltért beszéde eredeti tárgyától, s hitelt adhat azon feltételezésnek, hogy a *Pro Sestió*nak abban a formájában, ahogy ránk maradt, vajmi kevés köze van a ténylegesen elhangzott beszédhez. Az *oratió*t figyelmesebben tanulmányozva megállapítható, hogy a beszéd zárt, jól szerkesztett, logikus egésznek alkot. A szónok ugyanis kifejti, hogy a Sestiust érintő vádakat az előtte szólók már pontról pontra megcáfolták, neki tehát nem maradt más dolga, mint hogy a történeti-politikai háttér szélesre vont tükrében Sestius életvitelét és tribunusi működését méltassa. A „*cum dignitate otium*” alapelv, amely a *consensus/concordia ordinum*, illetve *omnium bonorum* megteremtése mellett Cicero *consuli* működésének egyik alapvető célja volt, a beszéd elmondása idején sem maradt hatástalan, hiszen a bírák Sestiust ellenszavazat nélkül mentették fel, ami Cicero szerint politikailag is nehezen alábecsülhető eredménynek számított.

56 áprilisában M. Caelius ellen a *quaestio de vi* előtt fővádlóként L. Sempronius Atratinus, *subscriptor*ként pedig L. Herennius Balbus és P. Clodius emelt vádat. A vádlott maga is mondott védőbeszédet, ezen kívül M. Licinius Crassus Dives és – szokásához híven utolsóként emelkedve szólásra – Cicero lépett fel védőként. A vádemelés feltehetően a *lex Plautia de vi* alapján történt, amely Cicero híradása alapján a lázadást szító és elvetemült polgárok ellen született, akik fegyverrel veszik ostrom alá a szenátust, erőszakot alkalmaznak a *magistratus*okkal szemben, és az állam ellen törnek. Clodia kapcsán Cicero számos

alkalommal él a humor és az ironia szónoki eszközével. A *Pro Caelio* a legszellemesebb Cicero-beszéd, ami jelentős részben a beszéd elhangzásának dátumából, a *Ludi Megalenses* első napja által nyújtott, némiképp visszás helyzetnek komikai eszközökkel való maximális kiaknázásából ered. Cicero a beszéde kezdetén mintegy sajnálkozását fejezi ki amiatt, hogy a bírácoknak még az ünnepnapon sem jut osztályrészül pihenés, s nem nézhetik az éppen akkor folyó színházi előadást. A szónok tehát saját színházi előadást, komédiát rendez nekik, amelyeknek középpontjába a vád forrásaként meghatározott Clodiát állítja. Ezzel elsősorban nem a vádlott személyét igyekezik a bírác szemében rokonszenvenné tenni, hanem az ellenfél mozgatórugójára, az *opes meretriciaere* irányítja a figyelmet, s az pedig a hallgatók számára nem lehet kétséges, hogy ki áll a meretrix kifejezés mögött: a Dio elleni gyilkossági kísérlet vádjának fő tanúja, a ledér életviteléről ismert római vígözvegy, Clodia Metelli.

A Cn. Plancius védelmében mondott beszéd 54 kora őszén hangzott el, közvetlenül a M. Aemilius Scaurus védelmében tartott *oratio* előtt vagy után. Cn. Plancius választási győzelme révén nyerte el az 54-es év *aedilisi* hivatalát, s amint ez Rómában nem ment ritkaságszámba, választási küzdelemben alulmaradt vetélytársa, M. Iuventius Laterensis választási vesztegetéssel/csalással vádolta meg. Vádlótársaként L. Cassius Longinus állt mellé, a védelmét Cicero mellett Hortensius látta el. A Cicero és védenca közti szoros kapcsolatot nagyban befolyásolta, hogy a száműzött politikust a Macedoniában *questorként* tevékenykedő Plancius befogadta, ami a szónok értelmezésében felért egy valódi életmentéssel. A vád alapjául nem a Cicero által 63-ban kezdeményezett *lex Tullia de ambitu* szolgált, hanem a M. Licinius Crassus által 55-ben kieszközölt *lex Licinia de sodaliciis*, amely szintén a kampány során alkalmazott etikátlan módszerek ellen kívánt küzdeni. A választási harcban részt vevő *collegiumok/sodaliciumok* a köztársaság utolsó időszakában kifejezetten választási vesztegetések végrehajtására jöttek létre, és szilárd belső szervezeti felépítésük révén a választókörzetek és kerületek (*tribus*) szavazatait bocsátották áruba a hivatalra pályázó jelöltek számára. Ennek megfelelően tehát a *lex Licinia de sodaliciis* az erőszakos cselekmények szankciójaként meghatározott büntetéssel, életfogytig tartó száműzetéssel büntette azt, aki *sodaliciumok* „szolgálatát” vette igénybe választási kampánya során. Érvelésében Cicero hosszasan fejtegeti abbéli reményét, hogy a vádlottra nézve nem hátrányt, hanem esetleg akár előnyt is jelent majd, hogy ő *questorként* befogadta – az okfejtésben nehezen szétválaszthatóan keverednek a tárgyyszerű és személyes elemek. A védői feladat megindoklásának a szónok a szokottnál is nagyobb teret szentel, hiszen a vád nem csupán Plancius, hanem Cicero ellen is számos dehonesztáló kijelentést fogalmazott meg. A

tényleges vádakra, nevezetesen a felderített, vesztegetésre szánt összegre ugyanakkor a védő alig veszteget szót - e momentum vagy valóban jelentéktelen lehetett, vagy pedig Cicero zseniális könnyedséggel siklott, illetve vezette át hallgatóságát felette. Cicero a vádlott személyéről és tetteiről saját személyére irányítja át a figyelmet, s a beszéd stílusa barátjához és megmentőjéhez, Planciushoz intézett halálhymnusszá magasztosul. Plancius heroikus megmentővé stilizálásával patetikus *peroratió*ban kelti fel hallgatóságában a vádlott iránti részvétet – nem is hatástalanul, hiszen, az eljárás eredményeként Planciust felmentették.

A Caesar által megalkotott *lex Iulia de pecuniis repetundis* alapján lefolytatott eljárásban Caius Rabirius Postumus védelmében mondott beszéd 54/53 telén hangzott el. Ha a *quaestio* bűnösnek találta az adott tartomány helytartóját a hivatalgyakorlás során elkövetett zsarolás büntetében, kártérítési jelleggel büntetés került kiszabásra (*litis aestimatio*), ha azonban ezen összeg nem volt az elítéltől behajtható, úgy a főeljárás után mintegy mellékeljárást indítottak azok ellen, akik a zsarolásból anyagilag hasznot húztak, illetve az összegből részesültek. A főeljárás vádlottja Aulus Gabinius volt, aki syriai helytartósága idején nagyobb összegeket zsarolt ki a tartomány lakóiból, s akit az esküdtszék bűnösnek is talált. Mivel azonban a büntetést nem tudták rajta behajtani, vádlója, C. Memmius néptribunus Rabirius ellen fordult, aki bűnsegédként hasznot húzott a Gabinius által elkövetett bűncselekményből. Rabirius ügyét a szónok nyugodt lélekkel vállalhatta, hiszen korábban már a vádlott nagybátyját is sikerrel védte, és cserébe száműzetése idején az unokaöcs és az örökbefogadott fiú hathatós segítséget nyújtott Ciceronak. A szónok igyekezett bizonyítani, hogy Gabinius ügye és Rabirius sorsa között semmilyen összefüggés sem áll fenn. Ezek szerint a vád alap nélkül állítja, hogy Gabiniust Rabirius ösztökélte volna az egyiptomi beavatkozásra - Gabinius saját döntése alapján járt el. Rabirius alexandriai tartózkodása és a dioiketési tisztség vállalása csupán kényszer szülte megoldást jelentett védenca számára, hiszen csak így remélhette, hogy a királynak adott kölcsönt visszaszerezve megmentheti vagyonát. A Gabiniushoz befolyt összegekből Rabirius nem részesült, az egymásnak ellentmondó vallomást tevő alexandriai tanúk pedig eleve nem érdemelnek hitelt. Továbbá a vád azon kijelentése sem áll meg, hogy Rabirius bizonyos összegeket „félre tett” magának - immáron teljességgel nincstelen, és csupán Caesar nagylelkűsége mentette meg a teljes anyagi csódtól. A *peroratio* – némiképp túlzónak tűnő - pátosza talán éppen az érvelés hiányosságairól volt hivatott elterelni a bírák figyelmét. Hogy Rabirius Postumust felmentették-e - nem tudjuk. Tény, hogy a polgárháború idején Caesar oldalán láthatjuk viszont.

Cicero védőbeszédei a kor legjelentősebb politikai mozzanataihoz kapcsolódtak, melyeken keresztül bepillantást nyerhetünk a római közélet mindennapjaiba, és rajtuk keresztül egyetemes igazságokat és tanulságokat érthetünk meg a politika területéről. A beszédek nagy része most jelent meg először magyar nyelven, így a tanulmány- és fordításkötet hiánypótló jellegű, mely mind a politika- és jogtudomány művelőinek, mind a laikusoknak élvezetes olvasmányul szolgál. Nótári Tamás munkája elismerést érdemel, és reméljük a jövőben is folytatja fordítói tevékenységét, hogy a közönség Cicero további munkásságával is megismerkedhessen.

Molnár András PhD-hallgató,
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Jogelméleti Tanszék

Cass R. Sunstein: A Constitution of Many Minds

Cass Sunstein jelenleg főállású professzor a Harvard jogi karán, melyet idén készül elhagyni, hogy az Obama-adminisztráció tanácsadójaként dolgozzon. Elsődleges kutatási területe az alkotmányjog és a közigazgatási jog, de rengeteg megjelent könyvében a legkülönbébb témákról értekeznek, így például a gazdaság szabályozásáról, a demokrácia elméletéről, az állatvédelemről, vagy éppen a modern technika (Internet, klónozás) társadalmi hatásairól.¹

A jelen recenzióban tárgyalt munkája² az alkotmányjog elméletét érinti. Azokat a teóriákat vizsgálja, melyek valamiképpen azon a belátáson alapulnak, hogy a jogalkalmazóknak tiszteletben kell tartaniuk az alapító dokumentum valamilyen többség (many minds, azaz „sok elme”) felfogására visszavezethető értelmezését. A mű a bevezetőt követően négy részre, azon belül nyolc fejezetre tagolódik, végül utószóval zárul. Az első részben – ami egyben az első fejezet – bizonyos alapfogalmak tisztázására kerül sor. A könyv legnagyobb részét a második és a harmadik rész teszi ki: mindegyik három-három fejezetet foglal magába. A sort a negyedik rész zárja, mely voltaképpen egybeesik a nyolcadik fejezettel.

* * *

A bevezetőben Sunstein egy régi vitát elevenít föl, mely James Madison és Thomas Jefferson között folyt az alkotmányozás idején. Madison amellet volt, hogy az alkotmány legyen viszonylag merev, nehezen változtatható – a nehézkes alkotmánymódosítási procedúra ezt a felfogást is tükrözi. Jefferson szerint generációnként újra kellene gondolni az alkotmányt, ugyanis ezzel biztosítható leghatékonyabban annak a mindenkori jelen követelményeihez való igazítása. Sunstein, mítosznak tekintve a stabil alkotmány gondolatát,

¹ Sunstein oktatói profilja megtalálható a <http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/index.html?id=552> honlapon (utolsó megtekintés: 2010.I.18.).

² Cass R. Sunstein: A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before, Princeton University Press, Princeton – Oxford, xiv, 225 pp., 2009

rámutat, hogy Madison álláspontjának győzelme illuzórikus: az alkotmány értelme folyamatosan változik a – nem csak bírói – jogértelmezés révén.

Itt kerül ismertetésre a műben újra meg újra visszaköszönő Condorcet-féle „esküdszékelmélet” (Condorcet Jury Theorem). Az elmélet lényege az, hogy ha egy sokaságon belül az egyén 50%-nál nagyobb valószínűséggel válaszol meg helyesen egy adott kérdést – irányuljon az tényre vagy értékítéletre –, a sokaság létszámának növekedésével nő annak bizonyossága, hogy a többség helyesen dönt.

* * *

Az első fejezetben Sunstein azon álláspont mellett foglal állást, hogy nincs egy megfelelő alkotmányértelmezési módszer: azok „megfelelősége” a mindenkori társadalmi és intézményi körülmények függvénye. Más-más körülmények teszik „megfelelővé” a James Bradley Thayer nevéhez köthető bírói önmegtartóztatást, a Scalia által vallott originalizmust, az alapjogok megszorító értelmezését, a perfekcionizmusnak (perfectionism) nevezett, legkivált Dworkin nevéhez köthető elméletet (melynek lényege Sunstein bemutatásában, hogy az alkotmányértelmezés rendszerébe illeszkedő legjobb értelmezést kell választani), a szövegből levezetett „új” alapjogok elméletét, vagy éppen a posneri pragmatizmust. Sunstein e fejezetben egyfajta „másodrangú perfekcionizmus” (second-order perfectionism) mellett érvel: bármely értelmezési módszer az alapján védhető, hogy jobba teszi-e a jelenlegi alkotmányos rendet. Ez a hasznok és költségek elemzésével érhető el, mely utóbbiakból kettő különböztethető meg: a döntési költség (decision cost; a döntési folyamat bonyolulttá válása) és a tévedési költség (error cost; a káros végeredmény lehetősége).

* * *

Sunstein a többségi gondolat három válfaját különbözteti meg. Az első a tradicionalizmus (traditionalism) vagy minimalizmus (minimalism; a szerzőt követve én is ez utóbbi kifejezéshez tartom magam a továbbiakban), melynek fogalma és problémái a második részt alkotó három fejezetben kerülnek ismertetésre. A minimalizmus olyan alkotmányértelmezési módszer, mely a régóta követett gyakorlatnak tulajdonít autoritatív erőt. Egyik válfaja az újkori angol filozófusról elnevezett burke-i minimalizmus (Burkean minimalism), mely a bevett gyakorlatot pusztán annak ősisége miatt tartja követendőnek, ellenzi a forradalmi változást, helyette az apró lépésekben való haladást preferálja. A másik válfaj a racionalista minimalizmus (rationalist minimalism), mely arra kérdez rá: milyen ráció támasztja alá a bevett gyakorlatot, s ennek következtében hajlamos a gyakorlat elvetésére, ha a ráció kiveszik mögüle.

A második fejezetet Sunstein a burke-i minimalizmus taglalásának szenteli. Ennek is két irányzata képzelhető el: az egyik az ősi társadalmi gyakorlatra helyezi a hangsúlyt, és szélsőséges esetben még a demokratikus jogalkotással szemben is megvédi azt, a másik pedig magát a bírói precedensek sorozatát tekinti mérvadónak.

A burke-i minimalizmus alapján hozott döntések egyrészt „sekélyek” (shallow), vagyis a felszínes egyetértés megszgyén haladva nem bocsátkoznak mélyreható teoretikus fejtegetésekbe, másrészt pedig „szűk körűek” (narrow), amennyiben a döntéshozó nem lép túl a konkrét probléma keretein. Az ilyen szemlélet melletti érvként hozható fel, hogy egyszerűsödik a bíró döntési terhe, jobban elkerülhetők a tévedések, illetve előmozdítható a társadalmi béke azáltal, hogy tiszteletben tartják a nagy kérdésekben gyökeresen eltérő álláspontú emberek meggyőződését. Ráadásul nagy tér marad a demokratikus vita számára, hiszen az életviszonyoknak csak igen szűk körét fedi le a bírói döntés. Sunstein ugyanakkor kritikával illeti e gyakorlatot, mivel a szűk körű döntés számos további kérdést hagy nyitva, s ezzel jogbizonytalanságot eredményez. Emellett kifogásolja azt is, hogy ezen az alapon a bírónak akkor is el kellene vetnie a mélyreható elemzéseket, ha azok elméleti alapja egyébként „helyes.”

* * *

A harmadik fejezet a burke-i és a racionalista minimalizmust állítja szembe egymással, igaz, voltaképpen végig a burke-i válfajt középpontba helyezve. Sunstein már a fejezet elején leszögez néhány lényegi különbséget: a burke-isták jobban vonakodnak új alapjogokat kreálni az alkotmány homályosabb részeinek értelmezésekor, mint a racionalisták, ez utóbbiak pedig hajlamosabbak saját értékítéletüket bevonni a döntési folyamatba. E megállapításokat követően ismét a burke-i minimalizmus kerül a vizsgálódás középpontjába. „Másdrangú perfekcionizmusát” követve Sunstein kifejti, hogy a burke-i álláspont helyesség szempontjából csak akkor tartható, ha alternatíváinál kevesebb káros következménnyel jár. Példálózó jelleggel két szembeállítást mutat be.

Az originalizmus és a burke-i minimalizmus akkor konfrontálódik látványosan, ha a szöveg eredeti értelmezésétől eltérő gyakorlat a bevett: az eredeti (korábban „hagyományos”) jelentéstől elszakadva új értelmezés válik hagyománnyá, az eredeti jelentéshez való visszatérés pedig tulajdonképpen hagyománytörést valósít meg. A perfekcionizmus és a burke-izmus szembenállásának lényege az elméletekhez való hozzáállásban rejlik: az utóbbiak teljes mértékben elvetik azok bevonását a döntéshozatalba, Sunstein szerint akkor is, amikor nem kéne.

A burke-izmus nem minden alkotmányos rendelkezés gyakorlatára alkalmazható egyformán. A szólásszabadság például kívül esik e körön, mert a régi diszkriminatív gyakorlat kizárt belőle egyes társadalmi csoportokat. A burke-izmus mint alkotmányértelmezési módszer csak akkor elfogadható, ha az emberek szabadon alakították ki az alapul szolgáló hagyományt.

* * *

A negyedik fejezet az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának azt az álláspontját vizsgálja, hogy a due process-klauzulából csak régóta fennálló hagyományok esetén vezethető le alapjog. A szerző először a tradicionalizmus két klasszikus válfaját próbálja az elképzelésre alkalmazni, ezt pedig három további bemutatása követi.

Az első Burke mennyiségi alapú (aggregative) tradicionalizmusa, mely a hagyomány tiszteletének alapját abban látja, hogy sokan követik, akiknek valószínűleg igazuk van. Sunstein három alcímben foglalja össze az ezzel szemben támasztható kifogásokat. Egyrészt vitatható, milyen propozíciókra alkalmazható a szóban forgó elképzelés – jelesül: tény-, avagy normatív állításokra –, csakúgy, mint az, vajon a hagyomány megalkotói akarták-e, hogy a hagyomány a lényegesen megváltozott szituációra is alkalmazható legyen. Másrészt hiába fogadjuk el Condorcet esküdszék-elméletét: a pejoratív értelemben vett előítéletek (biases, prejudices) torzíthatják a megfelelő ítéletalkotást. Harmadrészt pedig torzító hatással bírhat a tekintélyelv, illetve a másik gondolkodás nélküli követése (cascade) is.

A másodikként tárgyalt Hayek-féle evolúciós (evolutionary) tradicionalizmus alapja az, hogy az idő próbáját hosszú távon kiálló gyakorlat méltó a követésre. Sunstein ebben az esetben két vitás kérdést lát: egyrészt meg kell határozni, milyen evolúciós mechanizmusok nyomán alakulhat ki a kívánt „helyes” eredmény, másrészt meg kell határozni, mi alapján tekinthető a kapott eredmény „helyesnek.”

A fentieket a due process-tradicionalizmus demokratikus megalapozásának – ez abban különbözik a burke-i állásponttól, hogy a hagyomány tiszteletének alapját pusztán abban látja, hogy az emberek állást foglaltak, nem abban, hogy igazuk van –, a tradicionalizmus – a due process-klauzulát eljárási garanciaként történő felfogásához, illetve a James Bradley Thayer nevéhez köthető bírói önmegettartóztatáshoz képest – második legjobb megoldásként való felfogásának, valamint a bírói jogalkotásra bizalmatlanul tekintő szabálykövető felfogásnak a tárgyalása követi.

A könyv harmadik részében a szerző a populizmus (populism) kérdéskörét taglalja, vagyis azt, mennyiben köteles a bíró tekintetbe venni a közvélemény álláspontját, illetve az előrelátható társadalmi következményeket egy-egy kétes kimenetelű „nehéz eset” kapcsán.

Az ötödik fejezet egyfajta bevezetesként szolgál ehhez a részhez: a mű elején felvázolt másodrangú perfekcionizmust követve Sunstein bemutat egy sor szituációt, melyekben a bíróságok, illetve a polgárok ítéleteinek helyessége alapján levezeti, mikor helyénvaló és mikor nem helyénvaló a bírák részéről a közvélemény követése. Más és más választ kapunk e kérdésre, ha a bírói ítéletek helyesek és a közvélemény álláspontja helytelen, ha az alkotmányszöveg eredeti értelme helyesnek tekinthető, s azt az értelmező bírák jól ki tudják bontani, ha a joghézagokkal és kétértelmű szöveghelyekkel terhelt alkotmányt gyakran „helytelenül” (azaz káros következményeket okozva) értelmezik, ha – függetlenül a bírók jogértelmezési kompetenciájától – alapvetően jól működő demokratikus intézményrendszer áll rendelkezésünkre, illetve ha az – adott esetben „helytelenül” vagy közfelháborodást okozó módon értelmezett – szöveg könnyen korrigálható jogalkotói módosítással.

* * *

A közvélemény Sunstein felosztásában két alapon jöhet számításba az ítélethozatal során: a következmények szem előtt tartásával, illetve episztemológiai alapon. A hatodik fejezet az előbbi problémakört dolgozza fel.

Ha a bíró képes felmérni a következményeket (vagy erre képesnek tartja magát), több lehetőség nyitva áll előtte. Megteheti, hogy a „passzív erények” (passive virtues) gyakorlásával tartózkodik a döntéshozattól.³ Dönthet úgy, hogy kanti alapokra helyezkedve leválasztja a kérdésről a következmények problematikáját, bár ennek kapcsán Sunstein rámutat, hogy bizonyos esetekben a következmények, ha kellőképpen súlyosak, felülírhatják a morális parancsokat, továbbá megkérdőjelezhető, mennyire nélkülözhetetlen a kanti alapú bíráskodási elv annak biztosítására, hogy az embert öncélként, nem pedig eszközként kezeljék. Végül természetesen dönthet a kívánatos következménynek megfelelően is.

Az ítélet – bármilyen helyesnek is tetszék a bíró számára – olykor az általa kiváltott közfelháborodás okán is nemkívánatos következményekhez vezethet. Hiábavalóvá (futile) válhat a döntés, ha az emberek felháborodásukban egyszerűen figyelmen kívül hagyják.

³ A döntéshozattal való tartózkodás legkézenfekvőbb eszközei az amerikai Legfelsőbb Bíróság számára a perindítási jogosultságra, az ügy „kiforrottságára”, illetve a döntés szükségtelenségére való hivatkozás, a „standing, ripeness, mootness” triász. Az első magáért beszél: az eljárás kezdeményezésére való jogosultság hiánya gyökerében vágja el az ítélet megszületésének lehetőségét. Kiforrottság alatt az értendő, hogy az ügy „megérett” a döntéshozatalra, nem várható olyan tényezők felbukkanása, amelyek azt értelmetlenné teszik. A döntés szükségtelensége azt jelenti, hogy a bírói döntés megszületése már nem bírna érdemi jelentőséggel a szóban forgó igények szempontjából, ezért az ítélet meghozatala célszerűtlen.

Kifordítottá (perverse) válhat, ha a döntés formális követése ellenére a kívánt hatás ellenkezője valósul meg – például az új típusú környezetvédelmi berendezések szabályozásával a társaságok inkább igyekeznek a régi, korszerűtlenebb eszközöket minél tovább működésben tartani. Végül általánosságban is kárt (overall harm) okozhat, amennyiben például veszélyezteti a nemzetbiztonságot. De káros következménynek tekinthető az is, ha magát a Legfelsőbb Bíróságot érik támadások a jogalkotó irányából. Ezek a lehetőségek óvatosságra intik a bírót, aki így hajlamosabb lehet a „passzív erények” gyakorlására.

A következményeket szem előtt tartó felfogás homályban hagyja a kérdést, miként ragadhatók meg a lehetséges következmények, mekkora jelentőséget kell tulajdonítani nekik, vagy hogyan állapítható meg kívánatos, illetve nem kívánatos jellegük. Mindemellett a bíró több okból is úgy vélheti, hogy nem alkalmas a következmények felmérésére. Ennek három tipikus oka lehet az információhiány, a következmények téves felmérése elfogultság miatt, illetve a köz lehetséges reakcióihoz való igazodás stratégiai megfontolásokból.

A fejezet végén Sunstein azt a következtetést vonja le, hogy alapvetően a következmények figyelmen kívül hatása kívánatos a bírók számára, egyes rendkívüli, jelentős ügyekben viszont, ahol jó eséllyel felmérhető a közfelháborodás mértéke, helyénvaló lehet a döntéshozataltól való tartózkodás.

* * *

A hetedik fejezet a közvélemény figyelembevételének episztemológiai problémáit bontja ki, vagyis azt, mennyiben megbízható a közvélemény. Az alapszituáció – mint fentebb már utalás történt rá – az, hogy a bíró a heves közfelháborodás kilátásában – egyfajta alázattól és önkritikus hajlamtól vezérelve – hajlamos újragondolni saját álláspontját. E szituáció tárgyalása első körben a már többször hivatkozott Condorcet-féle esküdszékelmélet fényében történik. Újfént felmerül annak kérdése, milyen propozíciók kapcsán támaszkodhat a bíró a közvéleményre. Korábbi álláspontját megerősítve Sunstein arra a megállapításra jut, hogy a közvélemény bizonyos esetekben morális kérdések kapcsán is megbízható választ ad. Figyelembe kell azonban venni a közösség döntését torzító előítéleteket – melyek kiküszöbölhetőségében a szerző kételkedik –, a másik ember kritikátlan követését, illetve a „csoportpolarizációnak” (group polarization) nevezett jelenséget – vagyis azt a tendenciát, hogy az azonos állásponton lévő emberek hajlamosak a végletekig fokozni nézeteiket. Az efféle torzító tényezők kimutatása jó eséllyel nehézségekbe ütközik: kérdéses, létezik-e egyáltalán erre megfelelő, semleges eszköz, ha pedig igen, minden esetben kimutathatók-e a

torzító tényezők. Nem hagyhatók figyelmen kívül a szerző meglátása szerint a bírók episztemológiai hátrányai sem – a társadalmi helyzetükből fakadó megismerési korlátok. A vázolt helyzetben az a végkövetkeztetés látszik kirajzolódni, hogy a társadalmi konszenzusra csak könnyű esetekben számíthat a bíró, ahol létezhet ilyesmi. Nehéz esetekben ez nem segíti ki.

* * *

A negyedik részt egymagában alkotó nyolcadik fejezet a „sok elme”-gondolat egy speciális alkalmazását veszi górcső alá: az ún. „bírói kozmopolitizmust” (cosmopolitanism), vagyis a külföldi precedensek nemzeti jogalkalmazás során történő felhasználását. Ennek lehetősége számos elméleti kérdést és egymásnak ellentmondó szempontot vet fel. Egyesek aggódnak miatta, hogy a külföldi precedens alkalmazásával idegen állampolgárok véleménye befolyásolja a hazai jogalkalmazást. Mások azzal ellenkeznek, hogy hasznos lehet megtudni, egy adott problémát hogyan oldott meg valamely másik állam legfőbb bírói fóruma vagy alkotmánybírósága. Itt is felmerül a már ismert probléma: vajon csak ténykijelentések, avagy normatív megnyilvánulások is bevonhatók-e a felhasználási körbe, illetve mennyire befolyásmentesen született a szóban forgó precedens? Végül jelentős szempont az is, mekkora terhet ró a bíróságra az – önmagában is gyakran szövevényes – hazai joganyagon túl a külföldi precedensek felkutatása és feldolgozása, illetve nem vezethet-e ez bírói opportunizmushoz.

A szerző legfontosabb meglátásai itt a következők. A külföldi precedens által feloldott problémának az intézményi-kulturális háttér ismeretében is relevánsnak kell lennie a precedenst alapul vevő ország szempontjából. A precedens szabad döntés eredménye kell, hogy legyen, vagyis az ilyen esetekre is kiterjeszhető mindaz, ami az előítéletekkel, mások követésével kapcsolatban korábban kifejtésre került. E kiszűrési folyamatban Sunstein a demokratikus országokat előnyben részesíti a nem demokratikusakkal szemben – bár elfogadja, hogy ez utóbbiaknak is lehetnek „jó” intézményei, mi több, bizonyos normák általuk történő elfogadása nyomatékosítja annak fontosságát. Ami a felhasználható joganyag káros mértékű kibővülésének veszélyét illeti, Sunstein különféle (például a relevancián, a döntéshozatal „tisztaságán” alapuló) kritériumokkal igyekszik behatárolni ennek körét. A fejezet zárásaként – mintegy tézisének illusztráló jelleggel – utal rá, hogy a demokratikus államberendezkedést nemrég kialakított államoknak például célszerű szem előtt tartaniuk a külföldi bíróságok által hozott ítéleteket.

Összefoglalva tehát a következőket állapíthatjuk meg. Sunstein új munkája megkísérli bemutatni, milyen helyzetben milyen problémákat eredményezhetnek a többségi elv különböző válfajai. A szerző saját álláspontja a mű alapján két fontos megállapításra osztható. Egyrészt Sunstein nem határoz meg egyetlen „helyes” értelmezési módot, hanem – tekintettel a legkülönbélebb szituációk kialakulásának lehetőségére – egyfajta következményorientált pragmatizmusként meghatározható elméletből kiindulva egymás mellé állítja az adott módszer alapján várható költségeket és hasznokat. Ez az ún. „másodrangú perfekcionizmus.”

Másrészt viszont, tekintetbe véve a helyes ítéletalkotás legkülönbélebb akadályait – a közvélemény alakulását befolyásoló tényezőktől kezdve a bírók epiztemológiai korlátjaiig –, Sunstein a legtöbb esetben a már fennálló precedenseket követő minimalizmust tartja a legmegfelelőbb alkotmányértelmezési útnak. Ez a felfogás, mint láthattuk, Edmund Burke elméletében jelenik meg a legmarkánsabban. Fontos eltérés azonban Burke és Sunstein felfogása között, hogy az utóbbi nem önmagában azért tartja tisztelendőnek a múlt döntéseit, mert azokat a régiek úgy fektették le, ahogy, hanem azért, mert ezzel a legtöbb esetben elkerülhetők a téves premisszákból született ítéletek káros következményei. E régi döntések azonban apró lépésenként, „fontolva haladva” változtathatók, bizonyos kivételes esetekben pedig, amikor a következmények nagy bizonyossággal megjósolhatóak, és kívánatosak, drasztikusabb változtatások is elképzelhetők. E vonatkozásban a szerző elmélete nagyban emlékeztet Richard Posnernek a legalista jogértelmezés előnyeiről alkotott nézeteire. A mű egyes részeit olvasva azonban úgy tűnik, Sunstein inkább egy morális töltetű „helyesség”-fogalommal dolgozik, példáiban implicite helyesnek kijelentve bizonyos állapotokat, míg Posner következetesen a semlegesebb „hasznosság” kifejezést alkalmazza. Az mindenesetre elmondható, hogy Sunsteinnél a precedenskövetés gyakorlatias szempontból kívánatos, abból a célból, hogy a számtalanféle értelmezési lehetőség – márpedig ha valahol, akkor az Egyesült Államok bírói gyakorlatában tényleg a jogértelmezés legváltozatosabb eseteire bukkanhatunk – ne okozzon a bírók számára fölösleges döntési nehézségeket, amelyek egyúttal jogbizonytalanságot és kiszámíthatatlanságot is implikálnak.

A mű alcímébe foglalt kérdésre – Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before, azaz „Miért nem jelenti az alapító dokumentum azt, amit régen?” – különösen az originalizmushoz köthető problémák kifejtését olvasva kaphatjuk meg a választ, melyet az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának gyakorlatával kicsit is mélyebben foglalkozó olvasó bizonyára már gyanít. A különböző értelmezési módszerekkel, különböző társadalmi-intézményi kontextusokban, különböző problémák megválaszolását célzó döntések egyre

vaskosabban rakódtak rá az alkotmány eredeti értelmére. Az ehhez való visszatérés egyes esetekben abszurd, sőt katasztrofális eredményekhez vezethet a jelenkori társadalmi körülmények ismeretében. E belátást szem előtt tartva pedig indokoltnak mutatkozik egyéb értelmezési módszerekhez folyamodni, olyanokhoz, melyek az adott körülmények között „jobb” eredményhez vezetnek.

Végül a könyv módszertana kapcsán megjegyezhetjük, hogy noha a szerző már a mű bevezetőjében leszögezi: nem pusztán a bírói gyakorlat szolgálhat az alkotmányos változások motorjaként, a későbbi fejezetekben a Legfelsőbb Bíróság gyakorlatát helyezi fókuszba. Ez az irányvonal annak tükrében figyelemreméltó – túl azon, hogy ha egy jogász elemzi egy adott joganyag változását, akkor szinte ösztönösen, és persze indokoltan kiemelt figyelemben részesíti a bírói gyakorlatot –, mivel nem olyan régen, 2006-ban Sunstein is részt vett a Brookings Institution Press által gondozott, *Are Judges Political?* című, négy szerző által jegyzett könyv megalkotásában, mely a szövetségi bírói középszint, a körzeti fellebbviteli bíróságok (circuit courts of appeals) ítélkezési tendenciáit elemezte ideológiai szempontból, több mint 6000 ítélet megvizsgálásával. E mű jelentőségét részben az adja, hogy előtérbe helyezi a középszintnek a jog alakításában játszott, nem elhanyagolható szerepét. Hiszen, különösen az 1925-ös Certiorari Act óta, melynek alapján a legfelsőbb szövetségi bírói testület tagjai bizonyos fokú diszkréciót élveznek a tekintetben, mely ügyeket tárgyalják érdemben, a szövetségi ügyek túlnyomó többsége már középszinten eldőlt. A jelen recenzióban tárgyalt műben ugyanakkor indokoltnak tűnik a Legfelsőbb Bírósághoz való visszatérés, tekintve, hogy e fórum a bírói alkotmányértelmezés végső letéteményese, mely bármikor megmásíthatja az alsóbb szintek által hozott értelmező döntéseket; emellett döntéseinek politikai jelentősége miatt is szükségképpen előtérbe kerül.