

ÁLLAM- ÉS JOGTUDOMÁNY

LXI. ÉVFOLYAM • 2020 • 3. SZÁM

TARTALOM

TANULMÁNY

ANDRÁSI GÁBOR

Szakmai etika oktatása jogászoknak: lehetséges célok, módszerek,
amerikai és angol példák és értékelésük 3

DEÁK DÁNIEL

A pozitív jog válsága és a pozitivista jogfelfogás korlátai 33

GELLÉRNÉ LUKÁCS ÉVA

Az egyenlő bánásmód, a nem diszkriminatív akadályok és
az intézményesített jogvédelem fejlődése a személyek
szabad mozgása területén 61

JAKAB ANDRÁS

Mit tehet az alkotmányjog a demokrácia és a jogállamiság eróziója ellen?
A demokrácia és a jogállamiság védelmének elválaszthatatlanságáról 74

PRUGBERGER TAMÁS

Az előreláthatósági klauzula alkalmazási lehetőségének néhány
problémája a polgári jogi és különösen a munkajogi szerződéses
kötelmek esetében 97

SZENTE ZOLTÁN

A 2020. március 11-én kihirdetett veszélyhelyzet alkotmányossági problémái 115

RECENZIO

BENKE JÓZSEF

Hernán Corral Talciani (szerk.): Venire contra factum proprium.
Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina
de los actos propios 140

RÁCZ LILLA

Szeibert Orsolya (szerk.): Developments in Family Law Year by Year I 150

TECHET PÉTER

Thomas Olechowski: Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers 160

ZÓDI ZSOLT

Török Bernát: Szabadon szólni demokráciában. A szólásszabadság
magyar doktrínája az amerikai jogirodalom tükrében 172

SZERKESZTŐBIZOTTSÁG

Csák Csilla, Erdő Péter, Fábíán Adrián, Görög Márta, Hamza Gábor,
Harmathy Attila, Kiss György, Korinek László, Lamm Vanda,
Lévayné Fazekas Judit, Miskolczi Bodnár Péter, Sólyom László, Sonnevend Pál,
Szabó István, Szikora Veronika, Vékás Lajos

SZERKESZTŐSÉG

Felelős kiadó: Boda Zsolt főigazgató

Főszerkesztő: Gárdos-Orosz Fruzsina

Felelős szerkesztő: Balogh Lídia

Recenziószerkesztő: Fekete Balázs

Szerkesztőségi tagok: Gajduschek György, Ganczer Mónika, Hollán Miklós,
Horváthy Balázs, Pap András László, Sulyok Gábor, Varju Márton

Honlap: <http://jog.tk.mta.hu/ajt>

A szerkesztőség címe: 1097 Budapest, Tóth Kálmán u. 4.

1453 Budapest Pf. 25.

Telefon: +36 (1) 224-6700 /5100

E-mail: ajttan@tk.mta.hu

A kiadvány az Eötvös Loránd Kutatási Hálózat támogatásával készült
A 2020. évi számok megjelentetését a Nemzeti Kulturális Alap
Ismeretterjesztés és Környezetkultúra Kollégiuma támogatja.



Nemzeti Kulturális Alap

A folyóiratot a Magyar Tudományos Művek Tára (MTMT) indexeli
és az MTA Könyvtárának Repozitóriuma (REAL) archiválja

Előfizethető és példányonként megvásárolható:

Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet

Állam- és Jogtudomány Szerkesztősége

1097 Budapest, Tóth Kálmán u. 4.

E-mail: ajttan@tk.mta.hu

Kiadja a Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet

Olasószerkesztő: Fürth Éva

Tördelés és borítóterv: Pintér József

Nyomdai munkálatok: Séd Nyomda, Szekszárd

www.sednyomda.hu

HU ISSN 0002-564X

ANDRÁSI GÁBOR*

SZAKMAI ETIKA OKTATÁSA JOGÁSZOKNAK: LEHETSÉGES CÉLOK, MÓDSZEREK, AMERIKAI ÉS ANGOL PÉLDÁK ÉS ÉRTÉKELÉSÜK

Az angolszász szakirodalom a szakmai etika oktatásával kapcsolatban két különböző megközelítésről számol be: egy szűkebb és egy tágabb értelmezésről. A szűkebb értelmezés az adott szakmára vonatkozó szabályoknak megfelelő viselkedésre fókuszál és a szakmai etika oktatása során ezen szabályok kognitív elsajátítására összpontosít. A tágabb értelmezés továbblép a szabályokon, és a szakmát gyakorló egyén szakmai identitásának fejlesztését hangsúlyozza. Ennek eléréséhez Rest négykomponensű modellje ad egy lehetséges célrendszert, különböző kutatók pedig ajánlásokat dolgoztak ki a szakmai identitás fejlesztéséhez. Jelen tanulmány áttekinti az Amerikai Egyesült Államok és Anglia jogászképzési „kontinuumát”, a különféle akkreditációs szabályokat és a vonatkozó szakirodalmat, hogy bemutassa a két megközelítést ezen országoknak a jogász etika oktatására vonatkozó megoldásai során, valamint értékeli ezen megoldásokat Rest modellje és a szakirodalomban fellelhető javaslatok viszonylatában. A két ország jogoktatási rendszere számos ponton eltér egymástól, de a jogász etika formális oktatásának fontos szerepe mind a szakvizsga előtti, mind pedig a szakvizsgát követő továbbképzési szakaszban is jól látható. A jogász etika definíciójával és oktatási módszereivel kapcsolatban nincs konszenzus a különböző szerzők között, de mindkét országban találhatóak innovatív megoldások, amelyek segítik az amerikai, illetve az angol jogászok szakmai identitásának fejlesztését. A tanulmány betekintést nyújt a kapcsolódó tudományos vitákba, a képzésekre vonatkozó előírások változásaiiba, valamint a tervezett jövőbeni lépésekbe, hogy hozzájáruljon a terület hazai gyakorlatának fejlesztéséhez.

1. BEVEZETÉS

A felsőfokú szak-, alap- és mesterképzések képzési és kimeneti követelményeiről szóló 18/2016. (VIII. 5.) EMMI rendelet a 4. melléklet V. 2. pontjában szabályozott osztatlan jogász mesterképzési szak képzési és kimeneti követelményei közé bevezette a jogász etikával kapcsolatos, korábban ilyen részletességgel nem szereplő elvárásokat. A rendelet az osztatlan jogász mesterképzés során elsajátítandó szakmai kompetenciák között mind a szaktudással, mind pedig a szakmai képességekkel és attitűdökkel, valamint a szakmai autonómiával és felelősséggel kapcsolatban is felsorol etikai jellegű elvárásokat és elsajátítandó értékeket.¹ Ezen felül a rendelet a 8.1.1.

* PhD-hallgató, Nottingham Law School, Nottingham Trent University, 50 Shakespeare St, Nottingham NG1 4FQ, Egyesült Királyság. E-mail: gabor.andrasi2016@my.ntu.ac.uk.

¹ Az osztatlan jogász mesterképzési szak képzési és kimeneti követelményei között több helyen szerepelnek vonatkozó elemek. A szakmai tudásra vonatkozó 7.1.1.a) alpontban: „Ismeri az általános, vala-

alpontban az osztatlan jogász mesterképzés során elsajátítandó társadalomtudományi alapismeretek között is nevesítette a jogászai etikát, mint a tanterv elvárt elemét.

Jelen tanulmány a szakmai etika, illetve azon belül a jogászai szakmai etika oktatásával kapcsolatos angol nyelvű szakirodalmat dolgozza fel, hozzájárulva a terület hazai gyakorlatának fejlesztéséhez. A különböző szerzők szerint a szakmai, ezen belül pedig a jogászai etika oktatását mind a köz-, mind pedig a magánérdek is indokolja. Mint szakembereknek (*professionals*), a jogászoknak „kötelezettségeik vannak ügyfeleik, a társadalom és saját lelkiismeretük” felé is,² ezáltal a szakemberre válás nemcsak intellektuális folyamat, hanem társadalmi és morális is.³ Az etika oktatása az adott társadalomban tapasztalható általános erkölcsi leromlás kompenzálása⁴ mellett a szakmai készségek és értékek elsajátítását is elősegíti. A különböző szerzők egyesült államokbeli és angol kutatásai alapján a jogászai etika oktatását olyan speciális, a jogász szakmához kapcsolódó jelenségek miatt is fontosnak tartják, mint a szakma gyakorlása során tapasztalható erkölcsi kiüresedés (*ethical fading*),⁵ a jogászai professzió csökkenő presztízse,⁶ a jogászok elleni fegyelmi esetek száma,⁷ valamint a jogászai praxis sokszínűségéből adódó különféle etikai problémák.⁸ További etikai problémák adódnak a jogászai praxis specializálódásából, a szakma egyre kevésbé biztonságos, instabilabb jellegéből, és a különböző szociali-

mint a jogász szakmák etikai normáit. Felismeri az etikai dilemmákat és az új morális kihívásokat.” A szakmai képességekre vonatkozó 7.1.1.b) alpontban: „Érzékeli képes a társadalmi, etikai, jogász szakmai dilemmákat és képes azok elemzésére, szintetizálására.” Az attitűdöket felsoroló c) alpontban: „Érzékeny a szakmai, társadalmi problémákra. Hajlandó nem jogi szempontrendszerek bevonására, alkalmazására. Nyitott az új jogi területek befogadására, megoldások keresésére ismeretlen problémákra. Tisztelet Magyarországot alkotmányos rendjét, a humanizmus, emberi jogok, demokrácia, jogállam értékeit. Kritikusan viszonyul azokhoz a jelenségekhez, amelyek nem egyeztetetők össze a jogállami és demokratikus értékekkel. Elutasítja a humánus eljárásokat, az emberi méltóságot a demokratikus és jogállami értékekkel, az emberi jogokat kétségbe vonó jelenségeket, és keresi a megoldásokat és eszközöket ezek kezeléséhez. Nyíltan vállalja és képviseli a jogászai szakmához kötődő jogállami és demokratikus értékeket és a közjó szolgálatát. Nyitott a szakmai együttműködésre a társadalompolitika és a gazdaság területén dolgozó szakértőkkel. Elkötelezett az egyenlő bánásmód elve és gyakorlata mellett. Elkötelezett a jogászai munka egészét átható értékek, azok kialakítása, terjesztése mellett.” A szakmai autonómiával és felelősséggel kapcsolatos d) alpontban: „Tudatosan és önállóan törekszik az önfejlesztésre, a szakmai identitás alakítására, fellép a jogászai szakma értékeinek fejlesztése érdekében.”

² Edward J. EBERLE: „Three foundations of legal ethics: autonomy, community, and morality” *Georgetown Journal of Legal Ethics* 1993/7. 91.

³ Erin EGAN – Kayhan PARSİ – Cynthia RAMIREZ: „Comparing ethics education in medicine and law: Combining the best of both worlds” *Annals of Health Law* 2004/13. 306.

⁴ Andrew BOON: „Ethics in legal education and training: four reports, three jurisdictions and a prospectus” *Legal Ethics* 2002/1. 41.

⁵ Elizabeth CHAMBLISS: „Whose ethics? The benchmark problem in legal ethics research” in Leslie C. LEVIN – Lynn MATHER (szerk.): *Lawyers in practice: ethical decision making in context* (Chicago: University of Chicago Press 2012) 48.

⁶ Subha DHANARAJ: „Making lawyers good people: possibility or pipedream” *Fordham Urban Law Journal* 2000/6. 2040.

⁷ Nicola A. BOOTHE-PERRY: „Professionalism’s triple E query: is legal academia enhancing, eluding, or evading professionalism” *Loyola Law Review* 2009/55. 523.

⁸ Andrew M. PERLMAN: „A career choice critique of legal ethics theory” *Seton Hall Law Review* 2000/31. 832.

záló intézmények napjainkban tapasztalható gyengüléséből is, amelyek szintén alá-támasztják a jogászai értékek (mint például a jogállamiság és az igazságosság) elsajátításának fontosságát a szakmai tárgyi ismeretek és készségek mellett.⁹ A jogászai etika szerepe hangsúlyos a jogállamiság fenntartásában, ezen felül az emberi méltóság tiszteletét¹⁰ és a szakmai integritást különösen fontos, elsajátítandó jogászai értékeként nevesítik. Utóbbit a *common law* rendszerekben azért is rendkívül fontosnak tartják, mivel az ügyfél felé való elköteleződés akár csalásra is készítheti az ügyvédet, amennyiben szakmai integritását nem fejlesztik megfelelően.¹¹

Az egyesült államokbeli és angol szerzők fenti empirikus kutatásainak eredményeképpen és az általuk is hivatkozott, jogászokkal szembeni fegyelmi eljárásokkal kapcsolatosan rendelkezésre álló nyilvános adatok alapján elmondható, hogy a jogászokkal összefüggésben felmerülő morális problémák és etikai vétségek sajnálatos módon mind tények. Ezzel szemben azonban az, hogy a szakmai etika oktatása hogyan tudja megelőzni vagy csökkenteni ezeket, nem egyértelmű: a kapcsolódó kutatások világos, tudományosan verifikált válaszok helyett leginkább csak részben meggyőző adatokkal és általános jellegű javaslatokkal szolgálnak. Jelen tanulmány célja, hogy bemutassa a szakmai etika oktatásával kapcsolatos legújabb tudományos vélekedéseket, rávilágítva a terület definiálásával és hatékony oktatásával kapcsolatos vitákra. A jogászai szakmai etika oktatásával kapcsolatban a tanulmány áttekinti a jelenlegi egyesült államokbeli és angol¹² gyakorlatokat mint a jogi felsőoktatás és a jogi szolgáltatások globális piacain domináns országok megoldásait. Zárásként a tanulmány összeveti ezen gyakorlatokat a szakmai etika oktatásával kapcsolatos általános javaslatokkal, rámutatva ezen két ország vonatkozásában példaértékű megoldásokra és hiányosságokra is.

2. A SZAKMAI ETIKA ÁLTALÁNOS MEGHATÁROZÁSA: A SZŰKEBB ÉS A TÁGABB ÉRTELMEZÉS

A szakmai etika definíciójával kapcsolatban az angol nyelvű szakirodalmat áttekintve Banks úgy találta, hogy a szerzők a leggyakrabban az adott szakmát gyakorló személyek viselkedésének az adott szakma etikai kódexének való megfelelését, a szabályokat követő magatartást (*professional ethical conduct*) értik alatta.¹³ Ezzel szemben néhányan egy ennél tágabb értelmezést javasolnak, amely figyelembe veszi

⁹ BOON (4. l.); Nigel J. DUNCAN: „A future for legal education: personal and professional development and ethics” *Nottingham Law Journal* 2015/24. 67–78.

¹⁰ David LUBAN: *Legal ethics and human dignity* (Cambridge: Cambridge University Press 2007) 3–4.

¹¹ Daniel MARKOVITS: *A modern legal ethics - Adversary advocacy in a democratic age* (Princeton: Princeton University Press) 4–9.

¹² A felsőoktatásra és szakmai továbbképzésekre az Egyesült Királyságon belül Angliában és Walesben, ahol számszakilag a legtöbb képzés található, külön szabályok vonatkoznak. A szakirodalom leginkább angol példákat elemez, ezért jelen tanulmány Angliára fókuszál.

¹³ Sarah BANKS: „From professional ethics to ethics in professional life: implications for learning, teaching and study” *Ethics and Social Welfare* 2008/1. 56.

az adott szakmát gyakorló személyek személyiségét, környezetüket, érzelmeiket és életük fontosabb eseményeit is, mivel ezen jellegzetességek és körülmények befolyásolják a szakmai identitás kialakulását és fejlődését.¹⁴ A szakmai identitás fejlesztésével kapcsolatban azonban egyes kutatók rávilágítottak a szakmaiság (*professionalism*) vonatkozásában a kifejezés nem egységes értelmezésére is: a szakirodalom főleg a személyiségen belüli folyamatokra, elsősorban a különböző személyes és szakmai értékek összehangolására utal ebben a tekintetben, de csak kevés forrás veszi figyelembe a külső hatásokat is.¹⁵ A tanulmány a továbbiakban azt vizsgálja, hogy az angolszász oktatásmódszertani szakirodalom hogyan próbálta figyelembe venni a szakmai etika szűkebb és a tágabb értelmezését, és ezek révén milyen megoldások születtek a szakmai etika oktatása terén.

3. A SZAKMAI ETIKA OKTATÁSA ÁLTALÁBAN: KOHLEBERG ÉS REST MODELLJEI

Az oktatásmódszertani angol nyelvű szakirodalom áttekintése során Pritchard számtalan definíciót talált a tanulás vonatkozásában, amelyek legtöbbször a tudás megszerzésének folyamatára utalt. Számos meghatározás utal továbbá a tanulási folyamat eredményeképpen megváltozott viselkedésre: egyes szerzők a folyamat végeredményére koncentrálnak, míg mások a tanulási folyamatra.¹⁶ Az etikaoktatás szempontjából inkább az utóbbi volt a kutatások tárgya: a morális fejlődés folyamata. A folyamatcentrikus, ún. konstruktivista elméletek közül a legelismertebb Kohlberg modellje, aki szerint az egyének morális fejlődésük során jól elhatárolható, lépcsőzetes fejlődési fokozatokon mennek keresztül.¹⁷

3. 1. KOHLBERG KOGNITIV MORÁLIS FEJLŐDÉSI MODELLJE ÉS A MODELL KRITIKÁJA

Kohlberg a hipotetikus erkölcsi dilemmákra adott válaszok indokolásának változását vizsgálta különböző életkorokban, kisgyermekkoról kezdve a felnőttkorig. Ezek során lépcsőzetes fejlődési fokozatokat állapított meg: három fokozat, mindegyiken belül további két alfokozattal, attól függően, hogy a vizsgált személy hogyan értelmezte a társadalmi szabályokat. Az első, ún. prekonvencionális fokozatot Kohlberg

¹⁴ Richard G. BAGNALL: „Moral education in a postmodern world: continuing professional education” *Journal of Moral Education* 1998/3. 326–327.; BANKS (13. l.) 62.

¹⁵ Franziska TREDE – Rob MACKLIN – Donna BRIDGES: „Professional identity development: a review of the higher education literature” *Studies in Higher Education* 2012/3. 378.

¹⁶ Alan PRITCHARD: *Ways of learning: learning theories and learning styles in the classroom* (Abingdon-on-Thames: Routledge² 2013) 1–2.

¹⁷ Michael WRIGHT: „Can moral judgement and ethical behaviour be learned?” *Management Decision* 1995/10. 17–28.; Jean S. FLEMING: „Piaget, Kohlberg, Gilligan, and others on moral development” in Jean S. FLEMING: *Psychological perspectives on human development* (2006), suppr.org/Textbook/Contents.html.

a korai gyermekkorban találta jellemzőnek, amikor az egyén a mások által kialakított erkölcsi szabályokat követi a büntetéstől való félelem, illetve egyéni szükségletek miatt. A második, ún. konvencionális fokozatot leginkább a tinédzserkorban találta jellemzőnek, amikor a csoporthoz tartozás vágya határozta meg az erkölcsi dilemmákra adott válaszok indokolását. A harmadik, ún. posztkonvencionális fokozat során a felnőtt egyén mások érdekeit is figyelembe veszi, és univerzális elveket alakít ki, és ezek alapján hoz erkölcsi döntéseket. Az általa kialakított kognitív morális fejlődési modell révén Kohlberg úgy tartotta, hogy az egyén morális fejlődése a tanulás révén a posztkonvencionális fokozat felé halad, a tanulási folyamat jól elhatárolható, egyirányú lépcsőkben történik.¹⁸ Kohlberg kutatása a jogász szakmai etika oktatása szempontjából azért fontos, mert bizonyította, hogy lehetséges a felnőttkorban is erkölcsi tanulás: a morális döntéshozatal folyamatosan fejleszthető a jogász felsőoktatásban és utána is.¹⁹

Kohlberg modellje széleskörben elismertté vált, azonban nem lett teljeskörűen elfogadott: számos kutató bírálta amiatt, hogy kizárólag a kognitív tényezőt vette figyelembe a morális döntéshozatal során. Hasonló vizsgálatokat végző kutatók egyéb tényezőkre is rámutattak, amelyek befolyásolták a morális döntések indokolását. Többek között az egyén neme, iskolázottsága, érzelmei, kulturális háttere és a munkahelyi körülményei is eltérő empirikus kutatási eredményekre vezettek, és megkérdőjelezték a lépcsőzetes fejlődési fokozatokat.²⁰

3. 2. REST NÉGYKOMPONENSŰ MODELLJE: A TÁGABBAN ÉRTELMEZETT SZAKMAI ETIKA OKTATÁSÁNAK LEHETSÉGES CÉLJAI

Rest és kollégái szintén az erkölcsi döntések meghozatalát vizsgálták Kohlberg kutatását figyelembe véve. Kohlberg számos más kritikusához hasonlóan a kohlbergi modell lépcsőzetes fokozatait vizsgálva azt találták, hogy az életkorban előrehaladás és a kapcsolódó tanulás során egyáltalán nem azonos a lépcsőzetes fejlődés: a különböző körülmények és hatások miatt egyénenként változó adatokat találtak.²¹ Továbbá ugyanannál a vizsgált egyénnél is tapasztaltak az egyén változó körülményei miatt eltéréseket a morális döntéshozatalban, a fokozatok között nemcsak egyirányú előrehaladást, hanem visszalépéseket is. Ebből kifolyólag Rest és kollégái szerint a kohlbergi modell szigorúan elhatárolt szintjei rugalmasabban kezelendők.²² A továbbiakban arra koncentráltak, hogy az etika oktatása hogyan tudja kezelni az eltérést a morális döntések elméletben történő indokolása és az egyén tényleges

¹⁸ WRIGHT (17. lj.) 17–18.; FLEMING (17. lj.) 15.

¹⁹ Donald NICOLSON: „Education, education, education”: legal, moral and clinical” *Law Teacher* 2008/2. 158.; DHANARAJ (6. lj.)

²⁰ WRIGHT (17. lj.) 18–20.; FLEMING (17. lj.) 14–15.

²¹ Steven J. THOMA – James R. REST: „The relationship between moral decision making and patterns of consolidation and transition in moral judgment development” *Developmental Psychology* 1999/2. 323–334.

²² James R. REST – Darcia NARVAEZ – Stephen J. THOMA – Muriel J. BEBEAU: „A neo-Kohlbergian approach to morality research” *Journal of Moral Education* 2000/4. 384–389.

viselkedése között. Mivel az elméleti indoklásra való képesség számos tényezőtől függ a korábban említett kutatások alapján, továbbá eltérést is mutat a valós cselekvéstől, Rest és kollégái szerint a kognitív fejlesztés önmagában nem elegendő. Azt találták, hogy az etika oktatása során a témával foglalkozó tantárgyak, tréningek elsősorban kognitív jellegűek és az elméleti döntéshozatalra fókuszálnak, eset-tanulmányok és az adott szakma erkölcsi szabályainak alkalmazása révén.²³ Rest és kollégái szerint ezért az etika oktatásának a döntéshozatal fejlesztése helyett a valós viselkedésre kellene összpontosítania. A valós erkölcsi viselkedés négy elhatárolható, de egymással szorosan összefüggő elemét azonosították, amelyek összehangolt fejlesztését határozták meg az etikaoktatás céljaként. A négy komponensből álló modell (*Four Component Model*) elemeit az alábbiak szerint definiálták:

Első komponens: morális érzékenység (*Component 1: moral sensitivity*). Az erkölcsi jellegű problémák felismerése és annak tudatosítása, hogy a valós viselkedés másokat is érint.

Második komponens: morális érvelés és döntéshozatal (*Component 2: moral reasoning and judgment*). Erkölcsileg védhető viselkedés meghatározása.

Harmadik komponens: morális motiváció és elkötelezettség (*Component 3: moral motivation and commitment*). Erkölcsileg helyes értékeknek megfelelő viselkedés elsőbbisége.

Negyedik komponens: morális kivitelezés (*Component 4: moral implementation*). Bátorság, kitartás és a helyes viselkedés az esetleges akadályok, elterelő körülmények ellenére.²⁴

Rest és kollégái szerint a négy komponens együttesen adja ki azt, hogy egy egyén képes erkölcsösen viselkedni, „morálisan funkcionálni”: tudja, hogy mi az erkölcsös viselkedés egy adott helyzetben, és azt is, hogy miért, valamint azt, hogy akar és képes is így viselkedni. Rest modellje segít túllépni a szakmai etika szűkebb értelmezése szerinti, a kizárólag az adott szakmára vonatkozó etikai szabályoknak megfelelő döntéshozatal és érvelés kognitív fejlesztésére irányuló egyes tantárgyakon, tréningeken. A tágabban értelmezett szakmai etika oktatásához nyújt komplex célrendszert, amely figyelembe veszi az egyént és a személyiség fejlesztését, továbbá a „szakmberség”, a szakmai identitás kialakítására összpontosít.

3. 3. REST NÉGY KOMPONENSŰ MODELLJE A GYAKORLATBAN: SZAKMAI ETIKA OKTATÁSA AZ EGYESÜLT ÁLLAMOKBAN

Rest kutatótársa, Bebeau vezetésével több kutatási projekt is folyt a szakmai etika oktatásával kapcsolatban egyesült államokbeli orvosi és jogi fakultásokon. A vonatkozó akkreditációs követelményeket áttekintve az etika oktatásával kapcsolatosan a kutatók csak kevés konkrét előírást, inkább csak irányelveket találtak. Ebben a rugal-

²³ Muriel J. BEBEAU: „The defining issues test and the Four Component Model: contributions to professional education” *Journal of Moral Education* 2002/3. 290.

²⁴ Muriel J. BEBEAU – James R. REST – Darcia NARVAEZ: „Beyond the promise: a perspective on research in moral education” *Educational Researcher* 1999/4. 22–25.

mas szabályozási környezetben a különböző intézmények eltérő oktatási megoldásokat alkalmaztak, amelyeket Bebeau és társai több átfogó vizsgálat során tekintettek át a fenti modellt alkalmazva. A vizsgálataik eredményei alapján a négy komponens a hatékony egyéni morális funkcionáláshoz (*moral functioning*) szükséges képességeknek (*capacities*) tekinthetők,²⁵ és a szakmai etika oktatása révén fejleszthetők: azt találták, hogy az etikai vonatkozásokat felismerő, a megfelelő módon érvelő, a helyes viselkedésre irányuló elköteleződéssel és annak végrehajtásával kapcsolatos négy képesség az egyén életútja során folyamatosan tanulható.²⁶ Bebeau és társai mind a négy komponens vonatkozásában külön értékelési módszereket dolgoztak ki, amelyek révén azt találták, hogy a szakmai etikai fejlődés a legjobban kooperatív és kollegiális légkörben érhető el, továbbá azt, hogy az oktatási program során többször ajánlott különböző számonkérési módszereket alkalmazni.²⁷

A vizsgálataik eredményei alapján ajánlásokat dolgoztak ki az egyetemek számára azzal kapcsolatban, hogy hogyan érhető el a négykomponensű modell elemei, mint a szakmai etika oktatásának céljai a különféle felsőfokú képzések során. Az oktatás központi elemeként a szakmaiság elsajátítását, a szakmai identitás (*professional identity*) kialakulását és elmélyítését határozták meg, ezen belül is a szakmai elvárások internalizálására, azaz a harmadik komponensre, a morális motivációra és elkötelezettségre fókuszálást javasolják.²⁸ Az oktatási folyamat kezdetén ajánlják a szakma főbb jellemzőinek részletes megtárgyalását. Az adott képzésen belül fontos elemként (tantárgyként) jelenik meg a szakmára vonatkozó szabályok és etikai kódexek ismerete, beleértve annak felismerését, hogy mikor alkalmazandóak (ami az első komponenshez kapcsolódó képesség fejlesztését jelenti), továbbá a szakmához kapcsolódó dilemmákkal összefüggő érvelési készségek fejlesztését (ami a modell második komponenséhez kapcsolódik). Felhívják azonban a figyelmet arra, hogy az oktatásnak a „kódexen túl” kell mutatni (*going beyond the code*), elkerülve a „nem tiltott, tehát akkor szabad” gondolkodásmód kialakulását.²⁹ az oktatónak mindenkor a szakmának a társadalom felé való kollektív felelősségét szükséges hangsúlyoznia.³⁰ A kihívást jelentő problémák megoldásának végrehajtására irányuló képesség (vagyis a negyedik komponens) fejlesztése érdekében a kutatók a más tantárgyakkal való együttműködést javasolják: az etikai jellegű tartalom és annak számonkérésének integrálását a szakmai tárgyakba. A tartalmi integrálás szempontjából a szaktárgyakhoz kapcsolódó gyakorlati jellegű etikai problémák megoldására irányuló megközelítést ajánlják. A számonkérések vonatkozásában az integrált és folyamatos (vagyis nem egyszeri, például csak félév végi) megközelítést javasolják, továbbá álláspontjuk szerint a hallgatók szakmai identitásának és képességeinek fejlődését a legjobban komplex jogklinikai helyzetek és szimulált esetek során

²⁵ Muriel J. BEBEAU – Verna E. MONSON: „Guided by theory, grounded in evidence: a way forward for professional ethics education” in Larry P. NUCCI – Darcia NARVAEZ (szerk.): *Handbook of moral and character education* (Abingdon-on-Thames: Routledge 2008) 558.

²⁶ BEBEAU–MONSON (25. l.) 575.

²⁷ BEBEAU–MONSON (25. l.) 575.

²⁸ BEBEAU–MONSON (25. l.) 567.

²⁹ BEBEAU–MONSON (25. l.) 562.

³⁰ BEBEAU–MONSON (25. l.) 576.

lehet megítélni, amelyekkel kapcsolatban érdemjegy helyett a szöveges visszajelzést javasolják. Ezen felül a hallgatók szakmai identitásának és képességeinek fejlődését a „morális miliő”, azaz az intézmény átláthatóan etikus működése segíti a leginkább. Bebeau és társai végezetül hangsúlyozták, hogy mivel a négy komponens szorosan összefügg, bármelyikre irányuljon is elsősorban az adott oktatásmódszertani megoldás, az a többi három komponenset is közvetetten fejleszteni fogja,³¹ így például az első és második komponenshez kapcsolódó szakmai etika tantárgy vagy a negyedik komponensre irányuló integrált megközelítés egyaránt erősíti a többi komponenset és hozzájárul a képzésnek a harmadik komponensre, a morális motivációra és elkötelezettségre fókuszáló jellegéhez is.

3. 4. TOVÁBBI JAVASLATOK ÉS AJÁNLÁSOK A SZAKMAI ETIKA OKTATÁSÁHOZ A FELSŐOKTATÁSBAN ÉS A DIPLOMA MEGSZERZÉSE UTÁN

Más oktatók is Bebeau és társai véleményéhez hasonló következtetésekre jutottak, bár nem a négy komponens vonatkozásában. Empirikus vizsgálatok és saját oktatási tapasztalataik alapján többen fogalmaztak meg az etika felsőoktatási képzések során történő oktatás tárgyában olyan javaslatokat, amelyek a komponensekkel is kapcsolatba hozhatóak. Egyes kutatók a felsőoktatás céljaként fogalmazták meg az „erényes jellemre nevelést” (*upbringing of virtuous characters*),³² a hallgatók felkészítését arra, hogy életük során morális és állampolgári felelősséggel (*moral and civil responsibilities*) tartoznak.³³ A valós életben előforduló problémákkal való gyakori szembesülés az osztályteremben szintén javasolt a morális fejlődés érdekében, akár még szabálysértőkkel való találkozások³⁴ révén is. Ezek a javaslatok a harmadik és a negyedik komponenshez (morális motiváció és morális kivitelezés) kapcsolódnak. A társadalomtudományi képzések során a különféle gyakorlati jellegű döntések körültekintő és alapos morális értékítélete javasolt,³⁵ amely a második komponenssel (morális érvelés és döntéshozatal) van összhangban. Ilyen esetekben azonban a morális érvelés során a vizsgált esetekben szereplő személyek személyes és érzelmi kapcsolódási pontjai is figyelembe veendőek;³⁶ ami a második és a harmadik komponenshez kapcsolható ajánlás. A harmadik komponenshez kapcsolódik a szakmai gyakorlat széleskörben történő alkalmazása, amely során az adott szakmához kap-

³¹ BEBEAU-MONSON (25. l.) 575–576.

³² Sabina LOVIBOND: *Ethical formation* (Cambridge: Harvard University Press 2004) 55–56., 60–61.

³³ Melanie WALKER: *Higher education pedagogies* (London: McGraw-Hill Education 2005) 3., 11–13., 53–54.

³⁴ WRIGHT (17. l.) 27.

³⁵ Philip W. MARTIN: „Key aspects of teaching and learning in arts, humanities and social sciences” in Heather FRY – Steve KETTERIDGE – Stephanie MARSHALL (szerk.): *A handbook for teaching and learning in higher education: Enhancing academic practice* (Abingdon-on-Thames: Routledge 2008) 300.

³⁶ Cheryl ARMON: „Adult moral development, experience and education” *Journal of Moral Education* 1998/3. 16–18.

csolódó etikai elvárások megismerése és a szakmai morális felelősség fejlesztése a szakmai identitás kifejlődését segíti elő.³⁷ Több kutató támogatta a szakmai etika integrálását a teljes tantervbe,³⁸ ami az első és a negyedik komponenst támogató javaslat. Bebeau és társaihoz hasonlóan mások is fontosnak tartották a felsőoktatási intézmény erőteljes elkötelezettségét az átlátható morális működés mellett.³⁹

Az oktatási aspektuson túl más kutatók magukra az oktatókra helyezték a hangsúlyt. Van, aki az oktatási folyamatot értékalapú morális interakciónak tekintve hangsúlyozta, hogy az etikát oktató tanár morális felelősséggel tartozik a hallgató felé.⁴⁰ Mások az oktatók továbbképzését javasolták, hogy toleráns, a morális különbözőségeket megismerő és megfelelően vizsgáló tanárok legyenek.⁴¹ A szakirodalom támogatja, hogy a felsőoktatásban dolgozó oktatók számára is legyen széleskörben elfogadott általános etikai kódex megfelelő iránymutatásokkal.⁴² Ezen felül több kutató támogatja a kapcsolódó tréningek bevezetését, valamint a szakmai etikát oktatók számára külön támogatási rendszert, kutatási központok kialakítását, az oktatók pedagógiai jellegű képzését.⁴³ Mindezek úgy is tekinthetők, mint annak előfeltételei, hogy minden oktató képes legyen az etikai témák hatékony oktatására.⁴⁴

Végezetül többen javasolják a szakmai etika szervezett és rendszeres oktatását a diploma megszerzése után is,⁴⁵ ráirányítva figyelmet arra, hogy a felsőoktatási intézményeken túl a munkahelyi tréningek is jelentős hatással vannak a szakmai

³⁷ Karin HEINRICHS – Fritz OSER – Terence LOVAT: „Introduction” in Karin HEINRICHS – Fritz OSER – Terence LOVAT (szerk.): *Handbook of moral motivation - Theories, models, applications* (New York: Springer 2013) 1–5.

³⁸ WRIGHT (17. l.) 24.; Larry P. NUCCI: *Education in the moral domain* (Cambridge: Cambridge University Press 2001) 192–195.; Frederick G. CRANE: „The teaching of business ethics: an imperative at business schools” *Journal of Education for Business* 2004/3. 151.

³⁹ Richard L. CRUESS – Sylvia R. CRUESS: „Teaching professionalism: general principles” *Medical teacher* 2006/3. 207.

⁴⁰ Peter JARVIS: „Teachers and learners in adult education: transaction or moral interaction?” *Studies in The Education of Adults* 1995/1. 3.

⁴¹ Bahaudin G. MUJTABA – Lisa MUJTABA: „Diversity awareness and management in adult education” *Journal of College Teaching & Learning* 2011/3. 71–72.

⁴² Elizabeth CAMPBELL: „Professional ethics in teaching: towards the development of a code of practice” *Cambridge Journal of Education* 2000/2. 203–221.; Patricia A. LAWLER: „Ethics and continuing professional education: today’s challenges, tomorrow’s solutions” *Adult Learning* 2001/1. 19.; Silvana IANINSKA – Jean-Claude GARCIA-ZAMOR: „Morals, ethics, and integrity: how codes of conduct contribute to ethical adult education practice” *Public Organization Review* 2006/1. 17–18.; Thomas J. SORK: „Applied ethics in adult and continuing education literature” *New Directions for Adult and Continuing Education* 2009/123. 25.

⁴³ Deloise A. FRISQUE – Hong LIN – Judith A. KOLB: „Preparing professionals to face ethical challenges in today’s workplace: Review of the literature, implications for PI, and a proposed research agenda” *Performance Improvement Quarterly* 2004/2. 28–45.; Denis BERTHAUME: „Teaching in the disciplines” in Heather FRY – Steve KETTERIDGE – Stephanie MARSHALL (szerk.): *A handbook for teaching and learning in higher education: Enhancing academic practice* (Abingdon-on-Thames: Routledge 2008) 215.

⁴⁴ Joseph R. HERKERT: „Engineering ethics education in the USA: content, pedagogy and curriculum” *European Journal of Engineering Education* 2000/4. 311.

⁴⁵ WRIGHT (17. l.) 25.

identitás fejlődésére.⁴⁶ Ezek a rendszeres, formális szakmai etika tréningek az ön-reflektálás és a munkahelyi etikus szakmai viselkedés kritikus megtárgyalása szempontjából is fontosak.⁴⁷ A kapcsolódó tréningeket megvizsgálva azok a szakmai etikai értékeket középpontba helyező képzések minősültek hatékonyak, amelyek az etikai elvárások (mint a releváns etikai kódex) és a kapcsolódó folyamatok (például az etikai vétségek anonim bejelentése vagy az azokat kivizsgáló eljárások) áttekintése mellett bevonják a résztvevőket ezek értékelésébe és továbbfejlesztésébe is.⁴⁸ A kutatók az online tréningek mellett a személyes jelenlétet igénylő képzések fontosságát is hangsúlyozták, amelyek során a résztvevők csoportokban megbeszélhetnek komplex etikai kihívásokat,⁴⁹ illetve a megfelelőnek talált döntés végrehajtásával kapcsolatos nehézségeket is.⁵⁰

3. 5. A HATÉKONY SZAKMAI ETIKA OKTATÁS JAVASOLT RENDSZERE: INTEGRÁLT ÉS ÉLETHOSSZIG TARTÓ SZAKMAI ETIKA OKTATÁS

Noha az empirikus úton szerzett bizonyítékok „vegyesek” az etikaoktatás különböző lehetséges céljaival kapcsolatban,⁵¹ és a kutatók túlnyomó része hangsúlyozza a további vizsgálatok szükségességét, az alábbi következtetések vonhatók le a szakmai etika oktatásával kapcsolatos szakirodalmi megállapításokból. Először is, a külső tényezők, így az egyének különféle szociokulturális körülményei és az oktatási intézmény miliője fontos szerepet játszanak a szakmai identitás kialakulásában és fejlődésében. Másodszor, a négykomponensű modell elemei képességeként tekinthetők, és formális képzési programok során fejleszthetők. Az oktatás módszerei vonatkozásában nincsen egyetértés a kutatók között, de a többségük az integrált megközelítést javasolja. Ez a megközelítés magában foglalja egy külön tantárgy meglétét, amely során a hallgatók nemcsak az adott szakmára vonatkozó szabályok megismerését és alkalmazásuk módját sajátíthatják el, hanem a különböző etikai döntéshozatali elméleteket és érvelési módszereket. Az integrált megközelítés továbbá az etikai problémák különféle szaktárgyak során történő gyakorlati szempontú megvitatását is jelenti, különböző oktatási és számonkérési módszerek alkalmazásával. A szakmai etika tapasztalati úton történő tanulása (*experiential learning*) szakmai gyakorlati időszakok és szimulációk révén különösen hangsúlyos. Javasolt továb-

⁴⁶ James R. FAULCONBRIDGE – Daniel MUZIO: „Legal education, globalization, and cultures of professional practice” *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2009/21. 1357.

⁴⁷ Heather WYATT-NICHOL – George FRANKS: „Ethics training in law enforcement agencies” *Public Integrity* 2009/1. 39–50.

⁴⁸ Leslie E. SEKERKA: „Organizational ethics education and training: a review of best practices and their application” *International Journal of Training and Development* 2009/2. 77–95.

⁴⁹ Leslie E. SEKERKA – Lindsey GODWIN: „Strengthening professional moral courage: a balanced approach to ethics training” *Training & Management Development Methods* 2010/5. 63–74.

⁵⁰ Daniel G. ARCE – Mary C. GENTILE: „Giving voice to values as a leverage point in business ethics education” *Journal of Business Ethics* 2015/3. 537.

⁵¹ Bryan R. WARNICK – Sarah K. SILVERMAN: „A framework for professional ethics courses in teacher education” *Journal of Teacher Education* 2011/3. 274.

bá a diploma megszerzése után a rendszeres, gyakorlati megközelítésű munkahelyi etikai témájú tréningek szervezése is. Az etika felsőoktatási és az azt követő időszakban történő rendszeres oktatásában résztvevő oktatók megfelelő továbbképzése ugyancsak ajánlott. A fentiek együtt hozzájárulnak a négy komponens, vagyis a hatékony szakmai etika oktatás lehetséges céljai eléréséhez, a szakmai etika tágabb értelmezésével összhangban.

4. A JOGÁSZI ETIKA OKTATÁSÁRÓL ÁLTALÁBAN

A jogászképzés vonatkozásában az angolszász szakirodalom a „kontinuum” (*continuum*), azaz folytonosság kifejezést használja az élethosszig tartó szakmai fejlődés leírására. Ennek szakaszai a különböző országok oktatási rendszereitől függően a felsőoktatási szakasz (*academic education*), az azt követő, de a szakvizsgát (*qualification*) megelőző szakmai oktatási szakasz (*vocational education*) és a szakvizsgát követő (*post-qualification*) folyamatos továbbképzés szakasza (*continuing professional development*).⁵² A jogászi etikával foglalkozó tantárgyak általában a szakmai normák megismerésére és alkalmazására fókuszálnak,⁵³ azonban többek álláspontja szerint a jogászi etika oktatása több, mint csak a jogászokra vonatkozó szabályok (*law of lawyering*) elemzése.⁵⁴ A szakmai etikával foglalkozó kutatókhoz hasonlóan a jogászi etika vonatkozásában is megjelenik a tágabb értelmezés támogatása és a kapcsolatos oktatásmódszertani javaslatok tükrözik is a korábban összefoglalt ajánlásokat: „egy ideális világban” a jogi karokon a jogászi etikával mind külön tantárgy, mind pedig az összes szaktárgy is foglalkozzon, magában foglalva a vitákat, esettanulmányokat, szimulációkat, szakmai gyakorlatot és a jogklinikákat.⁵⁵ A kapcsolódó érvelés szerint a jogászokra vonatkozó jog megfelelő ismerete vagy éppen a jogászi etika tantárgy során kiérdemelt kiváló érdemjegy önmagában nem jelenti azt, hogy a jogászok erkölcsösen viselkednek. A morális problémáknak a szaktárgyak kontextusába helyezett megvitatása, az interdiszciplináris megközelítés nagyobb segítséget nyújt a jövőre nézve, amikor a végzett jogászok a karrierjük során abba a helyzetbe kerülnek, hogy nem elegendő tudniuk azt, hogy mi a helyes teendő, azt végre is kell tudniuk hajtani.⁵⁶ Az angolszász szakirodalomban vita folyik arról, hogy a „kontinuum” mely szakaszában van helye a jogászi etika oktatásának: az ajánlás a szakmai etika oktatásának általános módszertani javaslataival összhangban itt is

⁵² Kim ECONOMIDES: „Legal education” in James D. Wright (szerk.): *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Oxford: Elsevier 2015) 736–738.

⁵³ Magdalene D’Silva: „A new legal ethics education paradigm: culture and values in international arbitration” *Legal Education Review* 2013/1. 84.

⁵⁴ Neil W. HAMILTON – Verna E. MONSON – Jerome M. ORGAN: „Empirical evidence that legal education can foster student professionalism/professional formation to become an effective lawyer” *University of St. Thomas Law Journal* 2012/1. 17.

⁵⁵ NICOLSON (19. lj.) 18.; Maxine EVERS – Lesley TOWNSLEY: „The importance of ethics in the law curriculum: essential or incidental?” *Law Teacher* 2017/1. 21.

⁵⁶ Vivien HOLMES: „‘Giving Voice to Values’: enhancing students’ capacity to cope with ethical challenges in legal practice” *Legal Ethics* 2015/2. 116., 119., 137.

a folyamatosságon van, vagyis a „kontinuum” összes szakaszában ajánlott a jogász-etiika formális oktatása.⁵⁷

A továbbiakban ez a tanulmány az összehasonlító oktatásmódszertan eszközeit használva a jogász-etiika oktatásával kapcsolatos megoldásokat nemzeti szinten tekinti át,⁵⁸ az adott ország jogászképzésének rendszerében, a „kontinuum” során. A tanulmány a „funkcionális ekvivalenseket” vizsgálja, vagyis az azonos célokat szolgáló folyamatokat:⁵⁹ jelen esetben a jogász-etiika formális oktatásának helyét és főbb jellemzőit a „kontinuumban”, figyelembe véve a felsőoktatás és a szakma kapcsolatát,⁶⁰ valamint az élethosszig tartó tanulás⁶¹ szempontját is. A jogász-etiika oktatásával kapcsolatban a tanulmány áttekinti a jelenlegi egyesült államokbeli és angol gyakorlatokat, mint a jogi felsőoktatás és a jogi szolgáltatások globális piacain domináns országok megoldásait, összehasonlítva ezeket a megoldásokat a fentebb tárgyalt javaslatokkal.

5. A JOGÁSZI ETIKA OKTATÁSA AZ EGYESÜLT ÁLLAMOKBAN

Az Amerikai Egyesült Államok jogászképzési „kontinuumában” az első szakasz a posztgraduális jogi doktori program elvégzése: ez az általában hároméves szak bármilyen alapképzési szak elvégzése után elkezdhető és a jogi doktori (*Juris Doctor, J.D.*) program felkészít a jogi kamara szakvizsgájára (*Bar exam*). A program elvégzése és a sikeres szakvizsga után bármelyik jogi tevékenység végezhető. Az Egyesült Államokban a jogász-etiika egységes (*unitary legal profession*),⁶² a posztgraduális jogi doktori programokat nyújtó jogi fakultásokat (*law school*) pedig az országos jogi kamara (*American Bar Association, ABA*) akkreditálja,⁶³ ebből kifolyólag a jogi képzés jelentős mértékben gyakorlati jellegű. Az országos jogi kamara akkreditációs sztenderdjei elvárásokat fogalmaznak meg a jogi karok erőforrásaira, működésére és a J.D. program tartalmára vonatkozóan, valamint a diploma megszerzését követő időszakra is.

⁵⁷ Daisy Hurst FLOYD: „Practical wisdom: Reimagining legal education” *University of St. Thomas Law Journal* 2012/10. 224.

⁵⁸ Wolfgang MITTER: „Comparative education in Europe” in Robert COWEN – Andreas KAZAMIAS (szerk.): *International handbook of comparative education* (Dordrecht: Springer Science & Business Media 2009) 97.

⁵⁹ Ulrich TEICHLER: „Opportunities and problems of comparative higher education research: The daily life of research” *Higher Education* 2014/4. 397.

⁶⁰ Justin J. W. POWELL – Heike SOLGA: „Analyzing the nexus of higher education and vocational training in Europe: a comparative-institutional framework” *Studies in Higher Education* 2010/6. 718.

⁶¹ Leslie BASH: „Education, jobs, and vocational training” in Robert COWEN – Andreas KAZAMIAS (szerk.): *International handbook of comparative education* (Dordrecht: Springer Science & Business Media 2009) 548.

⁶² Maya Goldstein BOLOCAN: *Professional legal ethics: a comparative perspective* (Washington, D.C.: Central European and Eurasian Law Initiative 2002) 3.

⁶³ U.S. Department of Education: „Database of accredited postsecondary institutions and programs” 2019, ope.ed.gov/dapip/#/agency-list.

5. 1. A JOGÁSZI ETIKÁRA VONATKOZÓ AKKREDITÁCIÓS ELVÁRÁSOK AZ EGYESÜLT ÁLLAMOKBAN

Az akkreditációs elvárások vonatkozásában az egyesült államokbeli gyakorlat szerint az országos kamara által esetileg megbízott szakértői testület illetékes a jogász-képzés áttekintésére és módosítási javaslatokat is tartalmazó jelentés benyújtására. A jogász etika vonatkozásában az 1992. évi jelentés, amely az esetileg megbízott szakértői testület vezetője után a McCrate Report néven ismert, hangsúlyozta először a szakmai identitás fejlesztésének szükségességét és a tíz alapvető jogászai készség között sorolta fel az etikai dilemmák felismerésére és megoldására irányuló képességet.⁶⁴ A 2007. évi jelentés, az ún. Carnegie Report, megerősítette a McCrate Report álláspontját a szakmaiság fejlesztésével kapcsolatban. A Carnegie Report a középkori céhes nyelvezetből ismert tanonc- vagy inasképzés (*apprenticeship*) kifejezést használva metaforikusan három „tanoncképzési” területet javasolt, amelyek mind elengedhetetlenek a „mesterré” váláshoz: a szaktudás, az alapvető készségek és a szakmaiság, az utóbbiba beleértve az etikai követelményeket, a társadalmi szerepeket, a szakmai felelősséget és a szakma alapvető céljait.⁶⁵

Az akkreditációs követelményeknek a jelentéseket is figyelembe vevő legutóbbi módosítására 2014-ben került sor, ennek során a jogi karok lehetőséget kaptak a tanterv rugalmas kialakítására azzal, hogy eleget tesznek egyes alapvető elvárásoknak. A jogász etika vonatkozásában elvárás, hogy a J. D. program felkészítse a hallgatókat a jogászai professzió etikus gyakorlására, amellyel összefüggésben szükséges a tapasztalati úton történő tanulás (*experiential learning*) lehetőségének biztosítása: a jogklinikák, szimulációk és szakmai gyakorlatok támogatják a jogász etika oktatását.⁶⁶ A konkrét akkreditációs sztenderdek közül négy vonatkozik, illetőleg kapcsolódik a jogász etika oktatásához. A 301. a) sztenderd szerint a J. D. program fel kell készítse a hallgatókat arra, hogy etikus és felelős módon gyakorolják a szakmájukat. A 302. sztenderd ezt az általános jellegű célt úgy pontosítja, hogy a képzési program kimeneti következményei között meg kell jelennie minimum annak a kompetenciának, amelyik szerint a hallgató képes lesz a jogászai tevékenységet megfelelő szakmai és etikai felelősséggel végezni az ügyfelek és a jogrendszer felé. Ehhez kapcsolódóan a 303. a) sztenderd előírja, hogy a tantervnek kell tartalmaznia egy legalább két kreditóra értékű tantárgyat, amely a szakmai felelősséghez (*professional responsibility*) kapcsolódik, magában foglalva a szakmára vonatkozó viselkedési szabályokat (*rules of professional conduct*) és a jogászai professzió értékeit is. A képzés részét képező

⁶⁴ American Bar Association: „*Legal education and professional development - an educational continuum. Report of the Task Force on Law Schools and the Profession: Narrowing the gap*” 1992, 203–207., americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2013_legal_education_and_professional_development_maccrate_report.authcheckdam.pdf.

⁶⁵ William M. SULLIVAN: „After ten years: the Carnegie Report and contemporary legal education” *University of St. Thomas Law Journal* 2018/14. 333–336., 338.

⁶⁶ American Bar Association: „*Explanation of changes to the accreditation standards by the Section of Legal Education and Admissions to the Bar*” 2014, americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/council_reports_and_resolutions/201408_explanation_changes.pdf.

tapasztalati tanulási lehetőségek, így a szimulációk, jogklinikák és munkahelyi szakmai gyakorlatok vonatkozásában elvárás, hogy azok integrálják a jogászi etikát is.⁶⁷

A jogászi etika vonatkozásában tehát az ABA akkreditációs sztenderdjei elvárják, hogy az etikus magatartásra felkészítés átfogó célként és fontos kimeneti követelményként jelenjen meg a J. D. programban, amelyhez kapcsolódóan a tantervnek tartalmaznia kell egy kötelező tárgyat a szakmai viselkedéssel kapcsolatban, továbbá olyan tapasztalati tanulási lehetőségeket, amelyek integrálják a jogászi etika témáit is. A kamara jogászi etikával kapcsolatos elvárásai azonban nem korlátozódnak az akkreditált jogi fakultások J. D. programjaira. A szövetségi államok nagy része átvette az ABA kötelező továbbképzésekre vonatkozó modellszabályait, és az adott államban elvárt etikai kódex kialakítása mellett az ott működő jogászoktól megkívánja a minimálisan évi egy kredit formális szakmai etikai továbbképzésen történő részvételt is.⁶⁸

5. 2. A JOGÁSZI ETIKA OKTATÁSA AZ EGYESÜLT ÁLLAMOKBELI JOGI KAROKON

Noha az egyesült államokbeli jogi fakultásokon a jogászi etika oktatása már a XX. század elején elkezdődött, a hetvenes évekig csak különféle intézményi megoldások és ABA-ajánlások léteztek.⁶⁹ Mivel azonban az ún. Watergate-botrány (1974) során több jogász etikátlan magatartására is fény derült, az ABA kötelezővé tette a jogászi etika oktatását.⁷⁰ Az új ABA-sztenderdet hamarosan követte a több szövetségi államban is bevezetett szakmai felelősség vizsga (*Multistate Professional Responsibility Exam, MPRE*). Ezek a fejlemények nyilvános vitákat, konferenciákat és publikációkat generáltak, amely révén az Egyesült Államok lett az első ország a világon, ahol kialakult egy jogászi etikával foglalkozó szakmai közösség.⁷¹

A fogalom vonatkozásában az Amerikai Egyesült Államokban nincs általánosan elfogadott definíció: a jogászi etika (*legal ethics*) kifejezés alatt általában a szakmára vonatkozó szabályokat értik,⁷² és a szakmai felelősséget (*professional respon-*

⁶⁷ American Bar Association: „2018–2019 Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools” 2018, americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/Standards/2018–2019_ABAStandardsforApprovalofLawSchools/2018–2019-aba-standards-chapter3.pdf.

⁶⁸ American Bar Association: „Mandatory Continuing Legal Education” 2018, americanbar.org/events-cle/mcle/; American Bar Association: „Resolution of February 6, 2017 on Model Rule for Minimum Continuing Legal Education” 2017, americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2017_hod_midyear_106.pdf.

⁶⁹ James E. MOLITERNO: „An analysis of ethics teaching in law schools: replacing lost benefits of the apprentice system in the academic atmosphere” *University of Cincinnati Law Review* 1991/60, 86–92.

⁷⁰ EGAN ET AL. (3. lj.) 307.

⁷¹ Laurel S. TERRY: „A survey of legal ethics education in law schools” in Sachin K. MAJUMDAR – Herbert S. PITKOW – Larry P. BIRD, L. P. – Ellen W. MILLER (szerk.): *Ethics in academia* (Gettysburg: Pennsylvania Academy of Science 2000) 68.

⁷² CHAMBLISS (5. lj.) 56.

sibility) szinonimaként használják.⁷³ A jogi karokon oktattott kötelező tárgyak tartalma főként a jogász tevékenységre vonatkozó szabályozás, elsősorban az adott szövetségi tagállam Legfelső Bírósága által elfogadott etikai kódex (*code of conduct*), amely, a korábban írtaknak megfelelően, az ABA modellszabályait követi. Tagállamonként találhatóak eltérések a kódexekben, néha jelentős mértékűek. A kódexen felül további releváns szövetségi és tagállami jogszabályokat, illetve bírósági döntéseket oktatnak a tantárgy során.⁷⁴ A kötelező tantárgyat általában a J. D. program utolsó éveiben oktatják,⁷⁵ módszereit tekintve esettanulmányokat és szimulációkat használnak,⁷⁶ valamint vendégelőadóként gyakorló jogászokat hívnak meg.⁷⁷ A hallgatók a tantárgyat általában csak a fentebb említett vizsgára (MPRE) való felkészülésnek tekintik, és több jogászprofesszor is szkeptikus a tárgy intellektuális tartalmával kapcsolatban.⁷⁸

A jogász etikával foglalkozó egyesült államokbeli szakmai közösség által készített különböző tudományos folyóiratcikkek, tanulmányok és könyvek a jogász etika fogalmát a jogász szakmára vonatkozó különböző szabályok összessége helyett tágabban értelmezik. Beletartozó elemként tárgyalják a jog etikai aspektusát (vagyis a jogszabályok és a jogrendszer kritikus elemzését etikai szempontból), a jogászok morális fejlődését, valamint a jogász praxis kontextusát és környezetét (például a jogászt munkáltató szervezet jellemzőit és azoknak a munkavállalókra tett hatását). Ezt a tág értelmezést jól tükrözi az ABA kézikönyve a jogászok szakmai kvalitásairól: többek között olyan témák is szerepelnek benne elvárt tulajdonságokként, mint a gondosság, az udvariasság, az őszinteség, a lojalitás vagy a jó hírnév. Ezen felül fontos, a jogász etikával kapcsolatos elem a pénz kezelése, az online szolgáltatások, a *pro bono* (ingyenes) jogász tevékenység, a jogász munka szervezeti kereteiből és a globalizáció hatásaiból adódó kihívások, vagy éppen a jogász egészsége (ideértve olyan stresszkezelő technikák elsajátítását is, mint például a „mindfulness”).⁷⁹ A jogász felelősséggel foglalkozó szakmai szervezet ezen felül a modern technológiának a jogász praxisra gyakorolt hatását is javasolta a jogász etikán belül történő megvitatásra.⁸⁰ A jogász etika oktatásával foglalkozó kutatók szintén javasolták a jogászok munkáltatóinak szervezeti jellegéből és foglalkoztatási viszonyaiból

⁷³ BOLOCAN (62. lj.) 1.

⁷⁴ BOOTHE-PERRY (7. lj.) 541.; TERRY (71. lj.) 67.; BOLOCAN (62. lj.) 5–7.

⁷⁵ Sheldon KRANTZ – Michael MILLEMANN: „Legal education in transition: trends and their implications” *Nebraska Law Review* 2015/1. 1–59.

⁷⁶ Robert E. RODES Jr.: „On lawyers and moral discernment” *Journal of Catholic Legal Studies* 2007/2. 260.; Carrie MENKEL-MEADOW: „Telling stories in school: Using case studies and stories to teach legal ethics” *Fordham Law Review* 2000/69. 787–816.; BOOTHE-PERRY (7. lj.) 546., 550.

⁷⁷ Carrie L. HEMPEL – Carol SERON: „An innovative approach to legal education and the founding of the University of California, Irvine School of Law” in Scott L. CUMMINGS (szerk.): *The paradox of professionalism: lawyers and the possibility of justice* (Cambridge: Cambridge University Press 2011) 188.

⁷⁸ HEMPEL–SERON (77. lj.) 178.

⁷⁹ Paul A. HASKINS (szerk.): *Essential qualities of the professional lawyer* (Chicago: ABA Publishing 2013).

⁸⁰ Association of Professional Responsibility Lawyers: „Future of the legal profession special committee” 2018, aprl.net/aprl-future-of-the-legal-profession-special-committee/.

eredő etikai problémák,⁸¹ valamint a jogászai tevékenységekhez kapcsolódó technológiai fejlődéssel és a jogászai tevékenységek globalizálódásával összefüggő etikai kihívások⁸² vizsgálatát, továbbá az informális tanulás⁸³ és az oktatók mentori szerepének⁸⁴ fontosságát a hallgatók morális fejlődésében.

Egyes jogi karokon a fentiek alapján innovatív megoldások születtek. A University of California in Irvine (UCI) jogi karának hallgatói már a J. D. program első évében megismerkednek a jogászai professzió jellegzetességeivel egy kétféléves interdiszciplináris tantárgy során, amely nemcsak a különböző jogágakban dolgozó jogászok munkájába nyújt betekintést, és a program során kötelező szakmai gyakorlatokra készít fel, hanem szakmai etikai problémákat is tárgyal.⁸⁵ A mentális egészséget elősegítő technikák oktatása, amely az etikus döntéshozatalt segíti elő,⁸⁶ a tanterv része lett például a University of Miami, Florida,⁸⁷ illetve a Santa Clara Law School⁸⁸ J. D. programjában. A leginnovatívabb megoldás talán a University of St. Thomas School of Law J. D. programja, amelyet kifejezetten a négykomponensű modell figyelembevételével alakítottak ki. A tanterv több szaktárgya is foglalkozik a jogászai professzióval, moralitással és igazságossággal. Egyes választható tantárgyak is kapcsolódnak a jogászai etikához, például a jogászai készségekkel vagy a vezetéstudománnyal foglalkozó tárgyak. A hallgatókat a hároméves képzés során többször is tesztelik a szakmai identitásuk fejlődésével kapcsolatban, és az eredmények a morális fejlődést támasztják alá, bár néhány hallgatónál a képzés végére pont az ellenkezőjére utaló eredményeket is találtak.⁸⁹

5. 3. A JOGÁSZAI ETIKA OKTATÁSA A J. D. DIPLOMA MEGSZERZÉSE UTÁN

Az ABA elvárása, hogy a végzett jogászok formális és informális szakmai továbbképzéseken vegyenek részt.⁹⁰ A jogászai etika vonatkozásában az általában megkövetelt továbbképzés a szakmára vonatkozó szabályokról és fegyelmi ügyekről

⁸¹ PERLMAN (8. lj.) 876.

⁸² Elizabeth CHAMBLISS: „Two questions for law schools about the future boundaries of the legal profession” *Journal of the Legal Profession* 2011/36. 337.

⁸³ DHANARAJ (6. lj.) 2069.

⁸⁴ EGAN ET AL. (3. lj.) 320.

⁸⁵ HEMPEL AND SERON (77. lj.) 187–188.

⁸⁶ Elizabeth A. USMAN: „Nurturing the law student’s soul: why law schools are still struggling to teach professionalism and how to do better in an age of consumerism” *Marquette Law Review* 2015/40. 1021–1072.

⁸⁷ Jan L. JACOBOWITZ – Scott ROGERS: „Mindful ethics – a pedagogical and practical approach to teaching legal ethics, developing professional identity, and encouraging civility” *St. Mary’s Journal on Legal Malpractice & Ethics* 2014/4. 198–240.

⁸⁸ Katelyn ALBRECHT – Lauren COTTON – Michelle OBERMAN – Katherine RABAGO – Tim ZUNICH: „Wellness as practice, not product: a collaborative approach to fostering a healthier, happier law school community” *Santa Clara Law Review* 2019/2. 369–389.

⁸⁹ HAMILTON–MONSON–ORGAN (54. lj.) 29–37.; Muriel J. BEBEAU – Stephen J. THOMA – Clark D. CUNNINGHAM: „Educational programs for professional identity formation: the role of social science research” *Mercer Law Review* 2016/68. 624–629.

⁹⁰ CHAMBLISS (5. lj.) 52.

szólnak.⁹¹ Ezen felül a frissen végzett jogászok a tagállami jogászai kamara által szervezett tréningeken és konferenciákon, valamint a munkáltatójuk által szervezett tréningeken, mentorprogramokon vehetnek részt. A tapasztalt jogászok számára a munkáltatók általában üzletfejlesztési és vezetési készségfejlesztési továbbképzéseket, illetve trénerként, mentorként vagy konferenciák előadóiként történő közreműködési lehetőségeket kínálnak.⁹² Ezek a továbbképzések gyakorlati megközelítésűek, az etikai problémákat értelemszerűen a jogászai praxis vonatkozásában tárgyalják. A továbbképzések hatékonyságával kapcsolatban csak néhány beszámoló létezik,⁹³ kapcsolódó érdemi vizsgálat gyakorlatilag nem történt, noha kutatók sürgetik a szakmát a mielőbbi kutatások elvégzésére.⁹⁴

5. 4. A JOGÁSZAI ETIKA EGYESÜLT ÁLLAMOKBELI OKTATÁSÁNAK ÉRTÉKELÉSE A NÉGYKOMPONENSŰ MODELL SZEMPONTJÁBÓL

A rendelkezésre álló szakirodalom, valamint a szakmai források alapján elmondható, hogy a jogászai etika fontos eleme az egyesült államokbeli jogi oktatásnak és kötelező a formális oktatása a „kontinuum” során mind a jogi karokon, mind pedig a J. D. megszerzése után. A hangsúly azonban láthatóan a jogászai tevékenységre vonatkozó szabályok és alkalmazásuk kognitív elsajátításán (vagyis inkább a szakmai etika szűkebb értelmezésén), mintsem a szakmai identitás fejlesztésén van. A J. D. programok kötelező jogászai felelősség témájú tantárgya, valamint a diploma megszerzése utáni kötelező továbbképzés mind erre mutat. A négykomponensű modell szempontjából tehát az egyesült államokbeli jogi oktatás „kontinuumában” rendszerszinten az első két komponens, a morális érzékenység, valamint a morális érvelés és döntéshozatal fejlesztése valósul meg.

A harmadik és a negyedik komponens, vagyis a morális motiváció és elkötelezettség, illetőleg a morális kivitelezés csak igen kis részben jelenik meg az Egyesült Államok jogi oktatásának „kontinuumában”. Az ABA 304. akkreditációs sztenderdjének a jogi karok általában úgy felelnek meg, hogy csak korlátozott lehetőséget biztosítanak a tapasztalati tanulásra szimulációk, jogklinikák, szakmai gyakorlatok révén, azonban általánosságban ezek nem épülnek be a tantervbe, nem kötelező elemek minden akkreditált J. D. program minden hallgatója számára. Egyes jogi fakultások elkötelezettek ebben az irányban, például a jogklinikák kötelező elemé alakítására irányuló törekvéseikkel,⁹⁵ de a University of St. Thomas School of Law kivételével, ahol minden hallgatónak van „külsős” jogász mentora a tanulmányai során, és kötelező elem a tapasztalati tanulás valamilyen formája, a szakmai

⁹¹ Jeffrey A. MAINE: „Importance of ethics and morality in today’s legal world” *Stetson Law Review* 1999/29. 1084.

⁹² Neil GAFFNEY: „Professional development for lawyers” *Law Practice Today* 2016, lawpracticetoday.org/article/professional-development-lawyers/.

⁹³ Philip M. GENTY: „The challenges of developing cross-cultural legal ethics education, professional development, and guidance for the legal professions” *Journal of the Professional Lawyer* 2011. 60.

⁹⁴ Bruce A. GREEN: „Teaching lawyers ethics” *St. Louis University Law Journal* 2006/51. 1118.

⁹⁵ HEMPEL–SERON (77. lj.) 182., 189.

identitás fejlesztése nem vált általánosan kifejezett céllá. A diploma megszerzését követő szakaszban is csak egyes munkáltatók biztosítanak lehetőséget teljesskörűen a szakmai identitás fejlesztésére.

6. A JOGÁSZI ETIKA OKTATÁSA ANGLIÁBAN⁹⁶

Az Amerikai Egyesült Államok „monocentrikus” jogászképzéséhez képest az angol rendszer „policentrikusnak” mondható:⁹⁷ míg az előbbiben a szakma egységes és egyetlen általános út vezet a jogásszá váláshoz (a korábban tárgyalt, ABA által akkreditált jogi fakultások J. D. programjának elvégzése), addig az utóbbi esetben több lehetőség, több képzési útvonal is rendelkezésre áll. Ennek egyik oka az, hogy Angliában különböző jogász professzió létezik, amelyek közül a két legfontosabb és legnagyobb létszámú a „*solicitor*” és a „*barrister*”. A korábbi hagyományos különbség, amely szerint a barrister a bíróság előtti jogi képviselőt látja el, a solicitor pedig különböző ügyletek során jár el, mára már kevésbé érvényesül, mivel több elfogadott átfedés is létezik már a két jogász szakma között. A leendő jogászok többsége ezen két professzió egyikét választja. A szakvizsgáig vezető képzés két szakaszból áll, a magyarországihoz hasonlóan: egy felsőoktatási szakaszból és az azt követő szakmai képzésből. A felsőoktatási szakasz általában a hároméves jogi „*bachelor*”, azaz alapképzést (LL. B. program) jelenti, de lehetséges bármilyen alapképzés után egy egyéves átképzésen részt venni (*Graduate Diploma in Law, GDL*). Az LL. B. vagy a GDL diploma megszerzését követően a választott jogász professzió szakmai szervezete által szervezett szakmai képzés következik, amely két részből áll. Először egy egyéves gyakorlatorientált képzés következik: a barrister szakmát választók részére a „*Bar Professional Training Course*” (BPTC), a leendő solicitorok számára pedig a „*Legal Practice Course*” (LPC). Ezt követően 1–2 éves munkahelyi gyakorlat után válhat valakiből szakvizsgázott barrister vagy solicitor Angliában.⁹⁸

⁹⁶ Az Egyesült Királyságon belül a jogászképzésre és a jogász tevékenységekre vonatkozóan található eltérések, főleg Skócia és Észak-Írország vonatkozásában. Az angol és a walesi rendszer majdnem hasonló, de az utóbbival kapcsolatban is találhatóak speciális megoldások. Mindezek miatt a tanulmány Angliára koncentrál, de egyes megállapítások az Egyesült Királyság egészére is érvényesek.

⁹⁷ John FLOOD: *Legal education in the global context - Challenges from globalization, technology and changes in government regulation. Report for the Legal Services Board* (London: LSB 2011) 14–16., legalservicesboard.org.uk/news_publications/latest_news/pdf/lbs_legal_education_report_flood.pdf.

⁹⁸ Jane CHING: „Multiplicity and mutability in professional legal education in England and Wales” in Bernhard BERGMANS (szerk.): *Jahrbuch der Rechtsdidaktik 2017* (Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2018) 288–289.

6. 1. A JOGÁSZI ETIKÁRA VONATKOZÓ AKKREDITÁCIÓS ELVÁRÁSOK ANGLIÁBAN

Az angol felsőoktatás minőségével az oktatási ügyekért felelős minisztérium által kijelölt minőségügyi szerv, a QAA (*Quality Assurance Agency for Higher Education*) foglalkozik.⁹⁹ A különböző felsőoktatási szakokra szakterületenként külön állásfoglalások vonatkoznak,¹⁰⁰ így a fent említett hároméves jogi „*bachelor*” programra is, amelyet legutoljára 2015-ben dolgoztak át. Az állásfoglalás 1.2 pontja szerint általános követelmény, hogy az LL. B. programok hallgatói a képzés végére megértsék, és alkalmazni tudják a jogelveket, szabályokat, doktrínákat, készségeket és jogászai értékeket (*values*). Az 1.4 pont megadja a lehetőséget a jogi karoknak, hogy saját maguk határozzák meg azt, hogy miként oktatják az etikai vonatkozásokat a tantervben. Elvárás azonban, hogy a hallgatóknak legyen lehetősége etikai problémák és dilemmák megvitatására, valamint az etikai döntéshozatal jellegzetességeinek megértésére. A 2.4 pont hangsúlyozza, hogy a végzett hallgatóknak képesnek kell lenniük a jogi és etikai értékek felismerésére. Az állásfoglalás javaslatokat is megfogalmaz a jogi karok felé, ajánlva azt, hogy különböző oktatási módszereket (köztük a tapasztalati tanulást, „*experiential learning*”) és különféle számonkérési technikákat alkalmazzanak a képzés során.¹⁰¹

A QAA fenti állásfoglalásával kapcsolatban a két legjelentősebb jogászai professzió, a fentebb tárgyalt barristerek és solicitorok szakmai szervezete még 1999-ben egy közös nyilatkozatot adott ki,¹⁰² amelyben támogatják és elfogadják a fenti állásfoglalásnak megfelelően működő LL. B. programok hallgatóinak jelentkezését az általuk szervezett szakmai képzésre. E szakmai szervezetek a saját képzéseik vonatkozásában külön leírásokban fogalmazták a képzési kimeneti követelményeket, de a szakmai etika mindkét szakmai képzés során hangsúlyos elemként jelenik meg. A barristerek szervezete által kiadott szakmai képzés kompetencia leírása szerint a képzést elvégző jogásztól elvárt az etikus viselkedés, a vonatkozó szabályok, ideértve az etikai kódex ismerete és az annak megfelelő viselkedés.¹⁰³ A barrister szakmát választók részére kötelező képzés, a „*Bar Professional Training Course*” (BPTC) fontos eleme a szakmai etika modul, amelynek célja, hogy a résztvevők elsá-

⁹⁹ Department for Education: „*Designation letter from Minister for Universities, Science, Research and Innovation to the chief executive of the Quality Assurance Agency for Higher Education*” 2018, assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/680131/QAA_Designation_letter.pdf.

¹⁰⁰ Quality Assurance Agency for Higher Education: „*Our work*” 2018, qaa.ac.uk/en/about-us/what-we-do/our-work.

¹⁰¹ Quality Assurance Agency for Higher Education: „*Subject Benchmark Statement UK Quality Code for Higher Education Part A: Setting and maintaining academic standards – Law, July 2015*” 2015, 6–7., qaa.ac.uk/docs/qaa/subject-benchmark-statements/sbs-law-15.pdf?sfvrsn=ff99f781_10.

¹⁰² Law Society – the General Council of the Bar: „*A joint statement issued by the Law Society and the General Council of the Bar on the completion of the initial or academic stage of training by obtaining an undergraduate degree*” 1999, sra.org.uk/students/academic-stage-joint-statement-bsb-law-society.page.

¹⁰³ Bar Standards Board: „*Professional statement for barristers*” 2016, 4., barstandardsboard.org.uk/media/1787559/bsb_professional_statement_and_competences_2016.pdf.

játítsák a szakmai erkölcsi értékeket, megértsék az etikus viselkedés filozófiai hátterét és mélységében ismerjék a barrister szakma etikai kódexét.¹⁰⁴ A BPTC képzést lezáró vizsgák során az etikai ismeretek kiemelten fontosak: egy etikai probléma fel nem ismerése bármely szakmai modul vizsgája során azonnali elégtelen minősítéshez vezet.¹⁰⁵ A solicitorok esetében a szakmai etika szintén nagyon fontos elem. Az ő kompetencia leírásuk még tovább is megy, mint a barristereké, amely a hangsúlyt a vonatkozó szabályok ismeretére és alkalmazására teszi: a leendő solicitorok esetében ugyanis az is elvárás, hogy a nem etikus viselkedésre irányuló bármilyen nyomásnak ellenálljanak.¹⁰⁶ A solicitor szakmát választók számára kötelező képzés, a „*Legal Practice Course*” két részből áll: az elsőben kötelező modulok szerepelnek (köztük a szakmai viselkedéssel és a solicitor szakmára vonatkozó szabályokkal foglalkozó modul), a másodikban pedig választható tárgyak. A szakmai etika minden modulban megjelenik, és nemcsak külön vizsgát kell tenni belőle, de szakmai etikai vonatkozású feladatok a kötelező modulok vizsgái során is megjelennek,¹⁰⁷ akárcsak a barristerek esetében. A szakvizsgát követően is eltérő szabályok érvényesülnek a két professzió tagjainál: a barristerek esetében a kötelező továbbképzés (*Continuing Professional Development, CPD*) részeként szakmai etikával kapcsolatos továbbképzéseken kell részt venni,¹⁰⁸ azonban a solicitorok esetében nincs a szakmai etikára vonatkozó kötelezettség.¹⁰⁹

A jogásképzést, az Amerikai Egyesült Államokhoz hasonlóan, szintén időről időre felülvizsgálták a felsőoktatás, a kormány és a jogász professziók képviselőiből álló bizottságok, amelyeket a vezetőik nevével vagy az adott bizottsági témakört megjelölő betűszóval azonosítanak. A bizottsági jelentéseket a szakmai etika szempontjából megvizsgálva megállapítható, hogy a témát ugyan fontosnak találták, de kifejezett oktatási lépéseket nem javasoltak, egészen napjainkig. Az első jelentések, az 1971-es Ormrod bizottságé és az 1979-es Benson bizottságé csak hangsúlyozták az etika fontosságát, de a jogi kari tantervek vonatkozásában semmilyen változtatást nem javasoltak. 1988-ban a Marre-bizottság jelentése már tartalmazta, hogy szükség lenne átfogó etikaoktatási anyagra, de a következő jelentés 1996-ban (az ún. ACLEC bizottság, a jogásképzéssel és magatartással foglalkozó tanácsadó testület: *Advisory Committee on Legal Education and Conduct*) a szakmai képzési szakaszt jelölte meg a szakmai etika oktatásának megfelelő helyeként. Az amerikai J. D. programmal ellentétben, amely gyakorlat-orientált és a szakmai felkészítésre

¹⁰⁴ Bar Standards Board: „BPTC syllabus” 2019, 61., <https://www.barstandardsboard.org.uk/resources/resource-library/2019-20-bptc-syllabus-2019-pdf.html>.

¹⁰⁵ Bar Standards Board: „BPTC handbook” 2018, 36., barstandardsboard.org.uk/media/1945975/bptc_handbook_july_2018.pdf.

¹⁰⁶ Solicitors Regulation Authority: „Competence statement” 2015, sra.org.uk/solicitors/competence-statement.page.

¹⁰⁷ Solicitors Regulation Authority: „LPC Information Pack” 2018, sra.org.uk/students/resources/legal-practice-course-information-pack.page.

¹⁰⁸ Bar Standards Board: „New practitioners programme” 2017, barstandardsboard.org.uk/regulatory-requirements-for-barristers/continuing-professional-development-from-1-january-2017/new-practitioners-programme/.

¹⁰⁹ Solicitors Regulation Authority: „Continuing Professional Development” 2016, sra.org.uk/sra/news/press/lsb-approves-cpd-change.page.

fókuszál, ezek a jelentések az LL. B. programra mint általános jellegű műveltségre irányuló „liberal education” képzésre tekintenek.¹¹⁰ A legutóbbi, a 2013-ban született jogoktatással és képzéssel foglalkozó bizottsági jelentés (*Legal Education and Training, LETR Report*) azonban már túllépett ezen felfogáson, és jóval konkrétabb és gyakorlatiasabb módon fogalmazott: a szakmai etikát kifejezetten tartalmazó képzési kimeneti követelményeket, a felsőoktatási szakasz során a jogászai értékek és a jogászai professzió kapcsolódó szerepének vizsgálatát, valamint a szakmai magatartásra irányuló folyamatos továbbképzést is javasolt, és felhívta a különböző szakaszokkal foglalkozó szakmai szervezeteket a mielőbbi lépések megtételére.¹¹¹ A QAA részéről ilyen lépés még nem történt, de a két fő jogászai professzió szakmai szervezetei részéről annál inkább.¹¹² 2021-től kezdődően a solicitorok szakmai szervezete egy új minősítő vizsgát vezet be (*Solicitors Qualifying Examination, SQE*¹¹³), a barristerek szervezete pedig, ugyancsak 2021-től, az etika vonatkozásában központosított számonkérést tervez a szakmai képzés során.¹¹⁴ Ezek a lépések várhatóan változásokat hoznak a jogi karok LL. B. programjainak tanterveibe, de a változások eredményei majd csak évek múltán lesznek észlelhetők.¹¹⁵

6. 2. A JOGÁSZAI ETIKA OKTATÁSA AZ ANGOL JOGI KAROKON

A kifejezett előírások hiányában a jogászai etikának az LL. B. program során történő oktatásával kapcsolatban egy folyamatos vita folyik Angliában. A szakirodalomban a téma támogatói a QAA értékek oktatására vonatkozó elvárására hivatkoznak, de a jogászai etika oktatásának céljai és módszerei tekintetében különböző álláspontok figyelhetők meg. A jogrendszer elméleti kritikája mellett az egyes professziók kódexeinek oktatása, vagyis a szakmai etika szűkebb értelmezéséhez kapcsolódó módszerek támogatása látható egyrésztől.¹¹⁶ Másrészt vannak, akik a jogászai etikát több tantárgy részeként,¹¹⁷ gyakorlatiasabb és kreatívabb felfogásban¹¹⁸ képzelik el, a szakmai etika tágabb értelmezéséhez, a szakmai identitás fejlesztéséhez közelebb álló módon. A két megközelítés látható azon szerzőknél is, akik a jogászai etikát nemzetközi kontextusban javasolják tanítani: csak a szakmai viselkedési előírások

¹¹⁰ BOON (4. lj.).

¹¹¹ Legal Education and Training Review: „Final Report” 2013, letr.org.uk/the-report/executive-summary/executive-summary-english/index.html.

¹¹² Jane CHING – Paul MAHARG – Avrom SHERR – Julian WEBB: „Legal education and training review: a five-year retro/prospective” *Law Teacher* 2018/4. 384–396.

¹¹³ Solicitors Regulation Authority: „SQE” 2018, sra.org.uk/sra/policy/sqe/training-persona.page.

¹¹⁴ Bar Standards Board: „Future Bar training: curriculum and assessment strategy” 2019, 1., barstandardsboard.org.uk/media/1984218/curriculum_and_assessment_strategy_1_april_2019.pdf.

¹¹⁵ CHING (98. lj.) 30–31.; CHING ET AL. (112. lj.) 396.

¹¹⁶ BOON (4. lj.) 66–67.; Andrew BOON: *Legal ethics at the initial stage: A model curriculum* (London: The Law Society 2010) 4–6.

¹¹⁷ Neil DUNCAN: „Preparing ethical lawyers: a prescription and a practical proposal” *Legal Ethics* 2010/1. 79–92.; DUNCAN (9. lj.).

¹¹⁸ Graham FERRIS – Nick JOHNSON: „Practical nous as the aim of legal education” *International Journal of Clinical Legal Education* 2013/19. 272–273.

összehasonlítására fókuszálva,¹¹⁹ vagy a kulturális különbségek figyelembevételével is.¹²⁰ A jogászi etika oktatási módszereinek tekintetében is különböző megközelítések jelennek meg. Vannak, akik a legújabb pszichológiai módszerek bevezetését javasolják,¹²¹ mások pedig a tapasztalati tanulás bevezetését szorgalmazzák,¹²² hozzátéve, hogy a jogklinikák esetlegesen kötelező és általános bevezetéséhez kapcsolódó magas költségek miatt a szimulációk használata jobb megoldásnak tűnik.¹²³ Bármely módszerről is legyen szó, a kapcsolódó számonkérés vonatkozásában sincs egyetértés, sőt, van, aki szerint az etikaoktatás egyes céljai nem is mérhetőek (*non-assessable*) pontosan.¹²⁴ Ez utóbbi vélemény pedig átvezet a kapcsolódó empirikus kutatások, pontosabban azok hiányának területére. Amíg az Egyesült Államokban a jogászi etika felsőoktatási szinten történő oktatásával kapcsolatban több empirikus kutatást is folytattak, addig Anglia és Wales vonatkozásában csak egy ilyen vizsgálat ismert. Ez a kutatás hivatkozik arra, hogy a területen kevés és nem elég meggyőző empirikus vizsgálat folyt, továbbá a szerzők a saját kutatásukkal kapcsolatban utalnak arra, hogy találtak a képzés során az erkölcsi fejlődésre mutató jeleket, de ezek okai jobbra külső hatások, az oktatási program hatása csak periferikus.¹²⁵

Mivel a QAA akkreditáció előírásai a jogi karokra bizzák azt, hogy a tanterven belül hogyan érintik a jogászi értékeket, a különféle jogi fakultások eltérő megoldásokat alkalmaznak. Emellett a téma nem is igazán népszerű, mivel ellenállásba ütközik mind egyes oktatók, mind pedig a hallgatók részéről is.¹²⁶ A University of Exeter és a University of Plymouth jogi fakultásain a technológiai eszközök használata, filmek és televíziós sorozatok kapcsolódó részeinek vetítése, valamint szakmai kirándulások révén a hallgatókat jobban megérintő megoldások számítanak hatékonynak.¹²⁷ A University College London gyakorlatorientált tantárgya (*Lawyers: Practice and Ethics*) során a hallgatók a karrierjük során felmerülő etikai kihívásokkal és a társadalom felé fennálló felelősségükkel foglalkoznak.¹²⁸ A University of Bristol jogklinikáján a felmerülő esetek során a hallgatók jogászi készségei mellett az elmélet-

¹¹⁹ FLOOD (97. lj.) 10.; Anil BALAN: „Meeting the challenges of globalisation in legal education” *Law Teacher* 2017/3. 280.

¹²⁰ D’SILVA (53. lj.) 91–92.

¹²¹ William TWINING: „Rethinking legal education” *Law Teacher* 2018/3. 248.; Graham FERRIS: *The promise and perils of positive psychology in legal education* (Oxford: The Society of Legal Scholars Annual Conference 2016) 8.

¹²² DUNCAN (117. lj.); DUNCAN (9. lj.); Graham FERRIS: „The legal educational continuum that is visible through a glass Dewey” *Law Teacher* 2009/2. 102–113.

¹²³ BOON (4. lj.) 63.

¹²⁴ Graham FERRIS: „Values ethics and legal ethics: the QLD and LETR Recommendations 6, 7, 10, and 11” *Law Teacher* 2014/1. 27.

¹²⁵ Richard MOORHEAD – Catrina DENVER – Rachel CAHILL-O’CALLAGHAN – Maryam KOUCHAKI – Stephen GALOUB: „The ethical identity of law students” *International Journal of the Legal Profession* 2016/3. 257–258.

¹²⁶ BOON (4. lj.) 64.

¹²⁷ Craig J. NEWBERRY-JONES: „Screencasting ethics and values: teaching contemporary legal issues and collective legal values through live screencasting” *Law Teacher* 2016/2. 242–254.

¹²⁸ D’SILVA (53. lj.) 92.

tel és a szakmai etikai kódexszel együttesen foglalkoznak,¹²⁹ ami szintén a jogászi etika hatékony oktatásával kapcsolatos jó gyakorlatok közé tartozik. Az integrált, egész tanterven keresztül történő jogászi etika oktatására is van példa Angliában: a University of East London hallgatói mind egy külön tantárgy, mind pedig más tantárgyak és a jogklinikai gyakorlat során is elsajátítják a jogászi értékeket és attitűdöket,¹³⁰ a Northumbria University pedig olyan négyéves programot fejlesztett ki, amely a felsőoktatási és a szakmai képzési szakaszt kombinálja. Az első évben a hallgatók külön tantárgy során ismerkednek meg a szakmai etikai problémákkal, és a bíróságra is ellátogatnak. A második évben egy integrált modul, a kártérítéseket és a kapcsolódó eljárási szabályokat ötvöző tantárgy keretein belül tárgyalják az elvárt szakmai viselkedést. Egy komplex esettanulmányt feldolgozó szimuláció készíti fel őket az utolsó év jogklinikai gyakorlatára. A szerzők a sikerek mellett megemlítik azonban az integrált megoldás számos nehézségét is: a megnövekedett munka-teher, az oktatók ellenállása az új oktatási módszerek bevezetésével szemben, valamint pénzügyi és infrastrukturális problémák is felléptek.¹³¹

6. 3. A JOGÁSZI ETIKA OKTATÁSA AZ LL. B. DIPLOMA MEGSZERZÉSE UTÁN

A szakirodalom az angol jogászképzési „kontinuumnak” a felsőoktatási szakaszt követő részei során zajló jogászi etikaoktatással kapcsolatban alig tartalmaz információt. A szakmai képzési szakasz értékelésére vonatkozóan nem történt kutatás, a számonkérések jobbára a tudás meglétére fókuszálnak, kvalitatív jellegű vizsgálatok nem történtek.¹³² A korábban említett LETR jelentés javaslatainak részleges megvalósulása látható, mivel a professziók bevezették a képzéseik vonatkozásában a szakmai etikával kapcsolatos kompetenciákat és kimeneti követelményeket.¹³³ A kutatók a szakmai etika vonatkozásában a többszöri, rendszeres számonkérést javasolják,¹³⁴ és a solicitorok esetében bevezetni tervezett feleletválasztós teszt hátrányait taglalják; elsősorban azt, hogy nem segíti elő a kritikus gondolkodást.¹³⁵

A jogászi etika vonatkozásában két kutatás vizsgálta nemrégiben a végzett jogászok etikai fejlődését, ebből az egyik egy majdnem 1000 fős mintát használt, és

¹²⁹ Omar MADHLOOM: „Do law firms benefit from university law clinics?” *The Law Society - Law Gazette* 2018. lawgazette.co.uk/commentary-and-opinion/do-law-firms-benefit-from-university-law-clinics/5068310.article#.W_JKn62SY1U.linkedin.

¹³⁰ Anil BALAN: „Addressing the challenges of teaching legal ethics to take account of the widening participation agenda” *Law Teacher* 2018/3. 277–278.

¹³¹ Clare SANDFORD-COUCH – Jonathan BAINBRIDGE: „Educating towards ethical lawyers: a progress report” *Law Teacher* 2015/3. 336–352.

¹³² Kim ECONOMIDES – Justine ROGERS: *Preparatory ethics training for future solicitors* (London: The Law Society 2009).

¹³³ CHING (98. lj.).

¹³⁴ Catherine SYLVESTER: „Measuring competence in legal education: a view from the bridge” *Law Teacher* 2015/2. 256.

¹³⁵ Jessica GUTH – Tamara HERVEY: „Threats to internationalised legal education in the twenty-first century UK” *Law Teacher* 2018/3. 350–370.

a példaképként szolgáló kollégák és vezetők, valamint az informális tanulás fontos szerepére utaló adatokat talált.¹³⁶ A másik kutatás a londoni nemzetközi irodákban dolgozó, elsősorban pénzügyi joggal foglalkozó jogászokkal készített interjúk során „erkölcsi apátiát” talált: az etikai problémákkal kapcsolatos aggodalom, illetve érdeklődés hiányát tapasztalták. A nagy cégek etikai infrastruktúrája hiányosnak bizonyult a kutatás során: az interjúk során erkölcsileg példamutató, vagy akárcsak etikai ügyeket fontosnak tartó menedzserekre utaló adatokat sem találtak. A vonatkozó céges tréningek kizárólag a különböző szabályokra és etikai kódexekre vonatkoztak.¹³⁷ A kódexek kidolgozásának tárgyában a csak célokat, javaslatokat és kevés konkrétumot tartalmazó, illetve a fegyelmi jellegű, részletes szabályokat és szankciókat tartalmazó verziók helyett a két típust kombináló megoldás az ajánlott a jogászai professziók számára: ideálisan a kódex a vonatkozó elvek meghatározásával kezdődik, részletszabályokkal és jogkövetkezmények meghatározásával folytatódik, továbbá irányelveket és magyarázatokat, kommentárokat is tartalmaz.¹³⁸

6. 4. A JOGÁSZI ETIKA ANGLIAI OKTATÁSÁNAK ÉRTÉKELÉSE A NÉGYKOMPONENSŰ MODELL SZEMPONTJÁBÓL

A vonatkozó szakirodalom alapján az angol jogoktatás „kontinuumát” tekintve elmondható, hogy a felsőoktatási szakasz, vagyis az egyetemi LL. B. alapképzés során a jogi karok – néhány kivételtől eltekintve – csak az első komponenst, a morális érzékenységet fejlesztik. Ennek elsődleges oka a szakmai etikára vonatkozó részletes akkreditációs elvárások hiánya. Amíg az egyesült államokbeli tudományos cikkek a kötelező szakmai etika oktatásával kapcsolatos tapasztalatok és kutatások eredményeit taglalják, addig az angol szakirodalom a szakmai etika kötelező oktatásának bevezetését támogatja, és egyes innovatív, eseti megoldásokról számol be. A jogi képzést nyújtó felsőoktatási intézmények kevésbé foglalkoznak a jogászai etikával, a ritka kivételek általában egyes oktatók elhivatottságát tükrözik, akik a tantárgyuk során gyakorlatorientált megoldások révén hallgatóikban a második és a harmadik komponenst (morális döntéshozatal és morális motiváció) is fejlesztik. Kevés intézmény nyújt integráltabb szakmai etikai képzést, illetve a jogászai etikával foglalkozó jogklinikai gyakorlati lehetőséget, amely a negyedik komponenst, a morális kivételést is fejleszti.

A két legnagyobb jogászai professzió, a barristerek és a solicitorok kötelező posztgraduális szakmai képzése viszont kifejezetten hangsúlyozza a szakmai etika fontosságát: külön modulban és más modulok során egyaránt érintik a morális érzé-

¹³⁶ James ARTHUR – Kristján KRISTJÁNSSON – Hywel THOMAS – Michael HOLDSWORTH – Luca BADINI CONFALONIERI – Tian QIU: *Virtuous character for the practice of law - Research Report* (Birmingham: The Jubilee Centre For Character And Virtues, University Of Birmingham 2014) 24.

¹³⁷ Steven VAUGHAN – Emma OAKLEY: „Gorilla exceptions’ and the ethically apathetic corporate lawyer” *Legal Ethics* 2016/1. 50.

¹³⁸ Donald NICOLSON: „Making lawyers moral? Ethical codes and moral character” *Legal Studies* 2005/4. 606–607.

kenységet, a döntéshozatalt, a motivációt és a morális kivitelezést is, azaz mind a négy komponens megjelenik a képzés során. A különböző modulok vizsgái során is hangsúlyos a szakmai etikai problémák felismerésének és kezelésének képessége, elsősorban a vonatkozó szakmai kódexek szabályainak ismerete és alkalmazása révén. Kötelező szakmai gyakorlat követi ezt a szakaszt, amely a tapasztalati tanulás révén segíti a szakmai identitás fejlődését. A szakvizsga utáni időszakban mindkét professzió megköveteli a kötelező formális továbbképzéseken való részvételt, azonban a szakmai etika csak a barristerek számára kötelező továbbképzési téma. Az angol jogászképzési „kontinuum” során tehát a jogi kartól és a választott professziótól is függ, hogy a leendő jogász milyen és mennyi segítséget kap a szakmai identitása fejlődéséhez.

7. ÖSSZEFOGLALÁS

Jelen tanulmány célja az volt, hogy hozzájáruljon a szakmai etika, illetve azon belül a jogászi szakmai etika oktatásával kapcsolatos hazai gyakorlat fejlesztéséhez a kapcsolódó angol nyelvű, egyesült államokbeli és angol szakirodalom feldolgozásával. A tanulmány fókuszában elsősorban a jogászi szakmai etika formális oktatása, azon belül is a formális oktatás különböző szakaszainak lényegi elemei és főbb jellemzői állnak. Terjedelmi okok miatt a tanulmány számos fontos, kapcsolódó elemmel nem tudott foglalkozni: az erkölcs mibenlétével kapcsolatos különböző nézetek, a morál-filozófiai „trendek”, a legújabb kapcsolódó morálpszichológiai, pedagógiai és andragógiai fejlemények, a jog erkölcsiségére vonatkozó jogbölcseleti nézetek, az egyesült államokbeli és angol jogászi szakmai etikai kódexek és a jogászi professzióra vonatkozó jogszabályok részleteinek összehasonlítása mind olyan lényeges témák, amelyeket a tanulmány nem tárgyal. Ugyancsak fontos, de nem tárgyalt elem a szakmai etika informális tanulása, illetve a szakmai etika formális tanulása során az értékelés és számonkérés módszertana. Az alábbiakban a szakmai etika oktatásával kapcsolatos általános megállapítások és kritikájuk, az egyesült államokbeli és angol formális jogászi etikaoktatás jellemzői és értékelése, valamint a terület magyarországi fejlesztésére vonatkozó javaslatok összefoglalása olvasható.

7. 1. A SZAKMAI ETIKA OKTATÁSA ÁLTALÁBAN: KÉRDŐJELEK SOKASÁGA

Miközben a szakmai etikával ellentétes viselkedést előidéző tényezőkről és az ilyen döntések negatív következményeiről számos adat létezik, a szakmai etika oktatásával kapcsolatban kevés tudományosan bizonyított tény áll rendelkezésünkre. Vannak bizonyítékok arra vonatkozóan, hogy a szakmai etika tanulható, és ez a tanulás élethosszig tartó folyamat. Különböző nézeteket találunk azonban a szakmai etika definíciójával és a formális oktatásával kapcsolatban. A definíció vonatkozásában két fő értelmezési irány található a szakirodalomban: a szűkebb értelmezés a szakmai viselkedési szabályokra (etikai kódexekre és egyéb szakmai normákra) helye-

zi a hangsúlyt, a tágabb viszont a szakma gyakorlójának személyiségére és körülményeire. A szűkebb értelmezéssel kapcsolatos oktatási megközelítés kizárólag a kódexek és szabályok tartalmának, valamint ezen szabályok alkalmazásának elsajátítására fókuszál. Ezzel a megközelítéssel kapcsolatban azonban empirikus vizsgálatok mutatnak rá arra, hogy a szakmai szabályok kognitív tanulása nem vezet automatikusan etikus viselkedéshez. A tágabb értelmezés a szakmai identitás folyamatos fejlesztését jelöli meg a szakmai etika oktatásának fő irányául, azonban ennek a komplex, sok változós tényezőt magában foglaló iránynak megfelelő oktatás hatékonyságára vonatkozólag kevés empirikusan alátámasztott bizonyíték van, a kutatók között nincs egyetértés a szakmai identitás folyamatos fejlesztésének módjáról. Miközben a különféle szakmák gyakorlói és oktatói között vannak, akik még mindig kételkednek az etika oktathatóságával kapcsolatban, a többség általában elfogadja azt. Azonban az oktatási megközelítés inkább a szűkebb értelmezés felé mutat, a tágabb értelmezés csak egyes innovatívabb intézményekhez vagy személyekhez köthető. Kérdéses, hogy utóbbiak tapasztalatai mennyiben jelennek meg tudományos vagy szakmai publikációk formájában, és az is, hogy mennyire képesek befolyásolni a többségi gondolkodást.

A tágabb értelmezéssel összhangban lévő szakmai etika oktatásához Rest négykomponensű modellje szolgál egy lehetséges, összefüggő célrendszerként. A négy komponens a morális érzékenység, a morális érvelés és döntéshozatal, a morális motiváció és elkötelezettség, valamint a morális kivitelezés. Rest kollégái Bebeau vezetésével ezeket az egymással összefüggő komponenseket a szakmát gyakorló egyén teljeskörű morális működéséhez szükséges képességeknek tekintették, és a különböző egyesült államokbeli egyetemeken végzett kutatásaik során azt találták, hogy ezek a képességek a formális oktatás során folyamatosan fejleszthetők. A szakirodalomban nincsen egyetértés a négykomponensű modell vonatkozásában és a szakmai identitás fejlesztését célzó oktatási lépések hatékonyságáról sem, viszont a modell jól használható a szakmai etika oktatásának elemzéséhez, mind a vonatkozó ajánlások, mind pedig a létező oktatási megoldások tekintetében. A gyakorlatban jelenleg alig van példa arra, hogy a négy komponens alapján fejlesszen egy intézmény tantervet. A tanulmány szerzőjének véleménye szerint csak a modellnek az akkreditációs elvárásokban és egyéb szakmai követelményekben való bármilyen megjelenése esetén lenne várható nagyobb mértékben változás.

A szakirodalomban található különböző módszertani javaslatok összevetéséből megállapítható, hogy ideális esetben a szakmai etika oktatása és ennek révén a szakmai identitás fejlesztése egy integrált formális (felsőoktatási) képzés során kezdődik. Ennek a formális képzésnek eleme egy különálló tantárgy, amely nemcsak a vonatkozó szakmai etikai kódexek és viselkedési normák tartalmával és alkalmazásuk módjával, hanem a vonatkozó elméletekkel és a szabályok kritikájával is foglalkozik. Egy ilyen tantárgy kifejezetten fejleszti a morális érzékenységet és a morális döntéshozatalt (azaz az első és a második komponenst), de hatással van a másik két komponensre is. A morális motiváció és kivitelezés vonatkozásában a javaslatok alapján a képzés során más kötelező és választható tantárgyaknak is vizsgálniuk kellene a szakmai etikához történő kapcsolódási pontokat, a szakmai etika így folyamato-

san áthatja az egész képzést (*pervasive approach*). Különösen fontos a tapasztalati tanulás a képzés során, a különböző online szimulációk és szakmai gyakorlatok lehetőleg kötelező jellegűek legyenek, és tartalmazzanak szakmai etikai problémákat, kihívásokat. A diploma megszerzése után élethosszig tartó, formális szakmai etikai továbbképzés javasolt. A formális tanulási szakaszok során a szakmai etikával összefüggő képességek folyamatos és különböző módszerekkel történő számonkérése ajánlott, mind a külön tantárgy, mind a többi tantárgy oktatása során. A kutatók hangsúlyozzák még a megfelelően felkészített és folyamatosan képzett oktatók, az oktatási intézmény átlátható és etikus működése (a „morális milió”), valamint a formális, szervezett képzési forma mellett az informális tanulás fontosságát is a szakmai identitás fejlesztése érdekében.

Összességében tehát elmondható a szakmai etika oktatásával kapcsolatban az, hogy a szakirodalomban egyáltalán nincs egyetértés sem az értelmezési megközelítések, sem az oktatási célok, sem pedig a módszertan tekintetében. A gyakorlat pedig a szűkebb értelmezés alapján a vonatkozó szabályok ismeretére és alkalmazására fókuszál, a bevett formális oktatási módszerek keretei között. Kérdéses, hogy a tágabb értelmezésre vonatkozó ajánlások mennyiben tudnak teret nyerni, miközben minden szakmán belül léteznek különféle etikai problémák, amelyek csökkentése vagy éppen megoldása vonatkozásában a tanulmány szerzőjének álláspontja szerint a tágabb értelmezést követő oktatási megközelítés sikeresebb lenne.

7. 2. JOGÁSZI ETIKA OKTATÁS AZ EGYESÜLT ÁLLAMOKBAN ÉS ANGLIÁBAN: VEGYES KÉP A „KONTINUUM” SORÁN

A jogászképzés vonatkozásában az angolszász szakirodalom a „kontinuum” kifejezést használja az élethosszig tartó formális tanulás különböző szakaszainak összefoglaló nevéként. Az adott ország jogoktatási rendszerében a „kontinuum” a felsőoktatási szakasszal kezdődik, amely lehet alapképzés (ilyen az angol LL. B. program), mesterszintű képzés (mint az egyesült államokbeli J. D. program), vagy éppen osztatlan képzés, mint a magyar dr. jur. diplomához vezető jogász szak. A szakvizsgához vezető formális képzésnek nincsen további szakasza az Amerikai Egyesült Államokban, viszont egy további kötelező szakmai képzési szakasz előzi meg a szakvizsgát Angliában, a magyarországi gyakorlathoz hasonlóan. A szakvizsga megszerzését követően a különböző országok jogász professziói általában megkövetelnek valamilyen formális továbbképzési rendszert. Az egyesült államokbeli jogászképzés „kontinuumában” a J. D. program során kötelező a szakmai felelősséggel foglalkozó tantárgy, amely a jogászokra vonatkozó etikai kódexeket és egyéb normákat tárgyalja. Ezen felül az akkreditációs követelmények mindössze a tapasztalati tanulás lehetőségének biztosítását (de nem a mindenki számára kötelező jelleget) írják elő a jogi karok számára. Így az amerikai J. D. programok leginkább csak a négykomponensű modell első és második komponensét, a morális érzékenységet, valamint a morális döntéshozatalt fejlesztik a hallgatókban, noha több jogi fakultás is innovatív megoldásokat alkalmaz, amelyek a másik két komponenset is célozzák. A különböző

intézményi megoldások közül kiemelkedik a University of St. Thomas J. D. programja, amelyet kifejezetten a négykomponensű modell alapján alakítottak ki. Az egyesült államokbeli „kontinuum” része a szakmai etikai tesztet is magában foglaló szakvizsga után a kötelező továbbképzés szakasza, azonban az egyes tagállamok különböző módon szabályozzák ezt a szakaszt, így a szakmai etikára vonatkozó továbbképzések is tagállamonként eltérőek lehetnek. Az angol jogászképzési „kontinuum” felsőoktatási szakaszában mindössze a jogászai értékek ismerete az akkreditációs követelmény, így az LL. B. programok túlnyomó részben csak az első komponens, a morális érzékenységet fejlesztik, de vannak példa értékű megoldások egyes angol jogi karoknál a többi komponens fejlesztése tekintetében is. A felsőoktatási szakaszt követő szakmai képzési szakasz a két legnagyobb angol jogász professzió, a barristerek és a solicitorok esetében is átfogóan oktatja a szakmai etikát: külön modul foglalkozik az adott jogász professzióra vonatkozó elvárásokkal, valamint a többi kötelező modul során is fontos elem a szakmai etika. Az etikai problémák felismerése és megoldásai minden számonkérés során fontos elem. A szakmai képzési szakasz munkahelyi gyakorlattal, tapasztalati tanulási lehetőséggel zárul. Ez a képzési szakasz tehát mind a négy komponens fejlesztését szolgálja. A szakvizsgát követő továbbképzési szakasz során jelenleg csak az egyik angol jogász professzió, a barristerek írják elő a kötelező szakmai etikai továbbképzést. A fentiek alapján megállapítható, hogy a felsőoktatási szakasz vonatkozásában az Egyesült Államok jogi fakultásainak többségi gyakorlata inkább a szakmai etika szűkebb értelmezése felé mutat a jogászokra vonatkozó szabályok ismeretére és alkalmazására irányuló kötelező tantárgy oktatásával, amely az első két komponens fejlesztését segíti. Angliában ebben a szakaszban domináns megközelítés nem állapítható meg, de a szakmai képzési szakaszt áthatja a jogász etika témaköre, ami mind a négy komponens fejlesztését szolgálja. A szakvizsga utáni kötelező formai továbbképzési szakasz a jogász etika szempontjából egyik országban sem egyértelmű: az Amerikai Egyesült Államokban a tagállami, Angliában pedig az adott jogász professziótól függ. Mind az Amerikai Egyesült Államokban, mind pedig Angliában várhatóak változások a szakmai etika oktatása területén: az egyesült államokbeli javaslatok kifejezetten a szélesebb értelmezésnek megfelelő képzési módosításokat tartalmaznak a J. D. program vonatkozásában, Angliában pedig a szakmai képzési komponens 2021-től tervezett változásai várhatóan kihatnak majd az LL. B. programra is. Vegyes képet mutat tehát a két ország gyakorlata: különböző megoldások révén a jogász etika oktatása hangsúlyos ugyan a „kontinuum” során, de a tágabb értelmezés még mindig csak kevesek által elfogadott.

7. 3. JAVASLATOK A JOGÁSZI ETIKA HAZAI OKTATÁSÁVAL KAPCSOLATBAN

Jelen tanulmány célja az volt, hogy betekintést nyújtson a jelenlegi egyesült államokbeli és angol jogász etika oktatási gyakorlataiba, a jogi felsőoktatás és a jogi szolgáltatások globális piacain domináns országok szakmai etikára vonatkozó képzési megoldásaiba. A bevezetőben jelzett változások a magyar akkreditációs követel-

ményekben azt eredményezték, hogy a jogászi etika kötelező tárgy lett a hazai jogi karokon, akárcsak az Egyesült Államokban. Ez az áttekintés az amerikai és angol megoldásokról hozzájárulhat a jogászi etika magyarországi oktatásának továbbfejlesztéséhez is. Az amerikai és az angol jogi felsőoktatás magyar nyelvű áttekintése a hazai szakirodalomban nem példa nélküli,¹³⁹ és születtek már angol nyelvű tanulmányok is a magyar jogi oktatás lehetséges átalakításáról, amelyek részben a jogászi etika oktatását is érintették.¹⁴⁰ Értelemszerűen bármilyen összehasonlításához, illetve az összehasonlításból eredő következtetésekhez figyelembe veendő a jogrendszerek és a jogi oktatási rendszerek különbségei. Mind az egyesült államokbeli, mind pedig az angol formális jogi oktatás „kontinuum” elsősorban az adott „common law” jogrendszer ismeretére és alkalmazására készít fel, továbbá eltérő hagyományaik, szervezeti kereteik és oktatási gyakorlataik vannak a jogászképzés során. Ezen általános különbségeken felül a jogászi etika oktatásával kapcsolatban a 7. 2. pontban foglaltaknak megfelelően további eltérések is megállapíthatóak a felsőoktatási szakasz szabályozójával, elvárásaival (akkreditációs követelményeivel), a képzési program szintjével, céljával, tartalmával és módszereivel kapcsolatban, továbbá a felsőoktatást követő szakaszok kialakítására vonatkozóan is. E különbségek figyelembevételével megállapíthatóak azonban olyan jellemzők és „jó gyakorlatok”, amelyek a jogászi etika magyarországi oktatását is segíthetik. A két vizsgált ország ilyen közös jellemzője a jogászi etika oktatásával kapcsolatos tudományos és szakmai publikációk és konferenciák megléte, a terület rendszeres közös áttekintése a felsőoktatás és a jogászi professzió(k) képviselői által, a jogászi etika a szakvizsga során, valamint a szakvizsgát követő rendszeres és kötelező szakmai etikai továbbképzések követelménye. Az amerikai J. D. programok egyes megoldásai a hazai egyetemi, az angol kötelező posztgraduális szakmai képzés pedig a magyar szakvizsgára felkészítő képzés számára adhat fejlesztési ötleteket.

Jelen tanulmány szerzője a jogászi etika oktatását kutatja,¹⁴¹ és a várhatóan 2020-ban megjelenő angol nyelvű doktori disszertációjában¹⁴² az amerikai és az angol megoldásokat hasonlítja össze a hazai „kontinuum” során megjelenő gyakorlattal, amelyet tudományos és szakmai publikációk, intézményi adatok, valamint interjúk során kapott információk alapján vizsgált. A vonatkozó angolszász szakirodalom áttekintése alapján a szakmai etika tágabb értelmezése és a szakmai identitás fejlesztése tűnik a követendő útnak Magyarországon is. A jogászi szakmaiság magában foglalja a szaktudást (azaz a jog ismeretét), a szakmai készségeket (a kifejezetten jogászi készségek mellett a munkavállaláshoz szükséges általános kompetenciákat is), valamint a szakmai értékeket, amelyek a szaktudáshoz és a szakmai készségek-

¹³⁹ Például NAGY Zsolt: „Korunk jogászképzési rendszerei” *Jogelméleti Szemle* 2005/1.

¹⁴⁰ Például JAKAB András: „Dilemmas of legal education: a comparative overview” *Journal of Legal Education* 2007/57. 253–265.; FEKETE Balázs: „Practice elements in the Hungarian legal education system” *Acta Juridica Hungarica* 2010/1. 67–78.

¹⁴¹ Lásd: <http://www.nlsle.org.uk/who-we-are/gabor-andrasi-phd-student/>.

¹⁴² GÁBOR ANDRÁSI: *A comparison between Hungarian and Anglo-American approaches to ethical legal training at different stages of the educational continuum*. PhD disszertáció (Nottingham: Nottingham Trent University 2020).

hez kapcsolódnak.¹⁴³ Ezek a szakmai értékek az egyén életpályája során fejlődnek és fejleszthetők. A szakmai identitás fejlesztése érdekében érdemes a jogászi etikát is tágan értelmezni, a jogászokra vonatkozó különböző jogszabályok mellett fontos a jog kritikája, a társadalmi környezet és a jogászi tevékenység különféle szervezeti keretei komplexitásának megismerése. Ez a komplexitás magában foglalja többek között a kulturális különbségek hatásait, korunk speciális kihívásait (mint például globalizáció vagy a technológiai fejlődés hatása a jogászi tevékenységekre), vagy éppen a jogászokat érő kihívások kezelésének módjait (lásd az egyes amerikai jogi karokon folyó stresszmenedzselési, „mindfulness”-technikákat). A jogászképzési „kontinuumban” ezért a leendő jogászok teljeskörű morális funkcionálásához szükséges összes képesség fejlesztése ajánlott, amit például Rest négykomponensű modellje próbál leírni: egy jogász képes az etikai problémákat felismerni, a probléma vonatkozásában megfelelően indokolt döntést hozni, a döntéssel megfelelő viselkedésnek elsőbbséget adni és a döntést kivitelezni. Mindezen képességek fejlesztése érdekében a különböző szakmai etika oktatási módszerek és technikák integrálását javasolja a szakirodalom, és léteznek amerikai és angol példák ennek megvalósítására. Azonban az integrált megvalósítás messze nem általános, és bármilyen szintű megvalósítása során számos kihívással kell megküzdeni. Érdemes a külföldi szakirodalom további figyelemmel kísérése és értelemszerűen hazai szerzők általi gazdagítása, az innovatív megoldások bátorítása, támogatása és a tapasztalatok megosztása, hogy a különböző oktatási megoldások hatékonyságával kapcsolatban több adat álljon rendelkezésre.

¹⁴³ Egle DAGILYTE – Peter COE: „Take-home exams: Developing professionalism via assessment” in Andrew BOONE – Paul MAHARG (szerk.): *Critical Perspectives on the Scholarship of Assessment and Learning in Law – Volume 1: England* (Canberra: Australian National University Press 2019) 113.

DEÁK DÁNIEL*

A POZITÍV JOG VÁLSÁGA ÉS A POZITIVISTA JOGFELFOGÁS KORLÁTAI

„... a nemzeti bíróságok kötelesek figyelembe venni ajánlásokat ahhoz, hogy az eléjük terjesztett vitákban döntsenek, különösen akkor, ha azok fényt vethetnek a nemzeti vagy közösségi jog más rendelkezéseinek értelmezésére”.¹

A dolgozatban a szerző számba veszi a pozitív jog működési zavarait, amiből arra következtet, hogy a pozitivista jogfelfogás érvénye egyre inkább korlátozott. A szerző észleli azt, hogy a törvényhozás feletti alkotmányossági felügyelet intézményeinek (alkotmánybíráskodás) kiépülése olyan jelenség, amelynek éle az államhatalom választott képviselői ellen irányul, és azt célozza, hogy ellensúlyozza a politikai többség által gyakorolható hatalmat. A dolgozatban kifejtésre kerül az is, hogy a globalizációhoz társuló digitális világban a jog szerepe is megváltozik. Jellemzően technicizálódás megy végbe, ami viszonylagos politika-mentességet jelent, de legalább is mentességet a hagyományos pártpolitikai küzdelmekről. A szerző szerint szükséges és lehetséges keresni olyan egyetemes értékeket, amelyek felhasználhatók arra, hogy a joggyakorlat adott esetben eloldozható legyen az ideológiai természetű megfontolásoktól, és ennek eredményeként a joggyakorlat megszabadítható legyen az életidegenségtől és szétszakadozottságtól. Ideális viszonyok között a társadalmi gyakorlatban kialakulnak olyan viselkedési mintázatok, amelyek a jogrenden belül végbemenő formalizálás irányába mutatnak, és amelyek homogenizációs hatást váltanak ki. A kétértelműségek kiiktatása érdekében hiteles jogértelmezésre és jogi kommentárookra van szükség. A szerző végső következtetése: a globális kapitalizmus szerinte nyilvánvalóvá teszi azt, hogy a határon átnyúló gazdasági tevékenységgel nem összeegyeztethetők az egymástól elszigetelt nemzetállamok által fenntartott jogrendszerek. A pozitív jog kudarcából adódik a puha jog jelensége, amire lehet egyszerűen azt mondani, hogy az a „nem jog” világa. Lehetséges azonban olyan megközelítés is, hogy jog a nem jogászok által felfogott jog is, ami más szóval nem a pozitív, hanem a természetes jog. Itt olyan felfogáshoz jutunk, amelynek révén nem okozhat gondot a jogon kívüli elemek beemelése a jogfogalomba.

Az EU Bíróságának a nevezetes *Grimaldi*-ügyben meghozott döntéséből számos kérdés következik, a mottóba foglalt bírósági megállapításban ugyanis ellentmondások fedezhetők fel. Akár azt is mondhatnánk, hogy ebből az egyetlen megállapításból a pozitív jogban rejlő mély működési zavarokra következtethetünk. Hogyan lehetséges például az, hogy egy ajánlásnak jogilag kötelező ereje legyen, a bírósági megállapítás szerint ti. a nemzeti bíróságokat köti a jogvitában felhívott bizottsági ajánlás?

* Egyetemi tanár, Budapesti Corvinus Egyetem, 1093 Budapest, Fővám tér 8. E-mail: daniel.deak@uni-corvinus.hu.

¹ C-322/88 *Grimaldi*, EU:C:1989:646, EBHT 1989. 4407., 19. bek.

És a bizottsági ajánlás tekinthető-e úgy, hogy az a nemzeti vagy uniós tételes jog meghosszabbítása, mintegy azok kiterjesztése, jöllehet, egy bizottsági ajánlás nem bír jogilag kötelező erővel? A normatív rendelkezések értelmezésére vonatkozó instrukció maga is kötelező jogi rendelkezés? A jog értelmezésében való autentikus állásfoglalás a jog lényege, amihez képest a jogok kikényszerítési módja csak alárendelt jelentőségű kérdés?

A jog máig leginkább szembeszökő jelensége az, hogy legmagasabb rendezettségi formájában államilag alkotott tételes jogban, sőt, jogrendszerben jelenik meg. A második világháborút követően azonban világszerte hatást fejt ki a joggyakorlat és a jogi kultúra erős amerikanizálódása, a gazdasági kapcsolatok gyorsuló ütemben nemzetköziesednek, majd bekövetkezik az, amit globalizációnak hívunk. E változásokat csak felerősíti a digitális gazdaság térhódítása.

A fenti fejlemények következtében megbomlik a jogi szabályozás hagyományos egyensúlya, az európai kontinensen is felkavarodik a nagyrészt XIX. századi minták alapján szerveződő jogélet. Részben bírói aktivizmus jut egyre inkább érvényre összefüggésben az ún. alkotmányosodással, vagyis az alkotmányos felülvizsgálat jogra való rátelepedésével, részben pedig jogiasodnak gazdasági és más nem jogi kapcsolatok (amelyek például a liberalizált nemzetközi kereskedelem vagy az emberi jogok határon átnyúló érvényesítése során keletkeznek). Ezáltal a mélyben fekvő társadalmi konfliktusok – ha nem is megoldhatóvá, de – kezelhetővé válnak. A problémák érdemi megoldása helyett a jog a technicizálódás irányába mozdul el.

A konfliktusközpontú társadalomfelfogás mellett a második világháború után előtérbe kerülnek az integrációs elméletek, és ténylegesen integrációk bontakoznak ki belső és határon átnyúló viszonylatokban is. Az Európai Unióban autonóm jogrend jön létre úgy, hogy eközben e jogrend mögött nincs egységes államhatalom. A kibontakozó jogi perfekcionizmus lehetővé teszi a nem jogi problémák jogi eszközökkel megvalósuló hatásos kezelését.

Ezek után már a jogi pozitívizmus sem tartható fenn anélkül, hogy ne lenne elméleti reflexió a fent vázolt fejlődésre. Az a jogfelfogás, amelynek képviselője a jogot államilag adminisztrált rendszerben értelmezi, és a középpontba helyezi az állami kényszert, mint a jogérvényesítés zálogát, válságba jut. Ugyanakkor viszont megdő a jelentősége a mindig is létezett természetes jogi megközelítésnek, amire jellemző a jogi és jogon kívüli tényezők merev szétválasztása.

A természetes jognak köszönhetően könnyen beépíthetők a jogba azok a fejlemények is, amelyek a pozitív jogi felfogás elé korlátot állítanak. E természetes jogi felfogás nem azt jelenti, hogy a jog feltétlenül magasabb rendű, netán transzcendens értékekből lenne levezethető – amint az a középkor hosszú évszázadaiban történt –, csak annyit, hogy jog és nem jog (szokások, konvenciók stb.) között nincs merev választóvonal. Az alábbiakban számba vesszük a tételes jogi szabályozás működési zavarait, példákat is hozunk erre különböző jogterületekről, majd megvizsgáljuk azt, hogy ez milyen hatással van a pozitívista jogfelfogásra.

I. MŰKÖDÉSI ZAVAROK

1. A TÉTELES JOG VÁLSÁGJELENSÉGEI

Jogot lehet tételezni, amit egyik ember állapít meg a másikra nézve. Ennek kiemelésé jogi pozitívizmushoz vezet. Lehetséges azonban az a magyarázat is, hogy a jog magasabb – és jogon kívüli – értékekből származtatható. Ilyenek lehetnek igazságosság vagy hagyomány, de akár transzcendens megnyilvánulások is. Ez természetes jogi megközelítés.

A jogi pozitívizmus értelmében az állítható, hogy a jog társadalmi termék, amelynek milyenségét a jogon kívüli tényezők határozzák ugyan meg, de a jog a modern államban a jogot körülvevő társadalmi körülményeket széles körben eljogiasítja.² Bár nem lényegtelen a jogrend eszméknek való megfelelése – például az, hogy az adott jog szolgálja-e az igazságosságot vagy a demokráciát –, e körülmény a tételezett jog létezéséhez képest másodlagos kérdés. A modern államban a jog azonosítható az állammal, pontosabban nem feltételezhető az állami működésnek olyan aspektusa, amely ne lenne jogilag szabályozva. Ezzel szemben viszont a jogállamot alááshatja a szuverén nemzetállamnak az a politikai igénye, hogy az állam ne legyen azonos a joggal, hanem legyenek kivételes helyzetek, amikor egy szuverén jogon kívüli döntést hozhat.³

A jog közönségesen állami kényszer révén válik érvényesíthetővé. Emellett legalább akkora jelentősége van azonban a jog jogállam által hitelesített értelmezésének. A számunkra megismerhető pozitív jog a nemzetállam által fenntartott rendszerben jelenik meg, amelyben bármely felmerülő kérdés, magatartás vagy cselekvés értékelhető jogilag, és arról eldönthető az, hogy jogszerű-e vagy jogellenes.⁴

A tételes jog a jogalkotás terméke, a törvényeket és más jogszabályokat pedig az állam hivatalos közlönyökben közzéteszi. A tételes jogból valóságos életviszonyokban létrejövő jog jogkövetés, illetve a jogalkalmazás révén jön létre. A joggyakorlat hagyományba ágyazódik. Mivel a jogszokások és a jogi hagyomány kihatással van a jogalkotásra és a jogalkalmazásra, a jogteremtés nem szűkíthető le egyedi akciókra és egyes időszakokra, az élő jog ugyanis folyamatjelleggel ölt, és közösségi alkotás gyümölcse.

² „It is [...] possible for the legal order, by obliging the law-creating organs to respect or apply certain moral norms or political principles or opinions of experts to transform these norms, principles, or opinions into legal norms, and thus into sources of law.” – HANS KELSEN: *General theory of law and state* (Cambridge: Harvard University Press 1945) 132.; „we shall take Legal Positivism to mean the simple contention that it is no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so.” – H.L.A. HART: *The concept of law* (Oxford: Clarendon 1961) 185–186.; „those rules of behavior which are valid according to the system’s ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and [...] its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behavior by its officials.” – *Ibid.* 116.

³ „Sovereign is he who decides on the exception.” – CARL SCHMITT: *Political Theology* (Cambridge: MIT Press 1985) 5.

⁴ „Law is not, as it is sometimes said, a rule. It is a set of rules having the kind of unity we understand by a system.” – KELSEN (2. lj.) 3.

Ugyanakkor a jog működését kultúrától függően változó hangsúllyal ugyan, de jelentősen befolyásolja a tudatos jogalkotás és a jogintézmények működésének elemzése, tudós magyarázata. Az ezekben kikristályosodó jogi doktrinák hozzájárulnak a jogi mechanizmusok jobb megismeréséhez és a jogintézmények jobb működéséhez. A jog tudományos vizsgálata annyiban korlátozott, hogy az emberek jogról és igazságosságról vallott elképzelései egymástól igen különbözőek lehetnek, amelyekben való állásfoglalás megosztja a társadalmat, ami viszont a tárgyilagos véleményalkotás akadályá.

Amikor a jóléti állam és a liberális demokrácia intézményei válságba kerülnek, akkor megkérdőjeleződik az, hogy a tényleges joggyakorlat megfeleltethető-e a pozitív jog fent vázolt elképzelésének. Mivel a kapitalizmus kezdetektől fogva világgazdaság,⁵ ma pedig már a globális és digitális gazdaság korában vagyunk, e fejlemény kihívást jelent a pozitív joggal szemben, amely mint rendszer csak nemzetállami keretek között jelenhet meg, a nemzetállam viszont csődöt mond a nemzetközi gazdasági kapcsolatok nemzeti és nemzetközi jogi szabályozásában.⁶ Számolnunk kell azzal az ellentmondással, hogy ahol az önszabályozó piac uralomra jut (még ha erőteljesen korlátozva van is számos gazdaságon kívüli tényező által), ott dinamikus gazdasági rendszer jön létre, amelynek működése nem összeegyeztethető a nemzetállamba zárt joggal, mely utóbbi tételezett és rendszerezett, és a működőképessége állandóságon alapul.

A dinamikus külső környezet és a tételes jog valósága közötti ellentmondás a leglátványosabban a joggal való visszaélésben mutatkozik meg. Eleve megmagyarázhatatlannak tűnik a versenykapitalizmus nézőpontjából az, hogy akinek jogai vannak, és győztes pozícióban van, annak nincs egyoldalú jogalakítási képessége, hanem gazdaságon kívüli korlátokkal kell számolnia („*neminem laedit qui suo iure utitur*” – „nem gyakorolhatja valaki úgy a jogát, hogy eközben mást terheljen”). Ha pedig megállapíthatóvá válik a jogokkal való élés felelőtlensége – vagyis a joggal való visszaélés (annak alapján, hogy: „*honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*” – „élj becsületesen, mást ok nélkül ne terhelj, add meg a másíknak

⁵ Immanuel WALLERSTEIN: „The rise and future demise of the capitalist world system: concepts for comparative analysis” in *The capitalist world-economy* (Cambridge: Cambridge University Press 1980) 5–6., 17–19., 34.; Immanuel WALLERSTEIN: *The modern world-system, I.: Capitalist agriculture and the origins of the European world-economy in the sixteenth century* (New York – San Francisco – London: Academic Press 1974) 63., 165. Braudel szerint a versenyzgazdaság lehetőségeit behatárolják felülről a nemzetközi kereskedelmi monopóliumok, alulról pedig az egyes régiókban adott anyagi élet kultúrája (életmód, szokások, rutinok, a mindennapi élet struktúrái). Leírja, hogy mi a tőke, és milyen a tőkés, mit jelent a kapitalizmus mint világrendszer kialakulása. Fernand BRAUDEL: *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle, Tome II, Les Jeux de l'échange* (Paris: A. Colin 1979) 201–205.; Fernand BRAUDEL: *Civilization and capitalism, 15th-18th century; Vol. II: The wheels of commerce* (London: Collins 1982) 232–242.

⁶ Megfigyelve, hogy az egyidejűleg végbemenő privatizálódás és globalizmus hatására az alkotmányosság túllép a nemzetállami kereteken, Gunther Teubner a „társadalmi alkotmányosság” fogalmát vezeti be, amelyet felfogása szerint alrendszer sokasága alkot; az alkotmányosodás egyúttal pluralizmust jelent. Gunther TEUBNER: „Fragmented foundations; Societal constitutionalism beyond the nation state” in Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN (szerk.): *The twilight of constitutionalism?* (Oxford: Oxford University Press, 2010) 328–329.

azt, ami neki jár”) –, akkor a versenyszabadság és a jogszerűség követelményei kibékíthetetlen ellentmondásba kerülnek egymással.

A pozitív jogi felfogás fenntarthatósága ellen dolgozik az a körülmény is, hogy az alapjogok (személyes és politikai szabadságok, diszkriminációtítilalom stb.) érvényesítése elvileg nem tehető függővé az állam tetszésétől. Jogvitában a valós körülmények figyelembevételére és azok jogi értékelésére persze nem mellőzhető, ami az eljáró hatóságok felelőssége. Ez azonban nem változtat azon a tényen, hogy az alapjogokkal élni kívánó polgár elsőbbséget élvez az államhatalommal szemben.

Hasonló a helyzet a második világháború óta széles körben nemzetközi jogi elismerést nyert emberi jogokkal, amelyek megsértése akár nemzetközi fórumon is (Emberi Jogok Európai Bírósága, az ENSZ Nemzetközi Bírósága vagy Nemzetközi Büntetőbírósága stb.) az egyébként szuverén nemzetállam terhére róható. Megjelenik és terebélyesedik az állam nélküli jog, ami kinyitja Pandora szelencéjét, vagyis megnyitja az utat az olyan jogfejlődés előtt, amellyel nem társul állami hatalomgyakorlás. Ez igaz például az uniós jogra, amely a tagállami joggal szemben elsőbbséget élvez, és amelynek az EU Bírósága általi értelmezése nem függhet a tagállami hatóságoktól.

A demokratikus politikai és jogi kultúra fényében tehát az állam nem lehet meg jog nélkül, de a jog lehet állam nélkül. Az állam nélküli jogfejlődés utat nyit annak a lehetőségnek is, hogy a jogon kívüli tényezők különféle módon behatoljanak a jogba. Az állam nélküli jog világában sokszor értelmetlenné válik az állami és nem állami, valamint a jogi és nem jogi szabályozási eszközök egymástól való megkülönböztetése, ami ismét csak a természetes jog szerepét teszi nyilvánvalóvá. A tételes jog működési zavarait észelve már nem elégséges egy egységes jogrendszerben gondolkodni, hanem egymás mellett élő újabb és újabb jogrendszereket kellene elképzelni, aminek a kimenetele viszont több mint kétséges.

2. ALKOTMÁNYBÍRÓSÁGI AKTIVIZMUS

A törvényhozás feletti alkotmányossági felügyelet intézményeinek (alkotmánybíráskodás) kiépülése olyan jelenség, amelynek éle az államhatalom választott képviselői ellen irányul, és azt célozza, hogy ellensúly legyen állítható a politikai többség által gyakorolható hatalommal szemben. Ma már a hatalom intézményes megosztásának feltűnő problémája nem a végrehajtó és törvényhozó hatalom összeütközése, és ennek rendezése utóbbi javára, előbbi megregulázandó, hanem a törvényhozó és a bírói hatalom közötti összeütközés. Lehetséges, hogy bíróság előtt az állam bármely megnyilvánulásáért perelhető – ideértve a kérelmező szerint hibás vagy neki kárt okozó alkotmányos gyakorlatot vagy jogalkotást is –, de az is lehet, hogy elkülönült alkotmánybírók jönnek létre.⁷

⁷ Lech GARLICKI: „Constitutional courts versus supreme courts” *International Journal of Constitutional Law*, 2007/1. 44.

A hatalommal való visszaélés durva eseteiből okulva, a második világháború után a joguralom elvét Európában elmélyítették azzal, hogy bevezették a törvényhozás alkotmányos ellenőrzésének követelményét. Alkotmánybíróságokat hoztak létre előbb Németországban, azután Európa déli országaiban, majd Közép- és Kelet-Európában is. E mögött olyan elgondolás húzódik meg, hogy nemcsak a végrehajtó, hanem a törvényhozó hatalom is felügyeletre szorul, továbbá az a megfontolás, hogy bár a törvényhozás a népszuverenitás fő letéteményese, jogállami rendben, ahol a fékek és ellensúlyok érvényesülnek, a törvényhozás hatalma sem lehet korlátlan.⁸ A törvényhozói hatalommal való visszaélés különös veszély az újdemokráciákban, mint amilyen Magyarország, olyan törékeny viszonyok között, amikor a politikai szabadság és a demokratikus értékrend még nem szilárdult meg nemzedékeken keresztül, és az államhatalom ki van téve a populista politika kísértéseinek.

Az is megtörténhet, hogy nincs kifejezett alkotmánybíráskodás (pl. Hollandiában vagy az észak-európai államokban, amelyek pedig szilárd alkotmányos demokráciák). Hollandiában ennek ellenére lehetséges a nemzeti törvényeket, illetve a belföldi joggyakorlatot a nemzetközi jogilag elismert egyenlőségelvhez hozzámérni, bár erre a holland jogrendben csak alkalmilag kerülhet sor.⁹ Ilyen körülmények között persze az alkotmányellenesség fogalma is sokkal bizonytalanabb.

A francia alkotmányos hagyomány azt diktálja, hogy a bírónak egyáltalán ne legyen lehetősége a törvényhozás befolyásolására, mert az nem demokratikus,¹⁰ vagyis formálisan a bíróságoknak nincs szerepe a jogalkotásban. A gyakorlatban mégis elkerülhetetlen a bírói aktivizmus, ugyanis minden bírósági ítélet óhatatlanul jogi és politikai beavatkozással jár. Az ítéletek ugyan rövidek és személytelenek, érvelést pedig látszólag nem tartalmaznak, nyelvtani értelmezéssel feltárják azonban úgymond az alkalmazott törvényi rendelkezés jelentését, kitégítva eközben a kritikus kifejezések és szavak értelmét.

A Franciaországban elfogadott doktrína szerint a tényállás elemeire alkalmazott törvény az ítéletben válik valósággá. A bíróság eszerint nem értelmezi a törvényi rendelkezést, hanem azt az ítéleti tényállás tekintetében az ítéleti kijelentéssel valósággá változtatja. A bírósági eljárás mégis voltaképpen az intézményesített rossz-hiszeműségeen alapul, a bíróság ugyanis a jog értelmezését elrejtí, úgy mutatva azt be, mintha csupán a készen kapott jogot kijelentené az adott tényállás összefüggésében, ami azonban elkerülhetetlenül feltételezi a törvény olvasásának egyéniesített módját.¹¹

⁸ Patricia POPELIER: „Legal certainty and principles of proper law making” *European Journal of Law Reform* 2000/3. 326–327.

⁹ Hans L.M. GRIBNAU: „Chapter 2: Equality, consistency and impartiality in tax legislation” in Hans L.M. GRIBNAU (szerk.): *Legal protection against discriminatory tax legislation: The struggle for equality in European tax law* (The Hague: Kluwer Law International 2003) 28.

¹⁰ Pierre LEGRAND: „Adjudication as grammatication: The case of French judicial politics” in Luís Pereira COUTINHO – Massimo LA TORRE – Steven D. SMITH (eds): *Judicial activism; An interdisciplinary approach to the American and European experiences* (Cham: Springer International Publishing 2015) 51.

¹¹ LEGRAND (10. lj.) 61–62.

Jónéhány országban előfordul az, hogy az önálló alkotmánybíróság absztrakt és eseti joghatóságot is élvez az alkotmányos felügyelet során, ami azt jelenti, hogy egyaránt gyakorolhat norma- (jogszabályi) kontrollt, és működhet rendkívüli jogorvoslati fórumként (panaszbeadványra válaszolva alkotmányellenesnek jelenteve ki konkrét ítéleteket), sőt, az angolszász gyakorlat az, hogy a rendes bíróságok kapnak alkotmányfelügyeleti funkciót. Arra demokratikus körülmények között mégis ügyelnek, hogy a politika ne legyen képes befolyásolni az ítélkezést. E cél megvalósításának a legtisztább módja az, ha elkülönült alkotmánybíróság működik, amely csak absztrakt normakontrollt végezhet.¹²

Vannak olyan országok, ahol az alkotmányossági felügyeleti funkciót betöltő szerv része az igazságszolgáltatási szervezetrendszernek. Az angolszász jogi hagyománynak az felel meg, hogy az általános perelhetőség elé nem állítanak akadályt szervezeti elkülönítéssel, mint ahogy nem alakul ki a köz- és magánjog közötti doktrinális megkülönböztetés sem. Ennek ellenére, ha az alkotmánybírósági hatáskör bírósági ítéletekre is kiterjed, számos nehézséggel kell számolnunk. Ilyen például az, hogy döntő jelentőségű lesz az alkotmányos és nem alkotmányos témák (alkotmányos és közönséges jogszerűségi kérdések) közötti megkülönböztetés, ami azonban viszonylagos, és így nagy nehézségekbe ütközhet.

Még nagyobb probléma az, hogy a bíróságok feletti kontroll veszélyeztetheti a bírói függetlenséget. Különösen veszélybe kerülhet a bírói függetlenség akkor, ha olyan alkotmánybíróság kap rendkívüli jogorvoslati hatáskört, amelyet a parlament hoz létre, vagyis a tagok a politikai kiválasztottjai. Magyarországon például még ennél is rosszabb a helyzet, mert a parlamenti többség sorozatosan egyoldalúan, a pártok közötti konszenzust mellőzve dönt az alkotmánybírák személyéről.

A jogállam csak nevében utal az államra (a magyar gyakorlat a német nyelvhasználatot követi: „Rechtsstaat”), valójában a jogról szól, pontosabban a joggá átalakuló államról.¹³ A jogállamiság feltételei Magyarországon 2012. január 1-től, az Alaptörvény hatálya lépésétől újragondolandók. Az Alaptörvény tartalmi kérdésekben nagyrészt a folytonosságra utal, frazeológiájában azonban jelentősen új, a hatályos alkotmányos rendelkezések, és az ahhoz nagy számban kapcsolódó sarkalatos törvények alkalmazásának hatása pedig ma még nem felmérhető.¹⁴

A közép- és kelet-európai térségben, a félig kifejlett versenygazdaság viszonyai között a piaci mechanizmusokat beárnyékolva jog alatti megállapodások vezetnek gazdasági döntésekhez, ami aláássa a jogban való egyenlőséget és a joguralom érvényesítésének esélyét is. Ilyen közegben a jogok nem feltétlen igényként jelen-

¹² GARLICKI (7. lj.) 46., 67.

¹³ Kelsen szerint a politika és az állam is a jog sajátos megnyilvánulási módja, a modern társadalomban a hatalmi viszonyok jogiasodnak: „Just as everything King Midas touched turned into gold, everything to which the law refers becomes law, i.e., something legally existing.” – KELSEN: (2. lj.) 161.; Francois OST: „Between order and disorder: The game of law” in: Gunther TEUBNER (szerk.): *Autopoietic law: A new approach to law and society* (Berlin – New York: W. de Gruyter 1988) 79.; Roscoe POUND: *Administrative law: Its growth, procedure and significance* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 1942) 2–3.

¹⁴ András JAKAB – Pál SONNEVEND: „Kontinuität mit Mängeln: Das neue ungarische Grundgesetz” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2012/1. 79.

nek meg, hanem a felsőbbiségektől megszerzett oltalom folyamányai. A jogok nem bírnak önértékkel, hanem a jogon kívüli célok elérésének eszközeként szolgálnak.¹⁵

Az alkotmánybíróvási aktivizmus a korunkban elterjedt alkotmányosodás terméke. Ez az aktivizmus üdvözölhető, mert ellensúlyt képezhet a parlamenti többség túlkapásaival szemben, de bírálható is akkor, ha túlságosan kiterjedt, és veszélyezteti a bírói függetlenséget. Lehetséges mindenesetre olyan történetileg különös helyzet, amikor az alkotmánybíráskodástól akár még több aktivizmust várunk el, mint ami ténylegesen megvalósul.

E nézőpontból bírálható a 11/1992. (III. 5.) AB határozat,¹⁶ mivel a magyar Alkotmánybíróság a jogi pozitívizmus magvát képező jogbiztonság elvére hagyatkozva ragaszkodott ahhoz, hogy az elévülési idő törvényben visszamenőleges hatállyal nem terjeszthető ki még a legsúlyosabb politikai bűncselekmények esetében sem, jóllehet azok üldözésére a rendszerváltozás előtt értelemszerűen nem került sor. Bár a jog politika és morál feletti elsőbbségének kimondása tartalmilag pozitívista állásponthez segítette hozzá az Alkotmánybíróságot, ezzel szemben hivatkozni lehetne az „gesetzliches Unrecht” (törvénybe foglalt jogtalanság) radbruchi kategóriájára¹⁷ vagy Martin Luther King álláspontjára,¹⁸ aki az igazságtalan törvénnyel szembeni ellenállás jogát hirdette meg. Lehet tehát érvelni amellett, hogy kivételes esetben indokolt lett volna, ha a morál felülírja a jog folytonosságát, ráadásul az Alkotmánybíróság által a múlt rendszer jogával vállalt folytonosságot.

Miközben bírálható a magyar Alkotmánybíróság azért, mert a pozitív joghoz mint a jogrendszer megnyilvánulásához hátrálva nem írja felül az aktuális pozitív jogi terméket, vagyis életben hagy egy konkrét törvényt, ugyanakkor azt látjuk, hogy a megbírált Alkotmánybíróság paradox módon aktivizmust tanúsít a pozitív jog mint jogrendszerbeli megnyilvánulás védelmében, és a jog folytonossága mellett érvelve mintegy láthatatlan alkotmányt teremt. A parlamenti többséggel való szembe helyezkedés azonban hatását csak konkrét esetben fejtí ki, mert egyébként az ún. láthatatlan alkotmány strukturálisan a jogi pozitívizmust erősíti meg. Egy „érted haragszom, nem ellened” helyzet alakult ki: a pozitív jog mint rendszer védelmére került sor a pozitív jog mint eseti megnyilvánulás ellenében.

Más kérdés az, hogy az esetet nemcsak jogi, hanem politikai szempontból is lehet magyarázni. Ez utóbbi esetben a magyar Alkotmánybíróság azért bírálható, mert szembehelyezkedett azzal a politikai radikalizmussal, hogy jogi eszközökkel rendezzenek politikai vitát vagy jogi eszközökkel kényszerítsenek ki valós vagy vélt történelmi igazságot. A magyar Alkotmánybíróság szembehelyezkedett azzal, hogy a jog fölé kerekedjék a politika, védve azt a jogállami álláspontot, hogy a jog dolga korlátokat állítani a politikai hatalom gyakorlói elé, és hogy mindenkinek csak annyi hatal-

¹⁵ András SAJÓ: „On old and new battles: Obstacles to the rule of law in Eastern Europe” *Journal of Law and Society* 1995/1. 100–102.

¹⁶ ABH 1992. 77.

¹⁷ Gustav RADBRUCH: „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946/1. 107.

¹⁸ „We can never forget that everything Hitler did in Germany was »legal«” – Martin Luther KING: „The Negro Is Your Brother (Letter from Birmingham Jail)” *The Atlantic* 1963/August 78–88.

ma lehet, amennyit a jog számára lehetővé tesz. Mégis, mivel az Alkotmánybíróság úgymond öncélú döntésével indokolatlanul avatkozott be a törvényhozás munkájába – egy ún. láthatatlan alkotmányt fetiszizálva –, fel lehet lépni a jog szisztematikus zártságának, vagyis a jogi pozitívizmusnak a megbontásával szemben.

Akár azt is lehet állítani, hogy a bírált alkotmánybíróvási határozat ellenforradalmi, és a jog eszközeinek felhasználásával akadályává vált a rendszerváltoztatásnak, továbbá, hogy a jogállamiság védelme ez esetben az államilag szervezett bűnözéssel érintett politikusok megvédését eredményezte. Látható, hogy aki az alkotmányosodást bírálja, annak a szemében a régi rendszerrel fennálló jogfolytonosság kimondása az új rendszer politikai és morális esélyeit ásta alá.¹⁹ Mégis arra kell következtetnünk, hogy a láthatatlan alkotmány koncepciója látszólagos aktivizmus, mert funkciója a jogban rejlő folytonosság, és ezzel a jog politikával szembeni védelme, de az is igaz, hogy ugyanakkor valóságos aktivizmus, mert a (2012 előtti) Alkotmánybíróság a törvényhozói hatalmat körbevette az alkotmányosodás termékeként megjelenő jogfolytonossági koncepcióval. Ez az Alkotmánybíróság azt tekintette ugyanis kiindulópontnak, hogy a jogban nem lehet büntetlenül *tabula rasa* helyzetet előállítani.

3. TECHNICIZÁLÓDÁS ÉS ÚJRAPOLITIZÁLÓDÁS, A JOGI FORMA LERONTÁSA

Az elmúlt két-három évtizedben tapasztalt változások a globális térben játszódnak le. A globalizációhoz társuló digitális világban a jog szerepe is megváltozik. Jellemzően technicizálódás megy végbe, ami viszonylagos politikamentességet jelent, de legalább is mentességet a hagyományos pártpolitikai küzdelmektől.

E folyamatban azok, akik gazdasági vagy politikai hatalommal rendelkeznek, lemondanak arról, hogy közvetlenül érvényre juttassák elképzeléseiket az anyagi igazságosság kérdéseiről (javak központosítása, közösségi feladatok kijelölése stb.). Ehelyett alávetik magukat az egymástól eltérő érdekeltségű csoportok közötti viták rendezésében a közösen megállapított játékszabályoknak, amelyek mentén a vitás kérdések eldönthetők. Ilyen értelemben a politika visszahúzódik, illetve politikai tartalmak a nyilvánosság előtt kevésbé érhetők tetten.

A globális és technicizált jog kikezdi a nemzeti jogrendszerek stabilitását. Elsőbbséget kaphatnak jogelvek a normák felett, ami jelentéktelenné teszi a jogszabályi hierarchiát. Így például az ún. természetes igazságosság („natural justice”), a tisztességes bánásmódhoz való jog („fair trial”), vagy a valós és megbízható összkép („true and fair view”) elve olyan eszközök, amelyek révén felülírhatók különös jogszabályok, amiben a technicizált jog nyitottsága és rugalmassága mutatkozik meg. Az ilyen elvek már nem is annyira jogelveknek, hanem inkább a jog metaelveinek tekinthetők (l. szubszidiaritás, arányosság, jogbiztonság, helyes eljárás – „due

¹⁹ Csaba VARGA: „Philosophical foundation and constitutional rejection in Hungary” *History of Communism in Europe* 2013. 37–38.

process” –, diszkriminációtilalom stb.). Ezek árnyékában a pozitív jog zárt világa egyre több tekintetben erodálódik.

A technicizálódás jogiasodást is jelent. A nemzetállamok által szabályozatlanul hagyott térben a nem jogi természetű problémák megoldására irányuló törekvések merítenek a jogi hagyományból. Így alakul ki például a „lex mercatoria” (a nemzetközi gyakorlatban évszázadok alatt kialakult kereskedelmi jog).

Mivel nem államilag felhatalmazott szereplők állapítanak meg játékszabályokat, a szó szigorú értelmében vett jogról nehéz lenne beszélni. Ezért terjedt el a „soft law”, az ún. puha jog kifejezés. Ugyanakkor a nemzetközi kapcsolatok szervezéséhez átfogó kérdésekben árnyalt szabályozásra van szükség, amelyek alapján döntőbíráskodási fórumok előtt lehet rendezni a felmerülő vitákat.

A polgárok öntevékenyen igazodnak a nemzeti, uniós és nemzetközi jog, különösen a nemzetközi jogegységesítés rugalmasabb formái adta lehetőségekhez. Lényegében maguk teremtenek jogot határokon átnyúló helyzetekben, amikor szerződéses kapcsolataik szabályozására maguk alakítják ki azokat az elveket és szabályokat mintegy „magánalkotmányban”, amelyek igazodnak elvárásaikhoz. Arról van tehát szó, hogy a polgárok és vállalkozásaik fellelik az „itt és most” helyes jogot. Szerencsés esetben autopoietikus cirkulációs folyamatok indulhatnak be, ahol a létrejövő mikrostruktúrák eléggé gazdagok ahhoz, hogy saját kommunikációs közeget és nyelvet kialakítva önszabályozó funkcionális rendszerekké váljanak.

Új jogforrásokat lehet felfedezni jogi naturalizmus alapján, amikor az egyik lehetőség az emberi jogok feltárása magas absztrakciós szinten, a másik pedig a szokásoké és a szokásjogé a tények aprólékos világában.²⁰ A jogi normák sűrűsödnek és megerősítést, elismerést nyernek bizonyos helyzetekben, a fejlődés azonban egyenetlen, és különböző utak-módok fordulhatnak elő. Lehetnek például széles körben idézett ítéleti megállapítások, máskor viszont tételes jogi szabályokat esetleg évtizedekig egyáltalán nem alkalmaznak (*desuetudo*).

További jellemzője a jogi globalizálódási folyamatnak a pluralizmus abban az értelemben, hogy egyidejűleg van jelen a hagyományos, nemzetállamok által alkotott jog és a nemzetközi térben megjelenő puha jog. A globalizmus váltás a területi alapon történő szerveződésről a funkcionális szerveződésre. Ennek megfelelően nem csupán világesemények vannak a globális térben, amelyek embercsoportokat sajátos módon integrálnak egymással, hanem a szociális tér – mint társadalmi

²⁰ Graf-Peter CALLIESS: „Lex Mercatoria: A Reflexive law guide to an autonomous legal system”, *German Law Journal* 2001/17. Kissé másként fogalmazva, a nemzetállamoktól független nemzetközi jogi rend igazolása lehetséges (i) a „consuetudo lunga” fogalmára való hivatkozással (a szokások gyakorlata mint a tények világa), vagy (ii) institucionalista alapon (*droit corporatif*; *societas mercatorum*), vagyis lehetséges a jog kialakulása mögött álló más közösség is, mint az állam, továbbá (iii) lehetséges hivatkozási alap a „self-regulatory contract” / „contrat sans loi” (önszabályozáshoz vezető szerződések láncolata / törvényt megkerülő jogszerű kötelezés) koncepciója is, amikor azzal érvelhetünk, hogy a szerződési szabadság és más kereskedelmi szabadságok, miként az alapvető jogok is, túlmutatnak a nemzetállam határain, azt nemcsak a nemzetállam garantálhatja. L. még erre: Gunther TEUBNER: „Global Bukowina: Legal pluralism in the world society” in Gunther TEUBNER (szerk.): *Global law without a state* (Brookfield: Dartmouth 1997) 6.

alrendszer – is megteremtődik funkcionális differenciálódás révén, virtuálisan (de nagyon is valóságosan).²¹

A jogiasodás és technicizálódás összefügg az alkotmányosodással. Mindkét esetben arról van szó, hogy ellenerők jelentkeznek – jobbára a szaktudás politikai befolyásra váltásának következtében – a parlamentáris politikával szemben. A politikai konfliktusok elsimítása és semlegesítése a pártpolitikától való függetlenedés következménye.

Az alkotmányosodás következtében a jogrendszer összetettebbé, jobban rétegzetté válik. Új funkciók jelennek meg: a jog most már nem csupán jogágakra (viszonylag homogén köz- és magánjogi jogterületekre) tagoltságot és jogszabályi hierarchiát jelent, hanem a jogi mechanizmusok feletti kontroll új típusa fejlődik ki azáltal, hogy az alkotmányosság megnövekedett hangsúlyt kapó értékeihez is hozzá lehet mérni a jogalkotás és a jogalkalmazás eddig megszokott teljesítményét, és ennek a parlamentáris rendbe belesimuló apparátusát. A proceduralizálódásban testet öltő technicizálódás leértékeli a materiális értékek elosztásának eddig megszokott módszereit, és az ezzel kapcsolatos politikai viták jelentőségét is.

A technicizálódásnak és az ezzel összefüggő alkotmányosodásnak azonban paradox módon nemcsak semlegesítő hatása van, hanem egyidejűleg azzal a politikai következménnyel is lehet számolni, hogy az alkotmánybírói kontroll korlátozza a parlamenti választásokon megszerzett politikai többség hatalmát. Magyarországon viszont ezzel ellentétes irányú folyamat játszódik le: az alkotmánybíráskodás egyre kevésbé képez ellensúlyt a központosított politikai hatalommal szemben, utóbbi ugyanis az Alkotmánybírószágot befolyása alá vonta, amelyet azután egyre inkább a bíróságok feletti kontroll eszközeként használ fel.

Alkotmányos garanciák hiányában a hatalom központosítása megállíthatatlan. Ilyen körülmények között alkotmánybírói aktivizmus tulajdonképpen nem is értelmezhető, mert az alkotmányosodás a társadalom önmozgásának a következménye, ami viszont Magyarországon az alkotmányos demokrácia lebontása folytán végzetesen elgyengülőben van. Bírói aktivizmus kialakulásához a parlamenti többséggel párhuzamos politikai fórumok megléte szükséges, a jogrendszer mélyebb tagozódásához pedig a jog mint funkcionális alrendszer önmozgása. Ha azonban a politika mindent bedarál, akkor a bírói aktivizmus és az egymással versengő jogrendszerek kialakulásának lehetőségét csírájában elfojtja a központosított hatalmi gépezet.

Magyarországon a tét jelenleg az, hogy a politikai hatalom képes-e megrendíteni a bírói függetlenség intézményét, a központi hatalomtól való függetlenség talán utolsó bástyáját. Már látható, hogy az alkotmánybírói befolyás fokozódik. A 2020-tól hatályos bírósági szervezeti törvény értelmében ugyanis alkotmánybírák felsőbírói

²¹ „Global society is defined by a primacy of functional differentiation. Its economy cannot be controlled politically; its science can be sponsored by the economy but not thereby made to produce results that are scientifically credible.” – Niklas LUHMANN: *Law as a social system* (Oxford, New York: Oxford University Press 2004) 480–481.

bíróként folytathatják karrierjüket, ami viszont a bírói függetlenséget közvetlenül és súlyosan veszélyezteti.²²

Az alkotmánybíráskodás súlya jelentősen megnőtt Magyarországon azóta, hogy az Alkotmánybíróság már nem csak absztrakt normakontrollt gyakorolhat, hanem a bírósági döntések is felülvizsgálhatóvá váltak alkotmányossági szempontból.²³ A folyamat azonban nem alkotmányosodás vagy bírói aktivizmus következménye, hanem a politika akarja ellenőrzése alá vonni a rendesbíróságokat. Nem annyira a politikai hatalmi fórum és a jogrendszer esetleges megkettőződéséről van szó, hanem a jogállamiság aláásásáról.

Amikor a magyar állam eltörölte a 2012 előtti alkotmánybírói ítéletek hatályát,²⁴ akkor ezzel olyan lépést tett, amivel megszakítja a jogfolytonosságot. E döntés azt üzeni, hogy lehetnek helyzetek, amikor a politika felülírhatja a jogot, amikor a politika megengedheti magának azt, hogy cezúrát teremtsen. A jog lényege a folytonosságban kikristályosuló forma, vagyis a jog belső rendezettség; ha ezt a politika kikezd, magát a jogot ássa alá. Ha a politika azt üzeni, hogy a politikai többség hatalma korlátlan, vagyis az alkotmány nem képezi gátját a többség hatalomgyakorlásának, akkor a politika a jogállamot és a demokráciát ássa alá, a 2012-es magyar alkotmány pedig éppen ezt sugallja, amire ráerősít azzal is, hogy az Alkotmánybíróság csak formai hiba esetén mondhatja ki az alkotmány módosítás alkotmányellenességét [24. cikk (5) bekezdés].²⁵

Mélyebb értelemben véve a jogi forma az, amit Lon Fuller a jog belső moralitásának, jogi „kiválóságok” (deziderátumok²⁶) együttesének hív. Demokráciában a jog nem elsősorban arról szól, hogy milyen legyen a materiális javak elosztása, hanem arról, hogy melyek legyenek azok az eljárások, amelyek alapján az elosztásra vonatkozó vitás kérdéseket a polgárok maguk eldöntik egymás között. A demokratikus jogállam innét nézve maga a forma.

Mint jeleztük, az alkotmányosodás, globalizálódás, jogiasodás és technicizálódás széles körben elterjedt a mai nemzetközi joggyakorlatban. Érdekes ezek közül

²² Egy igen terjedelmes, ún. salátatörvénynek (a 2019. évi CXXVII. törvénynek) betudható, hogy 2020-tól: a közhatalmat gyakorló szervezetek alkotmányjogi panasszal fordulhatnak az Alkotmánybírósághoz (lásd az Alkotmánybíróságról szóló 2011. évi CLI. törvény módosítását: Abtv. 27. §); az Alkotmánybíróság tagjává megválasztott személy a hivatalba lépését követő harminc napon belül kérelmezheti bíróvá történő kinevezését (Abtv. 10/A. §); tovább csorbulhat a bírák mérlegelési jogköre (azon túl, hogy például a kihirdetett törvények indokolásához is tartaniuk kell magukat), mert a bíróságok kötelesek a Kúria jogértelmezését követni [lásd a bírósági szervezetről szóló 2011. évi CLXI. törvény módosítását: Bszl. 42. § (1) bekezdés].

²³ Előzetes és utólagos normakontrollt kérhetnek arra feljogosított szervek (Abtv. 23–25. §§). Alkotmányjogi panasszal lehet támadni jogszabályi rendelkezést, az alkotmányos jogot sértő bírói döntést vagy az olyan bírói döntést, amely alkotmánnyal össze nem egyeztethető jogszabályon alapul (Abtv. 26–27. §§).

²⁴ Az Alaptörvény negyedik módosítása következtében 2013. április 1-től az Alaptörvény hatályba lépése előtt meghozott alkotmánybírói határozatok hatályukat veszítik (záró és vegyes rendelkezések, 5. pont).

²⁵ E rendelkezés azon alkotmánybírói döntésre való reakció következményeként került be a hatályos Alaptörvénybe a negyedik módosítás révén, amelyben az Alkotmánybíróság az Alaptörvény átmeneti rendelkezéseinek megsemmisítéséről döntött – 45/2012. (XII.29.) AB. ABH 2012. 347.

²⁶ Lon L. FULLER: *The morality of law* Yale (New Haven and London: University Press 1964) 39–41.

kiemelni néhány példát. Külön kitérünk adójogi tárgyakra is, hogy érzékeltetni lehessen egy szakjogi terület alkotmányosodását, illetve jogiasodását a globális térben.

II. PÉLDÁK A JOGRENDSZER MŰKÖDÉSI ZAVARAIRA

1. JOGI PERFEKCIONIZMUS ÉS AUTONÓM UNIÓS JOGREND

Az alapvető szabadságok érvényesítési lehetőségeire figyelemmel az uniós jogban végbemegy a jogiasítás révén megvalósított integráció („integration through law”) projektje. Az EU Bírósága áthidalta a harmonizáció fogyatékoságaiból adódó réseket, még ha nem is mindig a tagállami akarattal egybevágó módon. Az európai integráció fényes példa arra, hogy a jogi formalizmus – perfekcionizmus – diadalt aratott a tagállami politikai teszetoszaság felett.

A perfekcionizmusra adott reakciónak megfelelően ellenirányzatok is kifejlődtek. Eszerint a bírósági aktivizmus túlhajtotta a teleologikus értelmezést. A tagállami akaratok összehangolásának hiányában úgy tűnik mégis, hogy a bírósági aktivizmus elkerülhetetlen. Ahogy ugyanis az EU Bírósága a tagállami intézkedéseknek a vitatott esetre gyakorolt gazdasági hatása szerint kezdte el alkalmazni az uniós jogot, ezzel kikezdte a jogbiztonságot, amit pedig másként nem lehetett visszahozni, csak erőteljes teleologikus jogértelmezéssel.

Az uniós jog egy bizonyos értelemben felszabadította az európai polgárt, aki a határon átnyúló szabadságokat egyre szélesebb körben lett képes gyakorolni, ugyanakkor azonban ezt a polgárt de-szocializálta, és így az integráció és harmonizáció a társadalmi igazságosság kárára ment végbe.²⁷ A határon átnyúló szabadságát gyakorló európai polgár elveszítette a politikai közösségét, amely csak tagállami szinten volt meg, a határon átnyúló térben azonban az állampolgári közösségek nem találnak otthonra.²⁸ Amellett lehet érvelni, hogy meg kellene erősíteni azt, ami politikai, szociális és lokális a szuper liberalizmussal és a versenyközpontú homogenizációval szemben.

A harmonizációhoz való kritikai hozzáállás vagy az uniós intézmények megjavításának javaslatát állíthatta előtérbe, vagy pedig – radikálisabb kritikával megtámogatva – megkérdőjelezhetővé válik az uniós jog által formába öntött jelenlegi *status quo* maga, és új narratíva kialakításának az igénye vetődött fel. Ilyen radikálisan új ajánlattal jön Habermas, aki elveti azt a tézist, hogy demokratikus működés kizárólag csak kibővített és javított nemzetállami keretek között lehetséges, és a hagyo-

²⁷ Editorial comments: „The critical turn in EU legal studies” *Common Market Law Review* 2015. 884–885.

²⁸ A liberalizációs spirál szellemét nem lehet visszakényszeríteni a palackba, ami viszont alkotmányos tartalmait nézve kiüresítette az európai polgár viszonyát a tagállamhoz és az unióhoz, továbbá a másik polgárhoz is. Dimitry KOCHENOV – Andrew Trevor WILLIAMS: „Europe’s justice deficit introduced” *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* No. 9/2015 (December 2014) 2.

mányos nemzetközi jog helyett – Immanuel Kant, John Rawls és Jeremy Waldron nyomán – a kozmopolita közösségképzés lehetőségeit keresi.

Mivel Habermas szerint egy föderális európai állam nem legitimálható, ezért a nemzetek közötti föderáció megteremtése helyett a polgárok közötti demokratikus együttműködés intézményi kereteit kellene megteremteni, amihez viszont le kellene bontani a ma még meglévő mentális korlátokat. Mivel az egyes államok a pénzügyi piacok problémáival hatásos együttműködés nélkül nem tudnak szembenézni, államközi szabályozásra van szükség. Ehhez Habermas szerint lehetőséget kínál a gyakorlatban nem kielégítő nemzetközi jogilag szervezett közösség helyett a polgárok kozmopolita alapon létrejövő közössége.²⁹

Az autonóm uniós jogrend kifejlődése kétségtelen tény, habár nem egy állam konstituálta, hiszen az EU nem állam.³⁰ Az uniós jogrend messzemenően nem korlátozódik a határon átnyúló versenyszabadság érvényesítésére. Az EU Alapjogi Chartájának elfogadása olyan mértékben elmélyítette az emberi jogi dimenziót, hogy az EU polgárainak aktivitása tartalommal telt meg. Az EU-polgárok tehát annak ellenére képesek lettek alkotmányosan értékelhető aktivitást kifejteni, hogy az EU nem állam. Ezáltal legalább részlegesen lehetővé vált a nemzetállam és polgára között kiüresedő viszonyból adódó hiányok pótlása.

A jog formalizálódása alkotmányosodásként is felfogható, de annak csak közvetve terméke. A sajátos alkotmányosodás fő hordozója ugyan az EU Bírósága, de a bíróságot a polgárok által benyújtott igények galvanizálják. Az alapvető uniós szabadságok bíróság előtti érvényesítése révén olyan sok évtizede tartó folyamat kelt életre, ami a tagállami szinten végbemenő nagypolitikai egyeztetésekhez képest egy másik valóságot teremt. Ez nem annyira egy szuper-jogrendszer kialakulásával, hanem inkább azzal magyarázható, hogy a tételes jog romjain a jogot kívülről megújító tényezők jutottak jelentőséghez.

Az autonóm uniós jogrend kialakulása a határon átnyúló szabadságok érvényesítési igényének alárendelt jogfejlődés gyümölcse. E jogfejlődés olyan integrációteremtő erő, amelynek a magva az, hogy nem jogi problémákat sikerült jogiasítani. Szükségszerű volt a jog kívülről való megújítása tagállami akaratkifejtés és politikai egyeztetés hiányában is, mert az adott tételes jogi renden az élet túllépett.

A formális jogi intézményekbe épített tudás, illetve kultúra dinamizáló hatású, és a jogiasítás irányába hat, ami különösen igaz az uniós jogra, amelynek értelmezését

²⁹ Jürgen HABERMAS: *The crisis of the European Union; A response* (Cambridge: Polity Press 2012) X–XI.

³⁰ Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER: „Introduction” in Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER (szerk.): *The worlds of European constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 5.; Bruno de WITTE: „The European Union as an international legal experiment” in Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER (eds): *The worlds of European constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 40.; Neil WALKER: „The place of European law” in Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER (szerk.): *The worlds of European constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 63., 82.; Grainne de BÚRCA: „The ECJ and the international legal order: a re-valuation” in Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER (szerk.): *The worlds of European constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 108., 119., 141.

és alkalmazását áthatja az „Európa népei közötti egyre szorosabb egység”³¹ („ever closer Union”³²) eszméje, illetve a metaelvek – különösen az „effet utile”, vagyis az uniós jog olyan érvényesítése, amely a jogalkotó valós szándékainak leginkább megfelel), a diszkriminációtilalom és az arányosság elveinek – alkalmazása. Az uniós jogban rejlő perfekcionizmus forrását nem csupán az uniós jogi doktrínák és az egyes intézmények (pl. az EU Bírósága) képezik, hanem egy láthatatlan, de nagyon is jelenlévő európai kormányzás, amely az integráció elmélyítésére irányul abban az antropológiai optimizmust kifejező tudatban, hogy az elmélyítésnek egyes vélemények szerint nincs is alternatívája.³³ A Brexit fejleményét illetően persze e felfogás törést szenved, de ennek kifejtése messzire vezetne.

A jogi perfekcionizmus folyamata korántsem idealizálható. A szociálpolitika és az igazságosság szempontjai például átfogó harmonizáció hiányában megrekedtek tagállami szinten, ugyanakkor a tagállam és polgárának viszonya sok tekintetben meggyengült, mivel a harmonizálódó, versenyközpontú uniós jog a tagállami jogi arzenált erodálta. A határon átnyúló helyzetekre vonatkozó döntések következményei leszivárogtak a tagállami jogi gyakorlatba. A harmonizáció hiányosságai, valamint a tagállam és polgára közötti viszony tartalmatlanná válása következtében a szociális szférában – munkajog, társadalombiztosítás, költségvetési transferek stb. – egyre nagyobb leépülés megy végbe.³⁴

2. JOGGAL VALÓ VISSZAÉLÉS, ADÓELKERÜLÉS

A jogérvényesítés ténylegességének követelménye összeütközésbe kerülhet a tételes jog tiszteletével. Nem csupán arról van szó, hogy a legalitás nem lehet merő formalitás, hanem arról a valóságos konfliktusról is, amely nem tagadható módon létezik a tárgyi jog betűje és annak szelleme között. Ha a jogi rendelkezések által ténylegesen kiváltott hatást vesszük alapul, bizonytalanná válhat a jogi norma jelentése, miáltal elkanyarodunk az egyébként kívánatos jogbiztonság követelményétől.

A jogérvényesítés ténylegességének elve („effet utile”) tulajdonképpen feltételezi azt, hogy a tételezett jog mindig hordoz magában hibákat, a valósággal való meg nem felelést, ezért korrekcióra szorul. Ez jogpozitivistá felfogásban korántsem magától értetődő. A jogrendszer önmagába zárt egységét ugyanakkor azért még akkor is lehetséges biztosítani, ha a tárgyi jog értelmezésének és alkalmazásának – éppen a jogérvényesítés ténylegességének követelményére figyelemmel – tágabb mozgásteret biztosítunk.

A joggal való visszaélés problémája elvileg a jogrendszer működése egészének a kérdése, ezért a joggal való visszaélés a tárgyi joggal, a törvénnyel való visz-

³¹ Lásd az Európai Unióról szóló szerződés 1. cikkét. *HL C* 115. 2008.05.09. 16.

³² Lásd az Európai Tanács Stuttgartban 1983. június 19-én keltezett ünnepélyes nyilatkozatát.

³³ Jacco BOMHOFF: „Perfectionism in European law” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012. 76.

³⁴ C-438/05. *Viking Line*, EU:C:2007:772. EBHT 2007. I-10779.; C-341/05. *Laval*, EU:C:2007:809. EBHT 2007. I-11767.

szaélést jelent („fraus legis”). Ilyen értelemben a kérdés kezelésének alkotmányos jelentősége van. A gyakorlatban azonban igen nehéz a konkrét magatartások tárgyi joggal való összevetése, és a jogalkotói célkitűzések fényében való értékelése. Ezért a hangsúly a rendeltetésszerű joggyakorlás követelményére esik, illetve arra, hogy miként él valaki vissza jogaival („abus de droit”, „Missbrauch von Steuergestaltungsmöglichkeiten”).

A joggal való visszaélés – a tételes jog megkerülése vagy a valós cselekvési motívumok elfedése színleléssel – a tételes jog minden egyes rendelkezésének kínos pontossággal való betartása mellett is megállapítható. Még nagyobb baj az, hogy a jogellenes állapot a tételes jog eszközeivel nem is számolható fel, hiszen tisztán pozitív jogi értelemben nem állapítható meg jogellenesség akkor, ha nem valósul meg valamely tételes jogi rendelkezés megsértése. Ilyenkor a tételes jog kudarcot vall, és csak jogon kívüli eszközökkel válik kezelhetővé a joggal való visszaélés problémája.

Lehetséges ugyan azt állítani, hogy akinek a terhére joggal való visszaélés állapítható meg, annak a magatartása a jogrend integritását gyengíti, ami azonban önmagában még nem elég pozitív jogi értelemben véve a jogellenesség megállapításához. A pozitív jog felől nézve ugyanis a jog mint rendszer nem lehet önellentmondásos. Ezért tételes jogi rendelkezés megsértése nélkül nem is állítható meg jogellenesség.

A XX. század első felében kiteljesített pozitivistá hagyomány (Kelsen, Hart) szerint a jogot olyan normák zárt rendszereként foghatjuk fel, amelyek érvényesülésének középponti szervező eleme az államilag biztosított kényszer. E normák ugyanakkor a tárgyi jog olyan rendszerében jelennek meg, amely tisztán a formális logika szabályai szerint értelmezhető, és amelyben a jogilag értékelhető magatartás maradéktalanul betudható a törvényben megfogalmazott elvárásoknak. Ami a jogrendszerbe bekerül, vagyis ami joggá válik, csak jogi eszközökkel értékelhető, ha viszont a tárgyi jog eszközeivel bármely okból nem lehetséges valamely magatartás értékelése, akkor ahhoz nem lehet jogkövetkezmenyt fűzni.

Ennek következtében például az adóelkerülés – amelynek során különös törvényi rendelkezést nem sértenek meg – jogilag nem szankcionálható. Ez az álláspont fejeződik ki klasszikus módon a *Duke of Westminster*-ügyben hozott bírósági döntésben.³⁵ Innét nézve a joggal való visszaélés paradox módon csak jogon kívüli eszközökkel (pl. etikailag) marasztalható el.

A jogi értékelésnek legfeljebb annyiban jut hely, hogy a jogrendszer egészét gyengítő magatartás jogellenesnek tekinthető, de ennek sincs tételes jogi alapja. A joggal való visszaélés, illetve az adóelkerülés kezelhetetlenségének a problémája abból a csapdahelyzetből adódik, hogy a jogalkalmazók a vizsgálandó tárgyhoz képest alkalmatlan – ti. a pozitív jogra leszűkített – vonatkoztatási rendszert vesznek fel. A jog pozitivistá értelmezésében a joggal való visszaélés valóban paradox jelenség.

Többféle – jogon túlmutatató – következtetés vonható le az adóelkerülés, és ennek kapcsán az adójogi deviancia elemzéséből. Egy olyan elgondolt rendszerben, ahol a jogi normák érvényessége a normák hierarchikus rendjében tisztán a másik nor-

³⁵ Lord Tomlin: „Every man is entitled, if he can, to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be” – *Duke of Westminster, IRC v Duke of Westminster* (1936) 19 TC 490 (1936) AC 1.

mához fűződő viszony értelmezési keretében és az aktuális jogi hagyomány tükrében határozható meg, a jogkövetés mindenkor megvalósul, ha egyébként létezik érvényes és hatályos jog (jogszabályokból, precedensekből és tudományos magyarázatokból összetevődő pozitív jog). A jog intakt rendszerét nem fenyegethetik az erkölcs és a természetes jog kívülről jövő, felforgató értékei.

A jogok társadalmi rendeltetésüknek megfelelő gyakorlása mégis olyan probléma, amely a jogérvényesítést formalizált hatósági eljárásban megkísérlő jogalanyok társadalmi terében, vagyis a törvény előtti egyenlőség és jogállamiság elveire alapított hivatalos jog világában, egy makrovilágban lényegében értelmezhetetlen, ami azonban nem tűnik fel, amíg nem szaporodnak meg a joggal való visszaélés esetei. Ekkor viszont nyilvánvalóvá válik az, hogy a pozitív jog esetenként képtelen rendező elvet adni. A problémák feloldása csak mikrohelyzetben lehetséges (pl. adóalany és adóhatóság alkuja, vagy a vállalatok között létrehozott szerződés vagy informális megállapodásokkal teremtett „magánalkotmány” révén). Ilyen kivételes helyzetekben van esély diskurzus kialakulására, amelynek folyamatában a jogvita részesei mintegy a „tudatlanság fátylát” levetve megegyezésre juthatnak, a jog integritását előmozdítandó.

Ezen túlmenően, a jog makromechanizmusainak egyre feltűnőbb zavarai nemcsak a mikroléptékű mozgásra érzékeny fenomenológiai megközelítést értékelik fel, hanem ráirányítják a figyelmet arra a problémára is, hogy egyre nehezebb megtalálni az adott helyzetben „helyes” jogot az érvényes jogban.³⁶ Az érvényes jog új kantiánus koncepciója szuverén és tisztán analitikus szemlélet terméke, amely elkülönül az erkölcsi szempontoktól vagy a természetes jog értékeitől. Az érvényes jognak ez a fogalma is a jog makrokategóriája marad, a jogrendszere mint egészre vonatkozik és független azoktól a mikroorientált módszerektől, amelyek a sajátos helyzetekben irányadó kommunikáció rekonstrukciójára irányulnak.

3. AZ ADÓHATÓSÁGI VISZONY JOGIASODÁSA

A fejlődés kulcsa a nemzetállamokba bezárt, fragmentált világból való kilépés, amit a nemzetközi színtérré kilépő vállalatok és polgárok meg is tesznek, esetről esetre kialakítva maguknak saját használatú jogrendet, amely az érdekelt felek által kölcsönösen elismerve mintegy jogforrásként működik. Másként például nem is lehetne lebonyolítani a sok országot átfogó bonyolult üzleti tranzakciókat, amelyeknek egyébként mindig vannak adózási következményei is. E jogfejlesztés az adóhatóságokhoz fűződő kapcsolatokra is kiterjed, amikor az adóhatóság és az adózó szerződéses viszonyra lépnek egymással az adóigény jobb érvényesítésére és az adózói jogvédelem hatásosságára egyaránt figyelemmel, vagyis létrejönnek, sőt terjedőben vannak az adóigény érvényesítésének horizontális struktúrái.³⁷

³⁶ Rudolf STAMMLER: *Die Lehre vom richtigen Recht* (Halle/Saale: Buchhandlung des Waisenhauses Fränkische Stiftungen; neue bearb. Aufl. 1926) 45.

³⁷ Hans GRIBNAU: „Soft law and taxation: The case of the Netherlands”, *Legisprudence* 2007/3. 291–326.; Richard H. HAPPÉ: „Multinationals, handhavingsconvenanten en fair share” in *Per Saldo*,

A feltételes adómegállapítás, vagy például az OECD által kidolgozott mintaszabályozás szerinti megállapodások („advance pricing agreement” – APA; vagyis: a felek között alkalmazott helyes ár hatósági megállapítása határon átnyúló helyzetben), jogilag rendezett formába öntik azokat a gazdasági kapcsolatokat, amelyeket a hagyományos nemzeti tételes jogot alkalmazó személyek – szimultán látásmód hiányában – nem képesek megközelíteni. A nemzetközi adóztatási rend a kibontakozó megállapodásoknak ebben a folyamatában mintegy jogiasodik, az adózási folyamat adójogi renddel telítődik, adójoggá változik. A jogiasodás azután visszahat magára a szabályozandó kapcsolati rendre, annak szilárdságot kölcsönözve. A jogiasodás segít kiegyenlíteni az érdekeket, áthidalni az esetleges jogon túli ellentéteket.

Amennyiben a nemzetközi adóztatási gyakorlatban egymáshoz közelítő nemzetállami megoldások alakulnak ki, olyan joganyag keletkezik, amely közös munkanyagává („travaux préparatoires”), előbb-utóbb hagyománnyá, közös jogi örökséggé válik. E folyamat végeredményeként a nemzetközi adózás mint nemzetközi jog jelenik meg. Az összehasonlító adójog egyre jobban elterjedt, és kialakulóban van a nemzetközi adózás mint nemzetközi jog elismerése.³⁸ A nemzetközi adójog elsősorban az OECD különféle modellegezményeire és azok egyre terjedelmesebb és árnyaltabb kommentárjaira vezethető vissza, de sokat tesznek a nemzetközi adójogi kultúra fejlesztéséért más nemzetközi szervezetek is. Ilyenek például a Nemzetközi Valutalap és az Európai Bizottság.

Az adóviszony sokáig egyáltalán nem, vagy csak elemeiben volt jogilag szabályozva, kitéve szinte teljes mértékben az állami diszkréciónak. Mára azonban általánosan elfogadott az, hogy az adózásnak jogviszony keretében kell lefolynia, ebből következően elismerhetők az adózók jogai és az adózók hatásos jogvédelmének igénye. Erre figyelemmel adózói karták is megjelentek.

További lépés a fejlődésben a kiszerezés opciója a hagyományos fölé- és alárendeltségi viszonyból adóhatóság és adózó között. Az alku kritikus helyzetek adójogi értelmezésére, sőt adókötelezettség megállapítására is irányulhat. Ezzel magánjogi elemek jelennek meg az adójogban az *ex lege* kötelezettségeket szerződéses vállalásokkal felváltva. E fejlemény kihívást jelent a jogbiztonság, de a jogegyenlőség szempontjából is.

Az adózó és az adóhatóság kapcsolatában már nem elegendő csupán tételes jogokat és kötelezettségeket rögzíteni, hanem szükséges, hogy a felek kapcsolatára a méltányosság és az egyenlő játéktér („level playing field”), a tisztességes játék („fair play”) legyen jellemző.³⁹ Olyan értelemben nem változott a helyzet, hogy az adóhatóság és az adózó viszonya továbbra is a *quid pro quo* elve alapján magyaráz-

Overheidsfinanciën en fiscaliteit na twaalf jaar minister Zalm (Den Haag: Sdu Uitgevers 2007) 57–77.; Richard H. HAPPÉ: „Multinationals, enforcement covenants and fair share” *Intertax* 2007/10. 537– 547.; Richard HAPPÉ – Hans GRIBNAU: „The Netherlands-national report: Constitutional limits to taxation in a democratic state: The Dutch experience” *Michigan State Journal of International Law* 2007. 429.

³⁸ Reuven AVI-YONAH: *International tax as international law; An analysis of the international tax regime* (Cambridge: Cambridge University Press 2007) 1.

³⁹ Maria Teresa SOLER ROCH: „Forum: Tax administration versus taxpayer – A new deal?” *World Tax Journal*, 2012/3. 293.

ható, ami azt jelenti, hogy a felek az instrumentális racionalitás fogságában oppor-
tunista módon viselkednek. Mindkét fél egy alkuhelyzet foglya, és nem engedhetik
meg maguknak azt, hogy ne legyenek képesek egyensúlyt, az elérendő előnyök és
a felhasznált erőforrások között megközelíthető egyenlőséget meghatározni a kial-
kudott helyzetekben. Viszonyuk harmadik személyek irányában zárt, mint általá-
ban a katalaktikus viselkedés a piaci térben.⁴⁰

Amit itt az egyik fél a másiktól kap, azt szigorúan viszonznia kell, egyébként a
kapcsolat megszakad. Ezzel szemben egy kölcsönös elfogadáson (reciprocitáson)
alapuló rendszerben tovább lehet egy holtpontra lendülni, mert a felek nincsenek
rákényszerítve arra, hogy egymással szemben mindig egyensúlyozzanak. Ha vala-
ki a másiktól kap valamit, nyugodtan továbbadhatja harmadik személynek. Ezáltal
kinyílik a kétoldalú viszony, többoldalúvá válik, mert újabb és újabb szereplők lép-
hetnek be, láncolatot – sőt, hálózatot – alkotva.

Az OECD által felkarolt kiemelt jogviszonyok („enhanced relationship”) kifejlesz-
tésére irányuló projekt⁴¹ nem paradigmaváltás annyiban, hogy továbbra is két ellen-
érdekű fél feltételezésén alapul, akik a piaci opportunizmustól nem lehetnek men-
tesek, és ezért más lehetőségük nem kínálkozik, mint az ingamozgást követő *quid
pro quo* elvére hivatkozni. Ekkor a szereplők csak abban érnek el haladást a koráb-
bi állapotokhoz képest, hogy viszonyukat a „fair play” elvének alapjára helyezik.
Ugyanakkor a kölcsönös bizalom szisztematikus kiépítésére való törekvés, illetve
annak elvárása már kilépés egy duális alapú konfliktus rendszeréből, átmenet egy
modell felé, amelyben csak nyertes van („win-win”), bár a kölcsönösség igazán háro-
mosztatú viszonyban juthat jelentőséghez. Ehhez be kell vonni mindazon érdekhor-
dozókat, akiknek fontos a jól működő adóhatósági viszony.

Szóba jöhetnek a vállalat dolgozói és szállítói, a szakmai érdekképviseletek,
amelyek képviselői közreműködhetnek a jogszabályi változások megtervezésében,
mediátorok, a hatóságok társadalmi ellenőrzésének informális fórumain résztvevő
személyek stb. A lényeg az, hogy lazítani kell az adóhatósági viszony szigorúságán,
adóhatóság és adózó egymásra utaltságán. Ekkor megindulhat a jogi és nem jogi
irányítási eszközök és magatartási minták keveredése, megkezdődhet a közöttük
lévő határvonalak elmosódása. A szigorú hatékonyságot a kompromisszumra való
képeség válthatja fel, a képviseleti elvet a deliberáció, az *ex ante* meghatározott
szabályozókat az értékek összehangolása és a koherencia elérésére való törekvés.

A kiemelt jogviszonyok keretében nincs szükség jogszabályi változtatásra, mert a
szabályozás forrását viselkedési standardok képzik, ami puha jog (soft law). Azt is
mondhatjuk, hogy ilyen helyzetben reflexív jog keletkezik, ami abból adódik, hogy
egy gazdasági konfliktust a kiemelt jogviszony kialakításának reményében jogia-
sítani lehet, ami viszont visszahat magára az alapviszonyra, miközben jog és nem
jog közötti határvonalak elmosódnak, illetve eredeti értelemben véve már értelmez-
hetetlenné válnak. A jogi reflex azt jelenti, hogy jog és nem jog kölcsönösen hatnak

⁴⁰ Friedrich A. von HAYEK: *Law, legislation and liberty, Vol. 2: The mirage of social justice* (London: Routledge & Keagan Paul 1976) 108–109.

⁴¹ OECD Tax Intermediaries Study Working Paper 6 – The enhanced relationship. OECD Tax Intermediaries Study, Paris, July 2007.

egymásra, miközben az adóhatóság és az adózó viszonyában rejlő konfliktus felpuhulhat.⁴²

A puha jog feltöltődése nem jogi viselkedési standardokkal, olyan elemek jogviszonyba épülése, mint a kölcsönös bizalom, vagy a jogi reflex tipikusan olyan helyzetek, amelyeket pozitív jogi alapon nem lehet magyarázni. Jog és nem jog egymástól elválaszthatatlanná válik, és bár egymástól különbözőnek, akár ellent is mondhatnak egymásnak, mégis egymást feltételezik. A globális tér egymástól gazdasági, jogi és politikai helyzetüket tekintve különböző szereplőket terel össze, akik együttműködésre vannak ítélve. Az összekerülő felek kulturális hátterüket illetően is annyira különbözhetnek egymástól, hogy a jog hagyományos formái, nemzetállam és pozitív jog csődöt mondanak, holott e helyzetek mégis rendezhetők.

Ha például a Google vagy a Facebook a digitális térben tevékeny olyan globális szereplők, amelyekre az Egyesült Királyság vagy Franciaország az adott államokban kifejtett tevékenységnek betudható, vélelmezett jövedelemre alapított, különleges adókat vetnek ki, a nemzetállam visszavág, pedig hagyományos adójogi eszközökkel a nemzeti hatóságok már csak töredékesen képesek az ilyen vállalatok megadóztatására. A nemzetállamok ma még egyoldalú intézkedéseket hoznak, de a jövőben nyilvánvalóan az várható, hogy igyekeznek összehangolni egymással politikájukat. Ehhez már csak részben fognak olyan eszközöket igénybe venni, amelyek bevett jogelvek mentén, hagyományos jogi kategóriákkal leírhatók, és előtérbe kerül nem jogi kontrolleszközök alkalmazása is (főleg jogon kívüli megállapodások).

Úgy tűnik, a pozitív jognak nincs jövője, illetve a nemzetállam által ellenőrizhető helyi relációkba szorul vissza, mivel a pozitív jog parokiálissá válik. Az ilyen fejlemények lehetnek üdvözölhetők vagy bírálhatók is, nézőponttól függően. A nemzetállam hagyományos joghatósága, a szuverenitás maradékai mellett kitartó kommentátorok például bírálják azt, hogy a nemzetállam hatókörén kívül eső, rendszeren globális erők befolyása alá kerüljön. Mégis úgy tűnik, hogy a nemzetállam és annak tétele joga vesztésre áll a befolyásolásért folyó küzdelemben.

III. ELMÉLETI REFLEXIÓ

1. JOGI UNIVERZALIZMUS

A jogi instrumentalizmus olyan gondolkodási eszköz, amelynek segítségével lehetséges az elvont versenyszabadságra alapított és a tőkemozgás hatósági kezelésének semlegességén nyugvó *status quo* kétségbe vonása. Ezzel szembeállítható a

⁴² Reflexív jogi szabályozás első lépésben közvetett jogi hatást tesz lehetővé tételes jogi rendelkezés hiányában. Georg JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Springer 1914) 69–70. Második lépésben a fogalom kialakuló önszabályozó mechanizmusok, hálózatszerű kapcsolatok kialakítására vonatkozik külső, materiális igazságossági szempontokat hordozó beavatkozás nélkül, a kapcsolati rendben résztvevők személyes élettörténeteinek felépítésén alapuló struktúrák létrehozása révén. Gunther TEUBNER: „Substantive and reflexive elements in modern law” *Law and Society*, 1983/2. 239.

jogi formalizmus. Ez utóbbi lényege a jog autonómiájának hirdetésében van, a jogi instrumentalizmusé viszont abban, hogy a jog e felfogás szerint csak a társadalmi környezet, közelebről a strukturális érdekek érvényesítésének és a hierarchikus alárendeltség biztosításának a következménye, az uralkodó osztályok szolgálatának az eszköze.⁴³ A szuper-instrumentalizmus – mint például a marxizmus vagy a jogi realizmus⁴⁴ – képviselői a jog ideológiai meghatározottsága mellett elhanyagolják a jogi szimbolizmust, vagyis a jognak azt a képességét, hogy gazdaságon kívüli kényszerrel civilizációs formába öntsön, ami ezáltal társadalmilag elfogadottá tehető.

Ideális viszonyok között a társadalmi gyakorlatban kialakulnak olyan viselkedési mintázatok, amelyek a jogrenden belül végbemenő formalizálás irányába mutatnak, és amelyek homogenizációs hatást váltanak ki. A kétértelműségek kiiktatása érdekében hiteles jogi értelmezésre és jogi kommentárookra van szükség. Az értékek homogenizációjának betudhatóan kialakulhat a jog Max Weber-i értelemben vett formális racionalitása, ami előre láthatóságban és kalkulálhatóságban mutatkozik meg.⁴⁵ A jogi formalizmus annak eszköze, hogy a hiteles jogi értelmezésért folytatott küzdelemben a jog egyoldalú meghatározásának a lehetősége azok számára legyen fenntartva, akik a jogi kompetencia magas fokát birtokolják.⁴⁶

A globális ökológiai válságra tekintettel, antropocén korban (amikor az embernek a természeti környezetre gyakorolt befolyása visszafordíthatatlan folyamatokat indított el a természetben) a környezeti jog, sőt a teljes jogi szabályozási rend radikális megújítása elkerülhetetlennek látszik. Ez csak azon alapulhat, hogy a jogot segítő antropomorf etika biotikus etikával egészül ki. Eszerint a természet leigázása helyett az emberi és nem emberi lények teremtményi társként való együttélésnek a lehetőségét kell megteremteni.

Ehhez a jogi formanyelv megújítására van szükség, ami elsősorban attól remélhető, hogy feloldhatóvá válik a jogban jelenleg megtapasztalt töredékesség és merevség, és lehetővé válik a hagyományos jogintézmények tágabb, liberálisabb értelmezése. A merevség egyik oka az, hogy a jog alapvető funkciójának többnyire máig a kényszerítést tekintik, és ennek megfelelően érvelni lehet amellett, hogy a kényszer az együttélés civilizált rendjének megteremtéséhez nélkülözhetetlen. Ez viszont azt jelenti, hogy a jog nem lehet igazán pártatlan, és nem lesz mentes a politikai erőcsoportok kiszámíthatatlan és átláthatatlan befolyásától.

A továbbfejlődést hátráltató merevség másik oka módszertani nehézségben keresendő, ami a tételes jog túlhangsúlyozásából fakad. A jogalkotó hajlamos a jogilag megkívánt cselekvést azonosítani a ténylegesen bekövetkezett társadalmi cselekvé-

⁴³ Karl MARX – Friedrich ENGELS: *Manifest der Kommunistischen Partei* (Február 1848); II. Proletarier und Kommunisten; Karl Marx u. Friedrich Engels Werke, Bd. 4 (Berlin: Dietz Verlag Berlin 1974) 477.; Pierre BOURDIEU: „The force of law: toward a sociology of the juridical field” *Hastings Law Journal* 1987. 814.

⁴⁴ Eugen EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München und Leipzig: Duncker & Humblot: 1913) 399.; Jerome FRANK: *Law and the modern mind* (New York: Brentano's 1930) Chapter IV: Judicial law-making, 34.

⁴⁵ Max WEBER: *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen: J.C.B. Mohr, P. Siebeck 1922) 385., 394–396., 467., 502–504.

⁴⁶ BOURDIEU (43. lj.) 849–850.

sekkel, és azt gondolni, hogy a követendő tárgyi joghoz társítható értékek és következmények feltétlenül egybeesnek a jogilag kikényszerített cselekvésekkel. Ennyiben a jog el is idegenedik a valóságtól.

Annak érdekében, hogy el lehessen kerülni a fent jelzett rugalmatlanságot, keresni kell egyetemes értékeket, amelyek felhasználhatók arra, hogy a joggyakorlat adott esetben eloldozható legyen az ideológiai természetű és túlságosan pragmatikus megfontolásoktól, és ennek eredményeként a joggyakorlat megszabadítható legyen az életidegenségtől és szétszakadozottságtól. Az egyetemes értékek felé tájékozódva nyilvánvalóan lehetséges hivatkozni az egyenlőségeszményre, amelynek a legtágabb értelemben vett követése az önkényes döntések elkerülésének esélyét hordozza magában. A tételes jogtól való elhatárolódás és a természetes jog értékrendjéhez való közelítés elősegítheti az ideológiai kötöttségektől való megszabadulást.

Abból a célból, hogy felleljük az ideális jogot, a reflexiót intuícióval, fantáziával és érzésekkel lehet és szükséges kiegészíteni. A való életben a szubjektív meglátások és meggyőződések beépülhetnek a racionálisan kezelhető hipotézisek igazolásának folyamatába. Ettől még persze fennmarad az a nehézség, hogy amennyiben a jogi normák parancsokat közvetítenek, a jogértelmezés eleve nem lehet mentes elfogultságoktól és szubjektivitástól. Ezek mégis csökkenthetők, sőt, annál inkább csökkenthetők, minél inkább képes a társadalmi gyakorlatba beépülő jog egyetemes értékeket magába fogadni.

A jog eszközeivel való társadalmi beavatkozás eleve kizárt, ha a jogalkotás hamis hipotéziseken alapul. Ez akkor történik meg, ha a jogalkotó rosszul ítéli meg a jogalkotással befolyásolni kívánt várható események bekövetkezését. Még a legfejlettebb társadalmak tagjai sem menekülhetnek meg attól, hogy időnként – Hayek kifejezésével élve – ún. szinoptikus csalódás áldozatai ne legyenek, ami akkor következik be, ha a társadalmi tervezés hibás.⁴⁷

A jogot nem feltétlenül alkotja közvetlenül az állam, még ha a modern társadalmak jogéletének középpontjában a racionális állam áll is. A második világháború után általánosan elismertté váltak nemzetközi szinten az emberi jogok, amelyek gyakorlása nyilvánvalóan megelőzi az állami működést.⁴⁸ A XIX. és XX. század nagy jogászai a jogban olyan kényszerítő eszközt láttak, amelynek révén civilizált formában megoldható az érdekellentétek rendezése.⁴⁹ Ezzel szemben viszont aki a jogra mint élő folyamatra tekint, kulturális interakciókat lát a jogban, és nemzedékek közös erőfeszítéseinek gyümölcsét véli a létrejövő jogintézményekben fölfedezni.⁵⁰

Talcott Parsons heves bírálatot gyakorolt a pozitív jog pápája, Hans Kelsen felett. Parsons lényegében romokba döntötte Kelsen tiszta jogelméletét, rámutatva Kelsen jogfelfogásának egyoldalúságaira, miszerint a jog feszesre alakított logikai kategó-

⁴⁷ Friedrich A. von HAYEK: *Law, legislation and liberty, Vol. I: „Rules and order”* (London: Routledge & Kegan Paul 1973) 14.

⁴⁸ Jürgen HABERMAS: „Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren” *Kritische Justiz* 1995/3. 310.

⁴⁹ Rudolf JHERING: *Der Zweck im Recht* (Leipzig: Breitkopf und Härtel 1893) Bd. I. 77–78.

⁵⁰ Friedrich Carl von SAVIGNY: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg: Mohr und Zimmer 1814) 30.

riákon, szervezett kényszeren, az instrumentális racionalitáson és retributív logikán alapulna. Parsons azt állítja, hogy az egyes ember magatartásának betudható, jutalmazással és büntetéssel operáló jogi értékrend érdektelen lehet a társadalmi cselekvés alakulása során a valós életben.⁵¹

A jog szabályozó ereje nem végtelen. Így például a jogalkotás és a jogalkalmazás közötti viszonylagosságra már maga Kelsen rámutatott.⁵² Hasonlóképpen relativizálódnak hatóság és ügyfél pozíciói akkor, amikor egy hagyományos hatósági viszonyt elfednek az utóbb létrejött horizontális kapcsolatok, vagyis lehetségessé válik a hatósággal való alku, amit a jog formalizál.

Coase is úgy fogalmaz – a piaci alku mikrohelyzeteit vizsgálva –, hogy az olyan makromechanismusok, mint a kártérítési jog vagy adóztatás lényegében megkerülhetők, az önszabályozó piac szereplői ugyanis eléggé találékonyak, és számukra a piaci alkalmazkodás elvileg bármikor jobb választ képvisel a megoldandó problémákra, mint a jogok és kötelezettségek előre elhatározott és központilag kialakított rendje. Az önszabályozó piac lehetővé teszi azt, hogy a szerződő felek a makroszinten kialakított rendtől függetlenül cselekedjenek mikrohelyzetekben. Más szóval itt a tételes jogi szabályozás határhelyzetéhez érkezőnk: a jogi szabályozást az érintett felek önszabályozása váltja fel.⁵³

A jogban rejlő azon irányultság, hogy a kényszerítés civilizálására irányuljon, nem mindig találkozik a valósággal. Amikor pedig a jognak a kényszerítő mechanizmusokat fenntartó hatalma valamely okból visszaszorul, a hangsúly a jog működésében a dolgokról a fogalmakra esik. E mozgás fényében elismerhető, hogy nemcsak dolgok – közelebbről az anyagi életfeltételek alakítására kiható kényszerítő mechanizmusok – ismerhetők el létezésükben függetlennek, hanem azok meghatározása, megnevezése és tudatosítása is. E változások és körülmények utat nyitnak a jog értelmezésének.

A XIX. században olyan jogtudomány fejlődik ki, amely a jogéletet már rendszereszméletben képes láttatni, bár továbbra is szoros kapcsolatban maradt a gyakorlati problémákkal. Ennek egyenes következménye az, hogy a szubjektivizmus és az esetlegesség ma sem zárható ki a joggyakorlatból. Ilyen ellentmondásos körülmények között megnő viszont a jogi értelmezés jelentősége.

Ronald Dworkin szerint a jogilag támasztható igények nem leíró, de nem is értékelő jellegűek, az értelmezés folyamatában ugyanis a jog mindkét aspektusa jelen van, de csak félig kifejtett formában. Az ilyen igények és értelmezések, amelyek a leírást (a történeti tényállási elemek feldolgozását) és az értékelést (magatartási szabályoknak egy adott normatív rendbe való bevezetését) is magukba foglalják. A jog terén elvégzett értelmezés egyúttal olyan általános jellegű cselekvés, amely nem

⁵¹ Talcott PARSONS: „Book review on Hans Kelsen, *Society and nature: A sociological inquiry*” *Harvard Law Review* 1944/1. 143.

⁵² HANS KELSEN: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses vom Staat und Recht* (Tübingen: J.C.B. Mohr, Paul Siebeck ²1928) 96.; HANS KELSEN: *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: J. Springer 1925) 233–234.

⁵³ Vö. „[...] the ultimate result (which maximises the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost.” – Ronald H. COASE: „The Problem of social cost” *Journal of Law and Economics* 1960/October 8.

egyszerűen a jogalkotói akaratot fedi le. Jogértelmezésre végső soron azért kerül sor, hogy megkísérelhető legyen a jogban rejlő tények és értékek közötti ellentmondás feltárása és kifejtése.⁵⁴

A jogi kényszerítés az érdekek hálójához tapad, amelyben a jogalanyok törekvései a történeti tényálláshoz kötve, az anyagi igazsággal összeegyeztethető módon fejthetők fel. Ha tudomást veszünk a tételes jog kudarcairól – amelyek például a joggal való visszaélés során visszavonhatatlanul bekövetkeznek –, vagy olyan megrázkódtatásairól, mint amikor a rutinszerű joggyakorlat konfrontálódik a tisztességes eljárás („fair trial”) vagy a természetes igazságosság („natural justice”) metaelvéivel, szükségessé válik az ellenérdekű felek által felhozott és megtestesített értékek és eszmék egymáshoz való közelítése, és e folyamat végeredménye ezek összetartása lehet. Ekkor belső harmónia jöhet létre a vitában részes felek között, akik adott helyzetben képesek megegyezni vitájuk rendezésének módjában és előfeltételeiben.

2. A JOGI POZITIVIZMUS KORLÁTAI

Aki a tételes jog válságának szembeszökő jelei ellenére továbbra is fenn kívánja tartani pozitív jogi szemléletét, kénytelen a pozitív jog elméletén változtatni. Ilyen korrekciós kísérlet a jogrendszer megkettőződésének, vagy akár megsokszorozódásának az elmélete.⁵⁵ Az adott jogrendszerhez képest valamiféle szuperjogrendszer vélhetünk felfedezni, például annak köszönhetően, hogy az egyes szakjogágak úgymond alkotmányosodnak, vagyis alkotmányos elvek felől megközelítve felülírhatóvá válnak szakjogi döntések.⁵⁶ Másik példa: terjed a globális térben kibontakozó, állam nélküli jog, amely annak a terméke, hogy nem jogi problémák transzponálódhatnak jogi problémává (jogiasítódnak).⁵⁷

Ha feladjuk a pozitív jogi felfogást, engedve a jogon kívüli körülményekből származó kényszerítő körülmények nyomásának, akkor a természetes jog felé mozdulunk el, érzékelve azt, hogy a jogi szabályozásra változatos módon egyre inkább rárakódnak jogon kívüli elvárások. A jog helyébe sokszor jogon kívüli konfliktusrendezési eszközök lépnek, amelyekkel kiküszöbölhető a terhes bizonyítás és a bonyolult jogi minősítés, és az ügy mégis eldönthető. Erre példa a véletlenszerű elemeken nyugvó döntőbíráskodás („baseball arbitration”), miszerint aki egy vitában lezárt borítékban ésszerűbb ajánlatot helyez el, mint ellenfele, annak nagyobb az esélye arra,

⁵⁴ Ronald DWORKIN: „Law as interpretation” *Texas Law Review* 1982. 528–529.

⁵⁵ POKOL Béla: *A juriszokratikus állam* (Budapest: Dialóg Campus 2017); POKOL Béla: „A jogrendszer duplázódása” *Jogelméleti Szemle* 2019/4.

⁵⁶ GARLICKI (7. lj.) 48.

⁵⁷ Jan KLABBERS: „Setting the scene” in Jan KLABBERS – Anne PETERS – Geir ULFSTEIN (szerk.): *The constitutionalization of international law* (Oxford: Oxford University Press 2009) 8., 19.; Geir ULFSTEIN: „Institutions and competences” in Jan KLABBERS – Anne PETERS – Geir ULFSTEIN (szerk.): *The constitutionalization of international law* (Oxford: Oxford University Press 2009) 49.; Dieter GRIMM: „The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world” in Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN (szerk.): *The twilight of constitutionalism?* (Oxford: Oxford University Press 2010) 5., 9.

hogy a döntőbíró mellette fog dönteni. Ha azonban a bíró nem találja meggyőzőnek a letett ajánlatot, a másik félnek adja át az ajánlattevés jogát, és ez így folytatódik egészen addig, amíg a bíró nem dönt.

Ha a jog továbbra is rendszerben jelenik meg, akkor megmaradhat a pozitív jog szemléleti keretei között, még ha egy rendszerből több lesz is. Az a probléma azonban fennmarad, hogy egymással konkuráló jogrendszerek esetében nem biztosítható a jog kategorikus ellentmondás-mentessége, ami pedig a pozitív jog felfogásából adódó követelmény. A jogrendszerek inflációja még akkor is leértékeli a pozitív jogot jelentőségében, ha egyébként zárt jogrendszerek létezése elismerhető.

Egy második (vagy többedik) jogrendszer létrejöttének víziója mellett a tételes jog strukturális válságára adható másik reakció az, hogy a képviseleti demokrácia rendszerében nem legitimált új szereplőt vélünk felismerni hatalmi tényezőként, ti. a többszöröződést generáló szakértői köröket, amelyek csorbíthatják a parlamenti többség választásokon elnyert hatalmát. Ez a bírói hatalom túltengése, amit jurisztokrácia névvel is szoktak illetni.⁵⁸ A szaktudás erősebb hatalomnak bizonyul a választott politikai hatalomnál, vagyis szaktudás és politika konfliktusában alkalmanként előbbi bizonyul életképesebbnek. A protestantizmus, a racionalista filozófia és a felvilágosodás évszázadai alatt a szaktudás leválk a hitről, most már pedig a politikáról is, és mandarin-típusú hatalom jöhet létre a monopolizált szaktudás bázisán.

Az alkotmányosodás és a jogiasodás feltárása és elismerése anarchiába dönti a hagyományos jogrendet, persze csak pozitivista nézőpontból. Mivel a természetes jog felfogásában nem kezdi ki a jogrendszert az, hogy megjelennek különféle jogon kívüli elemek, ezeknek a joggal való együttélése vagy a jogba való beépülése nem okoz semmiféle megrázkódtatást a jogelméletben. Így nincs is arra szükség, hogy a válságjelek szaporodásával kvázi-jog megjelenését feltételezzük vagy a voltaképeni jog utáztatainak megjelenésére következtessünk.

Egy szigorú pozitivista felfogásban az emberi jogok inkább a morál, mintsem a jog birodalmába tartoznak. E nézőpontból voltaképpen nem probléma az alkotmányosodás vagy jogiasodás sem, mert e fejlemények egyszerűen nem tekintendők jognak a szó szűkebb értelmében véve, és ezért nincs is olyan készlet, hogy ezeket duplikátumként vagy szuper-jogként be kellene építeni a jogfelfogásba. Ugyanígy kirekesztendők a jogból az elvek, mivel nem illeszthetők be egy szabályközpontú rendbe. Az Európai Unióban kifejlődött jogi perfekcionizmus, a nemzetköziesedett emberi jogi bíráskodás (EU Bírósága, Emberi Jogok Európai Bírósága, az ENSZ Nemzetközi Bírósága) vagy az OECD jövedelemadózási modellegezmenyének kommentárja köré épített egyezményi és értelmezési háló – bár a valóság kemény tényei – a merev normativizmusnak egy egészen Visinszkijig visszamenő szigorú jogi szemüvegén át nézve láthatatlanok.

⁵⁸ James ALLAN: „The activist judge – Vanity of vanities” in Luís Pereira COUTINHO – Massimo LA TORRE – Steven D. SMITH (eds): *Judicial activism; An interdisciplinary approach to the American and European experiences* (Cham: Springer International Publishing 2015.) 77. Waltman pamfletjében élesen szembeszáll a bírói aktivizmussal. Lásd különösen: Jerold WALTMAN *Principled judicial restraint; A case against activism* (New York: Palgrave Macmillan 2015) 102–104.

Andrej Visinszkij szerint a jog olyan magatartási szabályok rendszere, amelyek az uralkodó osztály akaratából fakadnak, és amelyeket állami kényszer biztosít.⁵⁹ E felfogásban tehát a jogfogalom elemei a normativitás és akaratkifejezés, a rendszerszerűség, az ideologikusság és az állami kényszer. A társadalmi meghatározottság e felfogásban is jelen van, ugyanakkor azonban egyoldalúan a tételes jog hangsúlyozódik, és ezért ez esetben nagyon szigorú jogi pozitívizmushoz jutunk.

A jogi normativizmus szigorúságát oldja az, ha a jogra nem csupán a szabály, hanem a társadalmi környezet és a kultúra felől tekintünk. A merev normaközpon-túság alternatívája egy olyan jog szemlélete, amely alkotmányjogiasított, globalizált, és plurális értékrendbe illeszkedő. Ekkor pedig a klasszikus jogpozitívizmus ún. jogi társadalompozitívizmusban olvadhat fel, bár egy ilyen folyamat nyilvánvalóan kikezdi a jogbiztonságot, sőt, a jog érvényességével szemben is komoly kihívásokat támaszt.⁶⁰

A jogiasodás következtében a nemzetállamtól független szereplők kapnak jogalkítási lehetőséget a puha jog formájában. E fejlemények valóban a tételes jog ellenében hatnak, de azáltal, hogy szembeállíthatók a nemzetállammal, a jognak a politikával szembeni önmozgását erősítik meg. A jog hatalmának növekedése együtt jár a politika hatalmának korlátozásával, bár e folyamat nem mondható demokratikusnak. Az Európai Unióban végbemenő jogi perfekcionizmus kapcsán például gyakran fogalmazódik meg az a bírálathoz, hogy az uniós jog demokrácia- és igazságosságdeficitben szenved.

A pozitív jog válsága az alkotmányos demokrácia válságának a terméke, amivel azonban – tetszik, nem tetszik – együtt kell élnünk. Amikor a nemzetállami parlament választott politikai többsége elszántan fellép e jogiasodási és globalizációs tendenciákkal szemben, annak az eredménye rendszeresen e többség zsarnoksága, a bírói függetlenség megrendítése, és ezzel az állampolgárok alapjogainak aláásása. A jurisztokrácia és jogiasodás joggal bírálható az alkotmányos demokrácia értékei felől nézve, de ha a parlamenti többséget birtokló politika le akarja vetni magáról az alkotmányos demokrácia korlátait, és az ilyen többség által vezérelt nemzetállam vissza akarja szorítani a globális folyamatokat, akkor e törekvésnek nem a demokráciát építő, hanem azt romboló hatásával kell számolnunk.

A jog önmozgása és a jogtudatnak a globalizáció fényében való elmélyítése már nem csupán a nemzetállami jogi tételezéshez köthető, ennek következtében pedig a jogi pozitívizmus támasztát veszíti, és erodálódik. A nemzetállam által fenntartott jogrendszerben megtestesülő jogi pozitívizmus a globális világban ugyan meggyengül, de nem rendül meg, ezzel egyidejűleg pedig a jogi kultúrát hordozó folytonosság

⁵⁹ Jog: „the totality (a) of the rules of conduct, expressing the will of the dominant class, and (b) of customs and rules of community life sanctioned by state authority – their application being guaranteed by the compulsive force of the state in order to guard, secure, and develop social relationships and social orders advantageous and agreeable to the dominant class.” Szovjet jog: „the aggregate of the rules of conduct established in the forms of legislation by the authority of the toilers and expressive of their will.” – Andrei Y. VYSHINSKY: *The law of the Soviet state* (New York: Macmillan 1948) 51.

⁶⁰ VARGA Csaba: „A bírói döntéshozatal »fekete doboza« és a joguralom; Az európai egységesülés a globalizáció távlatában”; in VARGA Csaba: *Elméleti jogtudomány; Körkép, dilemmák, útkeresések* (Budapest: Pázmány Press 2017) 479.

tudata elmélyülhet. A „szerzőség teszi a jogot” („auctoritas facit legem”) Hobbestól származó tézise a nemzetállamtól eloldozódó jog esetében is fenntartható, miközben a „jog az igazságtól lesz” („veritas facit legem”) ellentézise elerőtlenedik, mert előbbi hordozója a globalizációban kiteljesedő helyes eljárás („due process”) jogtudata, utóbbié pedig az anyagi igazságosság produkálásának hiábavalóságában elgyengülő nemzetállam.⁶¹

A nyugati civilizációban, ahol az egyén a közösséggel szemben önállóan határozhatja meg magát, egy jogrendszer nagy önállóságra tesz szert. E fejlődési folyamatot elősegíti az, hogy egy ország szokásjoga magába foglalhatja az alkotmányos gyakorlat számára való elvvé válás lehetőségét. E tradíció egyaránt elhelyezhető a jogrendszer alján és tetején, amennyiben vagy a törvényi rendelkezések ernyője alatt létrejövő joggyakorlat lényegét fejezi ki, vagy pedig azokat a legmagasabb szintű előfeltevéseket, amelyeken a jogrendszer nyugszik, és amelyeken a törvények is alapulnak.

Jog keletkezése nemcsak tételes jogalkotással lehetséges. Ennél még fontosabb lehet az, hogy a korábban már feldolgozott, tudatosított tények és jogi minősítések kiterjedhetnek új helyzetekre, ami a jogfejlődésnek folytonosságot biztosít.⁶² Észlelve azt, hogy a jogi hagyomány magába épít jogon kívüli értékeket – például szokások vagy erkölcsi megfontolások joggá válnak –, a szigorú jogi pozitívizmust egy jóval nyitottabb természetes jogi felfogás válthatja fel.

Az autoriter állam szembemegy a jogi kultúrával, bár az előretörés korlátját képezi az, hogy egymást követő nemzedékek közösen jogi hagyományt hoznak létre. A jog ebből adódó folytonossága és egysége ugyan távol áll a demokratikus legitimitációtól, szerepe mégis nélkülözhetetlen az emberi méltóság és az állampolgári alapjogok védelmében. Az autoriter állam – mint Visinszkij jogfelfogásának a példája is mutatja – a tételes jogot emeli piedesztálra még akkor is, ha azt a hatósági gyakorlatban megszegik, a természetes jog viszont nem zárja ki az értékluralizmus lehetőségét.

⁶¹ Hobbes nevezetessé vált téziséét eredetileg azzal összefüggésben fogalmazta meg, hogy a jog értelmezése és alkalmazása nem a tudós magyarázat függvénye, hanem hatalmi kérdés. A jog szolgálhatja a társadalmi békét és helyessége racionálisan is lehet igazolható, de az, hogy mi jog, valójában a szuverentól függ: „In civitate constituta, Legum Naturae Interpretatio non a Doctoribus & Scriptoribus Moralis Philosophiae dependet, sed ab Autoritate Civitatis. Doctrinae quidem vera esse possunt; sed Autoritas non Veritas facit Legem.” – Thomas HOBBS: *Elementorum philosophiae, sectio tertia de civie* (Pariisi: 1651) 133; Thomas HOBBS: *Leviathan, sive de materia, forma, & potestate civitatis ecclesiasticae et civilis* (Amstelodami: 1668) Caput XXVI, De legibus civilibus 132–133.; „The interpretation of the laws of nature, in a commonwealth, dependeth not on the books of moral philosophy. [...] That which I have written in this treatise, concerning the moral virtues, and of their necessity, for the procuring, and maintaining peace, though it be evident truth, is not therefore presently law [...] For though it be naturally reasonable; yet it is by the sovereign power that it is law [...]” – Thomas HOBBS: *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil* (Oxford – New York: Oxford University Press 1998) 183, Chapter 26, Para. 22.

⁶² Lon L. FULLER: *Legal fictions* (Stanford: Stanford University Press 1967) 63.

IV. TANULSÁGOK

A globális kapitalizmus nyilvánvalóvá teszi azt, hogy a határon átnyúló gazdasági tevékenységgel nem összeegyeztethető az, ha vannak egymástól elszigetelt nemzetállamok által fenntartott jogrendszerek. A pozitív jog kudarcából adódik a puha jog jelensége, amire lehet egyszerűen azt mondani, hogy az a „nem jog” világa. Lehetséges azonban olyan megközelítés is, hogy jog a nem jogászok által felfogott jog is, ami más szóval nem a pozitív, hanem a természetes jog. Itt olyan felfogáshoz jutunk, amelynek révén nem okozhat gondot a jogon kívüli elemek beemelése a jogfogalomba.

A nem jogászok által megközelített jog létjogosultsága abból adódik, hogy a társadalmi valóság maga is többféleképpen árnyalható. Lehetséges például egy arisztotelészi hagyományt követni, és akkor a tárgyi valóságot analizáló tudós elme a tapasztalattól jut el a fogalmi meghatározásokig. Lehetséges azonban olyan út is, amikor valaki az affektusok (érzelmek, indulatok) hatására jut el az értelemig, egy platóni hagyományt követve, aki költőiséggel telíti az értelmet a visszaemlékezés (ἀνάμνησις – anamnészisz) folyamatában. A bennünket körülvevő világ nemcsak monologikus és statikus módon, egyjelentésű értékek révén ragadható meg, hanem a világ sarkai többféle pozícióból is kimozdíthatók.

GELLÉRNÉ LUKÁCS ÉVA*

AZ EGYENLŐ BÁNÁSMÓD, A NEM DISZKRIMINATÍV AKADÁLYOK ÉS AZ INTÉZMÉNYESÍTETT JOGVÉDELEM FEJLŐDÉSE A SZEMÉLYEK SZABAD MOZGÁSA TERÜLETÉN

Nincs arról vita, hogy a személyek szabad mozgása területén a jogi fejlődés a diszkrimináció tilalmának elvén és az azzal egyenértékű egyenlő bánásmód előírásán alapul, amelyet az Európai Unió Bíróságának jogfejlesztő tevékenysége bontott ki.¹ Ugyancsak nem vitatott, hogy egy másik elv is kifejlődött az egyenlő bánásmód talaján, nevezetesen a szabad mozgás tiltott akadályának fogalma.² Ez a két bástya védte a személyek szabad mozgásának elvét az uniós jogban, és évtizedekig hatékonyan védte a szabad mozgók jogait. A cikk célja, hogy pillanatfelvételt készítsen a korábbi, mérföldkőnek számított jogesetek és az Európai Bíróság újabb ügyeinek fényében, a foglalkoztatás területére összpontosítva. Ezenkívül a cikk az elemzés új dimenziójának bevonására is vállalkozik, olyan kezdeményezések bemutatásával, amelyek a jogok jobb érvényesítésére és fokozottabb védelmére irányulnak. Ezeket intézményesített jogvédelemnek (támogató tevékenységeknek) nevezzük, amikor különféle intézmények programokon és tevékenységeken keresztül támogatják a szabad mozgást, szemben az előző fogalmakkal (egyenlő bánásmód és tiltott nem diszkriminatív akadályok), ahol a közös nevező inkább a jogok garantálása az Európai Bíróság által, az uniós jog megsértésének kimondásával és jogorvoslat biztosításával.

1. EGYENLŐ BÁNÁSMÓD

Az egyenlő bánásmód terén a szabályozás középpontjában az EUMSZ. 18. cikkében hangsúlyozott generális állampolgárságon alapuló megkülönböztetés tilalma áll. A szabály a fogadó tagállamban biztosít belföldi jogegyenlőséget a többi tagállam állampolgárának és családtagjának.³ Az EUMSZ 18. és 45. cikkei⁴ kifejezet-

* PhD, egyetemi adjunktus, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 1053 Budapest, Egyetem tér 1–3. E-mail: gellernelukacs.eva@ajk.elte.hu.

¹ GELLÉRNÉ LUKÁCS ÉVA: *Munkavállalás az Európai Unióban* (Budapest: KJK-Kerszöv 2004); SOMSSICH Réka: *Az európai jog fogalmai* (Budapest: ELTE ÁJK 2011); Joanna APAP: *Freedom of Movement of Persons* (The Hague: Kluwer Law International 2002).

² KIRÁLY Miklós (szerk.): *Az Európai Unió gazdasági joga I.* (Budapest: ELTE Eötvös Kiadó 2012) 77–158.

³ David A.J.G. DE GROOT „Free Movement of Dual EU Citizens” *European Papers* 2018/3. 1075–1113.; GYENEY Laura: Kettős állampolgárság az Európai Unió erőterében *Iustum Aequum Salutare* 2013/2. 157–169.

⁴ Az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés (EUMSZ).

ten tiltják a megkülönböztetést a személyek szabad mozgása területén. A vonatkozó másodlagos jogi instrumentumok⁵ kötelezik a tagállamokat, hogy biztosítsanak egyenlő bánásmódot területükön a más tagállami polgároknak és családtagjaiknak.⁶ A korábban hatályos jogszabályok és az azokat felváltó jogszabályok szövegszerűen ugyanazokat a rendelkezéseket tartalmazzák. Az Európai Bíróság (EuB) kiterjedt joggyakorlatot fejlesztett ki az EUMSZ és a fent említett rendeletek alapján. Mivel a korábbi és a jelenleg hatályos jogi eszközök megfelelnek egymásnak, a régi és az új szabályozási keretből fakadó ítélkezési gyakorlat is változatlanul alkalmazandó.

1.1. A KÖZVETLEN DISZKRIMINÁCIÓ TILALMA

Az EUMSZ rendelkezései következetesen tiltják a diszkriminációt. A másodlagos jogforrások ugyanakkor nem a tiltást, hanem az egyenlő bánásmód biztosításának kötelezettségét helyezik előtérbe, mintegy szinonimaként használva a diszkrimináció tilalmát és az egyenlőség megteremtését.⁷ Az EuB is ugyanolyan értelmezést ad e fogalmaknak: „Az EUMSZ 45. cikk (2) bekezdése az állampolgárság alapján történő minden megkülönböztetést tilt a tagállamok munkavállalói között a foglalkoztatás, a javadalmazás, valamint az egyéb munka- és foglalkoztatási feltételek tekintetében. A 492/2011 rendelet 7. cikkének (1) bekezdése mindössze a hátrányos megkülönböztetésnek az EUMSZ 45. cikk (2) bekezdésben foglalt tilalmának elvét fejt ki egyedi jelleggel a foglalkoztatási és munkafeltételekre vonatkoztatva, és ezért azt ugyanúgy kell értelmezni, mint ez utóbbi cikket”.⁸

Az egyenlő bánásmóddal kapcsolatos jogirodalom széleskörű, a vonatkozó uniós jogszabályokkal és az EuB joggyakorlatával sok mű foglalkozik.⁹ Két EuB-esetet említek az egyenlő bánásmód illusztrálására, egyet a régmúltból, egyet pedig a közelmúltból.

Az 1973-as francia Tengeri Munkatörvénykönyvvel kapcsolatos ügyben arról kellett döntenie, hogy összeegyeztethető-e az uniós joggal, hogy a francia hajók legénységének 3:1 arányban francia állampolgárokból kell állniuk.¹⁰ Az Európai Bizottság

⁵ 492/2011/EU rendelet, 2004/38/EC irányelv és 883/2004/EK rendelet.

⁶ 492/2011/EU rendelet 7. cikke, 2004/38/EK irányelv 3. cikke és 883/2004/EK rendelet 3. cikke.

⁷ 492/2011/EU rendelet 1 (1) cikk: „(1) A tagállamok állampolgárainak, lakóhelyükre való tekintet nélkül, joguk van arra, hogy egy másik tagállam területén munkát vállaljanak és munkát végezzenek az adott tagállam állampolgárainak foglalkoztatását szabályozó törvényi, rendeleti vagy közigazgatási rendelkezéseknek megfelelően”.

⁸ C-514/12. sz. *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH kontra Land Salzburg* ügy [ECLI:EU:C:2013:799], para. 23.

⁹ KIRÁLY Miklós: *Unity and diversity: the cultural effects of the law of the European Union* (Budapest: ELTE Eötvös Kiadó 2011) 304.; European Commission Analytical Report 2014 – The notions of obstacle and discrimination under EU law on free movement of workers, FreSso, December 2014; ZACCARIA, MÁRTON LEÓ, Egyenlő(tlen) munkáért egyenlő(tlen) bér – az egyenlő munkáért egyenlő bér elvről másként, *Munkajog* 2019/2. 1–8.; STEVE PEERS: „Amending EU free movement law: what are the legal limits?” *New Europeans* 2014. november 25., <https://neweuropeans.net/article/534/amending-eu-free-movement-law-what-are-legal-limits>.

¹⁰ 167/73. sz. *Bizottság kontra Francia Köztársaság* ügy [ECLI:EU:C:1974:35].

szerint ezen előírások ellentétesek voltak a Tanács 1612/68/EGK rendeletével, illetve a Szerződés 39. (jelenlegi 45.) cikkével. Az EuB megerősítette ezt az álláspontot, hivatkozva a *közösségi jog elsődlegességére* a nemzeti jogrendszerekkel szemben, konkrétan az említett cikk *közvetlen hatályára*, illetőleg a Tanács rendeletének *közvetlen alkalmazandóságára*. A döntés arra is kitért, hogy a munkaerő szabad mozgását – mint a négy alapszabadság egyikét – minden gazdasági területen, így a közlekedésben is érvényesíteni kell. A későbbi *Bizottság kontra Olaszország* ügyben az EuB megvizsgálta az Olasz Nemzeti Kutató Tanácsban dolgozók foglalkoztatási feltételeit.¹¹ Az olasz jog szerint azok a más tagállami állampolgárok, akik a Nemzeti Kutató Tanácsnak dolgoztak, csak határozott idejű szerződéssel dolgozhattak, és a szerződésük meghosszabbítása kétséges volt. Emellett, a nem olasz állampolgárok számára nem volt előléptetési lehetőség, és ez mind a fizetésüket, mind a későbbi nyugdíjukat negatívan befolyásolta. Az Európai Bíróság kimondta az olasz jog uniós joggal való összeegyeztethetlenségét, hiszen eltért a jogvédelem szintje az olasz és a nem olasz uniós polgárok esetében.

A közvetlen diszkriminációval kapcsolatos esetek száma nem jelentős, mert a tagállami jogalkotók tudatossá váltak e tekintetben, és igyekeznek elkerülni olyan jogszabályok elfogadását, amelyben egyértelműen a másik tagállami állampolgárokat hátrányba hozó rendelkezések vannak.

1.2. KÖZVETETT DISZKRIMINÁCIÓ

Az ítélezési gyakorlat nemcsak a közvetlen (nyílt), hanem a közvetett (rejtett) hátrányos megkülönböztetés tilalmát is rögzíti. Az EuB már 1973-ban kimondta, hogy a diszkrimináció tilalma a közvetett diszkriminációt is felöleli: *„Az egyenlőség elve nem korlátozódik a közvetlen diszkriminációra, hanem kiterjed a rejtett vagy közvetett diszkriminációra is.”*¹² A nyílt hátrányos megkülönböztetéshez képest, ahol a megkülönböztetés nyilvánvalóan az állampolgárság alapján történik, a rejtett hátrányos megkülönböztetés olyan nemzeti jogszabályokhoz kapcsolódik, amelyek első pillantásra állampolgársági szempontból semlegesek, de a valóságban és a gyakorlatban hátrányosan érintik a többi (más) tagállamok állampolgárait.

Az EuB uniós joggal ellentétesnek minősítette azt az osztrák szabályozást is, amely szerint valamely területi önkormányzat a kórházi munkavállalói által folyamatosan nála megszerzett szolgálati időt teljes mértékben figyelembe vette a magasabb fizetési fokozatba történő előrelépéshez, míg minden egyéb szolgálati időt csupán részben vett figyelembe.¹³ Általános élel megállapította, hogy *„az egyenlő bánásmód elve nem csupán az állampolgárságon alapuló, közvetlen hátrányos megkülönböztetést tiltja, hanem a hátrányos megkülönböztetés valamennyi leplezett*

¹¹ 225/85. sz. *Bizottság kontra Olaszország* ügy [ECLI:EU:C:1987:284].

¹² 152/73. sz. *Giovanni Maria Sotgiu kontra Deutsche Bundespost* ügy [ECLI:EU:C:1974:13].

¹³ C-514/12 *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH kontra Land Salzburg* ügy [ECLI:EU:C:2013:799].

formáját is, ezek ugyanis más megkülönböztető ismérvek alkalmazásával való-jában ugyanahhoz az eredményhez vezetnek.”¹⁴

Főszabály szerint tehát egy tagállam törvényi, rendeleti vagy közigazgatási rendelkezései, illetve közigazgatási gyakorlata nem alkalmazható diszkriminatívan.¹⁵ Mind a 1612/68/EGK rendelet, mind a 492/2011/EU rendelet lefekteti viszont, hogy ez „[...] nem vonatkozik a betölthető állás jellege miatt megkívánt nyelvismerettel kapcsolatos feltételekre”. Maga a másodlagos jog biztosít tehát lehetőséget *expressis verbis* megkülönböztetésre. A nyelvismeret követelményével az EuB először a 80-as években, a *Groener*-ügyben¹⁶ foglalkozott. Megerősítette, hogy csak az állás jellege által indokolt körben lehet megkülönböztetést alkalmazni.¹⁷ Ezt az érvelési vonalat vitte tovább a *Bizottság kontra Belgium* ügyben is 2015-ben.¹⁸ A belga jog előírta, hogy a felvételi versenyen való részvétellel jelentkező személy nyelvi ismereteit egyetlen, kizárólag Belgiumban kiállított oklevéllel igazolhatja. Az EuB kimondta, hogy a belga megsérti az egyenlő bánásmódot; a gyakorlatban hátrányos helyzetbe hozza az állásra jelentkezni kívánó más tagállami állampolgárokat.¹⁹

2. TILTOTT, NEM DISZKRIMINATÍV AKADÁLYOK

Az Európai Bíróság hamar szembesült azzal, hogy a diszkriminációra hivatkozás nem elegendő a szabad mozgás akadályainak lebontásához. Több olyan ügy került az Európai Bíróság elé, amelyek nem tartalmaztak állampolgárságon alapuló diszkriminatív elemet, mert saját állampolgár perelte saját államát vagy az ott honos egyesületet, viszont olyan tényállásokról szóltak, amelyek egyértelműen akadályozták a mozgásszabadságot. Az EuB ezért kifejlesztett egy új megközelítést, amelynek nem a saját és más tagállami állampolgárok közti különbségtétel volt az alapja, hanem a mozgásszabadság korlátozásának pusztá ténye, amely elegendő a közösségi (később uniós) joggal való összeegyeztethetlenség kimondásához. Ezekben az esetekben a szabály maga sérti az uniós jogot, függetlenül attól, hogy saját állampolgárra vagy másik uniós polgárra alkalmazzák. Az akadály ugyanakkor kimenthető, ha szükséges és arányos.²⁰

¹⁴ C-496/15 *Eschenbrenner*-ügy, para 35. (2017. március 2-i ítélet.) [ECLI:EU:C:2017:152].

¹⁵ 492/2011/EU rendelet 3. cikk (1) bekezdése.

¹⁶ C-379/87. sz. *Anita Groener kontra Minister for Education kontra City of Dublin Vocational Educational Committee* ügy [ECLI:EU:C:1989:599].

¹⁷ A kérdés bővebb elemzéséhez lásd: KIRÁLY Miklós: *Egység és sokféleség – Az Európai Unió jogának hatása a kultúrára* (Budapest: Új Ember 2007) 50–55.

¹⁸ C-317/14. *Bizottság kontra Belgium* ügy [ECLI:EU:C:2015:63] (5 February 2015). Case C-202/11. *Anton Las kontra PSA Antwerp NV* ügy [ECLI:EU:C:2013:239]. A munkaszerződés holland nyelvtől eltérő nyelven történő megfogalmazása a szerződés *ex officio* érvénytelenségét eredményezte, ami aránytalan volt.

¹⁹ *Ibid.*, paragraph 30.

²⁰ A jogirodalom széles körben foglalkozik ezen akadályok és a fordított diszkrimináció probléma-körével, ennek elemzésétől eltekintünk a cikk céljait szem előtt tartva. Lásd pl. Alina TRYFONIDOU: „Purely Internal Situations and Reverse Discrimination in a Citizens Europe: Time to »Reverse« Reverse Discrimination” *Legal Issues of Economic Integration* 2008/1. 43–67.

Az ilyen típusú ügyek első megjelenései az 1990-es években a külföldi akadémiai címekkel kapcsolatos *Kraus kontra Land Baden-Württemberg* ügy,²¹ illetve a sport – konkrétan a futball – témakörben a híres *Bosman*-ügy voltak.²² A *Kraus*-ügyben a német jog a külföldön szerzett akadémiai fokozatok használatát csak külön engedéllyel tette lehetővé, s az engedély nélküli használatot bűncselekménynek minősítette. A *Bosman*-ügyben pedig egy belga focista nem tudott elhelyezkedni Franciaországban egy átigazolási szabály miatt.

Ezekben az ítéletekben az EuB ugyanazt az érvelési vonalat követte. Leszögezte, hogy az akkori EKSz 39. (jelenlegi 45. cikk) minden olyan szabályt tilt, amely – még ha csak a jogszabályt elfogadó tagállam polgárai vonatkozásában is²³ – korlátozza a munkavállalás és a letelepedés szabadságát vagy e szabadságok gyakorlását megnehezíti, kivéve, ha az intézkedéseket a közérdek védelme indokolja. Az EuB nem a közvetett diszkrimináció tilalma alapján vizsgálta a kifogásolt intézkedéseket, hanem a Szerződés alkalmazását kiterjesztette minden olyan intézkedésre, amely gátolja a munkavállalók szabad mozgását az integráción belül. Később az EuB a kosárlabdával foglalkozó *Lehtonen*-ügyben²⁴ és az egyetemi tanárok különleges pótlékával kapcsolatos *Köbler*-ügyben is ugyanerre a következtetésre jutott.²⁵

A közelmúltban elfogadott *Bizottság kontra Ciprus* ügyben²⁶ is úgy találta az EuB, hogy a ciprusi jog ciprusi köztisztviselőkre alkalmazandó egyik szabálya ellentétes az uniós joggal. A ciprusi jog szerint a 45. életévét be nem töltött köztisztviselő, aki ciprusi közszolgálati állásáról lemond a célból, hogy egy másik tagállamban vagy uniós intézménynél végezzen kereső tevékenységet, elveszíti a jövőbeni nyugdíjjogosultságait a ciprusi közszolgálatban eltöltött szolgálati idő után. Az a ciprusi köztisztviselő viszont, aki úgy mond le állásáról, hogy szakmai tevékenységét továbbra is Cipruson végzi, megtartja nyugdíjjogosultságait. 45 év felett ilyen korlátozás nincs. Az EuB kimondta, hogy e rendelkezés hátrányosan érinti azokat a ciprusi állampolgárokat, akik mobil munkavállalóvá kívánnak válni más EU tagállamokban, azon munkavállalókkal szemben, akik kereső tevékenységüket kizárólag Cipruson végzik. Hangsúlyozta, hogy az EUMSZ általánosságban annak megkönnyítését szolgálja, hogy az uniós polgárok²⁷ az Unió egész területén bár-

²¹ C-19/92. sz. *Dieter Kraus kontra Land Baden-Württemberg* ügy, EBHT [1993] I-1663.

²² C-415/93 *Bosman*-ügy.

²³ A döntés tehát a Bíróság fordított diszkriminációval kapcsolatos álláspontjához – lásd: fordított diszkrimináció nemzetközi tényállás esetén – is adaléku szolgált.

²⁴ C-176/96, *Lehtonen és Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL kontra Fédération royale belge des sociétés de basketball ASBL (FRBSB)* ügy, ECLI:EU:C:2000:201.

²⁵ C-224/01. sz. *Gerhard Köbler kontra Osztrák Köztársaság* ügy [ECLI:EU:C:2003:513].

²⁶ C-515/14 *Bizottság kontra Ciprus* ügy.

²⁷ FARKAS Orsolya: „Az uniós polgárság növekvő jelentősége: a személyek szabad mozgását szabályozó új irányelv” in KIRÁLY Miklós (szerk.): *Európai jogi Tanulmányok* 7. (Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar Nemzetközi Magánjog és Európai Gazdasági Jogi Tanszék 2006) 23–32.; Nic SHUIBNE: „Limits rising, duties ascending: The changing legal shape of Union citizenship” *Common Market Law Review* 2015/4. 889–937.; KISS Lilla: „The optician’s dilemma: can all these lenses be polished into the same frame or do we need new frames, too? – Brexit: time to reform EU citizenship?” *Curentul juridic* 2019. 21–37.

milyen kereső tevékenységet folytathassanak, és azzal ellentétesek az ilyen intézkedések.²⁸

Az EuB általánosságban úgy ítélte meg, hogy az uniós jog megsértését nemcsak a fogadó tagállam követheti el az oda érkező más tagállami állampolgárok tekintetében, hanem egy kiindulási állam is (mint ebben az ügyben Ciprus), amely lehetetlenné vagy kevésbé vonzóvá teszi az uniós polgár számára más tagállamban a munkavégzést. Az uniós joggal való összeegyeztethetlenség alapja ezért nem a diszkrimináció, hanem maga a tény, hogy a nemzeti jog tiltott – aránytalan és szükségtelen – korlátozást valósít meg (minden más uniós ország polgárának szempontjából).

2.1. JOGSZERŰ AKADÁLYOK

A tiltott, nem diszkriminatív akadályok alóli kivétel – vagyis a megengedhető akadály – lehetősége volt a tárgya az *Olympique Lyonnais SASP*-ügynek.²⁹ Ebben az ügyben az EuB kimondta, hogy ha egy futball klub kinevel egy fiatal játékost, akkor megkövetelheti, hogy az vele kösse meg az első hivatásos szerződését, és ha erre nem hajlandó, arányos kártérítést követelhet. Az EuB szerint ez különösen a kisebb képző kluboknak fontos, és noha gátolja a szabad mozgást, állampolgársági diszkrimináció nélkül, mégis arányos lehet a célhoz képest a sport társadalmi jelentősége miatt.

Egy 2019-ben eldöntött ügyben is úgy ítélte meg az Európai Bíróság, hogy az osztrák szabályozás nem ellentétes a 7. cikk (1) bekezdésével.³⁰ Az volt a kérdés, hogy jogszerű-e, ha egy olyan munkavállalónak, aki összesen 25 szolgálati évvel rendelkezik, és ezeket az éveket nem ugyanannál az osztrák munkáltatónál töltötte le, csak öt hét fizetett éves szabadság jár, míg az olyan munkavállaló, aki a 25 éves munkaviszonyt ugyanannál az osztrák munkáltatónál töltötte, évenként hat hét fizetett szabadságra jogosult. Az Európai Bíróság megfelelőnek találta a nemzeti jogi rendelkezést. Nem találta bizonyítottnak, hogy a szabályozás különösen az osztrák munkavállalókat részesítette előnyben a más tagállamok állampolgárságával rendelkező munkavállalókkal szemben.³¹ Továbbá, nem találta tiltott akadálynak sem a szabályt; szerinte a szabályozás nem alkalmas arra, hogy visszatartsa a szabad munkavállalás jogának érvényesítésétől azokat az osztrák munkavállalókat, akik jelenlegi munkahelyük feladását fontolgatják, hogy egy másik tagállamba menjenek dolgozni.³²

Hasonlóan nem találta tiltott akadálynak azt a német szabályt sem az *Erzberger-ügyben*,³³ amely szerint csak a belföldön (Németországban) található telephelyek

²⁸ Ibid., para 39.

²⁹ C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP*, ECLI:EU:C:2010:143.

³⁰ C-437/17. sz. ügy, *Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH kontra EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH* (2019. március 13-án eldöntött ügy).

³¹ Ibid., para 28.

³² Ibid., para 40.

³³ C-566/15. sz. *Konrad Erzberger-ügy* (2017. július 18-i ügy).

munkavállalói rendelkeztek aktív és passzív választójoggal a TUI nevű idegenforgalmi cég felügyelőbizottsági tisztségviselő munkavállalóinak a megválasztásakor. Ezáltal a TUI csoport kb. 10 ezer nem németországi telephelyen foglalkoztatott munkavállalója nem szavazhatott, illetve, ezenkívül a TUI csoport összes, a csoport anyavállalatának felügyelőbizottsági tisztségviselő munkavállalójának meg kellett válnia e tisztségétől, amint egy másik tagállami leányvállalatnál vállalt munkát. Az Európai Bíróság kimondta, hogy az EUMSZ 45. cikk az ilyen eltávozó munkavállaló számára nem biztosítja a fogadó tagállamban az olyan munkafeltételekhez való jogot, amilyenekben a származási tagállamban részesült.³⁴ Tekintettel arra, hogy nincs az adott kérdésben uniós harmonizáció, Németország előírhatja, hogy a szabályok csak a területén található telephelyek munkavállalóira legyenek alkalmazhatók.³⁵ Ez a szabály nem minősült tehát a munkavállalók szabad mozgását korlátozónak.

Ide kapcsolható és magyar vonatkozása miatt különösen érdekes a magyar jog részét képező hallgatói szerződések ügye. A kérdés nem jutott el az EuB elé, azonban mindenképpen tanulságos a tiltott, nem diszkriminatív akadályok körében foglalkozni vele. Az ügy lényege, hogy a 2011-ben elfogadott új rendelkezések alapján Magyarországon állami költségtérítéses felsőoktatási képzésben csak úgy lehet részt venni, ha a diák hallgatói szerződést ír alá, amely szerint meghatározott ideig Magyarországon fog dolgozni a diploma megszerzése után. Az ügyet az Európai Diákunió (European Students Union) az Európai Bizottság elé vitte, arra hivatkozva, hogy a hallgatói szerződés maga ellentétes az uniós joggal.³⁶ Az Európai Bizottság illetékes biztosa ugyanakkor azt nyilatkozta, hogy ugyan lehetséges, hogy a munkaerőmozgás akadályát képezi ez a rendelkezés, de a szabad mozgásra vonatkozó szabályok szerint az ilyen típusú akadályok kimenthetőek, ha legitim célt követnek, valamint megfelelőek és arányosak a célhoz képest.³⁷ A magyar konstrukciót az Európai Bizottság a szükségessége és arányossága alapján ítélte meg, amelynek végül az lett az eredménye, hogy a magyar szabályt az uniós joggal összhangban lévőnek találta. Ennek legfőbb oka, hogy a konstrukció állampolgárság alapján nem diszkriminatív. Ezen felül önkéntes is, van releváns alternatíva a diák számára, amely terheiben hasonló, ha a diák később mégis másutt akar dolgozni: ez az önköltséges forma. Továbbá, az indokokat – így a jövőbeni munkavégzés hosszát a visszafizetés lehetőségével együtt – arányosnak fogadták el, illetve azt a magyarázatot is, hogy nincs enyhébb eszköz a diplomások Magyarországon tartásának elérésére.

A magyar ügy nagyon hasonlított a korábban említett *Olympique Lyonnais SASP*-ügyre (C-325/08), hiszen párhuzamot lehetett vonni a kiképzett focista és a kiképzett egyetemi hallgató között, ugyanakkor kétségtelen, hogy voltak a konstrukciónak – hasonlóan az *Olympique Lyonnais*-ügyhöz – a jövőbeni munkavégzést akadályo-

³⁴ Ibid., para 35.

³⁵ Ibid., para 37.

³⁶ Lásd: <https://www.esu-online.org/?news=commission-replies-to-esu-on-restriction-of-freedom-for-state-funded-students-in-hungary>.

³⁷ The European Commission's reply to the urgent letter from the European Students' Union (ESU) on the new Hungarian Higher Education bill, dated 22 March 2012.

zó elemei. Hasonlított a *Bressol*-ügyre is, amelyben az Európai Bíróság – az egészségügyi szektorban – elfogadta azt az érvelést, hogy a közegészségügy indokolhatja a diákok összetételének optimalizálását, ha a veszélyt megfelelően igazolja a tagállam.³⁸ Noha akadálynak tekinthetjük a magyar hallgatói szerződést, az akadály kimenthetőnek bizonyult, az Európai Bizottság nem indított kötelezettségszegési eljárást Magyarországgal szemben, így az EuB nem tudott foglalkozni az ügygel.³⁹

Jól látszik, hogy az akadályok koncepciója elterjedt a köztudatban, valamint azt az EuB is folyamatosan fejleszti. Az esetek rámutatnak arra a mezsgyére, amelyen belül az akadály szükségesnek és arányosnak tekinthető, tehát kimenthető az uniós jog szemszögéből. Ugyanakkor látni kell, hogy adott esetben nehéz helyzetben van a nemzeti jogalkotó is, amikor olyan társadalmi nyomást kell kezelnie, mint a *Bressol*-ügyben a hazai orvos utánpótlás biztosítása vagy a magyar ügyben a magasabb bérek által gerjesztett folyamatos agyelszívás. Ilyenkor előfordulhat, hogy jogszabályi szinten kell beavatkozni egy megfelelő társadalmi egyensúly létrehozása vagy fenntartása érdekében.⁴⁰

3. INTÉZMÉNYESÍTETT JOGVÉDELEM

Az EU-jog fő fejlődési irányát a 2000-es évekig meghatározta az előző pontokban jelzett két mérföldkő: egyrészt az egyenlő bánásmód biztosításának igénye, másrészt a nem diszkriminatív akadályok leküzdése. Ugyanakkor, egyre több olyan megfigyelés látott napvilágot, amelyből kirajzolódott, hogy a mozgásszabadság jogával élők többsége kiszolgáltatott, ezért a két fő jogi koncepció sem elégséges. Az EU 2004. május 1-jei jelentős (főként közép-kelet-európai országokat érintő) bővítése még jobban ráirányította a figyelmet ezekre a kihívásokra, például arra, hogy a mobil személy nem feltétlenül ismeri megfelelő szinten a fogadó ország nyelvét, szabályait, kultúráját, és ebből hátránya származik. Az EU népessége megnőtt, közel 510 millió főre, heterogénebb lett, a különböző vonzások és taszítások hatására a mobil munkavállalók száma is növekedni kezdett. A legfrissebb (2018-as) belső munkaerőmozgásról szóló EU jelentés⁴¹ szerint 15 millió mobil munkavállaló élt a szabad mozgás jogával. A jelentés ugyanakkor hangsúlyozta, hogy a mobilitás fő területét még mindig a szakképzetlen munkavállalókat alkalmazó, jelentős munkaigényű szektorok adják, úgymint feldolgozás, raktározás, nagy- és kiskereskedelem. A jelentés szerint a szakképtelenséghez gyakran a nyelvtudás hiánya is társul, a mobil munkavállalók legnagyobb része ezért sérülékeny személynek tekinthető.

³⁸ C-73/08. sz. *Nicolas Bressol és társai* ügyében 2010. április 13-án hozott ítélet.

³⁹ Van olyan szakirodalmi álláspont, amely szerint „kétséges, hogy a kötelező hallgatói szerződés kiállná az Európai Bíróság által alkalmazott arányossági tesztet”. Lásd: LÁNCOS Petra Lea: „A kötelező hallgatói szerződések értékelése az uniós jog szemszögéből” *Pázmány Law Working Papers* 2011/39., <http://plup.eu/docs/wp/2012/2012-1>.

⁴⁰ HUNGLER Sára: „Nemzeti érdekek és szociális integráció az Európai Unióban” *Állam- és Jogtudomány* 2018/2. 36–52.

⁴¹ 2018 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8174&furtherPubs=yes>.

Nem véletlen, hogy tíz évvel a közép-kelet európai csatlakozás után, 2014. április 16-án elfogadtak egy új uniós irányelvet, a 2014/54/EU irányelvet, ami a munkavállalók szabad mozgásával összefüggésben a munkavállalóknak biztosított jogok gyakorlását megkönnyítő intézkedésekkel foglalkozik.⁴² Ahogy azt az irányelv preambuluma leírja, hiába biztosít egyenlő bánásmódot és számos kifejezett jogot a Szerződés 45. cikke és a 492/2011/EU rendelet, a szabad mozgás tényleges érvényesítése továbbra is nagy kihívást jelent. Az irányelv szerint „*A jog és annak gyakorlati alkalmazása között tehát szakadék tátong, ezért ezzel a kérdéssel foglalkozni kell*”.⁴³ Az irányelv fő célja tehát a sérülékeny személyek védelmének intézményesített megerősítése, konkrét szabályokat irányoz elő. Ennek több pillérét is szabályozza az irányelv, legfontosabbként a hatékonyabb jogi védelem biztosítását. Bevezeti az *actio popularis* elvét, miszerint „*az egyesületeket és a jogi személyeket – a szociális partnereket is beleértve – fel kell hatalmazni arra, hogy a tagállamok által meghatározott módon az állítólagos sértett nevében vagy érdekében, annak jóváhagyásával részt vegyenek az eljárásokban*”.⁴⁴ Az irányelv előírja, hogy kapcsolattartó pontokat kell kijelölni, amelyek feladata, hogy megossza a lényeges információkat a más tagállami kapcsolattartó szervekkel, illetve segítséget adjon a hozzá forduló mobil munkavállalónak, adott esetben szociális partnernek vagy a munkavállalót képviselő szervezetnek, egyesületnek. A tagállamoknak tehát meg kell határozniuk, hogy az uniós polgárok – munkavállalók, tanulók és frissen végzett diplomások, továbbá munkáltatók –, valamint a szociális partnerek és más érdekelt felek hogyan juthatnak könnyen elérhető, megfelelő információhoz.⁴⁵

3.1. EURÓPAI MUNKAÜGYI HATÓSÁG

Az Európai Munkaügyi Hatóság létrehozásának tervét 2017-ben jelentette be Jean-Claude Juncker elnök, miszerint „*egy új európai vizsgálati és jogérvényesítési szerv útján biztosítani kell a munkavállalói mobilitásra vonatkozó összes uniós szabály tisztességes, egyszerű és hatékony érvényesülését*.” A konkrét jogalkotási javaslat 2018. március 13-án jelent meg és 2019. július 11-én 2019/1149/EU rendeletként került kihirdetésre.⁴⁶ A Hatóság létrehozásának célja, hogy „*a Hatóságnak segítenie kell a tagállamokat és a Bizottságot az információhoz való hozzáférés javításában, a munkaerő-mobilitással kapcsolatos uniós jog következetes, hatékony és eredményes, Uniós-szerte történő alkalmazása és érvényesítése során a szabálykövető magatartás és a tagállamok közötti együttműködés támogatásában, és a szociális biztonsági rendszerek Unión belüli koordinálásában, valamint viták*

⁴² HL L 128, 2014.4.30.

⁴³ Ibid., 6. preambulumbekkezdés.

⁴⁴ Ibid., para 15.

⁴⁵ Ibid., para 23.

⁴⁶ Az Európai Parlament és a Tanács (EU) 2019/1149 rendelete (2019. június 20.) az Európai Munkaügyi Hatóság létrehozásáról, a 883/2004/EK, a 492/2011/EU és az (EU) 2016/589 rendelet módosításáról, valamint az (EU) 2016/344 határozat hatályon kívül helyezéséről (HL L 186, 11.7.2019, 21–56.).

esetén közvetítő szerepet kell betöltenie és elő kell segítenie a viták megoldását". Világosan látható a feladatok három fő pillére:

– javítani az információhoz való hozzáférést a munkaerő-mobilitás és a szociális biztonsági rendszerek koordinálásának területével összefüggő jogokra és kötelezettségekre vonatkozóan a munkáltatók és a munkavállalók vonatkozásában; ennek megalapozásához a Hatóság elemzéseket és kockázatértékelést végez a határokon átnyúló munkaerő-mobilitás kérdéseivel kapcsolatban;

– a tagállamok vonatkozásában támogatni a nemzeti hatóságok közötti, határokon átnyúló esetekben folytatott együttműködést, amelynek kettős célja a munkaerő-mobilitás segítése és ezzel párhuzamosan a jogszerű foglalkoztatási szabályok betartása és betartatása, ennek keretében a Hatóság támogatja a tagállamokat a be nem jelentett munkavégzés elleni küzdelemben;

– ellátni a közvetítő (mediációs) szerepet a nemzeti hatóságok közötti, határon átnyúló viták és munkaerőpiaci zavarok esetén.

Egy kérdéskörre utalnék kifejezetten. Ez a Rendelet 8. cikkében említett összehangolt és közös ellenőrzések koordinációja és támogatása. Eszerint egy vagy több tagállam kérésére a Hatóság a hatáskörébe tartozó területeken összehangolt vagy közös ellenőrzéseket koordinál és támogat. A Hatóság saját kezdeményezésére maga is javasolhatja az érintett tagállamok hatóságainak, hogy végezzenek összehangolt vagy közös ellenőrzést, de erre csak az érintett tagállamok egyetértésével kerülhet sor. Ez azt jelenti, hogy egy határon átnyúló kérdést érintő ügyben, ilyen például a kiküldetés, ahol fontos mind a kiküldő vállalkozás, mind a fogadó vállalkozás szerepe, a tagállamok közös munkaügyi ellenőrzés lefolytatása mellett dönthetnek. Az ellenőrzés hatókörét és célját, a Hatóság személyi állományának részvételére vonatkozó rendelkezéseket pedig a részt vevő tagállamok és a Hatóság között létrejövő megállapodásban rögzítik. A Hatóság az érintett tagállamok kérésére stratégiai, logisztikai és technikai támogatást, valamint adott esetben jogi iránymutatást nyújt az összehangolt vagy közös ellenőrzést végző tagállamok számára, beleértve a fordítási és tolmácsolási szolgáltatásokat is. Az ellenőrzés eredményéről az azt végző tagállam az ellenőrzés lezárulta után hat hónappal jelentést tesz a Hatóságnak. Mindezen tapasztalatokat a Hatóság felhasználhatja a későbbiekben, éves jelentésében említheti, hozzájárulva az európai munkaerőpiac jobb megértéséhez és működéséhez.

Továbbá, a Hatóság számos korábbi szakmai bizottság feladatát elvégzi, amelyek a Hatóság működésének megkezdésekor megszűnnek. Ilyen a 492/2011/EU rendelet alapján létrehozott, a munkavállalók szabad mozgásával foglalkozó szakmai bizottság, a 2009/17/EK bizottsági határozattal létrehozott, a munkavállalók kiküldetésével foglalkozó szakértői bizottság⁴⁷ valamint a 2016/344/EU határozattal létrehozott, a be nem jelentett munkavégzéssel foglalkozó platform.⁴⁸ A Hatóság

⁴⁷ A Bizottság 2009/17/EK határozata (2008. december 19.) a munkavállalók kiküldetésével foglalkozó szakértői bizottság felállításáról (HL L 8., 2009.1.13., 26.).

⁴⁸ Az Európai Parlament és a Tanács (EU) 2016/344 határozata (2016. március 9.) a be nem jelentett munkavégzés kezelésére irányuló együttműködés erősítését célzó európai platform létrehozásáról (HL L 65., 2016.3.11., 12.).

igazgatótanácsa dönthet úgy, hogy szakosodott munkacsoportokat vagy szakértői bizottságokat hoz létre, tehát minden olyan funkciót továbbvihet, amelyet fontosnak tart. A munka világát érintő diskurzusokat maga irányíthatja, dönthet arról, hogyan kívánja kanalizálni az információt és elkerülni a duplikációt.

4. KÖVETKEZTETÉSEK

A cikk célja az Európai Bíróság joggyakorlata fejlődésének vázaltszerű áttekintése volt a munkaerő szabad mozgása területen. Mindenekelőtt meg kell jegyezni, hogy a terület az egyenlő bánásmód szempontjából nagyon különleges. Sem a Szerződésben foglalt jogalap, sem a munkavállalók szabad mozgására vonatkozó rendeletek rendelkezései nem változtak az elmúlt 60 évben. Szöveg szerint az 1612/68/EGK rendelet, amelyet azóta felváltott a 492/2011/EU rendelet, ugyanazt tartalmazza a munkavállalók és családtagjaik szabad mozgási jogairól (ideértve a munkavállalók gyermekeivel szembeni egyenlő bánásmódot is az oktatáshoz való hozzáférés tekintetében). Ebben a jogi környezetben az Európai Bíróság ítélkezési gyakorlata is szervesen fejlődhetett, és stabil iránytűként szolgál a mai napig. Töretlen ívű fejlődésről, mélyüléstről, kiterjedt értelmezésről beszélhetünk tehát.

Az Európai Bíróság az egyenlő bánásmódról szóló ítéletei az EU-n belüli munkavállalás területén ugyanazt a mintát követik az 1970-es évek óta: következetesen védik a mobil munkavállalókat és családtagjaikat a közvetlen és a közvetett megkülönböztetéssel szemben. Szigorúan uniós joggal ellentétesnek nyilvánítják tehát nemcsak az állampolgársági alapú megkülönböztetést megvalósító, hanem azokat a nemzeti rendelkezéseket is, amelyek ugyan egyformán alkalmazandóak a saját és a többi tagállam állampolgáira, de a gyakorlatban hátrányos helyzetbe hozzák más tagállamok állampolgárait, amennyiben munkát vállalnak vagy ellátásokat igényelnek.⁴⁹

Az egyenlő bánásmód ugyanazt a bánásmódot jelenti, akkor is, ha ez negatív következményekkel jár a mobil munkavállaló számára. A legutóbbi *Tarola-ügyben* egy olyan személy hivatkozott uniós szabad mozgási jogainak megsértésére, aki csak két hétig dolgozott egy másik tagállamban, amely időtartam viszont a nemzeti jog értelmében nem jogosította fel ellátásokra vagy támogatásokra.⁵⁰ Az Európai Bíróság szerint megvalósult az egyenlő bánásmód: „amennyiben a nemzeti jog a szociális ellátásokhoz való jogosultságból kizárja azokat a személyeket, akik munkavállalóként vagy önálló vállalkozóként csak rövid ideig folytattak kereső tevékenységet, e kizárás ugyanúgy vonatkozik a szabad mozgáshoz való jogukat gyakorló, más tagállami munkavállalókra”.⁵¹ Nemcsak az ellátások odaítélését, hanem az ellátásokból való kizárást is ugyanazon az alapon kell tehát megítélni. Az uniós polgárok ellátásokra való jogosultságának korlátozása csak akkor elfogadható, ha ugyanaz a korlátozás (feltétel) vonatkozik a fogadó állam állampolgáira is.

⁴⁹ C-317/17. *Bizottság kontra Belgium* ügy, ECLI:EU:C:2015:63, para. 30.

⁵⁰ C-483/17, *Neculai Tarola kontra Szociális védelmi miniszter* ügy (2019), ECLI:EU:C:2019:309.

⁵¹ *Ibid.*, para. 56.

Az Európai Bíróság az 1990-es években bevezette a nem diszkriminatív akadályok koncepcióját, ahol maga a nemzeti jogi rendelkezés akadályozza vagy nehezíti a munkavállalók szabad mozgását, függetlenül a munkavállalók állampolgárságától (tehát diszkrimináció hiányában). Vannak olyan megközelítések, amelyek a diszkrimináció és az akadály koncepcióinak közös nevezőjére összpontosítanak: „Az ítélkezési gyakorlatban a „megkülönböztetés” vagy az „akadályok / korlátozások” besorolást nem szabad túlzottan mereven kezelni. Fontos, hogy a szabálynak van-e hatása az Unión belüli migrációra. Ha az ilyen hatás megkülönböztetést vagy akadályt valósít meg, akkor a szabály jogszerűségét igazolni kell.”⁵² Lényeges mérlegelni az Unión belüli mobilitásra – ami csak arányos és szükséges korlátozásnak vehető alá – gyakorolt negatív hatást. A korlátozás igazolása – az ítélkezési gyakorlat szerint – csak akkor lehetséges, ha az közérdekű legitim célkitűzést követ, megfelelő e cél elérésének biztosításához, és nem haladja meg az eléréséhez szükséges mértéket.⁵³ Kétségtelen, hogy az Európai Bíróság kijelentette, hogy „ezen eltérésnek olyan értelmezést kell adni, amely a terjedelmét az érintett tagállam általános érdekei védelméhez szigorúan szükséges mértékre korlátozza”.⁵⁴ Az uniós polgárok uniós joggal való visszaélései kihívást jelentenek a nemzeti hatóságok számára, szűk mezsgyén lehetséges megítélni nemcsak a tagállami korlátozások jogszerűségét, hanem az állampolgárok jogsértő magatartását is.⁵⁵

Az Európai Bíróság elé kerülő ügyek egyre bonyolultabbakká válnak. Az *Österreichischer Gewerkschaftsbund*-ügy jó példa erre.⁵⁶ Egy osztrák szabály a szerződéses alkalmazottak fizetési fokozatba sorolását szabályozta. Teljességgel beszámította az EGT tagállam, a Török Köztársaság vagy a Svájci Államszövetség valamelyik területi önkormányzatához vagy önkormányzati társulásához, az EU valamelyik intézményéhez vagy valamely, az Osztrák Köztársaság részvételével működő nemzetközi intézményhez és hasonlókhöz fűződő munkaviszony keretében teljesített korábbi szolgálati időt, azonban minden más, korábbi szolgálati időt csak megfelelő munkakör ellátása esetén számított be, összesen legfeljebb tíz év erejéig. A kezdetektől fogva egyértelmű volt, hogy a vitatott jogszabályok állampolgárság alapján történő megkülönböztetés nélkül alkalmazandók a szerződéses alkalmazottakra, vagyis a feltétel nem érintette jobban a más tagállamokból származó munkavállalókat.⁵⁷ Az egyetlen megkötés az volt, hogy állami szervnél kellett korábban szolgálati időt szerezni, ezt viszont szakmai okokból írták elő. Az Európai Bíróság

⁵² European Commission: *Analytical report* 2014. 6–7.

⁵³ C-212/06, *Government of the French Community and Walloon Government* [2008] ECR I-1683, para. 55., Tóth Judit: „Közérdek az Európai Bíróság előtt” *Európai Tükör* 2007/1. 31–58. ILLÉS Sándor: „Elderly immigration to Hungary” *Migration Letters* 2005/2. 64–169.

⁵⁴ C-270/13, *Iraklis Haralambidis v Calogero Casilli*, ECLI:EU:C:2014:2185, paragraph 59.

⁵⁵ Tótrös Ágnes: „A közrendre, közbiztonságra veszélyesség uniós szabályozása a legális migráció területén” *Pécsi Határőr Tudományos Közlemények* 2012. 285–297.; SZABADOS Tamás: „National Courts in the Frontline: Abuse of Rights under the Citizens’ Rights Directive” *Utrecht Journal of International and European Law* 2017/85. 84–102.

⁵⁶ C-24/17. sz. *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Öffentlicher Dienst kontra Republik Österreich* ügy [ECLI:EU:C:2019:373].

⁵⁷ *Ibid.*, paras. 72., 75.

mindezek ellenére uniós joggal ellentétesnek ítélte az osztrák megkötést, mert alkalmas volt arra, hogy visszatartsa a szabad mozgáshoz való joguk gyakorlásától azokat a mobil munkavállalókat, akik nem állami szervnél teljesítettek vagy teljesítettek szolgálati időt.⁵⁸ Noha lehet jutalmazni egy adott területen szerzett tapasztalatot a fizetési politikában, ez a megoldás nem volt arányos az Európai Bíróság szerint.

A régóta érlelt, átfogó szabályozás ellenére az uniós polgárok továbbra is gyakorlati problémákkal nézhetnek szembe szabad mozgáshoz való joguk gyakorlása során. A fő cél ezért a jogszabályok és azok gyakorlati alkalmazása közötti távolság csökkentése. Kiemelt prioritás azoknak az eszközöknek a megerősítése, amelyek megkönnyítik a jogszabályok végrehajtását a gyakorlatban, valamint, hogy segítséget nyújtsanak a mobil személyeknek vagy a jövőben a szabad mozgáshoz való joguk gyakorlását tervező személyeknek. Az Európai Munkaügyi Hatóság létrehozása mérföldkőnek tekinthető ezen a téren. Az intézményesített jogvédelem szerepe várhatóan növekszik majd a jövőben, ugyanakkor az egyenlő bánásmód megsértésével és a tiltott akadályokkal kapcsolatos ügyek sem tűnnek el az Európai Bíróság ítélkezési gyakorlatából.

⁵⁸ Ibid., para 82.

JAKAB ANDRÁS*

MIT TEHET AZ ALKOTMÁNYJOG A DEMOKRÁCIA ÉS A JOGÁLLAMISÁG ERÓZIÓJA ELLEN? A DEMOKRÁCIA ÉS A JOGÁLLAMISÁG VÉDELME NEK ELVÁLASZTHATATLANSÁGÁRÓL**

A demokrácia és a jogállamiság a világ számos államában leépülőben van, köztük az Európai Unió több tagállamában is. Ennek okai sokrétűek, és a gazdasági és kommunikációs technológiai okoktól a geopolitikai okokig terjednek. Az egykori szocialista országok EU-csatlakozásainak konkrétan megvalósult formái is (paradox módon) végső soron kontraproduktívak voltak a demokrácia és a jogállamiság szempontjából a kérdéses országokban. Az alkotmányjog számos olyan szabályozási megoldást ismer, amelyek ezeket a tendenciákat megelőzhetik, illetve legalább tompíthatják és lassíthatják. A hagyományos alkotmányjogi felfogás szerint a jogállam a demokráciát védi, amely mechanizmus azonban az ilyen eróziós helyzetekben csak igen korlátozottan működőképes. Részben a viszony épp fordított: a demokratikus váltógazdálkodás biztosítja a jogállamiságot. A jogállamiság védelme az erózióval ezért önmagában, a demokratikus váltógazdálkodás folyamatainak védelme nélkül nem lehetséges.

1. A DEMOKRÁCIA ÉS A JOGÁLLAMISÁG ERÓZIÓJA

Az elmúlt évek során megtapasztalhattuk, hogy a demokrácia és a jogállamiság a világ számos országában,¹ köztük az Európai Unió több tagállamában is leépülőben van.² Az attól való félelem, hogy ezek a jelenségek a stabil alkotmányos demokráciákban is előfordulhatnak, a tudományos és közéleti diskurzusban egyaránt megjelent.³

* Egyetemi tanár, Salzburgi Egyetem, 5020 Salzburg, Kapitelgasse 4–6.; tiszteletbeli kutató, Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kar, 1088 Budapest, Szentkirályi u. 28–30.; külső kutató, Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet, 1097 Budapest, Tóth Kálmán u. 4. E-mail: andras.jakab@sbg.ac.at.

** A kéziratához fűzött kritikái megjegyzéseikért köszönettel tartozom Lando Kirchmairnak, Sebastian Krempelmeiernek, Konrad Lachmayernek, Lánkos Petra Leának, Stefan Martininek, Valerie Schwarzernek, Sonnevend Pálnak, Michael Thalernek, Tölgyessy Péternek, Török Bernátnak, Mathias Voglnak, Ewald Wiederinnnek és az anonim lektoroknak. A tanulmány a 2019. április 9-én a Salzburgi Egyetemen tartott székfoglaló előadásom írott változata. A szöveget németből és angolból magyarra fordította Lánkos Petra Lea, a hivatkozásokat az *Állam- és Jogtudomány* formai követelményeihez igazította Papp Katalin.

¹ Mark A. GRABER et al. (szerk.): *Constitutional Democracy in Crisis?* (New York: Oxford University Press 2018).

² András JAKAB – Dimitry KOCHENOV (szerk.): *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance* (Oxford: Oxford University Press 2017); Armin VON BOGDANDY – Pál SONNEVEND (szerk.): *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area* (Oxford–Portland: Hart 2015).

³ Edward LUCE: *The Retreat of Western Liberalism* (New York: Atlantic Monthly Press 2017); Yasha MOUNK: *The People vs Democracy. Why Our Freedom is in Danger and How to Save It* (Cambridge,

Ezeket a jelenségeket nevezik „illiberális” fordulatnak,⁴ alkotmányosság-tagadó populistá visszarendeződésnek,⁵ a liberális alkotmányosság hanyatlásának,⁶ de-demokratizációnak,⁷ a jogállamiság visszaesésének,⁸ az alkotmányos normák lebomlásának,⁹ a demokrácia és az alkotmányosság erőzójának,¹⁰ a demokrácia visszafejlődésének,¹¹ a demokrácia pusztulásának¹² és demokratikus dekonszolidációnak.¹³ Valamennyi megközelítés közös pontja, hogy a demokrácia és a jogállamiság leépülését „lassú, fokozatos erőziónként” írják le (ellentétben a klasszikus szükségállapotok központi témáját adó gyors, puccsszerű, erőszakos hatalomátvételekkel).¹⁴ Az erőzóra napjainkban számos példát hozhatunk: Magyarországtól és Lengyelországtól

Mass.: Harvard University Press 2018); Aziz HUQ – Tom GINSBURG: „How to Lose a Constitutional Democracy” *California Law Review* 2018. 78.; Klaus F. GÄRDITZ – Maximilian STEINBEIS: „Die meisten Dinge, die in Polen und Ungarn gelaufen sind, könnten ohne weiteres hier auch passieren” *VerfBlog verfassungsblog.de/die-meisten-dinge-die-in-polen-und-ungarn-gelaufen-sind-koennen-ohne-weiteres-hier-auch-passieren*; Dalibor ROHAC: „Czech Republic and Slovakia flirt with authoritarianism” *Financial Times* 2018. március 27.; Yasha MOUNK – Roberto FOA: „The End of the Democratic Century. Autocracy’s Global Ascendance” *Foreign Affairs* 2018/May-June. 29–36.; Cass SUNSTEIN: *Can It Happen Here? Authoritarianism in America* (New York: Harper Collins 2018). A demokrácia mérésére szakosodott svéd V-Dem Intézet 2020-as jelentése szerint Magyarország az első EU-tagállam, amely már nem tekinthető demokráciának, lásd *V-Dem Democracy Report 2020* (Gothenburg: V-Dem 2020) 4., 9., 13.

⁴ A fogalom eredetéhez lásd Fareed ZAKARIA: „The Rise of Illiberal Democracy” *Foreign Affairs* 1997/November-December. 22–43.

⁵ Wojciech SADURSKI: „How Democracy Dies (in Poland). A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding” *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* 18/01, további hivatkozásokkal.

⁶ Grażyna SKAPSKA: „The Decline of Liberal Constitutionalism in East Central Europe” in Peeter VIHALEMM et al. (szerk.): *The Routledge Handbook of European Social Transformations* (New York: Routledge 2018) 130–146.

⁷ Matthijs BOGAARDS: „De-democratization in Hungary. Diffusely defective democracy” *Democratization* 2018. 1481–1499.

⁸ Laurent PECH – Kim Lane SCHEPPELE: „Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2017. 3–47.

⁹ David CHAFETZ – Josh POZEN: „How constitutional norms break down” *UCLA Law Review* 2018. 1435–1459.

¹⁰ POGANY István: „The Crisis of Democracy in East Central Europe. The ‚New Constitutionalism’ in Hungary.” *European Public Law* 2013. 341–367.

¹¹ Gero ERDMANN – Marianne KNEUER (szerk.): *Regression of Democracy? Sonderheft Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft* (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2011) 7.

¹² Tom G. DALY: „Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field” *The Hague Journal of the Rule of Law* 2019. 9–36.

¹³ Roberto S. FOA – Yascha MOUNK: „The Danger of Deconsolidation. The Democratic Disconnect” *Journal of Democracy* 2016. 5–17.; Paul HOWE: „Eroding Norms and Democratic Deconsolidation” *Journal of Democracy* 2016. 15–29.

¹⁴ A demokrácia megszűnésének különféle módzataihoz lásd Aziz HUQ – Tom GINSBURG: „How to Lose a Constitutional Democracy” *California Law Review* 2018. 78–169.; Milan SVOLIK: „Which Democracies Will Last? Coups, Incumbent Takeovers, and the Dynamic of Democratic Consolidation” *British Journal of Political Science* 2015. 715–738.; Jack M. BALKIN: „Constitutional Crisis and Constitutional Rot” *Maryland Law Review* 2017. 147–160. A demokrácia bukásának átfogó tipológiájához lásd Michael COPPEDGE: „Eroding Regimes. What, Where and When?” *V-Dem Institute Working Paper* 2017/57., valamint Vilde L. DJUVE et al.: „Patterns of Regime Breakdown since the French Revolution” *V-Dem Institute Working Paper* 2018/69.

Indonézián és Törökországon át Nicaraguáig, Kolumbiáig, vagy éppen Braziliáig és Ecuadorig.¹⁵

Klasszikus katonai puccsok egyre ritkábban fordulnak elő.¹⁶ Nyíltan demokrácia-ellenes természetüknél fogva az ilyen erőszakos hatalomátvételekre rossz szemmel néznek (és ha mégis nagyritkán előfordulnak, akkor esetenként éppen a demokrácia nevében folyamodnak ehhez, ld. pl. a 2016-os, kudarcba fulladt török puccsot). A diktátor-aspiránsok mindent elkövetnek, hogy elkerüljék ezeket, ehelyett inkább azt a technikát választják, hogy fokozatosan, kis lépésekben bontják le a demokrácia és a jogállamiság garanciáit, ügyelve arra, hogy ne egyszerre hívják ki az ellenállást.¹⁷ Számos metaforát ismerünk e folyamat leírására, kezdve a lassan forralt békától (amelyik azért marad a vízben, mert csak apránként nő a víz hőmérséklete, mire már túl késő volna kiugrania)¹⁸ a báránybőrbe bújt farkasig (ahol az autokrata mindaddig demokratának adja ki magát, amíg már a továbbiakban nem kell alakoskodnia).¹⁹ Ez utóbbira egy ismert példa Erdogan, aki – még Isztambul főpolgármestereként – így fogalmazott: „A demokrácia olyan, mint a villamos. Addig utazol rajta, amíg meg nem érkezel, és aztán kiszállsz.”²⁰

Jelen írás a demokrácia alatt egy olyan rendszert ért, amelyet az alábbi tulajdonságok *egyszerre* jellemeznek: (1) néhány éves időszakonként megrendezett, tiszteséges és szabad választások, (2) általános és egyenlő választójog, (3) annak a reális (tényleges és jogi) lehetősége, hogy a hivatalban lévő kormány a választásokon megbukjon, (4) a választóknak valódi esélyük és jogszabályban biztosított lehetőségeik vannak arra, hogy információhoz jussanak a kormány teljesítményével kapcsolatban. A jogállamiság pedig *egyszerre* jelenti (1) mindazt, amit rendszerint formális jogállamisággal szoktak jelölni (így különösen a kiszámíthatóságot, hatékonyságot, világosságot), valamint annak (2) materiális elemeit (hatalmi ágak szétválasztása és az alapvető jogok védelme – a jogszabályok szintjén és ténylegesen is). A fenti definíciókból világosan kitűnik, hogy mindkét fogalomnak ténybeli és jogi összetevői is vannak. Természetesen a demokráciát és jogállamiságot nem csak így tudjuk meghatározni; a fenti munka-definíciók csupán a jelen írásban kifejtendő érvek kifejtését szolgálják. A jogállamiság és a demokrácia fogalmáról a viták végeláthatatlanok (amelyek nem témái ennek az írásnak), és ugyan szakirodalmi konszenzus

¹⁵ Zachary ELKINS: „Constitutional Crisis in Historical Perspective” in GRABER (1. lj.) 58. További alkotmánytörténeti esetek, ahol drámai romlás következett be (külföldi megszállás nélkül): Argentína az 1930-as években, Németország 1933, Ausztria 1933, Észtország 1933–34, Lettország 1934, Uruguay 1968–1973, Chile 1973, India 1975, Sri Lanka 1980, Suriname 1980, Fidzsi 1987 és 2000, Gambia 1994, Ukrajna 1999, Oroszország 2000, Fülöp-szigetek 2004–2005, Macedónia 2010 és 2012, Mexikó 2013–2014. COPPEDGE (14. lj.) 8., Gero ERDMANN: „Decline of Democracy. Loss of Quality, Hybridisation and Breakdown of Democracy” in Gero ERDMANN – Marianne KNEUER (szerk.): *Regression of Democracy?* (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2011) 21.

¹⁶ Anna LÜHRMANN – Staffan I. LINDBERG: „A third wave of autocratization is here: what is new about it?” *Democratization* 2019. 1095–1113.

¹⁷ Tom GINSBURG – Aziz Z. HUQ: *How to Save a Constitutional Democracy* (Chicago: University of Chicago Press 2018) 76.

¹⁸ SADURSKI (5. lj.) 76.

¹⁹ GINSBURG (17. lj.) 77.

²⁰ Ozan O. VAROL: „Stealth Authoritarianism in Turkey” in GRABER (1. lj.) 339.

ezeokról a kérdésekről nincs (és nem is várható), de az itteni meghatározások egyúttal megfelelnek egyes tipikus, bevett szakirodalmi megközelítéseknek is (ti. schumpeteri hagyományba illeszkedő demokrácia-fogalom, materiális jogállam-fogalom).²¹

Jelen írás fő tézise az, hogy a jogállamiság és a demokrácia nem csupán kiegészítik egymást, és nem csupán közös elemeik vannak (pl. politikai jogok védelme), hanem egyenesen elválaszthatatlanok, olyannyira, hogy a demokrácia védelme a jogállamiság védelme nélkül nem valósulhat meg (és fordítva). Ennek megfelelően a demokrácia, valamint a jogállamiság védelmét szolgáló mechanizmusok hatásai végső soron összefonódnak.²²

2. MIÉRT ALAKUL KI AZ ERÓZÍÓ? MULTIKAUZALITÁS ÉS RIZIKÓFAKTOROK

A politikatudományi szakirodalom több különböző gazdasági, politikai és társadalmi tényezőt ismer, amelynek destabilizáló hatása lehet egy demokráciára.²³ A szegényebb, alacsony GDP-vel rendelkező országoknak nehezebb egy stabil demokráciát kiépíteni.²⁴ Az egyéb rizikófaktorok között említhető még a gyenge államiság (*weak statehood*),²⁵ a Nyugattól való földrajzi távolság, a zárt rendszerű gazdaság,²⁶ valamint a kiterjedt korrupció.²⁷ A kockázatok azonban nem korlátozódnak a gazdasági tényezőkre: az olyan politikai és társadalmi tényezők, mint az etnikai ellentétek és feszültségek,²⁸ a gyenge civil társadalom,²⁹ a racionális, szekuláris érté-

²¹ A jogállam és a demokrácia definiálásának dilemmáiról és a könyvtárnyi szakirodalmi viták főbb irányairól lásd JAKAB András: *Az európai alkotmányjog nyelve* (Budapest: NKE 2016) 121–144. és 171–200.; Jorger MÖLLER – Erik-Sven SKAANING: *Requisites of Democracy. Conceptualization, Measurement, and Explanation* (New York: Routledge 2011) további részletes hivatkozásokkal.

²² A jogállam és a demokrácia közti kauzális összefüggésekről lásd Roberto RIGOBON – Dani RODRIK: „Rule of Law, Democracy, Openness. And Income. Estimating Interrelationships” *National Bureau of Economic Research Working Paper* 10750 (2004).

²³ Ellen LUST – David WALDNER: „Unwelcome Change. Understanding, Evaluating, and Extending Theories of Democratic Backsliding” *USAID* 2015/21. 93–113.; Axel HADENIUS – Jan TEORELL: „Cultural and Economic Prerequisites of Democracy” *Studies in Comparative International Development* 2005. 87–106.; Daron ACEMOGLU – Jane A. ROBINSON: *Economic Origins of Dictatorship and Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press 2009).

²⁴ Michael BERNHARD et al.: „Economic Performance and Survival in New Democracies. Is There a Honeymoon Effect?” *Comparative Political Studies* 2003. 404–431.

²⁵ Dan SLATER et al.: „Economic Origins of Democratic Breakdown? The Redistributive Model and the Postcolonial State” *Perspectives on Politics* 2014. 353–374.

²⁶ Dani RODRIK: „Populism and the economics of globalization” *Journal of International Business Policy* 2018. 12–23.

²⁷ Eleanor KNOTT: „Perpetually „partly free”. Lessons from post-soviet hybrid regimes backsliding in Central and Eastern Europe” *East European Politics* 2018. 355–376.

²⁸ Kanchan CHANDRA: „Ethnic parties and democratic stability” *Perspectives on Politics* 2005. 235–252.; Steven FISH – Matthew KROENIG: „Diversity, Conflict and Democracy. Some Evidence from Eurasia and East Europe” *Democratization* 2006. 828–842.; Shujit CHOUDHRY (szerk.): *Constitutional Design in Divided Societies* (Oxford: Oxford University Press 2008). A nemzetiségi/faji megosztottság és a gazdasági motivációk közti összefüggésekre a Holokauszt kapcsán lásd Götz ALY: *Hitlers Volksstaat* (Frankfurt am Main: S. Fischer 2005).

²⁹ Michael BERNHARD et al.: „Institutional Subsystems and the Survival of Democracy. Do Political and

kek, valamint az önmegvalósítás értékének elutasítása,³⁰ az iszlám vallás dominanciája,³¹ valamint a politikai szereplők szélsőséges politikai beállítottsága³² egyaránt veszélyt jelenthetnek. Ezzel szemben a polgári engedetlenség és a békés tüntetések elfogadottsága,³³ továbbá a brit gyarmati múlt (szemben a franciával)³⁴ is erősíti a demokrácia stabilitását. Egy jól működő demokrácia (melyre jellemző az elszámoltathatóság horizontális viszonylatban, vagyis a hatalommegosztás; a hatékony politikai részvétel; valamint a hatékony politikai verseny) kevesebb ösztönzőt ad a demokráciát romboló magatartásra (következésképpen a demokrácia eróziója is kevésbé valószínű a jól működő jogállami demokráciákban, mint a hibrid rezsimekben).³⁵ Azt is tudjuk, hogy minél idősebb demokráciáról van szó,³⁶ minél bársonyosabb az átmenet,³⁷ és minél erősebb a többpártrendszer,³⁸ annál valószínűbb, hogy az a jövőben is stabil marad. Ebből a szempontból jelentősége van annak is, hogy az állam formális alkotmányát milyen körülmények között fogadták el (így különösen annak, hogy minél több politikai erőt bevonjanak az alkotmányozás folyamatába).³⁹

Civil Society Matter” *V-Dem Institute Working Paper* 2015/4; Agnes CORNELL: „Civil Society, Party Institutionalization, and Democratic Breakdown in the Interwar Period” *V-Dem Institute Working Paper* 2016/24.

³⁰ Ronald INGLEHART – Christian WELZEL: „Changing Mass Priorities. The Link between Modernization and Democracy” *Perspectives on Politics* 2010/8. 551–567.

³¹ Egy empirikus kvantitatív elemzéshez ld. M. Steven FISH: „Islam and Authoritarianism” *World Politics* 2002. 4: „A muszlim társadalmak nem hajlamosabbak a politikai erőszakra; és nem is kevésbé „szekulárisak”, mint a nem muszlim társadalmak; és a személyközi bizalom sem szükségszerűen alacsonyabb a muszlim társadalmakban. De egy tényező segít magyarázni a demokratikus deficitet: a nők alárendeltsége.” Szakirodalmi áttekintésekhez ld. Jean B. ELSHTAIN: „Religion and Democracy” *Journal of Democracy* 2009. 5–17.; Raymond HINNEBUSCH: „Authoritarian persistence, democratization theory and the Middle East” *Democratization* 2006. 373–395.

³² Scott MAINWARING – Annibal PÉREZ-LIÑÁN: *Democracies and Dictatorships in Latin America. Emergence, Survival, and Fall* (Cambridge: Cambridge University Press 2014).

³³ Timothy SNYDER: A zsarnokságról. Húszeck a huszadik századból [ford. L’HOMME Ilona] (Budapest: 21. Század Kiadó 2017).

³⁴ A brit gyarmati múlt pozitív hatásaihoz lásd Steven C. POE et al.: „Repression of the Human Right to Personal Integrity Revisited. A Global Cross-National Study Covering the Years 1976–1993” *International Studies Quarterly* 1999, 291–313.

³⁵ Annibal PÉREZ-LIÑÁN – Scott SMIT: „Democratic quality and democratic survival” in Luca TOMINI – Guliana SANDRI (szerk.): *Challenges of Democracy in the 21st Century* (London: Routledge 2018) 72–87.

³⁶ Lásd SADURSKI (5. l.) 63.: minél fiatalabb egy demokrácia, annál valószínűbb, hogy vissza fog csúszni autokráciába; hasonló tézisekhez lásd Bojan BUGARIĆ: „A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe” *International Journal of Constitutional Law* 2015. 219–245.; valamint Matej AVBELJ: „The sociology of Slovenian constitutional democracy” *The Hague Journal of the Rule of Law* 2017. 35–37.; vagy épp a legitimitáció hiányáról és a gyenge intézményekről fiatal demokráciákban lásd Ethan B. KAPSTEIN – Nathan CONVERSE: „Why Democracies Fail” *Journal of Democracy* 2008. 57–68.

³⁷ Steven LEVITSKY – Lucan WAY: „The Myth of Democratic Recession” *Journal of Democracy* 2015. 45–58.

³⁸ Michael BERNHARD et al.: „Institutional Subsystems and the Survival of Democracy. Do Political and Civil Society Matter?” *V-Dem Institute Working Paper* 2015/4; Agnes CORNELL et al.: „Civil Society, Party Institutionalization, and Democratic Breakdown in the Interwar Period” *V-Dem Institute Working Paper* 2016/24.

³⁹ Jennifer WIDNER: „Constitution Writing in Post-Conflict Settings” *William and Mary Law Review* 2008. 1513–1541.; Zachary ELKINS: *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge: Cambridge University Press 2009).

Az elmúlt néhány évben számos egyéb rizikófaktor súlyosbodásának is tanúi lehetünk. Önmagában a különböző rizikófaktorok egyike sem döntő. Vagyis nem lehet rámutatni egyetlen rizikófaktorra, mint az erózió okára, hiszen a demokrácia és a jogállamiság eróziójának többes oka van, és leginkább a valószínűségek megnöveléséről van szó. Nincsenek tehát fekete-fehér helyzetek, és nincs egyetlen fő ok, amelyre minden visszavezethető.

(1) A demokrácia és a jogállamiság kitaró és erőteljes társadalmi támogatottsága nélkül ezek stabilitása nem garantálható. Több felmérés is világosan megmutatta, hogy éppen ez az a támogatottság, amely az utóbbi néhány évtizedben gyengült.⁴⁰ Egy politikai rendszer bukását általában az azt megalapozó értékek társadalmi támogatottságának hiányára vezetik vissza. A Weimari Köztársaság kapcsán erre utal a közismert (bár túlzó és leegyszerűsítő, de egyes aspektusokat találóan megragadó) aforizma: „respublika volt republikánusok nélkül, demokrácia demokraták nélkül”.⁴¹ A támogatottság csökkenésének is több oka lehet:

(1.1) A gyenge vagy negatív gazdasági növekedés (válság) köztudottan káros a demokráciára (vö. az 1929 és 1933 közötti nagy gazdasági világválság hatása Németországban). A 2008-as gazdasági válság senkit sem hagyott érintetlenül.⁴² Azon túl, hogy életszínvonal-csökkentő hatásaik miatt közvetlenül rontják a stabilitást, ezek a válságok a (rég) politikai elit (intellektuális) képességeibe vetett bizalmat is rombolják. Az olyan alternatív politikai rendszerek, mint Kína gazdasági sikereiről szóló híradásokkal együtt ezek a jelenségek egyre nagyobb kétségeket ébreszthetnek a nyugati demokratikus politikai berendezkedés hatásosságával kapcsolatban.

(1.2) Az elmúlt néhány évtizedben a politikai elit értékrendje elszakadt a társadalom egyéb rétegeinek értékrendszerétől (ennek számos társadalmi oka van, így például a politikai elit életstílusának globalizációja, a növekvő gazdasági egyenlőtlenségek, valamint a középosztály több országban is megfigyelhető lesüllyedése, illetve fogyatkozása).⁴³ A politikai elit átalakult értékeitől (így különösen a szexuális, vallási és nemzeti identitással kapcsolatos értékektől)⁴⁴ való elidegenedés is aláásta az irántuk érzett bizalmat.⁴⁵ Ez gyakran a politikai elit által támogatott „jogállamisági projektbe” vetett bizalmat is csökkenti, különösen akkor, ha ez a projekt a jog eszkö-

⁴⁰ Jan TEORELL – Axel HADENIUS: „Democracy without democratic values. A rejoinder to Welzel and Inglehart” *Studies in Comparative International Development* 2006. 95–111.; FOA–MOUNK (13. lj.) 5.; Paul HOWE: „Eroding Norms and Democratic Deconsolidation” *Journal of Democracy* 2016. 15–29.; általában az intézmények és a kultúra kölcsönösen egymásra gyakorolt hatásairól lásd Alberto ALESSINA – Paola GIULIANO: „Culture and Institutions” *Journal of Economic Literature* 2015. 898–944.

⁴¹ LUKÁCS György: *Az ész trónfosztása* (Budapest: Akadémia 31965) 58.

⁴² Adam PRZEWORSKI et al: „What Makes Democracies Endure?” *Journal of Democracy* 1996, 39.

⁴³ Lásd az OECD vonatkozó jelentését erről a kérdéstről: *Under Pressure. The Squeezed Middle Class* (Paris: OECD 2019).

⁴⁴ Christopher LASCH: *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy* (New York: Norton 1995) 27.

⁴⁵ Pippa NORRIS – Ronald INGELHART: *Cultural Backlash: Trump, Brexit and the Rise of Authoritarian Populism* (Cambridge: Cambridge University Press 2018). A vidéki és a városi lakosság közti konfliktusról lásd pl. Catherina J. CRAMER: *The Politics of Resentment. Rural Consciousness in Wisconsin and the Rise of Scott Walker* (Chicago: University of Chicago Press 2016).

zével akar egy új értékrendet érvényre juttatni. Ahogyan azt Rosalind Dixon nemrégiben megállapította, nagyon is valószínű, hogy részben éppen a „globális közjog”, illetve az „alapjogi forradalom” is hozzájárult az általunk is tapasztalt erózióhoz.⁴⁶

(1.3) Az identitással kapcsolatos, fent említett változások mellett azt is érdemes megemlíteni, hogy ebben az évtizedben távoznak a világháborús generáció utolsó tagjai az élők sorából, illetve a világháború után született generáció éppen most megy nyugdíjba. Ezek a generációk még megbecsülték a jogállamiság és a demokrácia áldásos hatásait. A történelmi tapasztalat nagy ellenállóképességet és éles veszélyérzetet nevelt beléjük.

(2) Nem hagyhatunk figyelmen kívül bizonyos, a politikai eliten belül lezajló változásokat sem. A második világháború óta eltelt idő előrehaladtával a politikai elit egyre kisebb jelentőséget tulajdonít a történelmi tapasztalatoknak, következésképpen a *politikai elit tagjai közötti konszenzus* is egyre inkább letűnőben van: az az igény, hogy soha többé ne ismétlődjék meg a *közös traumánk*, már nem része a köztudatnak. Számos tanulmány arra a megállapításra jut (különösen az USA-val kapcsolatban, de más államok tekintetében is), hogy a politikai elit ideológiai szempontból ma sokkal polarizáltabb, mint akár 30 vagy 40 évvel ezelőtt.⁴⁷ Mark Tushnet szavazásával a politikai elit polarizációja egyfajta „alkotmányos durváskodáshoz” (*constitutional hardball*) vezet (ami úgy sérti meg a politikai kultúra informális szabályait és szokásait, hogy közben szigorú értelemben véve jogellenességet nem követ el).⁴⁸ Ha az alapvető kérdésekben sincs egyetértés a politikai elit tagjai között, akkor egy liberális demokrácia működésképtelen.⁴⁹ Ahol ilyen konszenzus nem létezik, az ellenzék elleni korábban illegitimnek és autoriternek tekintett lépések is elfogadhatóvá válnak.⁵⁰

(3) Paradox módon éppen az uniós tagság volt az egyik tényező, ami több volt szocialista államban is a demokrácia gyengüléséhez vezetett. Ez több különböző mechanizmus összjátékának volt köszönhető.

(3.1) Már egy ideje gyanítható, hogy a jelentős természeti erőforrások előfordulása, pl. az olaj és az abból származó bevétel az autokratikus rezsim megerősödésének kedvez: az autokrácia természetszerűen gyenge gazdasági teljesítményét⁵¹ ugyan-

⁴⁶ Rosalind DIXON: „Global public law scholarship and democracy” *International Journal of Constitutional Law* 2018. 1049–1064., további hivatkozásokkal.

⁴⁷ Tom GINSBURG et al.: „The Coming Demise of Liberal Constitutionalism” *The University of Chicago Law Review* 2018. 239–255.; Stephan HAGGARD – Robert R. KAUFMANN: „Inequality and Regime Change. Democratic Transitions and the Stability of Democratic Rule” *American Political Science Review* 2012. 495–516.

⁴⁸ Mark V. TUSHNET: „Constitutional Hardball” *John Marshall Law Review* 2004. 523–553.

⁴⁹ John HIGLEY – Michael BURTON: *Elite Foundations of Liberal Democracy* (Lanham: Rowman & Littlefield Publishers 2006).

⁵⁰ Lásd Steven LEVITSKY – Daniel ZIBLATT: *How Democracies Die* (New York: Crown 2018) 21–24. a politikai ellenfél legitimitásának megkérdőjelezéséről és az erőszak bátorításáról (tolerálásáról) mint az erózió szimptomáiról.

⁵¹ A jogállamiság pozitív gazdasági hatásaihoz lásd Lers P. FELD – Stefan VOIGT: „Judicial Independence and Economic Growth. Some Proposals Regarding the Judiciary” in Roger D. CONGLETON – Brigitta SWEDENBORG (szerk.): *Democratic Constitutional Design and Public Policy* (Cambridge, Mass.: MIT Press 2006) 285–235.

is az olajból származó bevételek elfedik.⁵² A különböző EU-s pénzalapok hasonló szerepet játszanak az új tagállamok életében.

(3.2) Egy még nem kellően stabil demokrácia esetén veszélyes lehet a demokratikus és jogállamisági sztenderdek betartására irányuló nyomás eltűnése is.⁵³ Márpedig éppen ez volt a helyzet az EU-ba újonnan felvett tagállamokkal, ugyanis a *csatlakozás utáni* eszközök sokkal gyengébbek, mint a *csatlakozás előtti*ek. Vagyis, ha egy állam már csatlakozott az Unióhoz, akkor alig van eszköz arra, hogy nyomást gyakoroljanak rá, és megköveteljék vagy kikényszerítsék a demokratikus vagy jogállamisági sztenderdek betartását. A társadalmak autokratikus hajlamai olyanok, mint az alkoholizmus: habár elméletben lehetséges, hogy egyedül is megszabadulhatnak függőségüktől, rendszerint külső segítségre vagy nyomásra van szükség, hiszen a tapasztalatok szerint komoly a visszaesés veszélye (*intézményi alkoholizmus*).⁵⁴ Amennyiben elfogadjuk az EU-tagállamok egyenlőségét (és arra törekszünk, hogy hosszú távon megszüntessük a régi és új tagállamok között fennálló különbségeket), akkor ebből az is következik, hogy azonos (szükség esetén új) felügyeleti mechanizmusokat kell működtetni valamennyi tagállammal szemben. Ezért mindaddig, amíg a régi tagállamok a saját demokráciájukat és jogállamiságukat nem hajlandók megmérteni az EU-val, addig nem lesz megoldás erre a problémára.

(3.3) Mivel könnyű Nyugat-Európába költözni (példának okáért Ausztriában professzori állást vállalni), azok az állampolgárok, akik nyugatias értékeket vallanak, könnyebben elhagyják hazájukat (agyelszívás), távozásukkal pedig sajnos gyengül ezeknek az értékeknek a politikai ereje. Így még könnyebbé válik a jogállamiság és a demokrácia lebontása.

(4) A technikai és tudományos fejlődés is kihívást jelenthet a demokrácia számára.

(4.1) Ugyan elsöre meglepő lehet, de tulajdonképpen meggyőző gondolat, hogy a politikai mozgósítást szolgáló technológiák és a politikai marketing fejlettsége valójában a demokrácia stabilitását kezdhetik ki. Minden társadalomnak vannak olyan rétegei, melyek már több évtizede kimaradtak a demokratikus folyamatokból. Ezek a csoportok leginkább akkor kapcsolódnak *hirtelen* vissza a politikai folyamatokba, amikor feldühödnek, vagy sikeresen feldühítik őket. Céljuk lehet például, hogy megszabaduljanak a régi politikai garnitúrától.⁵⁵ Meg akarják bosszulni a vélt igazságtalanságokat és a politikusok alkalmatlanságát. Ezt akár annak árán is megpróbálhatják, hogy a saját közvetlen érdekeik *ellenében* cselekszenek, ahogyan azt például a

⁵² Michael L. Ross: „Does Oil Hinder Democracy?” *World Politics* 2011. 325–361.; Thad DUNNING: *Crude Democracy. Natural Resource Wealth and Political Regimes* (Cambridge: Cambridge University Press 2008); Stephen HABER – Victor MENALDO: „Do natural resources fuel authoritarianism? A reappraisal of the resource curse” *American Political Science Review* 2011. 1–26.

⁵³ Anna LÜHRMANN: „Democracy Aid to Different Regime Types and Democracy Sectors” *V-Dem Institute Working Paper* 2017/40.

⁵⁴ JAKAB András: „Institutional Alcoholism in Post-socialist Countries and the Cultural Elements of the Rule of Law. The Example of Hungary” in Antonina BAKARDJEVA ENGELBREKT – Xavier GROUSSOT (szerk.): *The Future of Europe* (Oxford: Bloomsbury 2019) 209–248. Magyarul: JAKAB András: „Miért nem működik jól a magyar jogrend és hogyan javíthatjuk meg?” *MTA Law Working Papers* 2018/1. 9.

⁵⁵ Nancy BERMEO: *Ordinary People in Extraordinary Times. The Citizenry and the Breakdown of Democracy* (Princeton: Princeton University Press 2003).

Brexit-népszavazás is közismerten mutatta. Röviden fogalmazva: egyszerűen nem igaz az a megközelítés, hogy minél inkább részt vesznek az állampolgárok a demokratikus folyamatokban, az annál inkább hasznára válna a demokratikus értékeknek.

(4.2) A meghatározó kommunikációs technológiák, valamint a lakosság hírolvasási szokásai mindig is hatással voltak a politikai berendezkedésre.⁵⁶ A nyomtatott sajtó hozta el a XVIII. és a XIX. század polgári forradalmait, és fasizmus se lett volna rádió nélkül. Manapság a Facebook, Google és más ingyenes oldalak vesznek részt a politikai tudatformálásban, alakítják át a politikai tér szerkezetét és annak szabályait.⁵⁷ Ezek az új szabályok nem kedveznek az érdekmérlegelésekre és a deliberációra alapozó nyugati demokratikus hagyományok fennmaradásának.

(5) Köztudott, hogy a terroristatámadások mindig veszélyesek: és itt nem csupán a terrortámadás közvetlen, tragikus következményeiről van szó, hanem az alapjogvédelem szintjének csökkenéséről és akár bizonyos demokratikus mechanizmusok felfüggesztéséről.⁵⁸ A terrortámadásokat a demokráciaellenes erők saját érdekeik előmozdítására használhatják fel. Az elmúlt két évtized New York-i, londoni, madridi és párizsi terrortámadásai több nyugati államban is a jogállamiság szintjének ilyen értelemben vett enyhe csökkenésével járt.

Egy népszerű, de téves (rész)magyarázat szerint a demokrácia és a jogállamiság leépítése a (nemzeti⁵⁹ vagy szupranacionális⁶⁰) bürokrata-technokrata döntéshozók növekvő politikai szerepvállalásának köszönhető. E téves magyarázat szerint ma már olyannyira egyértelmű a racionális döntéshozatal által megkívánt döntés (vagyis nincsenek már opciók), hogy az esetlegesen elégedetlen választók szükségszerűen az irracionális és populista eszméket választják (dühből vagy azért, mert a racionális megoldások nagyobb terhekkel járnának). Az újgenerációs politikusok egy része valóban a szakértőket (pl. a makroöngazdászokat és alkotmányjogászokat) teszi meg bűnbakká. A gond azonban nem az, hogy nincs elegendő politikai irány, amiből választhatunk. Inkább az a helyzet, hogy megváltozott a lehetőségek választéka, és bár az továbbra is széles, az a tény, hogy bizonyos politikai opciók (gazdasági vagy jogi okokból) már nem szerepelnek rajta, nem magyarázat arra, hogy miért vett új irányt a politikai diskurzus. Ezek a nézetek nem azért nem élveznek támogatást, mert a bürokraták vagy a szakértők megpuccsolták volna a politikusokat, hanem azért, mert a politikai opció-listák változtak meg. Ez utóbbi pedig csupán a fentiekben körvonalazott egyéb folyamatok mellékterméke.⁶¹

⁵⁶ John MARKOFF: *Waves of Democracy. Social Movements and Political Change* (Boulder: Paradigm Publishers 1996) 46.

⁵⁷ Timothy SUMMERS: „Facebook is killing democracy with its personality profiling data” *The Conversation* 2018 theconversation.com/facebook-is-killing-democracy-with-its-personality-profiling-data-93611; Richard R. HASEN: „Cheap Speech and What It Has Done (to American Democracy)” *First Amendment Law Review* 2018. 200–233.; David RUNCIMAN: *How Democracy Ends* (New York: Basic Books 2018).

⁵⁸ Benedikt GODERIS – Mila VERSTEEG: „Human Rights Violations after 9/11 and the Role of Constitutional Constraints” *Journal of Legal Studies* 2009. 131–164.

⁵⁹ Yasha MOUNK: „The Undemocratic Dilemma” *Journal of Democracy* 2018. 98–112.

⁶⁰ Peter MAIR: *Ruling the Void: The Hollowing Out of Western Democracy* (London: Verso 2013).

⁶¹ Aziz Z. HUQ – Tom GINSBURG: „Democracy without Democrats” *Constitutional Studies* 6 (2020) 166–188., kül. 170.

3. A DEMOKRÁCIA ÉS A JOGÁLLAM LEÉPÍTÉSÉNEK TIPIKUS LÉPÉSEI

A demokráciát az erózió eszközeivel kiüresítő politikusok demokratikus úton kerülnek hatalomra. Van, amikor a változás jogszabályi módosításokban ölt testet, máskor a tisztségviselők *de facto* magatartása és/vagy politikai retorikája tükrözi azt. Ezeket a (szinte) teljesen jogszerű⁶² változásokat gyakran technokrata reformoknak álcázzák,⁶³ ezzel is megnehezítve annak felismerését, hogy mi is történik valójában.⁶⁴ Összességében, valamint az adott társadalmi és politikai kontextusban azonban ezek a lépések tudatosan károsítják a demokráciát és a jogállamiságot.⁶⁵ Az alábbi tipikus lépésekről van szó:⁶⁶

(1) Az első lépés rendszerint a jogállamiság és a régi politikai elit elleni populista *retorika* kialakítása, az új retorika normalizálásának szándékával. Jan-Werner Müller definíciója alapján a populizmus két elven alapul: az antipluralizmus erkölcsiségén (azaz a populista politikus az, aki a „valódi” népet, az „igaz” nemzetet képviseli), valamint a nép formátlan akaratán (azaz kizárólag a populista politikus ismeri a nép vagy a nemzet akaratát, sőt, már akkor is, ha az még semmilyen eljárási formában sem öltött testet).⁶⁷ A populista politikus azt állítja: a nép, a nemzet nevében szól. Azt sugallják (vagy inkább mondják), hogy csak ők képesek átvágni a gordiuszi csomót, egyszerűen megoldani bonyolult társadalmi problémákat, ez igazolja számukra az írott és íratlan politikai szabályok áthágását. Mindannyiszor, amikor a hatalmon lévő politikusok jogállamiság-ellenes retorikához nyúlnak (látszólag a demokrácia védelmében, de természetesen csak populista értelemben), azt figyelemztető jelnek kell tekinteni, még a szilárd demokráciákban is.⁶⁸

⁶² Kim L. SCHEPPELE: „Autocratic Legalism” *The University of Chicago Law Review* 2018. 545–583.; Pál SONNEVEND et al.: „The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics. The Basic Law of Hungary” in Armin VON BOGDANDY – Pál SONNEVEND (szerk.): *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area* (Oxford: Hart Publishing 2015) 33–109.

⁶³ A szándékolt „többértelműség és hihető tagadhatóság” (‘ambiguity and plausible deniability’) trükkjeihez lásd Erica FRANTZ – Andrea KENDALL-TAYLOR: „The Evolution of Autocracy. Why Authoritarianism Is Becoming More Formidable?” *Survival: Global Politics and Strategy* 2017. 57–68.

⁶⁴ Ozan VAROL: „Stealth Authoritarianism” *Iowa Law Review* 2015. 1673–1742.; David LANDAU: „Abusive Constitutionalism” *UC Davis Law Review* 2013. 189–260.

⁶⁵ Az elemenként való különszemlélés hibájához (‘fallacy of decomposition’) lásd Mark V. TUSHNET: „Authoritarian Constitutionalism” *Cornell Law Review* 2015. 391–461.; hasonló szellemben az egyes intézkedések egymást erősítő összhatásáról (‘interaction effects’) lásd Kim L. SCHEPPELE: „The Rule of Law and the Frankenstate. Why Governance Checklists Do Not Work” *Governance* 2013. 559–562.

⁶⁶ GINSBURG–HUQ (17. lj.) 72–73., 104, 116. Ezeknek a lépéseknek hasonló, humoros leírásaiért lásd pl. Randall WOOD – Carmine DELUCA: *The Dictator’s Handbook: A Practical Manual for the Aspiring Tyrant* (s.l.: Gull Pond Books 2012); Bruce BUENO DE MESQUITA – Alistair SMITH: *The Dictator’s Handbook. Why Bad Behavior is Almost Always Good for Politics* (New York: PublicAffairs 2011); André DE GUILLAUME: *How to Rule the World. A Handbook for the Aspiring Dictator* (Chicago: Chicago Review Press 2003).

⁶⁷ Jan-Werner MÜLLER: *Mi a populizmus?* [ford. KONOK Péter] (Budapest: Libri 2018).

⁶⁸ Stefan RUMMENS: „Populism as a Threat to Liberal Democracy” in Cristóbal RIVIRA KALTWASSER et al. (szerk.): *The Oxford Handbook of Populism* (Oxford: Oxford University Press 2017) 554–570.

(2) Egy másik tipikus, de az alkotmányjogászok által sajnos nem kellő súllyal kezelt kérdés, a *végrehajtó hatalmon belüli központosítás és a közigazgatás átpolitizálása*. Erre példa a minisztériumi bürokrácia alárendelése a miniszterelnökségnek; magas közigazgatási pozíciók betöltése anélkül, hogy védelmet biztosítanak az elbocsátás ellen; a statisztikai hivatal, a versenyhatóság, a médiafelügyeletet ellátó hatóság, a választási bizottságok, a nemzeti bank függetlenségének leépítése stb. Sokszor a nemzeti jogrendben nem állnak rendelkezésre olyan explicit alkotmányos garanciák, melyekkel garantálható volna a különböző független közigazgatási szervek autonómiája, sőt, az alkotmányjogászok esetenként mindezt még csak nem is tekintik a hatalommegosztás körébe tartozó kérdésnek (hiszen a végrehajtó hatalmon belüli kérdésről van szó). Az alkotmányjogászok ébersége azért nem éles ennek kapcsán, mert ez a kérdéskör nem illeszkedik a klasszikus montesquieu-i hármasba, ráadásul e szervek függetlenségét nagyrészt csupán egyszerű törvények szabályozzák. Ez azonban téves megközelítés: a hatalommegosztás dogmatikáját ebből a szempontból újra kell gondolni. A közigazgatás rendszerint óvatosan és lassan építkezve dolgozik, semleges információkat szolgáltat, miközben előre meghatározott munkafolyamatokat követ – az autokrata politikusok éppen ezen sajátosságok leépítésére töreksenek.⁶⁹ Az alkotmányjogászok pedig alábecsülik a közigazgatás szerepét a demokrácia és a jogállamiság fenntartásában.

(3) Egy nyilvánvaló és sokszor látott lépés a *bírói (alkotmánybírói) felülvizsgálat* eltörlése vagy legalábbis korlátozása. Ennek egyik ismert történeti példája Ausztria: az 1920-ban felállított osztrák alkotmánybírárságot 1929-ben hivatalosan „politikamentesítették” (ennek keretében például Hans Kelsent is eltávolították az alkotmánybírárságról), valójában ez a folyamat épp az ellenkezőjéről szólt, azaz az alkotmánybírárság átpolitizálásáról.⁷⁰ Röviddel később azonban még ezt a megszüntetett alkotmánybírárságot is megszüntették: 1933-ban feloszlatták azt.

2015-ben a lengyel PiS kormány egyik eső lépése az volt, hogy hűségese bírókkal töltötte fel Lengyelország alkotmánybírárságát. Az orosz alkotmánybíráskodás 1993 és 1995 közötti átrendezése vagy a magyar alkotmánybíráskodás 2010 és 2012 közötti átszervezése is hasonló szellemben zajlott.⁷¹

(4) A *közéleti viták terének* (mely Ginsburg és Huq szavaival egy „törekeny ökoszisztéma”⁷²) mint a demokrácia ismeretelméleti és diskurzív alapjának szándékos és tudatos *leépítése* egy további tipikus lépés a demokrácia és a jogállamiság leépítésének folyamatában. Ez az állami média propagandagépezetté történő átalakításával, valamint részben a kereskedelmi média átrendezésével érhető el. Utóbbi nem csupán adminisztratív eszközökkel lehet megtenni, hanem olyan korrump manőverekkel is, ahol strómanok vagy szövetséges oligarchák vásárolják fel piaci alapon a kereskedelmi adókat.

⁶⁹ GINSBURG–HUQ (17. lj.) 104.

⁷⁰ Adolf J. MERKL: „Epilog zum Verfassungskampf” *Der österreichische Volkswirt* 1929. 293–297.

⁷¹ Egy átfogóbb képhez a volt szocialista országokból ebből a szempontból lásd pl. Bojan BUGARIĆ – Tom GINSBURG: „The Assault on Postcommunist Courts” *Journal of Democracy* 2016. 69–82.

⁷² GINSBURG–HUQ (17. lj.) 113.

(5) Az *alkotmányozás* folyamata (pl. Magyarországon 2010/2011-ben; Venezuelában 1999-ben és 2017-ben) különböző célokat szolgálhat. Egy ilyen eljárás minden esetben egyfajta PR-show is, az új kezdet jelképe, a régi „korrupt” és „elitista” időszak lezárásának szimbóluma. Emellett azonban nagyszerű lehetőséget is jelent arra, hogy a jogforrási hierarchia legmagasabb szintjén hajtsák végre az autoriter centralizációs szándékokat.⁷³ Továbbá az új alkotmány leple alatt arra is lehetőség nyílik, hogy „legitim” módon bocsássák el a független intézmények vezetőit. Így silányulhat az alkotmányozás folyamata és az alkotmány a napi pártpolitika egyszerű eszközévé.⁷⁴

(6) A *civil szervezetek* ellen intézett támadások is szokásos lépések a demokrácia és a jogállamiság leépítése folyamatában. Ezeket a nemzetközi globális összeküvések ügynökeiként festik, és ha kell, kirakatperben marasztalják el őket. Természetesen a vonatkozó jogszabályokat is úgy alakítják, hogy a civilszervezetek üldözése egyszerűbb legyen.

(7) A rendszer nélkülözhetetlen eleme a hatékony *politikai verseny kiiktatása vagy elfojtása* (igaz, ezt gyakran csupán az autokrata rezsिम konszolidációjának későbbi fázisában szokták meglépni). Ez megoldható *gerrymandering*-gel (vagyis többségi választási rendszerekben a részletes statisztikai adatok alapján újrászabott választókeretek segítségével) vagy az ellenzék kizárásával, esetleg büntetőjogi eszközökkel való üldözésével. Erre példa a közelmúltból Indonézia esete, ahol 2017 óta hirtelen több ellenzéki politikus is a hatóságok látókörébe került a politikai iszlámizmus elleni harc jegyében.⁷⁵ A közigazgatás eszközein túl a korrupció is hasznos szolgálatot tehet: ellenzéki politikusokat vagy akár egész ellenzéki pártokat is azért fizethet az autokrata ambíciókkal rendelkező hatalom, hogy megosszák az ellenzékét vagy népszerűtlen kormányzati intézkedéseket legitimáljanak.⁷⁶ Mindezek tükrében a kormányváltás reménye szertefoszlik, ez pedig a gyakorlatban csak tovább rombolja a jogállamiság garanciáit. Erre még visszatérek később, a tanulmány 7. fejezetében.

(8) Végül, a folyamat megkoronázásaként minden normális autokráciában a *tudományszabadságot*, az egyetemek és kutatóintézetek autonómiáját is jelentősen korlátozzák. A korlátozások a finanszírozás elapasztásában, a társadalomtudósok ellen indított rágalomhadjáratban, de akár hatósági intézkedések formájában is tetet öltethetnek. Példaként említhető Oroszország (ahol 2013-ban államosították az Orosz Tudományos Akadémia kutatóintézeteit) és Magyarország esete (ahol a Közép-európai Egyetem arra kényszerült, hogy főtevékenységét, az amerikai diplomák kibocsátását Bécsbe helyezze át, miután 2017-ben módosították a felsőoktatási tör-

⁷³ David LANDAU: „Populist constitutions” *University of Chicago Law Review* 2018. 521–544.

⁷⁴ SONNEVEND Pál et al.: „The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics. The Basic Law of Hungary” in Armin VON BOGDANDY – SONNEVEND Pál (szerk.): *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area* (Oxford: Hart 2015) 33–109.

⁷⁵ Abdurrachman Satrio: „Constitutional Retrogression in Indonesia” *I-CONnect - Blog of the International Journal of Constitutional Law* 2019, www.iconnectblog.com/2019/02/constitutional-retrogression-in-indonesia/.

⁷⁶ A putyini mintához lásd Luke MARCH: „Managing Opposition in a Hybrid Regime: Just Russia and Parastatal Opposition” *Slavic Review* 2009. 504–527.

vényt,⁷⁷ majd az orosz párhuzamokra emlékeztető módon a Magyar Tudományos Akadémiától elcsatolták annak kutatóintézeteit).

4. MIT TEHET EZ ELLEN AZ ALKOTMÁNYJOG? – MÓDSZERTANI MEGFONTOLÁSOK

A kérdés immár a következő: képes-e az alkotmányjog a fent részletezett folyamat megelőzésére, és ha igen, hogyan? Először azonban egy terminológiai kitérőt tennék: a továbbiakban az alkotmányjog nem csupán a „formális értelemben vett alkotmányt” jelenti, hanem mindazokat a nem alkotmányos rangú szabályokat is magába foglalja, melyek a politikai folyamatokat szabályozzák.⁷⁸ Vagyis az alkotmányjog fogalmába bele fogom érteni („materiális alkotmányfogalom”) a választásokra, a bűnüldöző szervek, valamint az egyes ügyészek függetlenségére, a média-vállalkozások tulajdoni struktúrájára, a rendes bíróságok és az alkotmánybíróság bíráinak kinevezésére, a bírák és ügyészek előmenetelére, a politikai pártok betiltására, valamint azok belső struktúrájára, a kampányfinanszírozásra és a média-szabadságra vonatkozó rendelkezéseket, az újságírókra és politikusokra vonatkozó rágalmazási szabályokat, továbbá a gyűlöletbeszédre, a népszavazásra, a gyűlekezésre és egyesülésre, a köztisztviselők elbocsátására, valamint a titokminősítési szabályokra vonatkozó szabályokat is. Ezek lehetnek alkotmányos rangban, egyszerű (vagy minősített) törvényi rangban, esetleg más általános normák (rendeletek) szabályozzák a kérdéseket, esetenként pedig csupán a bírói gyakorlatból ismerhetők meg.

Általánosságban elmondható, hogy míg az alkotmányjog fontos szerepet játszik az erózió elleni küzdelemben,⁷⁹ *önmagában* nem meghatározó a folyamat eredményére nézve.⁸⁰ Az alkotmányjog ugyanis mindig csupán más társadalmi és politikai

⁷⁷ Lásd pl. Julianne KOKOTT főtanácsnok véleményét a C-66/18. sz. *Európai Bizottság kontra Magyarország* ügyben (2020. március 5.).

⁷⁸ Ezeket a normákat együttesen materiális értelemben vett alkotmánynak nevezzük, lásd pl. JAKAB ANDRÁS: *Az európai alkotmányjog nyelve* (Budapest: NKE 2016) 152–154. további hivatkozásokkal. Ez megkülönböztetendő a tisztviselők alkotmányos gyakorlatától („*de facto* alkotmány”), amit néha „small-c constitution”-nak is neveznek, lásd DAVID LAW: „Constitutions” in PETER CANE – HERBERT M. KRITZER (szerk.): *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford: Oxford University Press 2010) 376.

⁷⁹ FRANK B. CROSS: „The relevance of law to human rights protection” *International Review of Law and Economics* 1999. 87–98.; CHRISTIAN DAVENPORT: „Constitutional Promises’ and Repressive Reality. A Cross-National Time-Series Investigation of Why Political and Civil Liberties are Suppressed” *Journal of Politics* 1996. 627–654.; LINDA C. KEITH et al.: „Is The Law a Mere Parchment Barrier to Human Rights Abuse?” *Journal of Politics* 2009. 644–660.; GERARD J. BLASI – DAVID L. CINGRANELLI: „Do Constitutions and Institutions Help Protect Human Rights?” in DAVID L. CINGRANELLI (szerk.): *Human Rights and Developing Countries* (Greenwich: JAI Press 1996) 223–237.

⁸⁰ LINDA C. KEITH: *Political repression. Courts and the Law* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2011); DAVID S. LAW – MILA VERSTEEG: „Sham Constitutions” *California Law Review* 2013. 863–952.; LINDA C. KEITH: „Judicial independence and Human Rights Protection around the World” *Judicature* 2002. 194–200.; LINDA C. KEITH: „Constitutional Provisions for Individual Human Rights (1977–1996). Are They More Than Mere ‘Window Dressing?’” *Political Research Quarterly* 2002.

tényezőkkel összefüggésben tud hatást kifejteni.⁸¹ Ezt jól illusztrálja a weimari alkotmány 48. cikke, mely a birodalom elnökének szükségállapot idején történő rendeletalkotási jogát szabályozta. Sokan, részben jó okkal, éppen ezt a cikket kárhoztatták a Weimari Köztársaság bukásáért.⁸² Ez a rendelkezés azonban igencsak hasonlatos az 1958-as francia alkotmány ma is hatályos 16. cikkéhez, mely viszont (legalábbis eddig) nem vont magával alkotmányos erőzít Franciáországban.⁸³ Hasonlóképpen, a 1853-as argentin alkotmány az USA alkotmányának szinte szó szerinti fordítása, eredménye mégsem egy demokrácia, hanem egy elnöki diktatúra lett. De megemlíthető még Ausztria Szövetségi Alkotmánya is, mely már egyszer megbukott (1933-ban),⁸⁴ és csak a második világháború óta tekinthetjük sikertörténetnek (a lett alkotmány hasonló történetet járt be, amikor 1934-ben alkotmányos erőzítő áldozata lett, 1990 óta azonban, a szocializmus bukása után már egy demokratikus sikertörténet keretében bizonyított). Mindezek a példák jól mutatják, hogy az alkotmányos szabályok mindig egy adott kontextusban, azaz adott társadalmi és politikai tényezőkkel összefonódva érvényesülnek.⁸⁵

Éppen ezért nagyon fontos, hogy az alkotmányjogi szabályokat mindig az adott társadalmi és politikai összefüggések kontextusában vizsgáljuk. Ez az úgynevezett institucionalista vagy neoinstitutionalista paradigma.⁸⁶ E megközelítés szerint

111–143.; Tom GINSBURG – Aziz HUQ (szerk.): *Assessing Constitutional Performance* (Cambridge: Cambridge University Press 2016).

⁸¹ Hazai és nemzetközi, lásd Stephen HOLMES: „Can Foreign Aid Promote the Rule of Law?” *East European Constitutional Review* 1999. 68–74.; Michael J. GORGES: „New Institutional Explanations for Institutional Change. A Note of Caution” *Politics* 2001. 137–145.

⁸² Általában a demokrácia és a jogállamiság weimari erőzítőjéről lásd Klaus REVERMANN: *Die stufenweise Durchbrechung des Verfassungssystems der Weimarer Republik in den Jahren 1930 bis 1933. Eine staatsrechtliche und historisch-politische Analyse* (Münster: Aschendorff 1959); Juan J. LINZ – Alfred STEPAN (szerk.): *The Breakdown of Democratic Regimes* (Baltimore: Johns Hopkins University Press 1978); Christoph GUSY: *Die Weimarer Reichsverfassung* (Tübingen: Mohr Siebeck 1997); Klaus BERCHTOLD: *Verfassungsgeschichte der Republik Österreich. Band 1: 1918–1933. Fünfzehn Jahre Verfassungskampf* (München: Springer 1998); Giovanni CAPOCCIA: *Defending Democracy. Reactions to Extremism in Interwar Europe* (Baltimore: Johns Hopkins University Press 2005); Detlef LEHNERT: „Weimars’ Chancen und Möglichkeiten, Strukturen und Normen – Eine Problemskizze” in Michael DREYER – Andreas BRAUNE (szerk.): *Weimar als Herausforderung. Die Weimarer Republik und die Demokratie im 21. Jahrhundert I* (Stuttgart: Franz Steiner 2016) 103. A weimari alkotmány rehabilitációjához lásd Norbert LAMMERT in *Preuß Gesammelte Schriften. vol. III* (Tübingen: Mohr Siebeck 2015) VIII: „jobb volt, mint a korszak viszonyai; de nem volt elég jó azokhoz a viszonyokhoz, amiket szabályoznia kellett”.

⁸³ Lásd JAKAB András: „A szükségállapot alapvető dilemmája és jogi természete a német alkotmányjogi irodalom tükrében. Érvelési minták a terrorizmus elleni küzdelem jogi problematikájának megoldásához” *Jogtudományi Közlöny* 2007/2. 39–49.

⁸⁴ Ludwig ADAMOVIČ: „Das autoritäre System 1933–1938. Zwischen Rechtsbruch und Gewissensentscheidung” *Journal für Rechtspolitik* 2015. 126–146.

⁸⁵ Denis J. GALLIGAN – Mila VERSTEEG (szerk.): *Social and Political Foundations of Constitutions* (New York: Cambridge University Press 2013).

⁸⁶ Claus OFFE: „Designing Institutions in East European Transitions” in Robert E. GOODIN (szerk.): *The Theory of Institutional Design* (Cambridge: Cambridge University Press 1996) 199–226.; Jon ELSTER: *Institutional Design in Post-Communist Societies. Rebuilding the Ship at Sea* (Cambridge: Cambridge University Press 1998); Vivien LOWNDES – Mark ROBERTS: *Why Institutions Matter. The New Institutionalism in Political Science* (Houndmills: Palgrave Macmillan 2013); Maurice

a jogi szabályok elemzése önmagában csak részleges képet adhat a jogállamiság és a demokrácia helyzetéről. Az erózió esetében ráadásul éppen az alkotmány-jog normativitásának hanyatlása jelenti a probléma egy jelentős vetületét, vagyis az alkotmány betűje (*Verfassung, law in books*) és az alkotmányos valóság (*Verfassungswirklichkeit, law in action*) között egyre növekvő szakadék. Ilyen helyzetekben a formális jogszabályok módosítása nem sokat mond el arról, hogy pontosan mi és hogyan változik. Ha valóban meg akarjuk érteni, és le akarjuk írni az eróziót, a formális szabályok vizsgálatán túl a szabályok címzettjeinek tényleges magatartását, valamint az azt övező narratívát is figyelembe kell vennünk (ez utóbbiba tartozik a társadalmi mentalitás, de az alkotmányos intézményekkel kapcsolatos politikai megnyilvánulások is).⁸⁷

Egy kellően szofisztikált jogdogmatikai elemzés (amely a fenti értelemben a kontextust is figyelembe veszi), be tudja azonosítani a jogállamiság és a demokrácia sztenderdjeinek megsértését. Ugyanakkor az ilyen támadások *súlyossága* a jogtudomány hagyományos eszközeivel nem mérhető. Ahhoz, hogy a súlyosságról is beszélni tudjunk, a különböző demokrácia-⁸⁸ és jogállamiság-indexekhez kell folyamodnunk (pl. Bertelsmann, World Justice Project, Freedom House, Világbank;⁸⁹ más fontos adatokat pedig a Cingranelli-Richards Human Rights Dataset és a Political Constraint Index rögzít). A történeti elemzésekhez (az 1800-at követő időszakra nézve) a Polity IV és V-Dem (az 1900-at követő időszakra; egyes indikátorok esetében az 1789. évvel kezdődő időszakra a Historical V-Dem⁹⁰) adataira lehet támaszkodni.

Habár az is igaz, hogy az erózió erősen hat az alkotmányjogra (vagyis ezek a hatások korántsem egyirányúak), a jelen tanulmányban elsősorban a másik irányú hatást, vagyis az alkotmányjognak erózióra gyakorolt hatását vizsgálom.⁹¹ Bár egyes alkot-

ADAMS et al: *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging Idealism and Realism* (Cambridge: Cambridge University Press 2017).

⁸⁷ Egy ilyen elemzéshez lásd pl. JAKAB András: „Miért nem működik jól a magyar jogrend és hogyan javíthatjuk meg?” *MTA Law Working Papers* 2018/1.

⁸⁸ A *Polity IV* adatbázishoz lásd Gerardo L. MUNCK – Jay VERKUILEN: „Conceptualizing and Measuring Democracy. Evaluating Alternative Indices” *Comparative Political Studies* 2002. 5–34. A *V-Dem* indexekhez lásd Michael COPPEDGE et al: „V-Dem Comparisons and Contrasts with Other Measurement Projects” *V-Dem Institute Working Paper* 2017/45; *Democracy Barometer*, lásd Marc BÜHLMANN et al: „The Democracy Barometer. A New Instrument to Measure the Quality of Democracy and its Potential for Comparative Research” *European Political Science* 2012. 519–536.

⁸⁹ A különféle jogállamiság-indexekhez lásd JAKAB András: „A jogállamiság mérése indexek segítségével” *Pázmány Law Working Papers* 2015/12.

⁹⁰ Lásd Carl Henrik KNUITSEN et al.: „Introducing the Historical Varieties of Democracy Dataset. Political Institutions in the Long 19th Century” *V-Dem Institute Working Paper* 2018/65.

⁹¹ Az ellentétes irányú kérdéstről, vagyis arról, hogy autoriter rezsimek milyen alkotmányos szabályokat alkotnak, lásd Tom GINSBURG – Alberto SIMPSON (szerk.): *Constitutions in Authoritarian Regimes* (Cambridge: Cambridge University Press 2014). Ezen jellegzetességek egy része a társadalmi és a politikai jellegű kockázati tényezőket szimptomaként mutatják (pl. erősen nacionalista preambulumok) és nem az erózió tulajdonképpeni okai. Az alkotmányos szabályok magyarázó ereje mindig erősebb demokráciákban, mint hibrid rezsimekben és autokráciákban, mivel demokráciákban a politikai folyamatokat erősebben befolyásolják a jogi szabályok, lásd Catalina SMULOVITZ: „Law and Courts’ Impact on Democratization” in Peter CANE – Herbert M. KRITZER (szerk.): *The Oxford*

mányos szabályok segíthetik egymás érvényesülését,⁹² azt már itt érdemes leszögeznünk, hogy jogi szabályok *önmagukban* képtelenek arra, hogy kikényszerítsék betartásukat. Ezek alkotmányjog-tudomány alapvető szerepfelfogását is érintő kérdések. Ha ugyanis arra a következtetésre jutnánk, hogy végső soron az alkotmányos szabályok képtelenek megakadályozni az eróziót, az alkotmányjog szerepét (vagyis azt, hogy mit képes elérni, és mit nem) teljes egészében át kellene értékelnünk.

Az alkotmányjog mindig részben a politikai kultúra tükré is. Pesszimistább megközelítésben Böckenförde jól ismert tételét átköltve azt is mondhatnánk: egy írott alkotmány (legalábbis rövidtávon) „csak olyan feltételek mellett tud virágozni, melyet önmaga képtelen megteremteni”.⁹³ Ezzel együtt az alkotmányjog iránymutatásul szolgál a politikai élet számára és (Acemoglu és Robinson optimista megközelítésében), ha megfelelően van kialakítva, *hosszú távon* a politikai kultúra átformálására is képes.⁹⁴ Az optimista megközelítés jegyében az alábbiakban azokat a tippeket és trükköket mutatom be, melyekkel olyan nehéz időkben is javítható a jogállam és a demokrácia ellenállóképesége, mint amilyeneket ma élünk.

5. TIPPEK ÉS TRÜKKÖK – AZ ALKOTMÁNYJOG IMMUNRENDSZERÉNEK ERŐSÍTÉSE AUTORITER JÁRVÁNY IDEJÉN

Az alábbiakban azokat az alkotmányos megoldásokat mutatom be, melyek növelik a demokratikus és a jogállami alkotmányjog ellenállóképeségét az erózióval szemben. Ezek a megfontolások fontos szerepet játszhatnak új alkotmányok kidolgozása vagy hatályos alkotmányok módosítása, valamint a működő alkotmányos szabályok (pl. a Velencei Bizottság) értékelése során, de ugyanúgy hasznosak lehetnek az alkotmánybíróóságok vagy legfelső bíróságok bírái számára, amikor az alkotmányuk lehetséges értelmezéséről döntenek. Ezek a szempontok vezérelhetik továbbá a nemzetközi szervezetek (ENSZ, EU), a civil szervezetek és a külügyminisztériumok politikáját is, amikor valamely anyagi támogatás megítélése feltételül olyan intézkedések bevezetését szabják, melyek a demokráciát és a jogállamiságot építik, vagy akár a balkáni államok EU-taggá válásának pontos kritériumait határozzák meg (az erózió megelőzésére, hogy elkerüljék azt a helyzetet, ami Lengyelországban 2015, Magyarországon 2010 óta tart). Ezek az okozati összefüggések jellegük szerint lehetnek közvetlenek⁹⁵ vagy közvetettek (pl. az alkotmányos szabályok

Handbook of Empirical Legal Research (Oxford: Oxford University Press 2010) 729–752.

⁹² Adam S. CHILTON – Mila VERSTEEG: „Do Constitutional Rights Make a Difference?” *American Journal of Political Science* 2015. 575–589.

⁹³ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Staat, Gesellschaft, Freiheit* (Berlin: Suhrkamp 1976) 60.

⁹⁴ Daron ACEMOGLU – James A. ROBINSON: *Miért bukna el nemzetek?* [ford. GARAMVÖLGYI Andrea] (Budapest: HVG Könyvek 2013).

⁹⁵ Robert D. COOTER: *The Strategic Constitution* (Princeton: New Jersey: Princeton University Press 2000).

kiválthatnak olyan gazdasági hatásokat, melyek felerősítik vagy megelőzik az eróziót).⁹⁶ Az ilyen szabályok minden bizonnyal alkalmasak időnyerésre,⁹⁷ ami már önmagában is nagy érték, ugyanakkor más társadalmi vagy politikai tényezőkkel együtt akár erős és hatékony hosszú távú védelmet is nyújthatnak az erózió ellen.⁹⁸

(1) A demokratikus úton megválasztott politikus archetípusa, aki aztán leépíti a demokráciát és a jogállamiságot, az a köztársasági elnök, akiből diktátor lesz. A legnyilvánvalóbb megelőzési mód erre a hivatali idő és az újráválaszthatóság korlátozása, illetve a prezidenciális rendszer elkerülése (és helyette a parlamentáris rendszer bevezetése). Habár a hivatali idő korlátozása hasznos eszköz lehet, több olyan példát is ismerünk (pl. Sri Lanka 2010-ben, Bolívia 2014-ben), ahol ez a fék sem működött – méghozzá éppen azokban az országokban, ahol erre a leginkább szükség lett volna. Ezeket a szabályokat ugyanis a hivatalban lévő elnök (legálisan vagy illegálisan) estenként megváltoztatja, vagy más megoldásokkal üresíti ki (pl. közigazgatási problémákra hivatkozva folyton egy későbbi időre tolja ki annak hatályba lépését).⁹⁹ Mindazonáltal ezek a szabályok semmiképpen sem ártanak, sőt, akár fel is tartóztathatják az eróziót (vagy legalábbis *láthatóvá* teszik azt, ráirányítva a figyelmet arra, hogy pontosan mi is zajlik),¹⁰⁰ még akkor is, ha önmagukban képtelenek megállítani az erózió folyamatát. E szabályokat nem is a bíróságok, hanem az erős társadalmi támogatottsággal rendelkező mozgalmak tudják hatékonyan kikényszeríteni.¹⁰¹ Ugyanakkor túlzás volna a prezidenciális rendszert minden további nélkül mint veszélyeset elvetni, hiszen ez gyakran maga is csak tünete egy olyan politikai kultúrának, melyben a társadalom erős vezetésre vágyik. Az ilyen politikai kultúrák hajlamosak az erózióra. Vagyis a legfrissebb kutatások szerint nem maga a prezidenciális kormányforma *okozza* az eróziót, de a korreláció valóban tagadhatatlan.¹⁰²

(2) A demokráciaellenes formációk megerősödését emellett a pártok belső demokráciájának előírásával, valamint a politikai pártok transzparens finanszírozására

⁹⁶ Torsten PERSSON – Guido TABELLINI: *The Economic Effects of Constitutions* (Cambridge: MIT Press 2003); Sigrid A. KOOB et al: *Human Rights and Economic Growth* (Copenhagen: The Danish Institute of Human Rights 2017); Roberto RIGOBON – Dani RODRIK: „Rule of Law, Democracy, Openness, and Income: Estimating the Interrelationships” *Economics of Transition* 2004. 533–564.

⁹⁷ Tom GINSBURG et al: „The Coming Demise of Liberal Constitutionalism” *The University of Chicago Law Review* 2018. 239–255.

⁹⁸ A gondolat már egy évszázada ismert, lásd Georg JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre* (Berlin – Heidelberg: Springer ³1914) [22. fejezet: „A közjog garanciái”] 788. Magyarul lásd Georg JELLINEK: „Az állam alkotmánya és a közjog garanciái” [Az *Általános Államtan* részlete] in TAKÁCS Péter (szerk.): *Államtan* (Budapest: Szent István Társulat 2003) 32.

⁹⁹ Az utóbbi módszert franciául „glissement”-nak nevezik, lásd James THUO GATHII: „Term Limits and Three Types of Constitutional Crisis in Sub-Saharan Africa” in GRABER (1. lj.) 313., 321.

¹⁰⁰ Tom GINSBURG et al: „On the evasion of executive term limits” *William and Mary Law Review* 2010. 1807–1872.

¹⁰¹ Mila VERSTEEG et al: „The law and politics of presidential term limit evasion” *Columbia Law Review* 2020. 173–248.

¹⁰² Ko MAEDA: „Two Modes of Democratic Breakdown. A Competing Risks Analysis of Democratic Durability” *Journal of Politics* 2010. 1129–1143.

vonatkozó szabályozással lehet megelőzni.¹⁰³ A már hivatalban lévő autokraták azonban könnyen kijátszhatják ezeket a szabályokat az ellenzéki pártok ellen.¹⁰⁴ Kockázatosak lehetnek a „militáns demokrácia” jegyében elfogadott szabályok is, melyekkel bizonyos demokráciaellenes szereplők politikai mozgásterét próbálják meg korlátozni.¹⁰⁵ Az ellenzéki pártok hamar a demokráciaellenesnek nyilvánítottak körében találhatják magukat, akiket aztán erre hivatkozva kizárnak a politikai versenyből (ez történt pl. Indonéziában 2017-ben).¹⁰⁶

(3) A jogállamiságra és demokráciára vonatkozó nemzetközi jogi és szupranacionális szabályok (pl. az EU SZ 7. cikke szerinti eljárás) általában nem különösebben hatékonyak az erózió megelőzésében vagy leküzdésében.¹⁰⁷ A nemzetközi és szupranacionális politikai fellépés (ez az elem, vagyis a politikai akarat volt az, ami hiányzott uniós szinten, amikor Magyarországon és Lengyelországban megindult az erózió), bizonyos belső politikai és társadalmi körülmények, valamint a nemzeti és szupranacionális/föderális szinten meglévő jogi garanciák *kombinációja* az, ami hatékony ellenszernek tűnik a helyi szinten megjelenő autokratikus törekvésekkel szemben.¹⁰⁸

¹⁰³ Shujit CHOUDHRY: „Resisting democratic backsliding. An essay on Weimar, self-enforcing constitutions, and the Frankfurt School” *Global Constitutionalism* 2018. 54–74.; SCHEPPELE: „The Party’s Over” in GRABER (1. lj.) 495.

¹⁰⁴ GINSBURG–HUQ (17. lj.) 200.

¹⁰⁵ András SAJÓ: (szerk.): *Militant Democracy* (Hague: Eleven International 2004); Markus THIEL: *The militant democracy principle in modern democracies* (Farnham: Ashgate 2009); Jan-Werner MÜLLER: „Militant Democracy” in Michael ROSENFELD – András SAJÓ (szerk.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press 2012) 1253–1269.; Jan-Werner MÜLLER: „Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?” *European Law Journal* 2015. 141–160.; Alexander KIRSHNER: *A Theory of Militant Democracy. The Ethics of Combatting Political Extremism* (New Haven: Yale University Press 2014).

¹⁰⁶ Az ilyen intézkedésekkel való visszaélés veszélyéről lásd Ian INVERNIZZI ACCETTI – Carlo ZUCKERMANN: „What’s Wrong with Militant Democracy?” *Political Studies* 2017. 182–199.

¹⁰⁷ Emilie M. HAFNER-BURTON – Kiyoteru TSUTSUI: „Justice Lost! The Failure of International Human Rights Law To Matter Where Needed Most” *Journal of Peace Research* 2007. 407–425.; Oona A. HATHAWAY: „Do Human Rights Treaties Make a Difference?” *Yale Law Journal* 2002. 1935–2043.; Jan-Werner MÜLLER: „Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?” *European Law Journal* 2015. 141–160.; András JAKAB: „The EU Charter of Fundamental Rights as the Most Promising Way of Enforcing the Rule of Law against EU Member States” in Carlos CLOSA – Dimitry KOCHENOV (szerk.): *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union* (Cambridge: Cambridge University Press 2016) 187–205.; András JAKAB – Dimitry KOCHENOV (szerk.): *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States’ Compliance* (Oxford: Oxford University Press 2017); Wojciech SADURSKI: „That Other Anniversary” *European Constitutional Law Review* 2017/13. 417–427.; Ulrich WAGRANDL: „Transnational Militant Democracy” *Global Constitutionalism* 2018. 143–172.; András BOZÓKI – Dániel HEGEDŰS: „An externally constrained hybrid regime. Hungary in the European Union” *Democratization* 2018/25. 1173–1189.; optimistábban: Jon C. PEVEHOUSE: „With a Little Help from My Friends? Regional Organizations and the Consolidation of Democracy” *American Journal of Political Science* 2002. 611–626.; Beth SIMMONS: *Mobilizing for Human Rights. International Law in Domestic Politics* (Cambridge: Cambridge University Press 2009); Philip LEVITZ – Grigore POP-ELECHEZ: „Why No Backsliding? The European Union’s Impact on Democracy and Governance Before and After Accession” *Comparative Political Studies* 2010. 457–485.

¹⁰⁸ Edward L. GIBSON: *Boundary Control. Subnational Authoritarianism in Federal Democracies* (Cambridge: Cambridge University Press 2012); Erin JENNE – Cas MUDDE: „Can Outsiders Help?”

(4) Úgy tűnik, hogy a szövetségi államforma is növeli az önkényuralmi elhajlások elleni alkotmányos immunrendszert.¹⁰⁹ Érdemes megvizsgálni (a demokráciából a legutóbbi időkig jól vizsgázott) India és (a diktatúrák és demokráciák váltógazdaságában működő) Pakisztán alkotmánytörténetét, hiszen a két ország szétválásánál (1947) ugyanolyan kiindulópályán volt, mind jogi, mind pedig társadalmi/politikai szempontból egyaránt. Eredetileg mindkét országban hasonló parlamenti rendszert vezettek be (melyet közös brit gyarmati örökségükből merítettek), azonban az alkotmányos szabályaik több ponton is eltérnek egymástól, melyek közül India szövetségi államformája a legmeghatározóbb.¹¹⁰

(5) A bonyolult vagy többszintű, speciális alkotmányos rendelkezések (örökkévalósági klauzulák) részleges védelmet jelenthetnek az autokratikus alkotmánymódosítási kísérletek ellen.¹¹¹

(6) Széles körben elismert tény, hogy az arányos képviseleti rendszerek (ellentétben a többség választási rendszerekkel) hatékonyabban meg tudják előzni az autokratikus folyamatokat.¹¹² Az arányos képviseleti rendszerekben a relatív többség (abszolút többség híján) képtelen egyedül kormányozni, így egyben a kompromisszumkészséget is erősíti a politikai életben, ami szöges ellentétben áll az autoriter politikai kultúrával. A néhány országban létező választáson való kötelező részvétel (melynek célja, hogy megakadályozzák az új választói csoportok hirtelen színre lépését), valamint a szélsőséges politikusok ellen dolgozó preferenciális és negatív szavazati rendszer lehetséges előnyei szintén jól ismertek.¹¹³ Ezen felül ha biztosítjuk, megkönnyítjük és bátorítjuk a külföldre költözött állampolgárok szavazati jogá-

Journal of Democracy 2012. 147–155.; Radu CARP: „The Struggle for the Rule of Law in Romania as an EU Member State. The Role of the Cooperation and Verification Mechanism” *Utrecht Law Review* 2014. 1–16.; Michael BLAUBERGER – Daniel R. KELEMEN: „Can courts rescue national democracy? Judicial safeguards against democratic backsliding in the EU” *Journal of European Public Policy* 2017. 321–336.; Ulrich SEDELMEIER: „Political safeguards against democratic backsliding in the EU. The limits of material sanctions and the scope of social pressure” *Journal of European Public Policy* 2017. 337–351.

¹⁰⁹ Tom GINSBURG et al.: „The Coming Demise of Liberal Constitutionalism” *The University of Chicago Law Review* 2018/85. 239–255.

¹¹⁰ A különbségekhez az elnöki rendeletalkotási jogkör, az alkotmánymódosítási szabályok (örökkévalósági klauzula), a katonaság szerepe és a vallás szerepe tekintetében lásd Shujit CHOUDHRY et al.: *The Oxford Handbook of the Indian Constitution* (Oxford: Oxford University Press 2016); Hamid KHAN: *Constitutional and Political History of Pakistan* (Oxford: Oxford University Press 2009); Sadaf AZIZ: *The Constitution of Pakistan. A Contextual Analysis* (London: Bloomsbury Academic 2018). Az eltérő szabályok egy része később kerültek bevezetésre (vagy formális módosítással vagy bírói esetjogként), és nem teljesen világos, hogy mennyiben voltak inkább az eltérő demokratikus és jogállamisági teljesítmény következményei, mintsem annak okai.

¹¹¹ David LANDAU: „Abusive Constitutionalism” *UC Davis Law Review* 2013/47. 189–260.; Richard ALBERT: „The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada” *Queen’s Law Journal* 2016/42. 143–206.; Yaniv ROZNAI: *Unconstitutional Constitutional Amendments* (Oxford: Oxford University Press 2017).

¹¹² Andrew Reynolds: *Designing Democracy in a Dangerous World* (Oxford: Oxford University Press 2010); Gábor HALMAI: „Rise and fall of constitutionalism in Hungary” in Paul BLOKKER (szerk.): *Constitutional Acceleration within the European Union and Beyond* (London: Routledge 2017) 217–231.; SADURSKI (5. l.) 8.

¹¹³ Rosalind DIXON – Anika GAUJA: „Australia’s Non-populist Democracy?” in GRABER (1. l.) 395–422.

nak gyakorlását, az erősítheti a demokratikus és jogállami érvek erejét a hazai politikai diskurzusban is (különösen, ha jelentős számban olyan állampolgárokról van szó, akik stabil demokratikus és jogállami körülményekkel bíró országokban élnek, és az ottani politikai kultúrában szocializálódnak).

(7) A megfelelő hatáskörökkel felruházott, szervezetileg és pénzügyileg független igazságszolgáltatási rendszer (ideértve a rendes bíróságokat és az alkotmánybíróságokat) kulcsfontosságú.¹¹⁴ A felmerült kritikák ellenére¹¹⁵ ez továbbra is így van. Csehszlovákia felbomlása után az eltérő cseh és szlovák út is összefügg ezzel: a szlovák demokrácia (1993–1998.)¹¹⁶ eróziójának egyik oka az volt, hogy eltérő szabályok vonatkoztak a bírói kinevezésre (melyet jobban szabályoztak Csehországban, mint Szlovákiában, pedig a két ország kiindulópontja nagyon hasonló volt).¹¹⁷ A bírói függetlenségre vonatkozó szabályok hatékony érvényesülése azonban sokkal inkább múlik azok társadalmi támogatottságán,¹¹⁸ a politikai pártok hatékony versenyén (vagyis a kormányváltások valószínűségén) és a politikai fragmentáción,¹¹⁹ mint

¹¹⁴ Lásd pl. Samuel ISSACHAROFF: *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (Cambridge: Cambridge University Press 2015); Rafael LA PORTA et al.: „Judicial Checks and Balances” *Journal of Political Economy* 2004/112. 445–470.; Douglas M. GIBLER – Kirk A. RANDAZZO: „Testing the Effects of Independent Judiciaries on the Likelihood of Democratic Backsliding” *American Political Science Review* 2011/55. 696–709.; Samuel ISSACHAROFF: *Fragile democracies. Contested power in the era of constitutional courts* (Cambridge: Cambridge University Press 2015); Jeffrey K. STATON et al.: „Can Courts Be Bulwarks of Democracy?” *V-Dem Institute Working Paper* 2018/71.

¹¹⁵ Lee EPSTEIN et al.: „The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government” *Law & Society Review* 2001/35. 117–168.; Tom G. DALY: *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders* (Cambridge: Cambridge University Press 2017); Adam S. CHILTON – Mila VERSTEEG: „Do Constitutional Rights Make a Difference?” *American Journal of Political Science* 2015/60. 575–589. Egyesek egészen odáig mennek, hogy erős alkotmánybíróságok vagy legfelső bíróságok negatív hatással bírnak a demokráciára, mert csökkentik a lakosság és a politikusok felelősségérzetét, lásd Anna HARVEY: *A Mere Machine. The Supreme Court, Congress, and American Democracy* (New Haven: Yale University Press 2013); Stephen GARDBAUM: „Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?” *Columbia Journal of Transnational Law* 2015/53. 285–320.; Paul BLOKKER: *New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia* (London: Taylor & Francis 2013). Ez utóbbi oksági összefüggés (vagyis a demokráciára gyakorolt negatív hatás) azonban empirikusan még nincs igazolva (ellentétben a pozitív hatással, amelyre vannak empirikus bizonyítékok).

¹¹⁶ BLOKKER (115. lj.).

¹¹⁷ A különbségekhez lásd pl. David KOSAR: *Perils of judicial self-government in transitional societies* (Cambridge: Cambridge University Press 2016) 158.

¹¹⁸ Jeffrey K. STATON: „Judicial policy implementation in Mexico City and Mérida” *Comparative Politics* 2004/37. 41–60.

¹¹⁹ B. C. SMITH: *Judges and democratization* (California: CreateSpace Independent Publishing Platform 2017) 5, 91–95.; Jodi S. FINKEL: *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s* (Indiana: University of Notre Dame Press 2008) 3 további utalásokkal; Catalina SMULOVITZ: „Law and Courts’ Impact on Democratization” in Peter CANE – Peter M. KRITZER (szerk.): *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford: Oxford University Press 2010) 729–752.; Pedro C. MAGALHÃES: „The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe” *Comparative Politics* 1999/32. 43–62.

a szabályok pontos jogtechnikai kidolgozottságán.¹²⁰ A bírói függetlenség kapcsán számos, Argentínában, Japánban, Mexikóban és Koreában lefolytatott részletes vizsgálat rámutatott már erre az összefüggésre.¹²¹

(8) Ginsburg és Huq nemrégiben közölt kutatási eredményei alapján ahelyett, hogy egyetlen független intézményre koncentrálnánk, mint amilyenek a bíróságok, érdemesebb volna a különböző független intézmények közötti *kölcsönhatásokat* vizsgálni. A független intézmények demokráciát támogató hatásai nem csupán összeadódnak, de a többi intézménnyel való kölcsönhatásukban akár *többszörösére* nőnek. Következésképpen a legjobb védekezési módszer (a fent felsoroltakon kívül) valószínűleg az, ha a független intézmények (központi statisztikai hivatalok, szervezetiileg független, közvetlen adókból finanszírozott közszolgálati műsorszolgáltatók, számvevőszékek, választási bizottságok, versenyhivatalok, korrupcióellenes ügynökségek, ombudsmanok, köztisztviselői bizottságok) *hálózatát* hozzuk létre, és működtetjük azokat, hogy kölcsönösen ellenőrizzék és védelmezzék egymást.¹²² Ez már csak abból is következik, hogy a jelen tanulmány 2. fejezetében leírt válságjelenségek többes gyökerűek (multikauzálisak), ezért logikus, hogy az ellenszerük sem lehet csupán egyetlen módszer vagy intézmény. Némileg paradox módon abban bízunk, hogy a demokratikus legitimitást nélkülöző intézmények (melyek remélhetőleg elkötelezettek a demokrácia mellett) majd arra kényszerítik a demokratikusan megválasztott (de potenciálisan antidemokratikus beállítottságú) politikusokat, hogy betartsák a demokratikus alapelveket. Mindezek hátterében az ellenzéknek a demokratikus váltógazdaságból eredő szükségszerű hatalomvesztése áll; a független intézmények így összességében hatékonyabb ellensúlyt tudnak képezni, mint az ellenzék.¹²³ Ennek ellenére nem mondható, hogy a független intézmények valami csodaszert jelentenének; erre majd a tanulmány végén is visszatérek.

6. TANÁCS AZ ALKOTMÁNYBÍRÓSÁGOKNAK

A demokrácia eróziójával kapcsán felmerülő fontos kérdés, hogy miként reagálnak erre az alkotmánybíróságok, és hogyan tudják enyhíteni ezeket a kockázatokat. Első lépésként a kérdés megválaszolásához el kell fogadni a fent említett ins-

¹²⁰ Kathleen PRITCHARD: „Comparative human rights. An integrative approach, Politikon” *South African Journal of Political Studies* 1986/13. 24–37.; James MELTON – Tom GINSBURG: „Does de jure judicial independence really matter?” *Journal of Law and Courts* 2014/2. 187–217.; GIBLER-RANAZZO (113. lj.) 696.

¹²¹ Rebecca Bill CHAVEZ: *The Rule of Law in Nascent Democracies* (California: Stanford University Press 2004); J. Mark RAMSEYER: „The puzzling (in)dependence of courts. A comparative approach” *Journal of Legal Studies* 1994/23. 721–747.; Pilar DOMINGO: „Judicial independence. The politics of the Supreme Court in Mexico” *Journal of Latin American Studies* 2000/32. 705–735.; Tom GINSBURG: *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge: Cambridge University Press 2003); Julio RÍOS-FIGUEROA: „Fragmentation of power and the emergence of an effective judiciary in Mexico, 1994–2002.” *Latin American Politics and Society* 2007/49. 31–57.

¹²² GINSBURG–HUQ (17. lj.) 194–196.

¹²³ Aziz Z. HUQ – Tom GINSBURG: „Democracy without Democrats” *Constitutional Studies* 6 (2020) 165–188., kül. 169.

titucionalista paradigmát, azaz valamely szabály értelmezése során egyszerre kell figyelembe venni a címzettek tényleges magatartását és az azt körülvevő narratívát is. Az alkotmánybíráktól nem azt kell elvárni, hogy tudományos tételeket állítsanak fel, hanem azt, hogy a rájuk bízott alkotmányos értékek védelmében államférfiként lépjenek fel. Az alkotmánybíróságok valamilyen szinten mindig politikai döntéseket hoznak, ha pedig ezt képtelenek felismerni, akkor az erózió adta kihívásnak sem tudnak megfelelni.

Nem tanácsos egy általános aktivista hozzáállást felvenni. A túlzott alkotmányjogiasodás veszélyes és kontraproduktív.¹²⁴ Ha bírósági ítéletekkel igyekeznek eldönteni a különböző politikai tömbök főbb ideológiai vitáit, fennáll annak a veszélye, hogy ezek a határozatok a jogállamiság iránti társadalmi támogatást kezdik ki. Jól ismert példa erre a bosznia-hercegovinai alkotmánybíróságnak a szerb nemzeti ünnepeket eltörölő határozata (2015).¹²⁵ A határozatot a jogászai szakma széles körben ünnepelte. Ezzel egyidőben azonban a helyi lakosság körében súlyos bizalmatlanságot ébresztett az alkotmánybírósággal szemben, és úgy általában, a jogállamiság nyugati modelljével szemben. Ilyen esetekben az alkotmánybíróságoknak tanácsos *bírói önmérsékletet* gyakorolniuk. A jogállami és demokratikus *status quo* fenntartása érdekében előfordulhat, hogy az alkotmánybíróság nem kerülheti el a döntést egy-egy ilyen ügyben, azonban ilyenkor is javasolt az aktivista megközelítés mellőzése.

Ezzel szemben az alkotmánybíróságoknak tanácsos mindig aktivista módon eljárni, amikor demokratikus vagy jogállami mechanizmusok védelmében lépnek fel (ezeket az értékeket az 1. fejezet végén definiáltam a jelen tanulmány szóhasználatára, itt különösen beleértve a hatalommegosztást, a végrehajtó hatalom belső fragmentációját, az egyes alapjogok védelmét, valamint a korrupció elleni harcot).¹²⁶

7. A DEMOKRÁCIA ÉS A JOGÁLLAMISÁG KÖLCSSÖNÖSEN FELTÉTELEZIK EGYMÁST

A demokrácia és jogállamiság kapcsolata olyan, mint egy (jó) házasság: bár a felek között akadnak strukturális konfliktusok, egymás nélkül aligha tudnak meglegni.¹²⁷ Együtt virágoznak, ha pedig elbuknak: együtt buknak el. Bármilyen ezzel ellentétes példa, mely azt mutatná, hogy a jogállamiság demokrácia nélkül is lehetséges (pl. Szingapúr), valójában nem meggyőző: ha alaposabban megvizsgáljuk, észre fogjuk venni, hogy ezek a rendszerek nem teljesítik a jogállamiság általunk elvárt mércéit.

¹²⁴ Erwald WIEDERIN: „Welchen Rechtsrahmen braucht die Demokratie?” in Rudolf MÜLLER (szerk.): *Krise der liberalen Demokratie?* (Wien: Linde Verlag 2019) 61–75. az osztrák alkotmánybíróság 1929-es döntésére utal, amelyben a katolikusok újráházasodását tették lehetővé („Dispensehe”), noha a korabeli osztrák házassági szabályok a felekezeti szabályokra utaltak, és a katolikus egyház nem engedélyezte a második házasságot (egy ideológiailag és politikailag igen érzékeny kérdésben, ráadásul dogmatikailag is téves döntés).

¹²⁵ DIXON (46. l.) 1049., 1057. – további utalásokkal.

¹²⁶ Ez a tanács természetesen csak azoknak a bíróságoknak és alkotmánybíróságoknak szól, amelyek a demokráciát és a jogállamiságot meg akarják védeni.

¹²⁷ A jelen tanulmányt a feleségemnek ajánlom.

Már egy ideje tudjuk, hogy a jogállamiság és különösen egyes politikai alapjogok a demokratikus folyamatok előfeltételei.¹²⁸ Szólásszabadság vagy a választójog jogi garanciái és tényleges érvényesülése hiányában lehet ugyan néhány évente a választópolgárokat „választásokon” szavaztatni, de attól a rezsim még nem lesz demokratikus (a szocializmus idején is voltak ilyen „választások” a szovjet befolyási övezetben Kelet- és Közép-Európában). Azonban a fentiek tükrében egy másik, gyakran elfeledett okozati összefüggést is érdemes szem előtt tartani: a jogállamiság önmaga is a demokratikus váltógazdálkodás terméke, ha ugyanis a kormányzó pártok nem tartanak attól, hogy kiszavazzák őket a hatalomból, és hirtelen ellenzékbe kerülnek, elkerülhetetlen, hogy egyre kevésbé tartsák tiszteletben a hatalommegosztás elvét (különösen a bírói függetlenséget) és az alapvető jogokat.¹²⁹

Így bár a jogállamiság *önmagában* nem tudja megóvni a demokráciát, a jól kialakított alkotmányos rendelkezések hasznosak lehetnek az erózió elleni küzdelemben, más egyéb társadalmi és politikai tényezőkkel együtt. Végső soron (hatékony külső nyomás hiányában) minden politikai közösségnek a társadalom és a politikusok szintjén is, a politikai folyamatban megőrzendő,¹³⁰ a demokrácia és a jogállamiság irányába elkötelezett politikai erkölcsre¹³¹ van szüksége.

¹²⁸ Egy klasszikus elmélethez erről lásd John Hart ELY: *Democracy and Distrust* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1980).

¹²⁹ GINSBURG–HUQ (17. lj.) 14.

¹³⁰ GINSBURG–HUQ (17. lj.) 4.: „a liberális demokrácia megvédésének egyetlen módja a választásokon való küzdelem azokkal, akik erodálni akarják azt”. Hasonlóan UDO DI FABIO: *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern* (München: Beck 2018) 7.: „Még a legravaszabb alkotmány sem tud megvédeni a bukástól, az önrombolástól”.

¹³¹ A demokrácia és a jogállamiság irányába elkötelezett politikai erkölcs a demokrácia és a jogállam iránti őszinte, belülről fakadó elkötelezettséget és támogatást jelenti (ezeket a fogalmakat az 1. pont végén definiáltam).

PRUGBERGER TAMÁS*

AZ ELŐRELÁTHATÓSÁGI KLAUZULA ALKALMAZÁSI LEHETŐSÉGÉNEK NÉHÁNY PROBLÉMÁJA A POLGÁRI JOGI ÉS KÜLÖNÖSEN A MUNKAJOGI SZERZŐDÉSES KÖTELMÉK ESETÉBEN**

Az új Ptk. a szerződésszegésért fennálló felelősség tekintetében általánossá tette a Bécsi Vételi Egyezmény által bevezetett előreláthatósági klauzulát, amelyet szakmai körökben többen kifogásoltak azzal, hogy a tartós, hosszú lejáratú szerződések esetében alkalmazása problematikus. Egyértelműen ezt az álláspontot vallotta a szakma a munkaszerződéssel kapcsolatban. A tanulmány azt kívánja kimutatni, hogy mind a tartós polgári jogi, mind a munkajogi szerződéseknél a szerződésszegésért fennálló felelősség megállapításánál is alkalmazható az előreláthatósági klauzula.

I. A PROBLÉMAKÖR EXPONÁLÁSA ÉS KÖRÜLHATÁROLÁSA, VALAMINT JOGDOGMATIKAI MEGALAPOZÁSA

A 2012. évi V. törvénnyel érvénybe, és 2014. március közepével hatályba lépett új Polgári Törvénykönyv (Ptk.) a korábban a deliktális felelősségből és a szerződésszegésből eredő kártérítés egységes elbírálásának a szabályintézmény-rendszerét kettébontotta, és a szerződésszegésért felelős jogalany kártérítési felelősségét a károkozó részéről a kár bekövetkezésének az előreláthatóság alapulvételével szigorúban állapítja meg. Ez a miniszteri indokoláson kívül kiténik a deliktális felelősség alóli kimentési lehetőségnek a szerződésszegéssel okozott károkért fennálló felelősség alóli kimentési lehetőség összevetéséből. Mindenekelőtt azonban le kell szögezni, hogy a kártérítés alapja mind a deliktális felelősségnél, mind pedig a szerződésszegésből eredő kártérítési felelősségnél már nem az adott helyzetben történő általában elvárhatóság, hanem az előreláthatóság. Az elvárhatósági klauzula helyett bejött az előreláthatósági klauzula. A deliktális felelősségnél a 6:521. § azt mondja ki, hogy nem állapítható meg okozati összefüggés azzal a kárral kapcsolatban, amelyet a károkozó nem látott előre, és nem is kellett előre látnia. Ezzel szemben a szerződésszegés esetében a szerződésszegő által okozott kárért fennálló felelősség alól a szerződésszegő akkor mentesül, ha bizonyítja, hogy a szerződésszegést ellenőrzési körén kívül eső, a szerződéskötés időpontjában előre nem látható körülmény

* Professor emeritus, Miskolci Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 3515 Miskolc, Egyetemváros.
E-mail: prugberger.tamas@t-online.hu.

** A tanulmányt a szerző Vékás Lajos akadémikus 80. születésnapjára ajánlja.

okozta, és nem volt elvárható, hogy a körülményt elkerülje, vagy a kárt elhárítsa. Ha pedig ilyen alapon a szerződésszegő magát kimenteni nem tudja, köteles a tényleges kárt, a 6:143. § (2) bekezdése értelmében pedig az elmaradt vagyoni előnyt és a károsult vagyonában egyéb károkat olyan mértékben megtéríteni, amilyen mértékben a jogosult bizonyítja, hogy a kár a szerződésszegés lehetséges következményeként a szerződés megkötésének az időpontjában előrelátható volt.

E két jogszabályhely összevetéséből egyértelműen kitűnik, hogy míg a szerződésen kívüli károkozásnál csak az előreláthatóságtól függ a felelősség, addig a szerződésszegésből eredő kártérítésnél az előreláthatóság mellett még az ellenőrzési körön kívüliség is szükséges. Ugyanakkor mind a kettővel kapcsolatosan az is megállapítható, hogy a károkozó jogalanyhoz hasonló típusú jogalanyokkal szemben az általában elvárhatóság objektív kritériuma, ha nem is iktatózott ki, de jelentősen háttérbe szorult, ami bizonyos deliktualis és szerződésszegésből eredő károkozási helyzetekben a károkozó számára nagyobb kimentési lehetőséget biztosít. Az által, hogy felelősséget megalapozó tényezőként ott volt a korábbi Ptk.-ban a károkozó jogalanyoknál minden esetben lemerhető „általában elvárhatóság” szerinti kritériumnak való megfelelés vagy annak hiánya, ezért helyesebb lett volna, ha az új Ptk. akként fogalmazott volna, hogy a konkrét károkozóhoz hasonló tulajdonságokkal és képzettséggel rendelkező jogalanyoktól az adott helyzetben milyen előrelátás lenne elvárható. Ami pedig az ellenőrzési kört illeti, az ellenőrzésnek az objektív feltételei nem minden esetben állnak fenn. Ezért az ellenőrzési kört alternatív módon indokolt lett volna egy szélesebb körű feltétellel, a szerződésszegőnek a tájékozási lehetőségi körön való kívüliségével is kiegészíteni. Ezt azért is jó lett volna ilyen módon rendezni, mivel a deliktualis felelősségből eredő károkozás esetén a károkozó a 6:519. §-ban foglalt előírások szerint a korábbi szabályozáshoz hasonlóan csak akkor mentesülhet a felelősség alól, ha sikerrel bizonyítani tudja, hogy károkozó magatartása nem volt felróható, vagyis a kártérítés alóli mentesítés vagy a kártérítés összegének a bíróság általi csökkentése a vétkességkimentés (*exculpation*) teljes vagy részleges sikerétől függ. Ehhez pedig annak a bizonyítása kell, hogy a kárcselekmény és az annak alapján beállott kár közötti okozati összefüggés nem, vagy csak jóval kisebb mértékben áll fenn. A szerződésszegésből eredő kár megtérítésénél is a kiinduló alap továbbra is a szerződésen kívüli károkozásnál fennálló felróhatóság, ahol a 6:62. § értelmében az általános kártérítés szabályait kell alkalmazni mind a *culpa in contrahendo*, mind pedig a szerződésben elvállalt kötelezettség nem, vagy nem megfelelő teljesítése esetén is. Annyiban azonban szigorodik ennek a kártérítésnek a megítélése, hogy a szerződést kötő félnek, amikor a szerződés megkötésekor a vállalt kötelezettségének a megállapodás szerinti teljesítésére az ígéretét megteszi, annak tudatában teszi, hogy előre láthatólag nem lesz akadálya annak, hogy kötelezettségvállalására vonatkozó ígéretét teljesíteni tudja.¹ A szerződésszegés esetében tehát egy tudatosan mérlegelt előreláthatóságról

¹ A szerződéssel elvállalt kötelezettségért való helytállás helyett a vállalt kötelezettség teljesítésének az ígéretnek a betartásával történő helyettesítése, illetve kiegészítése az angolszász jogból került át. V.ö.: SÁNDOR Tamás: „Kódex nélkül (Anglia és a Sale of Goods Acts)” *Európai Jog* 2016/1. 20. Az új magyar Ptk.-ba közvetve, a Bécsi Vételi Egyezményen keresztül került be. V.ö. VÉKÁS Lajos:

van szó, nem úgy, mint a deliktuális felelősségnél, ezért a szerződésszegésért való felróhatóság szigorúbban bírálendő el a kommentár szerint, mint a deliktuális felelősség esetében, ahol egy ilyen mérlegelt előreláthatóság adott esetben fennállhat, azonban nem ez a jellemző.

A szerződéskötés során ugyanis a feleknek módjuk van mérlegelni, hogy az általuk elvállalt kötelezettséget előreláthatóan teljesíteni tudják, vagy sem. Az előreláthatósági klauzula a Bécsi Vételi Egyezmény mintájára került be az Ptk.-ba,² azonban nemcsak az egyszeri vagy pedig a huzamos időre szóló keretszerződéseknél szakaszosan teljesítendő kötelezésekbe, hanem a szakaszos teljesítésekre nem bontható tartós kötetmi jogviszonyokba, sőt a szerződésen kívül történő károkozás elbírálásába is.³ Ennek a megoldásnak a helyességét a magyar jogirodalomban többen vitatják éppen arra hivatkozással, hogy az olyan tartós szerződéseknél, mint amilyen a bérlet, a haszonbérlet vagy a munkaszerződés és részben a hozzá hasonló, meghatározott havi járadékserű munkabérfizetéshez hasonló honoráriumként ellentételezett tartós vállalkozási vagy megbízási szerződés, az egymástól el nem határolható folyamatos helyállások miatt az előreláthatóságot nem lehet rövid szakaszokra bontani. Egy bérleti-, haszonbérleti vagy munkaszerződésnél ugyanis nem lehet előre látni, hogy bizonyos szituációk időközi felmerülése során miként fognak azokra a felek egymás irányában reagálni. Nem véletlen ezért, hogy Fuglinszky is a kártérítésről szóló monográfiájában az előreláthatóság vonatkozásában azokról a tartós szerződésekről szól, amelyek teljesítési szakaszokra bonthatók, és olyan tartós szerződésekkel nem foglalkozik, ahol ilyen szakaszolás egyik oldalon sem merül fel, hanem a teljesítések folyamatosan egymásba olvadva jelennek meg mind a két fél esetében.⁴ Egyértelműen ilyenek az előbb felvázolt szerződéstípusok, amelyek vonatkozásában a munkaszerződésre koncentrálna az előreláthatósággal és részben az ellenőrzési körön kívüliség követelményével kapcsolatosan Kun Attila, Sipka Péter, Nádás György, valamint Kenderes György velünk együtt felvetett.⁵

„Külső minták hatásai az új Polgári Törvénykönyvben” in NOCHTA Tibor – FABÓ Tibor – MÁRTON Mária (szerk.): *Ünnepi tanulmányok Kecskés László professzor 60. születésnapja tiszteletére* (Pécs: Pécsi Tudományegyetem ÁJK 2013) 580–581.

² VÉKÁS (1. lj.).

³ V.ö.: FUGLINSZKY Ádám: *Kártérítési jog* (Budapest: HVG-ORAC Kiadó 2015) 176–177.

⁴ FUGLINSZKY (3. vj.) 176–177.

⁵ DELI Petra Eszter: „Gondolatok a Munka Törvénykönyve tervezetéhez a munkáltató vétkes károkozásáért való felelősségéhez” *Miskolci Jogi Szemle* 2011/2. 135–136.; KUN Attila: „A munkáltató kártérítési felelősségének főbb vonásai az új Munka Törvénykönyvében” *Munkajogi Szemle* 2012/4. 83., 85.; SIPKA Péter: „Az előreláthatóság problematikája a Munka Törvénykönyvéhez fűződő jogalkotási szándék és a bírói gyakorlat összefüggésében” *Magyar Jog* 2017/7–8. 405–409.; NÁDÁS György: „Működési kör vagy ellenőrzési kör, a kimentés megváltozott szabályai” *HR & Munkajog* 2013/7. 393–400.; NÁDÁS György: „Az előreláthatósági klauzula megjelenése a kárfelelősségi szabályok között” in SZALMA József (szerk.): *A Magyar Tudomány napja a Délvidéken*, 2013. Konferenciakötet (Újvidék: Vajdasági Magyar Tudományos Társaság 2014) 229–230.; PRUGBERGER Tamás – KENDERES György: „A munkaviszony keretében fennálló felelősség új szabályainak egyes problémáiról” *Magyar Jog* 2013/7. 393–400.; KENDERES György – PRUGBERGER Tamás: „Változatok a munkajogi kártérítési felelősségben” *Pro Futuro* 2014/2. 148.; KENDERES György: „Gondolatok és felvetések az új Munka Törvénykönyve általános rendelkezéseire és felelősségi szabályaihoz” *Gazdaság és Jog*, 2013/9. 15–19.; PRUGBERGER Tamás: „A munkajogviszonyból eredő kártérítési

Fuglinszky Ádám és Vékás Lajos is egyértelműen, a törvényszöveggel összhangban azon az állásponton van, hogy az előreláthatóságot, vagyis azt, hogy a szerződést kötő felek a szerződéssel elvállalt kötelezettségeiket miként tudják teljesíteni, azt a szerződéskötéskor, nem pedig a szerződésszegéskor fennálló helyzet, körülmények alapján kell vizsgálni. Vékás még azt is megjegyzi, hogy az előreláthatósági követelményt nem a konkrét szerződésszegőre vonatkoztatva kell vizsgálni, hanem hogy egy hasonló helyzetben álló személytől mi lett volna elvárható a szerződés megkötésekor.⁶ A fent felsorolt munkajogtudományban járatos szerzők ezzel kapcsolatosan egyöntetűen felvetették, hogy a munkaszerződéssel létrejövő munkajogviszony olyan jellegű, ahol az előreláthatóságot, vagyis azt, hogy a felek miként fogják kötelezettségeiket teljesíteni vagy megszegni, és miként fognak jogaikkal élni, vagy visszaélni, azt előre nem lehet megállapítani. Ezt legélesebben Nádas György és Sipka Péter fogalmazta meg.⁷ Itt a munkajogtudománnyal foglalkozó szerzők az előreláthatósági klauzula általános jellegű alkalmazhatóságát kérdőjelezzik meg, ami mindenekelőtt a munkaszerződés-szegésnél, de a többi, nem szakaszos, hanem folyamatos jellegű tartós szerződésnél is fennáll.

Ezt az ellentmondást a munkaszerződések vonatkozásában a közelmúltban a Kúria Munkaügyi Kollégiumának az 1/2018. számú véleménye oldotta fel az alsó bíróságok számára kötelező jelleggel, ami irányt mutathat a többi folyamatos tartós szerződések esetében is az előreláthatóság megítélésére. Ez adja meg az aktualitását, hogy az előreláthatóság problematikája újból napirendre kerüljön annak ellenére, hogy immár közel nyolc év eltelt az új Ptk. hatálybalépése óta. Az 1/2018 (VI. 25.) KMK. vélemény II. és III. pontja kifejezetten a munkajogi, és azon belül a munkáltató szerződésszegéséből eredő kártérítés elbírálásánál jelentkező ellenőrzési kör és az előreláthatóság kérdésével foglalkozik. E szerint a munkáltató munkabaleset esetén a kártérítés alól akkor mentesül, ha bizonyítja, hogy az az ellenőrzési körén kívül következett be, és az ellenőrzési körén kívül eső körülmény egyben olyan, amelylyel nem kellett számolnia, és nem volt tőle elvárható, hogy a károkozó körülményt elkerülje, vagy a kárt elhárítsa. A „nem kellett számolnia” feltétel alkalmazásakor a munkáltató milyen gondosságot tanúsított jogainak gyakorlása és kötelezettségei teljesítése során. Számolhatott-e ekkor ésszerűen a károkozó körülmény valószínű bekövetkezésével, vagy sem. A korábbi Mt. szerinti főszabályként érvényesülő *vis maiorra* alapozott kimentési lehetőség csak akkor áll fenn, ha a munkavállaló kárát a munkáltatóra vetített kizárólagos és elháríthatatlan magatartása okozta. A munkáltató – és ez a lényeges – egészben vagy részben akkor mentesül a felelősség alól, ha bizonyítja, hogy a bekövetkezett kár „a károkozás idején nem volt előrelátható”. Probléma ezzel kapcsolatban csak az, hogy a Ptk. az előreláthatóságot a szerződés megkötésének az időpontjára teszi azzal, hogy előre kell mérlegelnie a szerződés-

felelősség újraszabályozásának néhány problematikus vonása a 2012. I. törvényben” *Gazdasági Élet és Társadalom*, 2014/I–II. 147., 149., 153–154.

⁶ VÉKÁS Lajos: „Előreláthatósági klauzula a szerződésszegésből eredő kártérítési igényeknél” *Magyar Jog* 2002/9. 513–526.; VÉKÁS (1. lj.); FUGLINSZKY Ádám: „Az előreláthatóság egyes kérdései, avagy kinek, mikor és mit kell előre látnia” *Magyar Jog* 2011/7. 412–425.

⁷ Lásd: NÁDAS (5. lj.); SÍPKA (5. lj.).

kötő félnek, hogy amit vállalt, képes-e teljesíteni. A munkaszerződés és a folyamatos jellegű tartós szerződések esetében – mint amilyen pl. a bérleti szerződés – a szerződésszegés bekövetkezése előre egyik fél számára sem látható. Az előreláthatóság legfeljebb csak akkor jöhet számításba, ha a munkahely munkavédelmi önértékelésénél a munkáltató veszélyes körülményt veszélytelennek vagy súlyosan veszélyeztetőt csökkent veszélyességűnek értékel, bízva abban, hogy baleset nem következik be. Ha a munkabaleset mégis bekövetkezik, itt az előreláthatóság ténylegesen fennáll. Ilyen helyzet azonban az esetek kisebb részében fordul elő, és az előreláthatóság tényleges fennállása legtöbbször csak áttételesen, közvetve jelenik meg, ami elkerüli mind a szakértő, mind a bíróság figyelmét. Lényegében a Kúria munkaügyi kollégiuma egy fikcióval oldotta fel azt az ellentmondást, ami a polgári jogi és a munkajogi szerződésszegés tekintetében az előreláthatósággal kapcsolatosan feszült, és amely szerintünk látenszen most is feszül a folyamatosan tartós polgári jogi kötelek esetében is. Bizonyos mértékig feloldható ez az ellentmondás azzal, ha a szerződésszegés, illetve a károkozás idején a bíróság által vizsgálni előírt előreláthatóságot nemcsak előre, hanem hátrafelé is értelmezve olyként szemléljük, hogy bekövetkezett kárt okozó szerződésszegésből visszamenőlegesen milyen elvárható előreláthatóság nem került figyelembevételre a szerződésszegésével kárt okozó részéről. Az előreláthatóság problémája – a munkajogviszonyban mind a munkavállalót a munkáltatója, mind a munkáltatót a munkavállalója részéről érő kárnál, mind pedig a tartós szerződéseknél a szerződésszegésből eredő kárfelelősség előreláthatósági alapon történő megítélésével kapcsolatos követelménynél jelentkező ellentmondás – csak így ítéltető meg. Ezért, e munkaügyi kollégiumi vélemény iránymutatása figyelembevételével, indokolt lenne hasonlót alkotni a munkavállalói kárfelelősségre és a folyamatosan tartós polgári jogi szerződésekre vonatkozót is.

Az előreláthatósági klauzula bekerült a szerződésszegés jogkövetkezményeinek elbírálásával kapcsolatosan a Ptk.-ba, és lehet, hogy indokolt, ha nem is teljes egészében, hanem csak részben a munkaszerződés-szegés munkajogi elbírálása esetében is. Azt már korábban is a polgári jogi szakirodalomban külföldön és belföldön egyaránt többen bíralták, hogy a károkozásnál túlhaladott a vétkességnek és annak két fajtája szerint a büntetőjogi szemlélettel egyező szándékosság és a gondatlanság alapján történő elbírálása. Ezen a téren a francia civilisztika tette meg az áttörést. Szalma József „Az okozatosság és polgári jogi felelősség” című könyvében kimutatta, hogy a francia bírói gyakorlat a Code civil 1882. és 1883. cikkelye alapján az okozatosság és a szándékosság, valamint a gondatlanság helyett károkozóan felróható kívánság vagy előreláthatósági lehetőség alapulvételével bírálja el a felelősséget. Az elbírálásnál nem mellőzhető felróhatóság vizsgálatánál a bírói gyakorlat az okozatosságra mint nem mellőzhető felelősségi alapra a „pszichikai” előreláthatóság, vagyis a büntetőjogból átvett gondatlanság helyett a 1384. cikkely szerinti „logikai” előreláthatóságra alapozza a felelősséget.⁸ A francia kártérítési felelősség-

⁸ SZALMA József: „Okozatosság és polgári jogi felelősség” (Miskolc: Novotni Alapítvány 2000) 36–37.; hivatkozva részéről ANDRE LUCAS (szerk.): *Code civil I–II.* (Paris: LITEC 1996–1997) Chaptire II. (Des delits et quasi delits, art 1832. 705.; továbbá RENE SAVTIER: *Traite de reponsabilite civil en droit Francais* (Paris: Pichon & R. Durant 1951) 57–58.

tan elindította a polgári jogi vétkességfogalom objektivizálását a „tudnia kellett volna” általános elvárhatósági kategóriájának a konkrét helyzetre való alkalmazásával, a gazdasági forgalom biztonságának a követelménye alapján, amire mindenkinek figyelemmel kell lennie, amikor szerződést köt. Marton Géza is erre figyelemmel az okozatosság primátusa mellett a „forgalomban elvárható gondosság alapján történő szerződéskötést” várta el a felektől, átvéve a franciaországi szemléletet, bírálva a szubjektív kritériumok vizsgálata alapján ítélező *adequat causalitas* okozatossági szemléletet. A szubjektív alapú *adequat causalitas* tan bírálata – amely elsődlegesen és sokáig a germán jogrendszerek kártérítés megítélési szemléletére volt jellemző – azonban már Marton Géza idejében is megjelent. Nemcsak Marton Géza, hanem egyes német civilisták a gondatlanságot a polgári jogi szerződésszegésnél úgy kezdték értelmezni, hogy a szerződést „gondatlanul” megszegő elmulasztotta a forgalomban elvárhatóan megkívánt gondosságot. Ennek figyelembevételével nyilatkozott Marton Géza úgy, hogy a polgári jogi kártérítési felelősség területén a vétkesség el kell, hogy vesztse uralkodó pozícióját. A vétkesség nem lehet kártérítési alap, és csak a kártérítés mértékére gyakorolhat befolyást.⁹ A német jogba ez a szemlélet nem is annyira a francia, mint inkább az amerikai jogtudomány hatásként került be, a környezetvédelemmel kapcsolatos kártérítésen keresztül, amely az USA-ban és most már Németországban is a kauzalitási láncolat egészét vizsgálja, és minden jogalanyt felelőssé tesz, amely vagy aki ebben a láncolatban károkozó tényezőként részt vesz.¹⁰ Ezt a Günter Hager által előadott szemléletet mi is szeretjük volna Magyarországon meghonosítani, egyelőre a környezeti és természeti károkozások terén,¹¹ azonban e törekvésünk nem talált követésre. Ugyanígy visszhang nélkül maradt a Bakács Tibor és Szentgyörgyi Rezső által tíz évvel ezt megelőzően leírt hasonló álláspont is, akik a Balaton vizét, élő és élettelen környezetét az 1960-as és 70-es években a szűk látókörű és nem átgondolt beavatkozásaikkal jelentős mértékben károsító és a károkozásban közreműködő hatóságok, állami és szövetkezeti gazdasági szervezetek szerepét feltárták, káros intézkedéseik láncolatos sorrendje szerint.¹² Mindezt figyelembe véve magánjog-elméleti szempontból is lépést jelentett, hogy a Vékás Lajos által vezetett kodifikációs bizottság a Ptk. deliktuális és szerződésszegésből eredő kártérítési felelősségi rendszerébe beiktatta az előreláthatósági klauzulát, amely szerintünk a szerződésen kívül károkozásnál is releváns, igaz kisebb mértékben, mint a szerződésszegésből eredő kártérítésnél. Így a frankofonlatin és a germán jogrendszerekben is korábban uralkodó pozícióban volt *adequat causalitas* szerinti felelősségértékelés helyébe az objektivizált kauzalitás és a kau-

⁹ MARTON Géza: „Kártérítési kötelmek jogellenes magatartásból” in SZLADITS Károly (szerk.): *Magyar magánjog, IIV. kötet, Kötelmi jog különös része* (Budapest: Grill Károly Könyvkiadó Vállalat 1942) 842.; Uő. *A polgárjogi felelősség* (Budapest: Triorg 1993) 86–87.

¹⁰ GÜNTER HAGER: „Umweltvertraglichkeitsprüfung und Umweltabsprachen” in Pawel CZECHOWSKI – Reinhard HENDLER (szerk.): *Umweltrecht in Mittel- und Osteuropa. Warschauer Gespräche zum Umweltrecht* (Stuttgart: Boorberg Verlag 1993) 39–44.

¹¹ FODOR László – PRUGBERGER Tamás: *A környezetjog rendszere, elméleti és gyakorlati kérdései* (Budapest: Neotip Bt. 1996) 217–226.

¹² BAKÁCS Tibor – SZENTGYÖRGYI Rezső: *A környezetvédelmi felelősség a Balaton Régió vizsgálat alapján* (Veszprém: MTA Veszprémi Bizottsága 1980).

zálítási láncolat vizsgálata lépett Magyarországon is. Ennek alapul vételével szükséges pontosítani Csöndes Mónikának azt a nézetét, miszerint az előreláthatósági klauzulának a polgári jogi kártérítési felelősség értékelésébe történt beiktatásával a kauzalitás elveszti a jelentőségét.¹³ A kauzalitás nem, hanem csak a szubjektív jellegű *adequat causalitas*. Az objektív jellegű, akár láncolatosan jelentkező kauzalitás jelentősége viszont nő. Ez kiolvasható a már bemutatott 1/2018 (VI. 25) KMK véleményből is, amelyhez hasonló a munkavállalói felelősségre, valamint a szerződés-szegésből eredő és a deliktuális felelősséget érintően is érdemes volna elkészíteni.

II. A PROBLÉMAKÖR FELVÁZOLÁSA ÉS MEGOLDÁSÁNAK LEHETŐSÉGEI A POLGÁRI JOG TERÜLETÉN

Az eddigi jogelméleti áttekintés után először azokat a tartós szerződéseket kívánjuk néhány vonatkozásban az előreláthatósági klauzula szempontjából megvizsgálni, ahol a szolgáltatás teljesítése csak az egyik oldalról jelentkezik szakaszosan és visszatérően, végül pedig egy utolsó szolgáltatással a szerződés megszűnik. Egyértelműen ilyen jellegű szerződés a kölcsönszerződés, főleg a pénzügyi hitel-szerződés, a részletre történő vétel, a lízingszerződés, valamint minden olyan szolgáltatással kapcsolatos szerződés, ahol a pénzbeli ellentételezésre részletfizetéssel kerül sor. Itt és általában innen levezetve más szerződések esetében is fennáll az előreláthatóság vizsgálata, amelyet a jóhiszeműség és a rosszhiszeműség oldaláról egyaránt szükséges vizsgálni. Az a fél, amelyik a részletfizetések, így pl. a felvett kölcsöntörlesztés és a szerződésbe foglalt kamat fizetése tekintetében vállalja, hogy a hiteligylet megkötésekor fennálló gazdasági, egzisztenciális és egyéb körülményei változatlan fennállása mellett szolgáltatásait huzamosan teljesíteni tudja, azonban a körülmények időközben tőle függetlenül és neki nem felróható megváltozása esetén, joggal kérheti a bíróságtól is a szerződés olyan jellegű módosítását, hogy a teherbírásiának megfelelően a szerződésben vállalt kötelezettségei módosításra kerüljenek.¹⁴ Az ilyen szerződő fél esetében azonban az előreláthatósági körülményt a jóhiszeműség oldaláról is vizsgálni szükséges, mivel előfordulhat a részéről nem nyilvánosan szerzett olyan információ, amely várhatóan olyan gazdasági vagy egyéb helyzetet hoz, amely mellett a másik fél nem tud teljesíteni, és így a részletfizetés alóli mentesülés mellett még kártérítést is igényelhet.

Ez az eset viszonylag ritkábban fordul elő, az ellenkezője viszont jóval gyakoribb, amikor szolgáltatást iparszerűen nyújtó cég blankettaszerződéssel vagy anélkül, de a szakmájából eredő információk birtokában nyújt kamattal egybekötött részletfizetés ellenében rosszhiszeműen szolgáltatást, mivel tudja, hogy a gazdasági és/vagy a pénzügyi helyzet a kamat- és részletfizetésre kötelezett terhére változik meg, és ennek a terheit a másik félre ruházza át. Ilyen esetben egyértelműen előreláthatósági rosszhiszeműség áll fenn. Eklatáns esete volt ennek a bankok részéről az akkori

¹³ CSÖNDES MÓNKA: Előre látható károk? – Az előreláthatósági korlát hatása szerződésszegési kártérítési jogunkra. Doktori értekezés (Budapest: ELTE 2016).

¹⁴ Ptk. 6:191. és 192. §.

kormány által is támogatott devizahitelezés, ahol a bankok annak tudatában kötötték meg a hitelekkel a devizakölcsön-szerződéseket, hogy a devizában megállapított valutaárfolyam-ingadozás kihat a kamat összegére, és az ennek alapján változhat, amit a hitelesnek viselniük kell (6:191. § 4. bek.).¹⁵ Egyértelműen látható volt, hogy a devizahitelek túlnyomó része az ilyen módon igen jelentősen megemelkedett kamatösszegeket nem fogja tudni fizetni, és a bankok a hitelek jelentős részének fizetéképtelenné válása miatt vagyontárgyaikat – főleg ingatlanaikat – áron alul, végrehajtás útján megszerezhetik.¹⁶ Ilyen helyzet bármilyen olyan üzletszerű szolgáltatásnyújtó cég esetében fennáll, amelyik előre gyártott blankettákkal köti meg a szerződéseit, és ennél fogva a laikus fogyasztót olyan kikötésekkel terheli meg, amelyek azok érdekeit durván sértik. Gyakran ezek a cégek a szolgáltatást igénybe vevő fogyasztót a blankettában elrejtve úgy terhelik meg, hogy fel sem hívják azokra a szerződést aláíró fogyasztó figyelmét, és ennél fogva teljesítési ígéretének az előreláthatósága fel sem merülhet. A blanketta- és a fogyasztói szerződésekre nézve a laikus felet, illetve a fogyasztót a korábbi Ptk.-hoz hasonlóan az új Ptk. is megfelelően védi a 6:77. §-tól a 6:87. §-ig terjedő előírásokkal. Ezekben az esetekben a laikus szerződéskötő részéről az előreláthatóság rosszhiszemű befolyásolása vélelmezhető a szakmai tapasztalatokkal felvértezett szolgáltatóval szemben, amely vélelmet neki kell megdöntenie, ha ebből eredő vélelmezett ódiuma alól szabadulni akar (*presumptio iuris*).¹⁷ Lényegében ezen az alapon nyertek meg pereket azok a devizahitelek, akik a velük devizahitel-szerződést a rosszhiszemű előreláthatóság tudatában blankettaszerződés formájában megkötötték, és lényegében ennek a figyelembe vételével hozta meg a Kúria az összes devizahitel-szerződés jogkövetkezményeire kiható 6/2013. számú jogegységi határozatát.¹⁸

Még általános jelleggel itt szükséges megemlíteni, hogy az új Ptk. is változatlanul meghagyta a veszélyes üzemi felelősséggel kapcsolatos szigorú felelősségnek a korábbi Ptk.-ban is meg lévő, szigorúbb kimentési lehetőséget adó előírásait, amelyet megítélésünk szerint a szerződések esetében is alkalmazni kell. Ez leginkább a közszolgáltatási szerződések körében fordulhat elő a leggyakrabban, valamint olyan szolgáltatásoknál, ahol a szolgáltató a megrendelőt a tevékenységével fokozott veszélynek teheti ki. Ilyen tevékenység pl. amikor a gázszerelő gázszereléssel kapcsolatos szolgáltatást végez vállalkozási szerződés keretében a megren-

¹⁵ Mindennek pénzügyi és gazdasági jogi elméletét adják azok a devizahitelezési írárok, amelyek a devizahitelezés közgazdasági és pénzügyelméleti vonatkozásait tárgyalják: LENTNER Csaba (szerk.): *A devizahitelezés nagy kézikönyve* (Budapest: Nemzeti Közszolgálati és Tankönyvkiadó 2015).

¹⁶ KOTZ László – PRUGBERGER Tamás: „Bankcsaták, bankháborúk” *Kapu* 2011/1. 30–32.; KOTZ László – PRUGBERGER Tamás: „Banktrükkök a társadalom ellen” *Kapu* 2011/9. 24–25., 2011/10. 14–17.

¹⁷ Bővebben lásd: PRUGBERGER Tamás: „Az egyedileg nem tárgyalt tisztességtelen szerződési feltételek értelmezése a hazai és az uniós magánjog fogyasztóvédelmi, gazdasági verseny és hitelezésszabályai vetületeiben” in LENTNER Csaba (szerk.): *A devizahitelezés nagy kézikönyve* (Budapest: Nemzeti Közszolgálati és Tankönyvkiadó 2015) 337–364.

¹⁸ KOTZ László – PRUGBERGER Tamás: „A devizahitelek helyzete és a Kúria december 16-án kelt jogegységi határozata” *Kapu* 2014/1. 75–76.; TÉGLÁSI András: „A devizahitelezés problematikája és kezelésének alkotmányos keretei az Alkotmánybíróság gyakorlata tükrében” in LENTNER Csaba (szerk.): *A devizahitelezés nagy kézikönyve* (Budapest: Nemzeti Közszolgálati és Tankönyvkiadó 2015) 315–336.

delő részére, és ilyen még a radioaktivitással összefüggő vállalkozási szolgáltatások sokfélesége is. Sőt, megkockáztatjuk azt is, hogy minden olyan tevékenységgel, így a fuvarozással és a személyszállítással összefüggő olyan közlekedési eszközökkel végzett szolgáltatásnál, mint amilyen a vasúton, távolsági és turista-autóbuszon, repülőgépen vagy hajón történő, szerződésen alapuló személyszállítás, olyan polgári jogi szerződésnek kell tekinteni, ahol a kárkockázat előreláthatósága a fokozott veszély fennállása következtében kódolva van. Ezért az ilyen szolgáltatásokkal összefüggő szerződések esetében nem az előreláthatóság fennállásának vagy fenn nem állásának a ténye, hanem a szolgáltatás veszélyes üzemi jellege a releváns a szerződésszegés esetében.

A munkaszerződést is érinthetik, sőt közel állnak a munkaszerződéshez azok a szabályok, amelyeket a 6:540-tól a 6:543-ig terjedő szakaszokban fogalmazott meg a jogalkotó. E szerint, ha egy szerződés teljesítését elvállaló cég a megrendelőjének az alkalmazottja, tagja vagy vezető tisztségviselője által okoz kárt, főszabályként a cég felel szerződésszegési alapon a kárárért, ahol az előreláthatóság a károsult fél szempontjából irreleváns. Ezért nem képezheti kármérséklési szempontból vizsgálat tárgyát, hogy a kötelezett cég, illetve munkáltató a teljesítésre miért pont azt az alkalmazottját vagy tagját választotta ki, aki a kárt okozta. Ez legfeljebb csak akkor jöhet számításba, ha a megrendelő vagy a megbízó előre látta, hogy a vállalkozó, illetve a megbízott által a teljesítésre kiválasztott személy nem lesz megfelelő, és erre figyelmeztette a szolgáltatás nyújtására kötelezettet, aki ennek ellenére a kötelezettség teljesítését mégis az eredetileg kiválasztottal végezteti el. A főszabály azonban alkalmazott és tag esetében ilyenkor is az, hogy a megrendelő/megbízóval szemben a cég felel, ami alól csak szándékos károkozás esetében áll fenn kivétel, mivel ilyenkor egyetemleges felelősség áll fenn, csak úgy, mint abban az esetben, amikor a cég vezetője okozza a megrendelőjének a kárt. Ezekben az esetekben az előreláthatóság a cég és a nevében eljáró alkalmazott, munkát végző tag, illetve vezető tisztségviselője közötti felelősségnél jelentkezik. Ezért a felelősségi szabályokat az alkalmazott és a munkaszövetkezeti tag tekintetében a Munka törvénykönyve (Mt.), és a Szövetkezeti törvény (SzVt.), a társasági tag, illetve a vezető tisztségviselő tekintetében a Ptk. 3:107. és 3:117. szakasza tartalmazza érintőlegesen. A konkretizálást az egyes társasági típusok belső szabályzatainak a tagok és a vezető tisztségviselők jogairól és kötelezettségeiről, valamint az esetleges munkatevékenység végzéséről és díjazási módjáról szóló előírásai tartalmazzák.

III. A PROBLÉMAKÖR ELEMZÉSE A MUNKAJOG TERÜLETÉN ÉS MEGOLDÁSÁRA IRÁNYULÓ KÍSÉRLET

Ezzel egyúttal el is jutottunk a munkaszerződéshez, amely szűkebb értelemben a munkáltató és a munkavállaló közötti olyan munkavégzésre kötött szerződését tartalmazza, ahol a munkáltató irányítása és útmutatása, valamint ellenőrzése mellett kell a munkafolyamatokat elvégezni, és a szerződésben meghatározott időkereten belül a munkavállaló számára rendelkezésre állni. Minthogy e munkaszerződésben a

munkavállaló az alárendelt fél, és a munkáltatónak mintegy hűséggel tartozik, mert a munkabérrel nemcsak róla, hanem a munkavállaló által eltartott családtagjairól is gondoskodik, egzisztenciálisan a munkáltatótól függő helyzetben van. Azzal pedig, hogy a munkavégzés elszemélytelenedett tömegmunkává vált, ahol egy munkáltató cégén belül sokan dolgoznak, megszűnt a szolgálati jogviszony familiáris jellege, és a munkáltatók a minél nagyobb nyereség és haszonszerzés érdekében igyekeztek minél kevesebb bérért és minél hosszabb munkaidőn belül, minél magasabb munkanorma felállítása mellett a munkavállalóikat dolgoztatni. Ennek ellensúlyozása érdekében alakultak meg a munkavállalói érdekvédelmi szervezetek, vagyis a szakszervezetek, amelyekkel szemben védekezésképpen megalakultak a munkáltatói érdekvédelmi szervezetek is. A közöttük a munkavállalók érdekeinek a védelmi igényeiről folyó tárgyalások eredményeként megjelentek a szakszervezetek és a munkáltatói érdekvédelmi szervezetek részéről, vállalati szinten pedig az ott érdekvéppiselettel rendelkező egy vagy több szakszervezet és a vállalatvezetés által megkötésre kerülő kollektív szerződések, üzemben belül pedig az üzemi vezetés és az üzemi kollektívát képviselő üzemi tanács között létesülő üzemi megállapodások.¹⁹

A kollektív szerződésben a felek meghatározzák azokat a munkavállalói érdekeket védő alapelőírásokat, amelyeket a munkaszerződések megkötése során figyelembe kell venni, és amelyekről a munkavállalók hátrányára eltérni nem lehet. Ezzel szemben az üzemi megállapodás arról szól, hogy az üzem dolgozói által megválasztott üzemi tanács az üzem vezetésébe, a munkahelyek egészség- és balesetvédelmi kialakításába milyen módon szólhatnak bele. Ilyen értelemben a munkaszerződés tágabb értelemben is felfogható, amely a munkáltató és a munkavállaló között létesülő munkaszerződésen felül tartalmazza a kollektív szerződést és az üzemi megállapodást is.²⁰ E két utóbbi szerződést úgy is felfoghatjuk, mint a blankettaszerződéseknel azok „populáris akció” jellegű bírósági megtámadásához, valamint a laikus fogyasztók részére üzletszerű szolgáltatásokat végzők szerződései egy részének fogyasztóivá minősítéséhez hasonló, szintén a gyengébb felet, vagyis a munkavállalót védő eszközként.

Mármost, ami az individuális munkaszerződés megszegéséből eredő kárfelelősséget illeti, a munkáltató kétféle módon okozhat kárt a munkavállalójának. Vagy a munkavégzés során munkabalesettel, vagy azzal, hogy a munkavállaló által szokásosan bevitelre kerülő személyes használati tárgyai a vállalaton belül annak ellenére vesznek el, hogy a munkáltató által előírt megőrzési, elzárási előírásoknak eleget tett. Ha viszont a munkavállaló úgy látja, hogy a munkáltatónál a szokásos tárgyak megőrzése nincs kellően megoldva, kármegelőzési kötelezettsége alapján ezt a munkáltató irányában jeleznie kell, és ideiglenes megoldást igényelhet a munkáltató költségére. Ugyanakkor a munkáltató részéről az egész személyzet és annak

¹⁹ Richard RAM: „Gewerkschaften und Arbeitsrecht wend der Kaiserreichs” *Zeitschrift für Arbeit* 1995/9. 581. ff; Reinhard RICHARDI: „Der Mitbestimmungsgedanke in der Arbeitsrechtordnung” in: *Das Arbeitsrecht in Gegenwart. Jahrbuch*, 93. Reie [é.n.].

²⁰ A német munkajogelmélet a kollektív szerződést így is használja, mely átfogja a tarifa szerződést és az üzemi megállapodást is. Vö.: Wolfgang ZÖLLNER – Karl-Georg LORITZ – Curt Wolfgang HERGENRÖDER: *Arbeitsrecht* (München: C.H. Beck Verlag ©2008) 73–74. (7. II. 2.b).

valamennyi munkavállaló tagja igényelheti, hogy kellő előrelátással valósítsa meg a munkahelyre szokásosan bevitt tárgyak megőrzését. Ha pedig a szokásosaktól eltérően indokolt és méltányolandó nagyobb értéket nem rendszeresen, hanem kivételesen indokolt esetben kíván bevinni a munkavállaló, azt előzetes bejelentés és biztonsági megőrzésre jogosult átadni, amit megítélésünk szerint a munkáltató csak akkor utasíthat vissza, ha objektíve nincs olyan lehetősége, amely mellett előrelátható módon a biztonságos megőrzést meg tudja valósítani, mert erre nincsen felkészülve. Ilyen esetben a munkavállalónak más megoldást kell keresnie, de olyan álláspont is elfogadható, sőt indokolt elfogadni, miszerint a munkáltatónak ilyen esetekre is fel kell készülnie a hosszú távú előreláthatóság alapján, és nemcsak távolléti díj, hanem átlagkereset kifizetése mellett mentesítenie kell munkavállalóját a munkahelyi jelenlét alól. Tipikus ilyen eset, amikor a lakást vásárolni akaró munkavállaló még reggel a bankból ki tudja hozni a pénzt, azonban arra nincs ideje, hogy a lakásban hagyott pénzüsszegért a munkaidő letelte után hazamenjen, mert még aznap délután az ügyvédi irodába kell mennie, hogy aláírja az ingatlan-adásvételi szerződést, és egyben kifizesse az ügyvéd jelenlétében annak vételárát az eladó részére. Noha a munkavállaló szokásos és nem szokásos javainak a munkahelyre a munkáltató tudtával történő itt bemutatott beviteli módjával kapcsolatosan a *custodia*-felelősség speciális, a szállodai letéti felelősség analógiája forog fenn, a munkáltató az Mt. 168.§-ába foglalt vétkességtől független objektív felelőssége alól az Mt. 166. § (2). bek. a.) pontja alapján akkor mentesülhet, ha a kárt az ellenőrzési körén kívül eső olyan körülmény okozta, amellyel nem kellett számolnia, és nem volt várható, hogy a károkozó körülmény bekövetkezését elkerülje, vagy a kárt elhárítsa. Minthogy ez a szabály jogdogmatikailag megfelel a már bemutatott speciális letéti szerződés analógiájának, ahol a szobában lezárás nélkül hagyott ruhaneműk eltűnéséért a szállodatulajdonos felel, viszont a biztonsági elzárás nélkül a szobaasztalon hagyott értéktárgyakért és pénzért, valamint bankkártyáért nem. Ha nincs biztonsági zárral zárható széf, az ilyen értékeket a szállodai recepción kell megőrzésre leadni. E nélkül a szálloda a felelősség alól mentesül.

Ettől teljesen eltér a munkavállalót a munkavégzés közben érő károsodás, amely legtöbbször munkabalesetként jelenik meg. A korábbi Mt.-ben a munkáltatónak ezzel kapcsolatos felelőssége a veszélyes üzemi felelősség analógiájára volt rendezve. A korábbi Mt. 174. §-a ugyanis kimondta, hogy a munkáltató a munkavállalónak a munkaviszonyával összefüggésben okozott kárért vétkességre tekintet nélkül felel, ami alól csak akkor mentesülhet, ha bizonyítja, hogy a kárt működési körén kívül eső elháríthatatlan ok vagy kizárólag a károsult (munkavállaló) okozta. Tehát a kimentési ok csak az elháríthatatlanság, a *vis maior* lehetett ugyanúgy, mint a veszélyes üzemi felelősségnél. Ha pedig a károsult munkavállaló maga is vétkesen, vagyis minden hasonló munkakörben dolgozótól elvárható gondosság megszegésével hatott közre az őt ért kár keletkezésében, kármegosztásra kerülhet sor. Minden esetre az új Mt. 72. pontjába foglalt előírások szerint bár szintén vétkesség nélkül felel a munkáltató a munkavállalót ért károkért, azonban a korábbi jogi szabályozáshoz képest könnyebben tudja kimenteni magát azzal, hogy kár az ellenőrzési körén kívül keletkezett, és hogy a munkavállalót ért kár a részéről nem volt előrelátható. Azzal, ugyanis, ha a

munkáltató felvesz egy olyan személyt munkavállalónak, aki elrejtve robbanóanyagot visz be az üzembe vagy a műhelybe, és azt ott felrobbantja, a műhely tetőzete, valamint a falai le- és beomlanak, megsérülhetnek utcai járókelők és az utcán közlekedő vagy parkoló kocsik, akiket ért kár ilyenkor a veszélyes üzemi felelősség szerint kerül elbírálásra. Ezért az üzemen kívüliek irányában az üzemtulajdonos, illetve üzembirtokos a veszélyes üzemi felelősség alapján sokkal nehezebben tudja kimenteni magát, mint az üzemben dolgozókkal szemben, mivel esetükben az előreláthatóság lehetetlenségére tud a munkáltató hivatkozni. Ilyen vagy hasonló esetekben ezért az üzemben dolgozó kárt szenvedett munkavállalók a kívülálló károsultakkal szemben hátrányosabb helyzetben vannak, ami szembe megy az egyenlő bánásmódról és az esélyegyenlőség előmozdításáról szóló 2003. évi CXXV. törvénnyel.²¹

Ezen kívül a munkáltató javára megalkotott másik, az ellenőrzési körön kívüli-séggel összefüggő, *ex lege* fennálló kimentési lehetőség is sántít. Adódnak ugyanis olyan munkakörök, mint például a nem helyhez kötöttek, amelyek távolsági közlekedéssel állnak összefüggésben, mint amilyen a gépkocsivezetői, árufuvarozói és árukísérői munkakör, vagy az olyan munkakör, ahol a megrendelő vagy megbízó ügyfelek részére azok telepén vagy tartózkodási helyén kell valamit elintézni, és ezért az ilyen tevékenységet ellátó munkavállalóknak állandó mozgásban kell lenniük. Az ilyen állandó közlekedési mozgásban lévő munkavállalók útközben mindig ellenőrzési körön kívül állnak. Ugyanakkor, ha a bírói gyakorlat ezt a munkáltatói ellenőrzési körön kívüliséget kimentési körülményként venné figyelembe, egyértelműen igazságtalanul járna el. Nem véletlen, hogy a munkaügyi bírói gyakorlat tartalmában a korábbi jog szerint jár el ilyen esetekben is, tágan értelmezve az ellenőrzési kört.²² Minden esetre az volna a helyes, ha jogalkotó vagy a Kúria Munkajogi Kollégiuma kimondaná, hogy minden olyan esetben, amikor a munkáltató működése veszélyes üzemi jellegű az ott dolgozó munkavállalókat a munkavégzés közben érő károkat a veszélyes üzemi felelősség szabályai szerint kell elbírálni, és ilyennek kellene minősíteni továbbra is minden olyan sok utazással járó munkakört, ahol a közlekedési eszköz veszélyes üzemnek minősül.

Mindebből azt szűrjük le, hogy az ellenőrzési kör mellett meg kellett volna tartani a működési kört is. Erre utal a Bírói Határozatokban közölt 2016. M. 9. sz. alatt közölt jogeset, ahol a munkabalesetet elszenvedett kéményseprő, aki a Kéményseprő Vállalat részéről egy családi háznál végzett szolgáltatásként kéményseprést, kérte a tulajdonosnőt, hogy tartsa a létrát, amíg a padlásra felmegy, aki ezt a kérést azzal hátrította el, hogy neki főznie kell. Minthogy a létra kicsúszott, a kéményseprő leesett, és sérülést szenvedett. A vállalat a kártérítést azzal igyekezett elhárítani, hogy kéményseprő munkavállalóit leirattal feljogosította, hogy segítséget kérhessenek a ház vagy a lakás tulajdonosától. A telephelyén kívül viszont nem tudta ellenőrizni,

²¹ PRUGBERGER (5. lj.) 145–150.; PRUGBERGER Tamás – KENDERES György: „A munkaszerződés megszegésénél releváns előreláthatóság és ellenőrzési kör” I. Prugberger T. vizsgálata, 127–128., II. Kenderes Gy. vizsgálata, 133., in PUSZTAHELYI Réka (szerk.): *A polgári jogot oktatók XXII. és XXIV. országos találkozójának válogatott tanulmányai. Miskolci konferenciák 2016–2018* (Miskolc: Novotni Alapítvány 2018).

²² V.ö. SÍPKA (5. lj.) IV. és V. fejezet.

hogy a munkavállalója a leiratban foglalt lehetőségével miért nem élt. Ezen kívül a bekövetkezett baleset a leiratba foglalt felhatalmazás alapulvételével nem is volt előrelátható, így azzal számolnia nem is kellett. A károsult felperes keresetét az elsőfokú ítélet elutasította, ami másodfokon helybenhagyással zárult. Felülvizsgálati kérelemmel került az ügy a Kúria elé, amely a munkavédelemről szóló 1993. évi XCIII. törvény figyelembevételével kimondta, hogy munkabaleset esetén a munkáltatónak kell bizonyítania, hogy a kár ellenőrzési körén kívül eső körülmény következtében következett be. Önmagában ugyanis a munkáltató telephelyén kívül végzett munka vagy szolgáltatás nem eredményezi a kárellenőrzési körön kívüli bekövetkezését (új Mt., 166–167. §; 1993. évi XCIII. törvény). Mindezekre tekintettel a Kúria az elsőfokú bíróságot új eljárás lefolytatására kötelezte.²³ Megítélésünk szerint nem kellett volna új eljárásra való kötelezést elrendelni, ha a munkáltató felelősségét megalapozó működésen belüli körülményt az új Mt. nem iktatta volna ki. Hasonló probléma jelentkezett egy másik esetben is, ahol egy borászati vállalat szőlőt szüretelni küldte munkavállalóit, akik közül az egyik – erős allergiában szenvedő – munkás méhcsípés következtében a helyszínen meghalt. Itt is a munkáltató az ellenőrzési körén kívüliségre, valamint az előreláthatóság hiányára alapozva utasította el az örökösök kártérítési igényét. A bíróság álláspontja szerint a szüretelést elrendelő vállalatnak nem kellett azt előre látnia, hogy a szüretelő munkások között van olyan, aki a méhcsípésre különösen allergiás. Ezzel szemben a helyzet az, hogy számolnia kellett volna az ilyen tevékenységet folytató cégnek, hogy a szüreti helyszíneken méhek és a darazsak jelenhetnek meg, és megcsíphetik a szüretelőket, és azzal, hogy vannak olyan személyek, akik az ilyen rovarok csípésére különösen allergiásak, és ezért életveszélyben vannak. Ezért elvárható lett volna a cégtől, hogy a szüretelés helyére egészségügyi alapismeretekkel rendelkezőt, csipésmérget semlegesítő gyógyszerrel ellátva küldjön ki. Egyértelmű lett volna itt is a munkáltatói felelősség fennállása, ha megmaradt volna kritériumként a működési kör.²⁴

Érdeemes megjegyezni még, hogy a nyugat-európai jogokban vagy a bírói gyakorlat, vagy maga a törvény építi be az előreláthatóságot a munkavállaló kártérítési felelősségébe azzal, hogy azon az alapon is mentesíti a munkavállalót a munkáltatónak okozott kár megtérítésének egy része alól, hogy előírja a munkafolyamatoknak az üzemem belüli ellenőrzési és kármegelőzési kötelezettségét, továbbá az üzem működésével kapcsolatos kockázatot a munkáltatóra telepíti. Ezért egy megdöntetlen vélelemmel (*presumptio iuris et de iure*) a munkavállaló által a munkáltatónak okozott kár tekintetében úgy foglal állást, hogy a munkáltató is közreműködött a kár előidézésében, mivelhogy nem tett eleget kármegelőzést célzó ellenőrzési kötelezettségének.²⁵ Ez a megoldás Magyarországon még ismeretlen, azonban indokolt volna minél előbb meghonosítani.

²³ EBH 2016. M. 9.

²⁴ EBH 2018. M. 38.

²⁵ DELI Petra Eszter: A munkavállaló általános felelőssége a német és az osztrák modellek jog-összehasonlító keresztmetszetében. PhD értekezés (Szeged: Szegedi Tudomány Egyetem ÁJK, Pólay Elemér Doktori Iskola 2013) 143. és 155.

Ezzel egyúttal el is jutottunk a munkavállalót a munkáltatóval szemben terhelő kártérítési felelősséghez, amit az új Mt. 76. pontja lényegében a korábbi Mt.-hez hasonlóan rendez. Növum csak annyi, hogy nem mindjárt a munkavállaló vétkességi fokából kiindulva állapítja meg a károkozó munkavállaló felelősségének a mértékét, hanem a 179. § (1) beiktatta az inkább objektív jellegű felróhatóság fogalmát,²⁶ ahol az előreláthatóság is számításba jöhet a munkavállaló részéről, azonban csak egy fikcióval. Azzal ugyanis, hogy az előreláthatóságot a károkozás időpontjára teszi, ugyanúgy, mint általában a munkáltató esetében is, az előreláthatóság fogalmilag kizárt. Ugyanakkor a munkáltatónál a munkavállaló által neki okozott kár esetében szerepet játszik az előreláthatóság, mivel a munkáltatónak számolnia kell azzal, hogy a teljes munkaidőt jelentő nyolcórás munkaidőben többször beállhat egy figyelmet elterelő fáradtsági hullám, és ennek nyomán a munkavállaló kárt idézhet elő. Ezt méltányolva a német és az osztrák bírói gyakorlat – a már említettek szerint – két oldalról is mentesíti a munkavállalót a kárfelelősség egy része alól. Egyrészt a munkavállalót terhelő nagyfokú károkozási kockázat alapján méltányosságból olyként, hogy a felróhatóság enyhébb eseteiben a bírói gyakorlat mentesíti a munkavállalót a kártérítési felelősség alól, és csak a súlyosabb mulasztások, felróhatóságok esetén kötelezi a károkozó munkavállalót a kár egy részének a megtérítésére. Sőt, szándékosság esetén is mérsékli a felelősséget legtöbbször azzal, hogy csak a tapadó kár megtérítésére kötelezi a munkáltatót, a munkáltató elmaradt hasznának megtérítésére azonban általában nem. Ez utóbbi esetben a hivatkozási alap az, hogy a munkáltató sem tett eleget az ő tőle elvárható kármegelőzési, felügyeleti feladatának.²⁷ A magyar Mt. 179. § (4). bekezdése is lehetővé tesz hasonló kár-enyhítést, de csak konkrét esetben akkor, ha munkavállaló bizonyítani tudja, hogy a munkáltató a kár-enyhítési kötelezettségének nem tett eleget. A magyar munkajogi szabályozás csak a munkavállalót terhelő károkozási kockázatot méltányolva magába az Mt.-be foglalva a kártérítés felső határát meghatározva korlátozza a kártérítés mértékét az átlagos gondatlansággal okozott kár esetében. Ennek megfelelően az Mt. 179. §-a az átlagos gondatlansággal okozott kár esetén a kártérítés mértékét négy havi távolléti díjra maximálva korlátozza. Viszont a korábbi Mt.-től eltérően a súlyos gondatlanság esetében lehetővé teszi a teljes kártérítésre kötelezést, amit a korábbi Mt. csak a szándékos munkavállalói károkozás esetében tett lehetővé. Megítélésünk szerint ez méltánytalan. Ugyanakkor azonban azzal nem értünk egyet, hogy a magyar Mt. a gondatlan károkozás esetében előre mentesít, és nem a bírói gyakorlatra és annak eseti mérlegelésére bizza a felelősség eseti mérlegelését, miként ezt a német és az osztrák jog teszi. Így ugyanis nem érvényesül eléggé az előreláthatóságon alapuló visszatartó erő. A munkavállaló ugyanis felelőtlenül számíthat annak bizonyítási lehetőségében, hogy a kár bekövetkezése a károkozás idején nem volt előre látható. A károkozó munkavállalóra ugyanis az I. részben bemutatott deliktuális felelősségnél az előreláthatósággal összefüggő kimentés lehe-

²⁶ A 179.§ (1). bekezdésben szereplő „általában elvárhatóság” kitétel a felróhatóságot jelenti, ahol az adott munkakörben dolgozó munkavállalóhoz hasonló képesítésű, képzettségű munkavállalóktól való társadalmi elvárás a mérce.

²⁷ Az előző jegyzet szerinti elvárás érvényes a munkáltatóra is.

tősége áll fen, szó szerint megismételve a Ptk.-nak az Mt. 179. §-ának első fordulójába beiktatott szövegével, miszerint „nem kell megtéríteni azt a kárt, amelynek bekövetkezése a károkozás idején nem volt előrelátható”. Az előreláthatósági klauzulának tehát a munkavállalói kártérítés mérséklésének a megítélésénél is szerepe van. Ezért is lenne jó, ha a Kúria Munkaügyi Kollégiuma – a már tárgyalta 1/2018 VI. 25.) KMK. véleményhez hasonlólt megalkotva – a munkavállalók kártérítési felelőségének a feltételeit is rendezné az ítélkezési gyakorlatra útmutatóként.

Átérve a szövetkezeti tag, valamint a társasági tag, továbbá az ügyvezető munkajogi jellegű felelőségére, a munkát végző egyszerű tag, tartós vállalkozóként vagy ügyintézővel összefüggésben tartós megbízás alapján is dolgozhat, de dolgozhat olyan modell szerint is, ahol a munkajogi elvek érvényesülnek, és az előbb tárgyalta munkajogi kártérítési felelőség analógiája alapján rendeződik a tagok munkavégzéssel kapcsolatos kártérítési felelősége. Az egyszerű gazdasági társaságok esetében, ahol minden tag egyformán képviselői jogkörrel felruházott ügyintéző is egyben, a tagok által a társaságnak, így közkereseti társaságnak (kkt.) vagy betéti társaságnak okozott kárt a polgári jog szabályai, mégpedig a deliktális felelőségi szabályok szerint igényelheti a többi társasági tag a megtérítését. A kisebb károkat azonban általában leírják. A gyakori károkozóval sem a kártérítés szankciórendszerét alkalmazzák, hanem kizárják a tagok sorából elszámolás mellett. A vezető alkalmazott a társasági ügyvezetőhöz, vezető tisztségviselőhöz hasonlóan a polgári jogi felelőség szabályai szerint tartozik felelőséggel az általa okozott károkért. Ezért az előreláthatóság érvényesülése a polgári jogi jogügyletekhez hasonlóan alakul. Ugyanakkor, ahogy a nagyméretű gazdasági társaságok esetében is érvényesül, nem szokás a kisebb jelentőségű döntések eredménytelensége miatt a gazdasági vezetőt felelőségre vonni.²⁸ Gazdasági vezetők esetében annak munkáját időszakosan, általában évenként vagy félévenként értékelik abból a szempontból, hogy intézkedései, valamint döntései a végeredmény tekintetében mennyiben voltak hasznosak a vállalat számára. A vezető tisztségviselőknél, különösen az önálló döntésre jogosult magasabb státusúaknál ez egy hosszabb távra vonatkozik. Ezt figyelembe véve mondja ki a Ptk. 3:117. §-a, hogy ha a társaság legfőbb szerve a vezető tisztségviselő kérésére a beszámoló elfogadásával egyidejűleg az előző üzleti évben kifejtett ügyvezetői tevékenység megfeleltetését megállapító felmentvényt ad, a társaság a vezető tisztségviselő ellen csak akkor léphet fel az ügyvezetői kötelezettségek megsértésére alapozott kártérítési igénnyel, ha a felmentvény megadására alapozott tények és adatok valótlanok vagy hiányosak voltak. Ebben a kérdésben már nem az előreláthatóság alapján jelenik meg a jogkövetkezmény levonása, mivel itt valamilyen olyan jogellenes cselekmény visszamenőleges eltüntetésének kísérletéről van szó, amely jogellenes cselekmény elkövetésénél lehet, hogy a rosszhiszemű előreláthatóság szerepet játszott.

Szót kívánunk ejteni még arról, hogy a tartós vállalkozási és megbízási szerződéseknel, valamint a fővállalkozó és az alvállalkozó egymás közötti viszonyában

²⁸ Vö. PÁL Lajos (szerk.): *A vezető tisztségviselők jogállása és felelősége* (Budapest: HVG-ORAC 2015). A kötetben szereplő tanulmányok több mint fele a vezető tisztségviselői felelőségre súlyt helyez.

is a polgári jogi szabályok szerint az ellenőrzési kör és az előreláthatóság kritériuma szerint kell elbírálni és értékelni a szerződésszegéseket. Azonban a kivitelezési (építési, szerelési) szerződéseknél a szakaszos ellenőrzési lehetőségek, sőt azok előírás szerinti kötelező teljesítése következtében a hibának az ellenőrzés elmaradásának a megállapítása vagy nem megfelelő teljesítése, csakúgy, mint az előreláthatóság elbírálása, nem okoz problémát. Többnyire nem jelent problémát az egyéb tartós vállalkozási és megbízási szerződéseknél akkor sem, ha az egymást követő vagy egymás mellett futó feladatok egymástól elhatárolódnak. Ezért, ha valamelyiket a tartós vállalkozó vagy megbízott nem, vagy nem megfelelően teljesíti, a nem, vagy nem megfelelően teljesített feladatnál meg lehet állapítani, hogy az a szerződésszegő ellenőrzési körön belül vagy kívül volt-e, és a teljesítés elmaradásával vagy nem megfelelő voltával az előreláthatósági klauzula figyelembevételével számolnia kellett volna a tartós vállalkozónak és/vagy a megbízottnak, vagy sem. Kissé más a helyzet az ún. „önfoglalkoztatás” esetében, amelynél a német jog az önfoglalkoztatót „munkavállalóhoz hasonló személy”-nek („*arbeiterähnliche Person*”) nevezi. Ez a foglalkoztatási jogviszony ugyanis olyan, ahol a foglalkoztató úgy foglalkoztatja az önfoglalkoztatót, hogy az formálisan tartós vállalkozásnak tűnjön csak azért, hogy a munkavállaló kötelező társadalombiztosítási járulékfizetéséhez ne kelljen hozzájárulnia. Minden egyéb tekintetben azonban a munkaviszony jegyeit hordja magán. Ezért a germán jogrendszerhez tartozó államok bírói gyakorlata munkaviszonyként bírálja el az ilyen foglalkoztatási viszonyokat,²⁹ míg a frankofon-latin jogrendszerhez tartozó államokban jogszabály mondja ki ezt.³⁰ A magunk részéről Kis Györggyel együtt a jogkövetkezmények levonását ezért a munkajog alapján látjuk megvalósítandónak, míg Gyulavári Tamás inkább hajlik tartós vállalkozásként kezelni az önfoglalkoztatást.³¹ Az új Mt. első javaslata kimondta, hogy az önfoglalkoztatásra a munkajog előírásai az irányadóak. A munkáltatói érdekvédelmi szervezetek nyomására azonban kikerült az elfogadott törvényszövegből ez az előírás.³² Ezért az önfoglalkoztatást a tartós vállalkozási és megbízási szabályok tekintetében kell elbírálni. Ez viszont azt jelenti, hogy a foglalkoztatott szerződésszegését, illetve az abból a foglalkoztatóra származó kárt és az őt terhelő előreláthatóságot és ellenőrzésen kívüliséget nem a deliktuális felelősség, hanem a szerződésszegés szerinti felelősség alapján kell Magyarországon a szigorúbb szabályok szerint elbírálni. Ugyanez vonatkozik azonban a foglalkoztatóra is, aki veszélyes üzemi működés esetén a tartós vállalkozói és/vagy megbízási foglalkoztatóhoz

²⁹ Kiss György: „A munkavállalóhoz hasonló személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának a hiánya a Munka Törvénykönyvében” *Jogtudományi Közlöny* 2013/1.; PRUGBERGER Tamás: Az önfoglalkoztatás intézménye a nyugat-európai és a magyar munkajogban” *Magyar Jog* 2014/2.

³⁰ PRUGBERGER (29. lj.).

³¹ GYULAVÁRI Tamás: *A sűrű állam. Gazdaságilag függő munkavégzés a munkaviszony és az önfoglalkoztatás határán*. Jogtudományi Monográfiák, 6. (Budapest: Pázmány Press 2014) 233–235.

³² A *Magyar munka- és közszolgálati reform európai kitekintéssel* című könyvem (Miskolc: Novotni Kiadó) 2012. évi, első kiadásában a Javaslathoz ezt a változatát pozitívan értékeltem (158.), míg a 2013. évi második kiadásban a végleges szöveget negatívan értékeltem (238.).

hasonlóan csak elháríthatatlansággal mentheti ki magát, ha az önfoglalkoztatójának kárt okoz.

IV. ÖSSZEGEZÉS ÉS KÖVETKEZTETÉS

Összegezve az eddigieket, úgy látjuk, hogy eredeti álláspontunkkal szemben mind a polgári jog, mind a munkajog területén a tartós szerződésszegéseknél is jelentkező kártérítési felelősség elbírálásának bizonyos esetekben megnyugtatóan alkalmazható a kimentés mérlegelésénél az ellenőrzésen kívüliség és az előreláthatóság kritériuma. Ha a tartós szerződés szakaszokra van bontva, akkor az előreláthatósági klauzula alkalmazásával kapcsolatban semmilyen probléma nem jelentkezik sem a munkajogi jogügylet, sem a polgári jogi jogügylet, illetve kötelelem esetében, mert a szerződő felek részéről az előreláthatósággal kapcsolatos elvárás csak az adott szerződési szakaszra vonatkozik. Ha azonban akár a tartós polgári jogi, valamint a tartós munkajogi szerződésnél ilyen szakaszhatárolások nem állnak fenn, akkor az előreláthatóság a „Treu und Glaube” elv alapján a szerződéskötéskor megdönthető vélelem (*presumptio iuris*) alapján áll fenn, ami a másik fél szerződésszegésével a szerződés szerint eljáró fél részéről azonnal megdől, és előreláthatósága a realitások alapján módosul. Aki pedig a szerződésszegést elkövette, a részéről történő előreláthatóság hiányára csak akkor hivatkozhat, ha a szerződéskötést követően a kötelezettségei folyamatos teljesítése során tőle függetlenül és véletlenül, továbbá hirtelen áll elő egy teljesítést gátló helyzet, ami meggátolja a szerződésszegőt, hogy akadályértesítési kötelezettségének eleget tegyen. Minden ilyen eset, annak kivételével, aki a szerződéséből fakadó kötelezettségeit valamilyen akadály beállása miatt akár végleg, akár pedig csak átmenetileg, teljesíteni nem tudja, a másik felet haladéktalanul értesíteni köteles. Tartós szerződés esetén is ez az elvárás a szerződést nem vagy nem megfelelően teljesíteni tudó részéről fennáll abból eredően is, hogy a vele szerződő másik felet a meghíúsult vagy nem megfelelő teljesítésből érhető kárt megelőzze, vagy a már bekövetkezett kárt enyhítse. Ebből adódik, hogy a hirtelen beálló – és ezért az előre akadályértesítést lehetetlenné tevő – helyzetről is utólagosan a teljesítésben bízó felet haladéktalanul értesíteni kell.

Bár kidomborításra nem került, de elemzésünkben kiténik az is, hogy ellentét húzódik meg az azonos állásponton álló Vékásnak és Fuglinszkynek a polgári jogi szerződésszegés szempontjából, valamint a Kúriának a munkajogi kártérítési felelősség szempontjából előreláthatósági időpontja között, mivel Vékás és Fuglinszky szerint az előreláthatóság fennállását a szerződés megkötésének az időpontjában, míg a Kúria Munkaügyi Kollégiuma szerint a munkajogi kártérítés esetében a kár bekövetkezésének az idején kell vizsgálni. Ezzel kapcsolatosan kimutattuk, hogy ez az ellentmondás áthidalható a károkozás bekövetkezésének idejétől a szerződés megkötésének idejére történő visszatekintéssel és visszakövetkeztetéssel. Ezt kellene kiterjeszteni szubszidiárius jelleggel valamennyi tartós szerződéses kapcsolatra. Egyúttal megjegyezzük, hogy abból, miszerint a szerződéskötéskor és annak teljesítése során valamennyi félnek együtt kell működnie egymással, a kárt elszenvető

részéről is az esetleges kármérséklés miatt vizsgálni szükséges a kárt elszenvető részéről az előreláthatóságot, vagyis azt, hogy kellő gondossággal számolhatott-e azzal, hogy a másik fél a szerződést meg fogja szegni. Ezzel Fuglinszky és Sipka kérdésfeltevésére is válaszoltunk, hogy kinek és mikor mit kell előre látnia.³³

Szociális szempontokat nézve az üzemi működési körnek az ellenőrzési körrel való kicserélése egyértelműen a munkavállalókat érinti hátrányosan, és hasonló a helyzet az által is, hogy az új Mt. a korábbi Mt.-nek a veszélyes üzemi felelősséghez hasonló korlátozott kimentési lehetőségét az előreláthatósági klauzula szélesítette munkáltatók kimentési lehetőségét, ami viszont a munkavállalók esetében csak ritkán alkalmazható. Ezért kis kivételtől eltekintve a munkajogi szakirodalomban e kérdéssel foglalkozó szerzők többségének megállapítása szerint a munkajogi kártérítés szabályainak az új Mt.-el történt módosítása a korábbi Mt. szabályaihoz képest hátrányosabbak a munkavállalók részére, és előnyösebbek a munkáltatók számára. Ezt még olyan szerző is kénytelen megállapítani, aki az új szabályok helyes alkalmazásával foglalkozik értékelést mellőző, egyébként kitűnő tanulmányában.³⁴

³³ FUGLINSZKY (6. lj.); SIPKA (22. lj.).

³⁴ ROMÁN Róbert: „Munkáltató kárfelelőssége üzemi baleset estén” in: *Publicationes Universitatis miscolciensis, sectio Juridica et Politica*. Tomus XXXII (2014) 471–484.

SZENTE ZOLTÁN*

A 2020. MÁRCIUS 11-ÉN KIHIRDETETT VESZÉLYHELYZET ALKOTMÁNYOSSÁGI PROBLÉMÁI**

A tanulmány a koronavírus miatti veszélyhelyzet 2020. március 11-i kihirdetésének, valamint a március 20-án elfogadott ún. „Felhatalmazási Törvény” alkotmányosságát vizsgálja. Ennek során meghatározza a különleges jogrend fogalmát és alkotmányos jelentőségét, majd azzal a kérdéssel foglalkozik, hogy a különleges jogrenddel kapcsolatban milyen jogállami követelmények támaszthatók, s röviden bemutatja, hogy Magyarországon a történeti alkotmány hogyan viszonyult a szükséghelyzetekhez. Ezt a veszélyhelyzetre vonatkozó alkotmányos normák elemzése követi, mert a jogállami követelmények, valamint az Alaptörvény előírásai jelentik a mércét a veszélyhelyzet, valamint a Felhatalmazási Törvény alkotmányosságának megítéléséhez. Az elemzés mellett érvel, hogy a veszélyhelyzet bevezetése alaptörvény-ellenes módon történt, s emiatt – jogalap hiányában – valamennyi, a koronavírus következményeinek elhárítása érdekében hozott kormányrendelet ugyancsak ellentétes az Alaptörvénnyel, függetlenül attól, hogy a helyzet kezelése szempontjából azok egyébként mennyire voltak szükségesek vagy hasznosak. A felhatalmazási törvény „saját jogon” is sérti az Alaptörvény több alapelvét és konkrét rendelkezését. Az utolsó fejezet néhány, a különleges jogrendek jogállami kezelésével kapcsolatos javaslatot ajánl megfontolásra.

1. BEVEZETÉS

2020. március 11-én a Kormány Magyarország egész területére az Alaptörvény 53. cikke szerinti veszélyhelyzetet hirdetett ki a SARS-CoV-2 koronavírus által okozott COVID-19-járvány mint „az élet- és vagyonbiztonságot veszélyeztető tömeges megbetegedést okozó humánjárvány” „következményeinek elhárítása, a magyar állampolgárok egészségének és életének megóvása érdekében”.¹ A különleges jogrend e speciális formájának bevezetése a Kormány számára rendkívüli felhatalmazást jelentett arra, hogy a járvány által okozott veszélyhelyzetet rendeleti kormányzással hárítsa el. Ennek keretei között a Kormány olyan rendeletek egész sorát adta ki, amelyekkel felfüggesztette egyes törvények részleges alkalmazását, vagy eltért

* Tudományos tanácsadó, Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet, 1097 Budapest, Tóth Kálmán u. 4.; egyetemi tanár, Nemzeti Köszolgálati Egyetem Alkotmányjogi és Összehasonlító Közjogi Tanszék, 1083 Budapest, Ludovika tér 2. E-mail: szente.zoltan@tk.mta.hu.

** A kézirat lezárásának ideje: 2020. április 10. A tanulmány kéziratához tett megjegyzéseikért köszönetet mondok intézeti munkatársaimnak, Bán-Forgács Nórának, Ganczer Mónikának, Gárdos-Orosz Fruzsínának, Halász Ivánnak, Hoffmann Tamásnak, Hollán Miklósnak, Körtvélyesi Zsoltnak, Pap András Lászlónak, Schweitzer Gábornak és Szilágyi Emesének, valamint egyetemi tanszéki kollégáimnak, Horváth Attilának.

¹ 40/2020. (III. 11.) Korm. rendelet.

bizonyos törvényi rendelkezésektől, valamint egyéb rendkívüli intézkedéseket léptetett életbe.

A koronavírus-járvány kezelésének hatékonyságához, illetve eredményességéhez képest külön kérdés, hogy a veszélyhelyzet, illetve egyes kormányrendeletek kihirdetése alkotmányos módon történt-e. Ebben az írásban ez utóbbi kérdést, egész pontosan a veszélyhelyzet kihirdetésének, illetve a 2020. március 30-án elfogadott 2020. évi XII. törvény (a továbbiakban: Felhatalmazási Törvény) alkotmányosságának kérdését vizsgálom, függetlenül attól, hogy e jogi aktusok végrehajtása milyen tényleges hatást gyakorolt a veszély elhárítására, illetve a járvány következményeinek megszüntetésére.

Az alábbiakban ennek érdekében először igyekszem meghatározni a különleges jogrend fogalmát és alkotmányos jelentőségét. Majd azt a kérdést próbálom körüljárni, hogy – a nemzetközi szervezetek ajánlásai, a modern demokráciák alkotmányos előírásai, illetve szakirodalmi álláspontok alapján – a különleges jogrenddel kapcsolatban milyen jogállami követelmények támaszthatók. Röviden azt is bemutatom, hogy Magyarországon a történeti alkotmány hogyan viszonyult a szükséghelyzetekhez. Majd a veszélyhelyzetre vonatkozó alkotmányos normákat elemzem, vagyis az Alaptörvény 53. cikkét, valamint azokat az egyéb rendelkezéseit, amelyek e szakasz értelmezéséhez szükségesek. Mindez azért fontos, mert a jogállami követelmények, valamint az Alaptörvény előírásai jelentik a mércét a 2020. március 11-én kihirdetett veszélyhelyzet, valamint az említett Felhatalmazási Törvény alkotmányosságának megítéléséhez. Ebben az elemzésben emellett érvelek, hogy a veszélyhelyzet bevezetése alaptörvény-ellenes módon történt, s emiatt – jogalap hiányában – valamennyi, a koronavírus következményeinek elhárítása érdekében hozott kormányrendelet ugyancsak ellentétes az Alaptörvénnyel, függetlenül attól, hogy a helyzet kezelése szempontjából azok egyébként mennyire voltak szükségesek vagy hasznosak. A Felhatalmazási Törvény, ha lehet így mondani, „saját jogon” is az Alaptörvény több alapelvét és konkrét rendelkezését is sérti. Az utolsó fejezetben megfontolásra ajánlok néhány, a különleges jogrendek jogállami kezelésével kapcsolatos javaslatot.

2. A KÜLÖNLEGES JOGREND FOGALMA ÉS ALKOTMÁNYJOGI JELENTŐSÉGE

Különleges jogrendet általánosságban olyan kivételes, szükség- vagy válsághelyzetben lehet bevezetni, amely a normális jogrend keretei között, a meglévő jogszabályok, illetve eljárások útján nem kezelhető eredményesen. Olyan helyzetekről van szó, amelyekben az állam jogszerű működése, és/vagy az állampolgárok élete, egészsége vagy vagyona tömeges mértékben veszélybe kerül, s e veszély elhárítása, következményeinek kezelése vagy a normális jogrend helyreállítása csak meghatározott állami-közhatalmi szervek speciális felhatalmazása által lehetséges.² A felhatal-

² Vö. Friedrich KOJA: „Állami szükségállapot és a szükségállapotra vonatkozó jog” in TAKÁCS Péter (szerk.): *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből* (Budapest: Szent István Társulat 2003) 797.

mazást az teszi szükségessé, hogy a normális jogrend keretei között a szükséghelyzet következményei aránytalanul súlyosak, ezért ezek elhárítására meghatározott közhatalmi szervek különleges hatásköröket kapnak, amelyeket kivételes eljárási feltételek mellett gyakorolhatnak.

Az ilyen szükséghelyzetek szabályozása különleges alkotmányjogi jelentőséggel bír, egyrészt mert általában az alapjogok szokatlan és normális körülmények között elfogadhatatlan mértékű korlátozásával jár, másrészt pedig a közhatalmi jogosítványok olyan újraosztását (rendszerint erős központosítást) jelenti, ami a hatalomgyakorlás szokásos rendjétől eltér. Éppen ezért számos alkotmányban találhatók különleges jogrendre vonatkozó rendelkezések, s az ilyen esetekre több nemzetközi emberi jogi egyezmény is tartalmaz derogációs klauzulát, amely ideiglenesen és a szükséges mértékig lehetővé teszi egyes jogok szigorúbb korlátozását vagy felfüggesztését.³

Érdemes kiemelni, hogy a hagyományos közjogi felfogás csak a hadiállapotra, esetleg egyéb, a közhatalom addigi gyakorlásának módját fenyegető más helyzetekre vonatkozóan ismerte el legitimnek a szükségrendeleti kormányzást.⁴ Leginkább a 20. századi alkotmányfejlődés terjesztette ki a rendkívüli jogrend lehetőségét a természeti csapásokra (például földrengésre, árvízre) és ipari katasztrófákra. Természeti vagy elemi csapásokon a természet erői által előidézett, előre nem látható és emberi közreműködéssel nem megakadályozható katasztrófákat értettek,⁵ szembeállítva azokat olyan válsághelyzetekkel, amelyek emberi tevékenységre vagy mulasztásra vezethetők vissza. A különleges jogállapotok a legtöbb ország jogrendszerében egyfajta lépcsőzetes szabályozást kaptak; a szükséghelyzetek leggyakoribb védelmi tárgya még ma is az állam, illetve az alkotmányos rend, ennél fogva e szabályok leggyakrabban a hadiállapotra, vagy a hatalomgyakorlás rendjét veszélyeztető egyéb helyzetekre vonatkoznak, ugyanakkor a jog több más katasztrófa-helyzet esetére is különleges, a válsághelyzet sajátosságaira specializált szabályokat alkalmaz⁶ – vagyis a normális jogrendtől való eltérés módja és mértéke alapvetően a veszély jellegétől függ.⁷

³ Lásd különösen az Emberi Jogok Európai Egyezményének 15. cikkét, valamint a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának 4. cikkét, továbbá egyes cikkeik derogációs rendelkezéseit.

⁴ Lásd például Giorgio AGAMBen: *State of Exception* (Chicago and London: The University of Chicago Press 2005).

⁵ Így Magyarországon is. „Elemi csapás, oly esemény, mely a természet erőinek (elemeinek) működése folytán szokott bekövetkezni. Amennyiben az E. hatása kellő gondosság által sem kerülhető el, az azáltal lehetetlenné vált teljesítés alól a kötelezett szabadul.” *A Pallas Nagy Lexikona. VI. kötet* (Budapest: Pallas 1994). 14.; ezt a definíciót ismételte meg szó szerint: *Révai Nagy Lexikona* (Budapest: Révai Testvérek Irodalmi Intézet Részvénytársaság 1911) 359. „Elemi csapás, olyan természeti esemény, amely az emberi dologi alkotásokat megsemmisíti.” *Uj Lexikon, Második kötet* (Budapest: Dante-Pantheon 1936) 994.

⁶ John FERREJOHN – Pasquale PASQUINO: „The law of the exception: A typology of emergency powers” *International Journal of Constitutional Law* 2004/2. 229.

⁷ A Nemzetközi Monetáris Alap (IMF) adatbázisa szerint 2020. április 3-áig összesen 15 európai ország vezetett be szükséghelyzetet. <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19>. Más gyűjtésekből eltérő adatok gyűjthetők ki. (Lásd például: <https://www.icnl.org/covid19tracker/>. Ezek az összesítések azonban nem tesznek feltétlenül különbséget

A különleges jogrend alkotmányos kezelésével kapcsolatban általában kétféle modellt szoktak megkülönböztetni, s a *common law*, illetve a civiljogi jogrendszerek eltérő hagyományaira utalnak, azzal, hogy amíg az előbbieket gyakran nem tesznek különbséget a rendes, illetve a rendkívüli jogrend között, s a végrehajtó hatalom mintegy általános felhatalmazást élvez a válsághelyzetek elhárítására, addig az utóbbiakban az alkotmányok rendszerint külön szabályokat tartalmaznak az ilyen helyzetekre.⁸ E megkülönböztetés azon az elvi alapon áll, hogy a szükséghelyzeteket jogon kívüli, vagy a jogrendszer által szabályozható állapotoknak tekintik-e.⁹ Ennek megfelelően az alkotmányok egy része nem tartalmaz rendelkezéseket a rendkívüli helyzetekre vonatkozóan, és ebbe a körbe lehet sorolni azokat az alaptörvényeket is, amelyekben nincsenek kifejezett rendelkezések a szükséghelyzetről, de egyes hatásköri vagy eljárási szabályok közvetve utalnak ezekre (például a parlament összehívásának lehetőségére rendkívüli körülmények között), vagyis a szabályozás alapvetően törvényi szintű.¹⁰ A másik irányzat nem csupán lehetségesnek, hanem szükségesnek is tartja a különleges jogrendre vonatkozó alkotmányos szabályozást. Általában elmondható, hogy a kontinentális jogrendszerekben minél újabb egy alkotmány, annál nagyobb valószínűséggel tartalmaz rendelkezéseket a szükséghelyzetekre. Ez azt jelenti, hogy „a kivételes esetekre olyan kivételes szabályokat állapítanak meg, amelyekben pozitív jogilag meghatározott előfeltételekhez pozitív jogilag pontosan meghatározott jogkövetkezmények társulnak. Ennek során lehetséges a jogállamiság alapelvének korlátozása is [...] [a]z így felfogott szükségállapot tehát – [...] – egy alkotmányos állapot, nem pedig az alkotmány nélküli állapot.”¹¹

Az alkotmányok, amelyek egyáltalán tartalmazzanak rendelkezéseket a különleges jogrendről, általában csak hadiállapot, illetve az alkotmányos rendet fenyegető események vagy más fegyveres konfliktusok idejére írnak elő ilyen „ostrom-”, „riadó-”, „rendkívüli” vagy „szükségállapot” megnevezéssel. Néhány alkotmány azonban a különleges jogrend bevezetését a természeti és ipari katasztrófák által előállt válsághelyzetekben is megengedi.

a magyar szabályozáshoz hasonló különleges jogrend, illetve a speciális (pl. egészségügyi) vészhelyzetek között, s azzal kapcsolatban sem tartalmazzanak megbízható adatokat, hogy az egyébként nagyon hasonló intézkedéseket pontosan milyen jogállapot keretei között hozták.

⁸ Lásd például David DYZENHAUS: „States of Emergency” in Michael ROSENFELD – András SAJÓ (szerk.): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press 2013) 446–451.; Victor V. RAMRAJ – Menaka GURUSWAMY: „Emergency powers” in Mark TUSHNET – Thomas FLEINER – Cheryl SAUNDERS (szerk.): *Routledge Handbook of Constitutional Law* (London and New York: Routledge 2015) 86–87.; Günter FRANKENBERG: *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit* (Cheltenham–Northampton 2018) 278–279. Mások az ókori Rómára utalva „római”, illetve törvényhozási modellként azonosítják a kétféle alkotmányos kezelési módot. FERREJOHN–PASQUINO (6. lj.); Oren GROSS – Fionnuala Ní Aoláin: *Law in Times of Crisis. Emergency powers in theory and practice* (Cambridge et al.: Cambridge University Press 2006) 17–85.

⁹ Lásd ehhez Nomi Claire LAZAR: *States of Emergency in Liberal Democracies* (Cambridge et al.: Cambridge University Press 2009).

¹⁰ A japán alkotmány például csak annyit ír elő, hogy szükséghelyzetben a kormány összehívhatja a parlament rendkívüli ülését. Japán alkotmány, 54. cikk.

¹¹ KOJA (2. lj.) 799.

3. A KÜLÖNLEGES JOGREND JOGÁLLAMI KÖVETELMÉNYEI

A szükséghelyzetekre vonatkozó szabályozás jogállami standardjai leginkább egyes nemzetközi szervezetek ajánlásaiból,¹² a modern demokráciák alkotmányainak követelményeiből¹³ és a szakirodalomból¹⁴ azonosíthatók. Ezek ugyan többnyire, ahogy már említettem, az alkotmányos rend erőszakos megváltoztatására irányuló esetekre, vagyis hadiállapotra vagy más rendkívüli helyzetre vonatkoznak, természetük szerint azonban bármilyen veszélyhelyzet esetén alkalmazhatók, illetve elvárhatók.¹⁵

A különleges jogrend kihirdetésére, s ennek keretei között kivételes hatalomgyakorlásra alkotmányos demokráciákban mindig csak ideiglenes jelleggel, alkotmányos korlátok között kerülhet sor. Közvetlen célja a védett tárgyat fenyegető veszély, illetve következményeinek elhárítása, alkotmányos funkciója pedig az alkotmányos rend helyreállítása.

Minden különleges jogállapot alapvető dilemmája abban az ellentmondásban áll, hogy amíg a speciális alapjog-korlátozásokra, hatáskörökre és eljárási mentességekre irányuló felhatalmazás szükséges lehet a közveszély elhárítására, a kivételes hatalom természeténél fogva súlyos kockázatot jelent a személyes szabadságra és a demokráciára, azaz a jogállamiságra. A különleges jogrend(ek) alkotmányos, illetve jogi szabályozásának ezért mindig a speciális felhatalmazás és az azt keretek közé szorító intézményes garanciák közti egyensúly megteremtése a legfontosabb kérdése, vagyis, hogy hogyan egyeztethető össze egyrészt a rendkívüli felhatalmazás általi hatékony fellépés biztosításához, illetve az e felhatalmazással való visszaélés megakadályozásához fűződő érdek.¹⁶

Szükséghelyzetekben a végrehajtó hatalom olyan kivételes hatalomra tesz szert, amely normális körülmények között elfogadhatatlan lenne. Ezért az ilyen felhatalmazás mindig csak akkor lehet jogállami, ha szigorúan célhoz kötött, ideiglenes, és gyakorlása ellenőrzött keretek között történik. Mindezen garanciák megakadályozzák, hogy a kivételes hatalom biztosítása és gyakorlása olyan visszafordíthatatlan folyamat legyen, amikor az állandóvá válik. A kivételes hatalom „alkotmá-

¹² Mint például az ENSZ ún. Siracusa-i elvei: *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights Annex*, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984). Lásd továbbá: International Commission of Jurists: *States of Emergency: Their Impact on Human Rights*. Geneva, 1983.; European Commission for Democracy through Law (Venice Commission): *Emergency powers*. CDL-STD(1995)012, Strasbourg, 1995.

¹³ A különleges jogrendre vonatkozó alkotmányos szabályok európai összehasonlítására lásd: Anna KHAKKEE: *Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe*. Policy Paper No. 30. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2009.

¹⁴ Lásd például Ryan ALFORD: *Permanent State of Emergency: Unchecked Executive Power and the Demise of the Rule of Law* (Montreal et al.: McGill-Queen's University Press 2017) 12–29.

¹⁵ A jogállami követelményeket a koronavírus-járvány jogszabályi kezelésére alkalmazva – az Egyesült Királyság példáján keresztül – lásd Ronan CORMACAIN: *Rule of Law Monitoring of Legislation – Coronavirus Bill* (London: British Institute of International and Comparative Law 2020).

¹⁶ JAKAB András – TILL Szabolcs: „A különleges jogrend” in TRÓCSÁNYI László – SCHANDA Balázs (szerk.): *Bevezetés az alkotmányjogba. Az Alaptörvény és Magyarország alkotmányos intézményei* (Budapest: HVG-ORAC 2014).

nyos diktatúra”¹⁷ abban az értelemben, hogy benne a hatalomgyakorlás módja nem felel meg az alkotmányos demokrácia elveinek, ezért csak a legszükségesebb esetekben, a lehető legrövidebb ideig, a legkorlátozottabb módon tolerálható. Jogállamban „az állam nem „teljhatalmú”, hanem csak „hatalmasabb”, mint a normál állapotban, feltéve, hogy a tényállások és a jogkövetkezmények elég pontosan meghatározottak, és a kivételes hatáskörökkel való visszaélésekkel szemben hatékony garanciákról is gondoskodtak”.¹⁸

3.1. CÉLHOZ KÖTÖTTSÉG

A célhoz kötöttség elve két dolgot jelent. Egyrészt azt, hogy a különleges felhatalmazás által biztosított többletjogokat (ideértve a speciális hatásköröket és igénybe vehető eszközöket) csak annak a veszélynek az elhárítására lehet használni, amelyre a felhatalmazás szól. Ez az elv azt igyekszik meggátolni, hogy a meghatározott veszélyek kezelése érdekében biztosított túlhatalmat a végrehajtó hatalom egyéb célokra is fel tudja használni. Problémát az jelenthet, hogy számos veszélyhelyzet további, más típusú veszélyeket is generálhat. Egy jelentős ipari szerencsétlenség természeti katasztrófához is vezethet, ahogy azt a csernobili atomerőműben bekövetkezett nukleáris baleset példázta, de a COVID-19-járványnak is már előre láthatóan súlyos gazdasági következményei lesznek. Ugyanakkor az is igaz, hogy az eltérő típusú veszélyhelyzetek elhárítása általában különböző jellegű intézkedéseket igényel. A várható gazdasági krízis hatásainak ellensúlyozása, bármennyire összefüggésben van is a tömegjárvánnyal, biztosan más típusú intézkedéseket és politikákat igényel, mint a koronavírus-járvány egészségügyi következményeinek kezelése. (Ez az oka annak, hogy például a mostani koronavírus-járvány kezelésére a legtöbb demokratikus államban speciális egészségügyi szükséghelyzet keretei között kerül sor a védekezésre, s nem általános felhatalmazást adó különleges jogrendben.) Csábító lehetőség speciális válsághelyzetekre általános, komplex, mindenre kiterjedő felhatalmazást kapni – ám ez a fentiek miatt nem indokolt, és biztosan nehezebbé teszi a kivételes hatalom feletti kontrollt, amely ugyan sokszor felesleges formalitásnak tűnhet, tényleges gyakorlása azonban a különleges felhatalmazás alapján eljáró állami szerveket tevékenységük folyamatos igazolására kényszeríti, az utólagos parlamenti és bírósági felügyelet pedig technikailag biztosan nem akadályozza a szükséges intézkedések megtételét, ellenben biztosíthatja, hogy azok alkotmányos (jogszerű és arányos) keretek között szülessenek meg, és kerüljenek végrehajtásra.

Tágabb értelemben a célhoz kötöttség azt jelenti, hogy a szükséghelyzet célja az eredeti (normális) jogrend helyreállítása. Ez önmagában kizárja a különleges jogállapot állandóvá tételét, még ha az alkotmányos szabályok gyakran arra is felhatalmazzák a törvényhozást, hogy a különleges jogrend idején hozott szükségrendeletek hatályát a szükséghelyzet megszűnése után is fenntartsák.

¹⁷ Clinton ROSSITER: *Constitutional dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies* (Princeton University Press: Princeton 1948).

¹⁸ KOJA (2. lj.) 799–800.

3.2. IDEIGLENESSÉG

A kivételes hatalom esetére előírt garanciák között mindig vannak időbeli korlátok, amelyek vagy konkrét határidőt tartalmaznak, vagy procedurális jellegűek; ezek nélkül nem lenne biztosítható a különleges felhatalmazás ideiglenes jellege. A provizórikus jelleg a különleges jogrend időtartamára, illetve a szükségrendeletek és egyéb rendkívüli intézkedések időbeli hatályára egyaránt kiterjed. A legfontosabb alapelv az, hogy a különleges jogrend csak addig tartható fenn, amíg az annak elrendelését előidéző okok vagy feltételek fennállnak; gyakori azonban az a szabályozás is, amelynek következtében meghatározott idő (például fél vagy egy év) elteltével vagy automatikusan megszűnik a kivételes állapot, vagy kötelezően felülvizsgálatra szorul.

A szükséghelyzet idején hozott rendkívüli intézkedések időbeli hatálya általában ennél rövidebb (általában 8, 15 vagy 30 napos), meghosszabbítása pedig külön parlamenti vizsgálathoz és jóváhagyáshoz kötött.

Az időbeli korlátozásnak azonban csak intézményi garanciák mellett van értelme; ha ugyanis a kivételes felhatalmazás feltételeinek megállapítása a kivételes hatalom gyakorlójától függne, akkor az időbeli korlátozás tartalma kiüresedne, azaz elvesztené garanciális jelentőségét, amely annak ellenőrzésében áll, hogy a rendkívüli intézkedések csak a lehető legszükségesebb ideig maradjanak érvényben.

3.3. ARÁNYOSSÁG

Alapvető alkotmányos követelmény, hogy az alapvető jogok speciális, a szükséghelyzetre tekintettel való korlátozása, illetve az állami szervek különleges felhatalmazása arányos, vagyis csak a válság, illetve következményeinek elhárításához feltétlenül szükséges mértékű legyen. Az arányosság standardja aligha szorul külön igazolásra – hiszen a rendkívüli intézkedések egy normális jogrendben, amelynek helyreállítását szolgálják, jellegüknel fogva „aránytalanok” –, alkalmazása viszont gyakorlati problémákat vet fel, hiszen a válság elhárításához szükséges intézkedések meghozatalát éppen azért bízzák speciális szervekre (döntően a végrehajtó hatalom szerveire), mert azok vannak leginkább abban a helyzetben, hogy a megfelelő védelmi döntéseket meghozhassák. Ez azonban nem elégséges indok a felhatalmazás korlátlanóságára, s a kivételes rendeletek és más intézkedések igazolási kötelezettségét róják a felhatalmazott szervekre.

3.4. FENNTARTOTT ALAPJOGOK ÉS JOGÁLLAMI ELVEK

Ugyancsak fontos jogállami standard, hogy bizonyos jogokat, továbbá jogállami alapelveket különleges jogrendben sem lehet felfüggeszteni. Némi malíciával azt is lehetne mondani, hogy ha nem így lenne – hanem például a közveszélyre való hivatkozással feláldozhatóvá válna az emberi méltóság vagy az élethez való jog –, akkor a szükséghelyzet értelmetlenné válna, mert nem lenne mit megvédeni. Ezért

bizonyos jogok és alkotmányos alapelvek sürgősségi helyzetben is különleges védelmet élveznek.¹⁹

3.5. A KIVÉTELES HATALOM FELETTI KONTROLL (INTÉZMÉNYI GARANCIÁK)

A kivételes hatalom célhoz kötött, és meghatározott indoka van: ezt bizonyítja, hogy a különleges jogrendek során az alkotmányos szabályok nagy súlyt helyeznek a parlament folyamatos működésére; sürgősségi helyzet idején általában nem engedik meg feloszlását vagy megbízatásának megszűnését, vagy rendkívüli összehívására teremtenek lehetőséget, ha éppen nem ülésezik. Jellemző módon az alkotmányos demokráciák alaptörvényi szabályozása még a legsúlyosabb esetekben (például háborús helyzetekben) sem engedi meg a törvényhozások működésének felfüggesztését. Ebből következően a sürgősségi rendeleti kormányzás²⁰ még válsághelyzetekben sem feltétlen, vagy magától értetődő; csak az olyan intézkedések bevezetésére alkalmazható eszköz, amelyek eredményességét vagy hatékonyságát veszélyeztetné a rendes parlamenti törvényalkotás eljárási követelményeinek betartása. S noha sürgősségi helyzetekben a rendeleti jogalkotás több ország alkotmányos szabályozása szerint is ideiglenesen eltérhet egyes törvényektől, azok alkalmazását felfüggesztheti, vagy olyan rendelkezésekre is kiterjed, amelyek egyébként törvényhozási szabályozási tárgyak, súlyos tévedés lenne az a felfogás, amely szerint ebből az következik, hogy a sürgősségi helyzetben a kormányrendelet a törvény fölötti jogforrássá válik.²¹ A sürgősségi rendeleti kormányzás valójában – régies magyar közjogi műszóval – olyan „szurrogát” eljárás, amelynek során a rendeleti jogalkotás a parlament jóváhagyásával és ellenőrzése mellett a törvényalkotás helyére léphet az alkotmányban meghatározott időre, vagy amíg a parlament azt saját döntésével meg nem változtatja.

A törvényhozások mellett számos országban fontos intézményi garanciát jelentenek a felsőbíróságok, mindenképp az alkotmánybíróságok, amelyek normakontrollt gyakorolnak a sürgősségi rendeletek fölött. A bírói felülvizsgálat értelemszerűen nem a válsághelyzeteket kezelő intézkedések megfelelőségére vagy hatékonyságára irányul, hanem a kivételes hatalom alkotmányos kereteinek betartása fölött őrökdi,

¹⁹ Az Alaptörvény ilyen, különleges jogrend idején sem felfüggeszthető alapjogként, illetve jogállami elvként határozza meg az élethez és az emberi méltósághoz való jogot, a magzati élet védelmét, a kínzás, az embertelen, megalázó bánásmód vagy büntetés, a szolgaságban tartás, valamint az emberkereskedelem tilalmát, az ártatlanság védelmét, a védelemhez való jogot, a védői mentességet, a visszaható hatályú büntető jogalkotás tilalmát és a *ne bis in idem* elvét. Alaptörvény, 54. cikk (1) bek.

²⁰ Mint alább látni fogjuk, a sürgősségi rendeleti kormányzást a történeti magyar közjog nem ismerte el alkotmányosnak, mert „sürgősségi rendeletek” alatt a közjogászok általában rendkívüli helyzetekben, törvényi felhatalmazás nélküli rendeleteket értettek. Az alábbiakban azonban nem ebben az értelemben használom a „sürgősségi rendelet” kifejezést, hanem – követte a modern szóhasználatot – a különleges jogrend idején, alkotmányos vagy törvényi felhatalmazás alapján kiadott kormányrendeleteket értem alatta.

²¹ Ez még a sürgősségi rendeleti kormányzás legismertebb korszakában, a Weimari Köztársaságban is így volt. Más kérdés, hogy ha a parlament felülírta a sürgősségi rendeletek szabályozását, a birodalmi elnök feloszlathatta a törvényhozást.

különös tekintettel arra, hogy egyes alkotmányos alapelvek (szövetségi államokban például a föderális berendezkedés), illetve alkotmányos jogok (mint amilyen az emberi méltósághoz való jog vagy a büntetőjogi garanciák) még szükséghelyzet idején sem korlátozhatók.

Ami az alkotmányos gyakorlatot illeti, az utóbbi évtizedek tapasztalatai azt mutatják, hogy a különleges felhatalmazásokkal a fejlett demokráciákban csak nagyon ritkán élnek; ennek az az oka, hogy általában kockázatosnak tartják a végrehajtó hatalom kivételes hatalmát, illetve a modern jogrendszerekben a legtöbb válsághelyzet (ideértve a gazdasági kríziseket, az ipari szerencsétlenségeket vagy az egészségügyi kockázatokat) kezelésére speciális törvényeket alkottak, s így nincs is szükség különleges jogrend alkalmazására.²² A második világháborút követően az európai demokráciákban csak nagyon ritkán vezettek be különleges jogrendet, például polgárháborús vagy puccsveszély miatt (mint 1961-ben Franciaországban vagy Portugáliában 1975-ben), sztrájk vagy más, a közbiztonságot veszélyeztető politikai esemény kapcsán (például Spanyolországban a légiirányítók sztrájkja miatt 2010-ben). Újabb példát a terrorveszélyhelyzet adott (2015-ben Franciaországban a párizsi merényleteket követően), illetve maga a COVID-19-járvány jelent néhány országban (például Magyarországon, Spanyolországban vagy Portugáliában). Mindazonáltal különleges jogrend bevezetésére sokkal gyakrabban kerül sor törekeny demokráciákban, illetve tekintélyelvű rendszerekben.²³ Ezzel együtt is, a különleges jogrend maga is alkotmányos intézmény, amennyiben arra csak ideiglenesen, alkotmányos korlátok között, a legszükségesebb mértékben az állam és a társadalom normális működésének helyreállítása céljából kerül sor.

3.6. SZÜKSÉGRENDELETI KORMÁNYZÁS A MAGYAR TÖRTÉNETI ALKOTMÁNYBAN

Fontos megjegyezni, hogy a magyar történeti alkotmány „szükségrendeleteknek” a törvényi felhatalmazás nélkül a végrehajtó hatalom által alkotott törvényrontó és törvénytörlő rendeleteket értette, de a szükségrendeleti kormányzást nem ismerte el alkotmányosnak.²⁴ „A kormányhatalom államéletbeli rendeltetéséből elméletileg is nehéz konstruálni a szükségrendeleti jogot, mert hiszen a „*salus reipublicae suprema lex*”-féle szállóige könnyen vezethetne arra, hogy hogy a közjó nevében felforgattassék az alkotmányosság”.²⁵ A szükségrendeleti kormányzás tilalmának gyökereit általában Werbőczy Hármaskönyvére vezetik vissza,²⁶ amely a nemesek fölött

²² FEREOHNS–PASQUINO (6. l.) 215–216.

²³ FEREOHNS–PASQUINO (6. l.), 217.

²⁴ NAGY ERNŐ: *Magyarország közjoga (Államjog)* (Budapest: Eggenberger 31897) 324–325.; KMETY KÁROLY: *A magyar közjog tankönyve* (Budapest: Politzer 31905) 25.; VUTKOVICH SÁNDOR: *Magyar alkotmányjog* (Pozsony: Wigand 1904) 34–35.; MOLNÁR KÁLMÁN: *Magyar közjog* (Pécs: Danubia 31929) 674–675.; TOMCSÁNYI MÓRIC: *Magyarország közjoga* (Budapest: Királyi Magyar Egyetem 51943) 83.

²⁵ KMETY (24. l.) 26.

²⁶ Lásd Werbőczy István *Hármaskönyve* (Budapest: Franklin-Társulat, reprint kiadás 1987) I. 9. cím, 67.

csak a fejedelem törvényes hatalmát ismerte el, majd kategorikus alkotmányos szabályt az 1790/91. évi XII. tc. tartalmazott, kimondva, hogy „a törvények alkotásának, eltörlésének s magyarázásának hatalma Magyarországon és a hozzá kapcsolt részekben” az Országgyűlésen kívül „nem gyakorolható”. Számos törvény célja épp a kivételes hatalom tiltása, s az azzal szembeni garanciák biztosítása volt.²⁷ A közveszély elhárításához szükséges kivételes hatalomgyakorlást a történeti alkotmány csak kifejezett törvényi felhatalmazás alapján ismerte el. Ennek értelmében külön törvények „végveszélyben” felhatalmazást adhattak a végrehajtó hatalom számára olyan konkrét intézkedések foganatosítására, amelyekkel az egyébként nem rendelkezett,²⁸ s az ilyen törvényi felhatalmazás alapján kiadott rendeleteket nem sorolták a szükségrendeletek közé.²⁹ Az ilyen törvények háborús veszély, váratlan támadás vagy hadiállapot esetére szóltak, és csak olyan esetekre, amikor az Országgyűlés nem ülésezett, s az intézkedés késedelmes meghozatalából „veszély származnék”.³⁰ Érdemes megjegyezni, hogy a történeti alkotmány minden ilyen esetben alkotmánybiztosítéknak tekintette a kivételes hatalom időbeli korlátozását és Országgyűlés általi ellenőrzését.³¹

A történeti alkotmány ugyanakkor elismerte azt az elvi lehetőséget, amikor válsághelyzetben a végrehajtó hatalom kivételes intézkedéseket tesz. Az ilyen aktusokat azonban *per definitionem* törvénysértőnek tekintette, amelyek az 1848. évi III. tc. óta a kormány Országgyűlés általi jogi felelősségre vonását vonhatták maguk után. A magyar közjogban viszont széles körű konszenzus volt arról, hogy az Országgyűlés indemnitást adhat a kormánynak, azaz felmentheti a jogi felelősség alól, ha intézkedéseit utóbb – dacára azok törvénysértő jellegére – indokoltnak minősíti.³²

4. A VESZÉLYHELYZET SZABÁLYOZÁSA A 2011. ÉVI ALAPTÖRVÉNYBEN

A 2011. évi Alaptörvény jelentősen újrendezte a különleges jogrendre vonatkozó szabályokat, még ha több rendelkezést szinte szó szerint át is vett a korábbi Alkotmányból. E rendelkezések önálló fejezetbe kerültek, a szabályozás áttekint-

²⁷ Lásd például az 1886. évi XXI. tc. 19. és 20. §-ait, amelyek felirati jogot biztosítottak a törvényhatóságok számára az olyan kormányrendeletek végrehajtásával kapcsolatban, amelyeket törvénysértőnek találtak, illetve mentesítették őket azon kormányrendeletek végrehajtásának kötelezettsége alól, amelyek az Országgyűlés által meg nem szavazott adók behajtására vagy meg nem ajánlott újoncok kiállítására vonatkoztak.

²⁸ Így például az 1890. évi V. tc., amely bizonyos körülmények között és garanciák mellett országgyűlési jóváhagyás nélkül is lehetővé tette a honvédség alkalmazását az ország határain kívül. Ehhez hasonló rendelkezést tartalmazott az 1912. évi XXXI. tc. is.

²⁹ MOLNÁR Kálmán: *Kormányrendeletek. Tanulmány a magyar közjogból* (Eger 1911) 108.

³⁰ Így például: 1868. évi XLI. tc. és 1886. évi XX. tc.

³¹ Még a magyar alkotmánytörténetben valószínűleg a legszélesebb felhatalmazást adó, a kivételes hatalmat „háború idején vagy az országot közvetlenül fenyegető háborús veszély” esetén biztosító 1939. évi II. tc. is tartalmazta ezeket a garanciákat.

³² FERDINANDY Gejza: *Magyarország közjoga (Alkotmányjog)* (Budapest: Politzer 1902) 91–92.; MOLNÁR (24. l.) 682–685.

hetőbb lett a korábinál. Az Alaptörvény Európában – s talán az egész világon – egyedülálló módon a különleges jogrend hat különböző formáját határozza meg, sőt a magyar jogrendszerben van egy hetedik, a menekültügyi törvényben szabályozott,³³ s ezáltal nyilvánvalóan alaptörvény-ellenes szükséghelyzet is, az ún. „tömeges bevándorlás okozta válsághelyzet”.³⁴

A veszélyhelyzet az Alaptörvény hatályba lépése óta a különleges jogrend önálló alakzata – korábban az „elemi csapás vagy ipari szerencsétlenség” által okozott szükséghelyzet esetére (is) a maihoz hasonló szükségállapotot lehetett kihirdetni.³⁵

Az Alaptörvény 53. cikk (1) bekezdése szerint veszélyhelyzetet „az élet- és vagyonbiztonságot veszélyeztető elemi csapás vagy ipari szerencsétlenség esetén, valamint ezek következményeinek az elhárítása érdekében” lehet kihirdetni. A rendelkezés nyelvtanilag pontatlan, mivel a „valamint” kötőszó nem azonos jellegű elemek felsorolásának tagjait köti össze: amíg az első fordulat a veszélyhelyzet alapjául szolgáló körülményekre, a második a veszélyhelyzet kihirdetésének céljára utal.

A „veszélyhelyzet” kifejezés és a tényállás meghatározása sem pontos, hiszen egyrészt ezt a fajta szükséghelyzetet csak már bekövetkezett (természeti vagy ember okozta) katasztrófa (nem pedig annak veszélye) esetén lehet bevezetni, másrészt elképzelhető, hogy az nem csupán „veszélyezteteti” az élet- és vagyonbiztonságot, hanem már bekövetkeztek azokban súlyos károkat okozott.

Nem szerencsés továbbá a rendelkezés lehetséges alkalmazási körének meghatározása sem. Felvethető például, hogy az túl szűk; habár az elemi csapás és az ipari szerencsétlenség bekövetkeztek már fogalmilag elháríthatatlan katasztrófát jelent, nem biztos, hogy az sohasem látható előre:³⁶ a veszélyhelyzet viszont csak a már bekövetkezett katasztrófa helyzet kezelésére hirdethető ki. Márpedig nagyon is lehetséges, hogy egy közelgő elemi csapás ugyan nem megakadályozható, de biztos bekövetkezése kiszámítható.³⁷ (A szabályozás következtlen is annyiban, hogy más

³³ 2007. évi LXXX. tv. 80/A.–80/K. §§.

³⁴ Mivel az Alaptörvény kimerítően felsorolja a szükséghelyzetek típusait, ilyen jellegű, számos törvény és hatósági eljárás alól ideiglenes eltérést engedő új különleges állapot meghatározására az Országgyűlésnek mint törvényhozó hatalomnak nincs jogköre. További alkotmányossági problémát jelent, hogy a tömeges bevándorlás okozta válsághelyzetet a Kormány az ország egyes részein 2015 óta folyamatosan fenntartja – azt saját hatáskörében eljárva ismételtel kihirdeti – úgy, hogy annak törvényi feltételei nyilvánvalóan nem állnak fenn.

Habár a magyar jogrendszer törvényi szinten többféle egyéb (például nukleáris, környezeti) veszélyhelyzetet is ismer, a tömeges bevándorlás okozta válsághelyzet jellegét tekintve a különleges jogrendekhez hasonló.

³⁵ 1949. évi XX. törvény (Alkotmány) 19. § (2) bek. i) pont.

³⁶ Egyes szakirodalmi álláspontok szerint a természeti katasztrófák fogalmi elemei közül a kiszámíthatatlanság és az elháríthatatlanság is relatív szempontok, amire a 2009-es olaszországi, l'aquilai földrengést hozzák fel példaként, ahol maga az elemi csapás bekövetkezése bizonyos mértékben előre sejthető volt, hatásai pedig – szintén csak korlátozottan – csillapíthatók lettek volna megfelelő kommunikációval vagy (korábban) az építési szabályok fegyelmezettebb betartásával. Lásd ehhez: Kristian Cedervall LAUTA: „Disasters and Responsibility. Normative Issues for Law Following Disasters” in Dónal P. O'MATHÚNA – Vilnius DRANSEIKA – Bert GORDIJN (szerk.): *Disasters: Core Concepts and Ethical Theories* (Springer 2018) 46.

³⁷ A katasztrófavédelemről és a hozzá kapcsolódó egyes törvények módosításáról szóló 2011. évi CXXVIII. törvény például a veszélyhelyzet mellett ismeri a „katasztrófaveszély” állapotát is, ami

esetekben, így a megelőző védelmi helyzetben, illetve a terrorveszély-helyzetben már a pusztá veszély esetén is kihirdethető a különleges jogrend.) Más tekintetben viszont a veszélyhelyzet tényállása túl tág, illetve határozatlan, amennyiben csak általában szól „az élet- és vagyónbiztonság” „veszélyeztetéséről”, ami szoros értelmezés szerint bármely helyileg vagy időben korlátozott viharra vagy más, a szokástól eltérő természeti jelenségre igaz lehet.

A veszélyhelyzetet minden esetben a Kormány hirdeti ki, vagyis akkor is, ha az Országgyűlés éppen ülészik. Ennek az lehet az oka, hogy az ilyen típusú szükség-helyzetekben különösen nagy jelentősége van a gyorsaságnak és a rugalmas működésnek, amely érdekek fontosabbak a kihirdetés előzetes legitimációjánál. Elvileg szóba jöhetne még a köztársasági elnök is, de a Magyarországon immár hagyományosan gyenge és funkciótlan államfő kiemelt szerepe már a rendkívüli és a szükségállapot tekintetében is indokolatlan – csupán szimbolikus jellegű, illetve tradíción alapul –, a gyors és hatékony intézkedéseket igénylő katasztrófaelhárítás idején pedig végképp nem lehet ilyen szerepe.

Az Alaptörvény szövege nem rendelkezik arról, hogy a veszélyhelyzetet a Kormánynak milyen formában kell kihirdetnie. Elvileg tehát elképzelhető lenne, hogy a Kormány formai kötöttség nélkül (például egyszerű „hirdetményben”) hirdethesse ki a veszélyhelyzetet.³⁸ Meglehet azonban, hogy az alkotmányozók magától értetődőnek tekintették a rendeleti formát, mivel az Alaptörvény egyébként a Kormány vonatkozásában egyedül a rendeleti döntési formát nevesíti. A rendeleti formára vonatkozó alkotmányos követelmény azonban abból is levezethető, hogy az Alkotmánybíróság által elvileg ellátandó normakontroll csak ebben az esetben gyakorolható, márpedig a különleges jogrendre vonatkozó közös szabályok az Alkotmánybíróság folyamatos működésére alkotmányos garanciaként utalnak.³⁹ De a rendeleti formát az „*argumentatio ad minorem a maius*”, vagyis a kevesebből a többre való következtetés joglogikai megfontolása is megköveteli⁴⁰, hiszen ha az egyedi intézkedésekre is kormányrendeleti formát ír elő az Alaptörvény, akkor az összes szükségrendelet jogalapjára vonatkozó döntés sem lehet formailag ennél kötetlenebb. Megjegyzem, ezt az értelmezést fogadta el a Kormány is, hiszen a veszélyhelyzetet 2020. március 11-én kormányrendeletben hirdette ki.

Veszélyhelyzetben az Alaptörvény különleges felhatalmazást biztosít a Kormány számára. Ennek részeként a Kormány:

– sarkalatos törvényben meghatározott rendkívüli intézkedéseket vezethet be;⁴¹ továbbá

„olyan folyamat vagy állapot, amelynek következményeként okszerűen lehet számolni a katasztrófa bekövetkezésének valószínűségével, és amely ezáltal veszélyezteti az emberi egészséget, környezetet, az élet- és vagyónbiztonságot”. Lásd a törvény 3. §). pontját, és 4. § (1) bekezdését.

³⁸ Még kevésbé sikerült – bár ez nem ide tartozik – a váratlan támadásra vonatkozó 52. cikk, amely még a különleges jogrend e formájának kihirdetéséről is elfelejtett rendelkezni.

³⁹ Alaptörvény, 54. cikk (2) bek.

⁴⁰ Lásd ehhez SZENTE Zoltán: *Érvelés és értelmezés az alkotmányjogban* (Budapest–Pécs: Dialog Campus Kiadó 2013) 222.

⁴¹ Alaptörvény, 53. cikk (1) bek.

– olyan rendeleteket alkothat, amelyekkel – ugyancsak sarkalatos törvényben meghatározottak szerint – „egyes törvények alkalmazását felfüggesztheti, törvényi rendelkezésektől eltérhet, valamint egyéb rendkívüli intézkedéseket hozhat”.⁴²

Ezek speciális hatásköri felhatalmazások, s olyan aktusok kibocsátására vonatkoznak, amelyeket a Kormány egyébként nem hozhatna. Az alkotmányszöveg nem egyértelmű, mert bár az 53. cikk mindkét bekezdése sarkalatos törvény által meghatározott „rendkívüli intézkedésekre” utal, amíg a (2) bekezdés konkrétan meghatározza az ilyen intézkedések (rendeleti) formáját, addig az (1) bekezdés csak általában említi a különleges intézkedések kiadásának lehetőségét. Az alább tárgyalandó Felhatalmazási Törvény a két rendelkezés között nem tesz különbséget (mindkét utalást szükségrendeleti felhatalmazásnak tekinti),⁴³ de az Alaptörvény ügyetlen megfogalmazása ellenére célszerűbb az (1) bekezdés olyan értelmezése, amely a „különleges intézkedések” kifejezést olyan gyűjtőfogalomnak tekinti, amely – sarkalatos törvényben meghatározott – rendkívüli egyedi intézkedések kiadására is kiterjed, nemcsak a szükségrendeleti jogalkotásra (még ha a szakasz később csak a rendeletekre utal is). Emellett szólhat az Alaptörvény 54. cikk (4) bekezdése is, amely a sarkalatos törvény által a különleges jogrendben alkalmazandó szabályokra általában utal, amelyeken egyedi intézkedéseket is lehet érteni, továbbá a gyakorlat is, hiszen az ilyenkor irányadó részletes törvényi szabályok – a katasztrófavédelmi törvény⁴⁴ és a honvédelmi törvény⁴⁵ – egyedi intézkedésekre is felhatalmazzák a Kormányt. A második legjobb értelmezés szerint az (1) bekezdés utalása az egyedi határozatok, a (2) bekezdése a rendeleti formájú döntések kiadására vonatkozik, ugyanezen érvek alapján, amely értelmezés szintén megalapozza a Kormány szélesebb felhatalmazását.

A Kormány által kiadott rendkívüli intézkedések olyan döntések lehetnek, amelyek az élet- és vagyonbiztonságot veszélyeztető elemi csapás vagy ipari szerencsétlenség elhárítása érdekében szükségesek. Ennél pontosabb meghatározás aligha várható el egy alkotmányszövegtől, ugyanakkor az Alaptörvény felhatalmazta – s egyben kötelezte – az Országgyűlést, hogy sarkalatos törvényben határozza meg, hogy milyen rendkívüli intézkedéseket alkothat a Kormány ilyen helyzetekben. A veszélyhelyzet esetében e sarkalatos törvény a már idézett katasztrófavédelmi törvény, általában a különleges jogrend vonatkozásában pedig a honvédelmi törvény.

A szükségrendeleti jogalkotásra vonatkozó felhatalmazás tehát rendkívül széles körű, ám nem korlátlan; egyrészt csak sarkalatos törvényben meghatározott keretek között, azaz delegált jogkörként gyakorolható, másrészt az erre vonatkozó sarkalatos törvényt is köti az Alaptörvény előírása, amely szerint e speciális jogalkotói felhatalmazás csak a veszélyhelyzet következményeinek elhárításához szükséges tartalmú jogszabályi rendelkezésekre terjedhet ki. Érdekesség, hogy az 53. cikk (2)

⁴² Alaptörvény, 53. cikk (2) bek.

⁴³ Lásd a 2020. évi XII. törvény 3. § (1) bekezdését.

⁴⁴ 2011. évi CXXVIII. törvény a katasztrófavédelemről és a hozzá kapcsolódó egyes törvények módosításáról.

⁴⁵ 2011. évi CXIII. törvény a honvédelemről és a Magyar Honvédségről, valamint a különleges jogrendben bevezethető intézkedésekről.

bekezdésének utolsó fordulata ún. eredeti jogalkotói hatáskör delegálására látszik irányulni, noha ilyen jogköre a Kormánynak rendes körülmények között is van. E felhatalmazásnak ezért csak akkor van értelme, ha az a Kormány eredeti rendeletalkotási jogkörét a kizárólagos törvényhozási tárgyakra is kiterjeszti olyan ügyekben is, amelyekben még nem született törvény (amelynek rendelkezéseitől a szükségrendelet az előző fordulat alapján is eltérhetne).

A veszélyhelyzet idején kiadott kormányrendelet törvényrontó hatályú, hiszen *contra legem* szabályokat is életbe léptethet, vagyis ideiglenesen törvényerejűvé válik. Az idő múlásával azonban a szükségrendelet e rangja feltételessé válik, mert 15 napon túl csak akkor maradhat hatályban, ha ehhez az Országgyűlés hozzájárul. A szükségrendeletek hatályának meghosszabbítása a Kormány hatásköre, de azt csak az Országgyűlés felhatalmazása alapján gyakorolhatja. Az Alaptörvény szabályozása ebben a tekintetben (is) rendkívül átgondolatlan, mivel nem tartalmaz garanciákat a rendeleti kormányzás időbeli korlátozására. A szükségrendeletek 15 napos hatálya ugyanis csak a meghozataluktól számított egyszeri periódusra vonatkozik, az országgyűlési hozzájárulásnak pedig egyáltalán nincs időbeli korlátja. Márpedig ez azt jelenti, hogy ha az Országgyűlés a szükségrendeletek hatályának meghosszabbításához időkorlát nélkül járul hozzá, akkor a Kormány elvileg bármeddig fenntarthatja azok hatályát, hiszen a veszélyhelyzet megszüntetésére is kizárólagos hatásköre van. Ennek kizárására az Alaptörvény nem tartalmaz garanciát, így szabályozása nem csupán elnagyolt, hanem elhibázott is. Elképzelhető, hogy az alkotmányozók azért nem gondoskodtak alkotmányos garanciákról a különleges jogrend által biztosított kivételes hatalom korlátozására, mert abból indultak ki, hogy egy funkciószerűen működő Országgyűlés nyilvánvalóan soha nem adna időben korlátlan felhatalmazást a szükségrendeletek hatályban tartására. Csakhogy a 2020. évi Felhatalmazási Törvény éppen ezt tette, ahogy egy kvázi különleges jogrend, a tömeges bevándorlás okozta válsághelyzet folyamatosan törvénytörtő fenntartása is bizonyítja az óvatosság szükségességét.

Veszélyhelyzet idején az Országgyűlés köteles működni, miután az Országgyűlés folyamatos működésére vonatkozó alaptörvényi rendelkezéseket a különleges jogrend szabályai nem érintik, a veszélyhelyzet idején hozott rendeletek pedig ugyanezen ok miatt a parlamenti működést nem is függeszthetnék fel (hiszen az Alaptörvény 54. cikk (2) bekezdése szerint „[k]ülönleges jogrendben az Alaptörvény alkalmazása nem függeszthető fel”). De a parlamenti működés folyamatossága magára a veszélyhelyzetre vonatkozó rendelkezések alapján is alkotmányos követelmény, miután az 53. cikk (3) bekezdése kötelezettséget ró a parlamentre. E rendelkezés szerint ugyanis, mint láttuk, a Kormány a veszélyhelyzet idején hozott rendeleteinek hatályát 15 napot követően csak akkor hosszabbíthatja meg, ha ahhoz az Országgyűlés hozzájárul. Mivel az Országgyűlés döntéseit csak plenáris ülésein hozhatja meg, értelemszerűen ennek az alkotmányos kötelezettségnek csak akkor tud megfelelni, ha a különleges jogrend idején is folyamatosan ülésezik. Természetesen elképzelhetők olyan körülmények, amikor az Országgyűlés akadályoztatva van, ahogy e lehetőséggel az Alaptörvény a hadiállapot kinyilvánítása (azaz a hadüzenet), a rendkívüli és a szükségállapot kihirdetése kapcsán számol is, sőt az akadá-

lyoztatás körülményeit is rögzíti.⁴⁶ Habár az Alaptörvény az Országgyűlés akadályoztatásának lehetőségét veszélyhelyzet esetén nem ismeri (el), ezt mégsem lehet kizárni ilyenkor sem, ezért a legkézenfekvőbb értelmezés a 48. cikk (3)–(6) bekezdéseinek analógia alapján való alkalmazása, amiből – többek között – az következik, hogy akadályoztatás esetén a lehető legrövidebb idő alatt össze kell hívni az Országgyűlés ülést.

Az Alaptörvény 53. cikk (3) bekezdése alapján az Országgyűlésnek felül kell vizsgálnia a Kormány veszélyhelyzet idején kiadott rendeleteit, máskülönben azok 15 nap után hatályukat veszítik. A rendelkezés nyelvtani értelmezése ugyan azt is megengedné, hogy az Országgyűlés vizsgálat nélkül negligálja a Kormány által kiadott rendeleteket (amelyek így aztán külön aktus nélkül, automatikusan hatályukat vesztenék), ám ez ellentétben állna az Országgyűlésnek a Kormány ellenőrzésére irányuló alkotmányos funkciójával. Az alkotmányszöveg által meghatározott parlamenti hatáskörök többsége továbbá alkotmányjogi természete szerint alkotmányos kötelezettség is, vagyis az Országgyűlés köteles azok gyakorlására.⁴⁷ Bizonyosan ebbe a körbe tartozik e jogkör is, miután annak elmulasztása egy másik alkotmányos szerv (a Kormány) funkcióinak gyakorlására jelentős befolyással lenne.

A 15 napos határidő nem vonatkozik a veszélyhelyzetet kihirdető kormányrendeletre, mert a különleges jogrendek időtartamára az Alaptörvény külön rendelkezést tartalmaz (lásd alább).

Kérdéses lehet, hogy az Országgyűlés ellenőrzési joga kiterjed-e ez utóbbira, vagyis a veszélyhelyzetet kihirdető kormányrendeletre is. Az Alaptörvény 53. cikk (3) bekezdésében meghatározott parlamenti hatáskör, amely szerint a szükségrendeletek időbeli hatályát a Kormány csak országgyűlési felhatalmazás alapján hosszabbíthatja meg, a kihirdető rendeletre nem vonatkozik, mivel az csak a veszélyhelyzetben alkotott rendeletekre terjed ki. Ez rendkívül következtelen szabályozás, mert ha a veszélyhelyzet idején kiadott valamennyi kormányrendelet hatályának meghosszabbítása országgyűlési felhatalmazást igényel, akkor észszerűtlen, hogy az e rendeletek jogalapjául szolgáló rendelet nem tartozik parlamenti kontroll alá.⁴⁸ Így a veszélyhelyzetet önkényesen vagy tévesen kihirdető kormányrendelettel szemben az Országgyűlés eszköztelen, s legfeljebb csak közvetve, a konstruktív bizalmatlansági indítvány útján fejezheti ki egyet nem értését. Alkotmányjogi értelemben az egyetlen intézményi garanciát az jelenti, hogy a veszélyhelyzetet kihirdető,

⁴⁶ Alaptörvény, 48. § (4) bek.

⁴⁷ SZENTE Zoltán: „Az Országgyűlés hatáskörei” in JAKAB András (szerk.): *Az Alkotmány kommentárja. I. kötet.* (Budapest: Századvég Kiadó 2009) 551.

⁴⁸ Problémát jelenthet továbbá az is, ha a veszélyhelyzetet kihirdető kormányrendelet nem csupán a különleges jogrend bevezetéséről rendelkezik, hanem már a veszélyhelyzet kezelésével kapcsolatos intézkedéseket is tartalmaz, ahogy az egyébként most is történt. Ebben az esetben ugyanis ugyanabban a rendelethez jelenik meg a veszélyhelyzet kihirdetése, amit a Kormány saját hatáskörében tesz meg, s amely fölött az Országgyűlésnek nincs közvetlen felügyeleti jogköre, valamint az Országgyűlés ellenőrzése alá tartozó normatartalom.

E zavaros helyzet lehetett az oka, hogy a Felhatalmazási Törvény parlament elé terjesztett eredeti tervezete még a veszélyhelyzetet kihirdető kormányrendelet válságkezelésre vonatkozó 2. és 3. paragrafusainak megerősítésére vonatkozó rendelkezést is tartalmazott. Lásd T/9790. számú iromány. <https://www.parlament.hu/irom41/09790/09790.pdf>.

valamint a veszélyhelyzet idején meghozott valamennyi kormányrendelet felett az Alkotmánybíróság utólagos normakontrollt gyakorol, ám mivel a Kormánynak kizárólagos mérlegelési jogköre van a veszélyhelyzet kihirdetésére, az alkotmányossági vizsgálat hatékonysága egy esetleges önkényes döntéssel szemben még elvileg is kétséges.

Az Alaptörvény nem rendelkezik arról, hogy vajon a Kormány újra életbe léptetheti-e egy olyan rendeletét, amely azért került hatályon kívül, mert az Országgyűlés nem hatalmazta fel annak meghosszabbítására. Erre azonban nincs alkotmányos lehetőség, ha ugyanis a Kormány ezt megtehetné, az kiüresítené az Országgyűlésnek az 53. cikk (3) bekezdésében foglalt jogosítványát: ugyan mi értelme az Országgyűlés általi felhatalmazásnak, ha egy szükségrendelet hatálya e nélkül is meghosszabbítható, vagy újra elindítható? Az alkotmányszöveg egyértelműen országgyűlési felhatalmazáshoz köti a veszélyhelyzet idején hozott kormányrendeletek hatályának 15 napon túli meghosszabbítását. Amennyiben tehát a Kormány bármely rendeletének hatályát meg akarja hosszabbítani, azt az Országgyűléstől kell kérnie, a parlament pedig köteles azt megvizsgálni; ha pedig elutasítja a kérést, az azt jelenti, hogy a Kormánynak nem sikerült meggyőznie az Országgyűlést az érintett rendelet szükségességéről vagy helyességéről. Végül az Országgyűlés által meg nem hosszabbított rendeletekkel azonos tartalmú kormányrendelet kiadására veszélyhelyzet idején azért sincs lehetőség, mert az Alaptörvény a különleges jogrend e formáját illetően megszüntette a szükségrendeletek parlamenti felfüggesztésének jogát (ami a korábbi Alkotmányban még szerepelt), vagyis többé már nem áll fenn annak az értelmezésnek a lehetősége, amely szerint, ha az Országgyűlés nem hosszabbította meg egy rendelet hatályát, az nem jelentette egyben a rendelet ellenzését is (azzal, hogy ha a parlament ellenezte volna, akkor nyilván kifejezetten felfüggesztette volna).⁴⁹

Megjegyzendő még, hogy az Alaptörvény szabályozásának súlyos hiányossága, hogy az 53. cikk (1) bekezdése alapján hozott egyedi rendkívüli intézkedések feletti kontrollról, illetve jogorvoslati lehetőségekről nem rendelkezik, ami – ha nem az alkotmányszövegről lenne szó – nyilván alaptörvény-ellenes szabályozásnak minősülne.

A veszélyhelyzetet a Kormány szüntetheti meg,⁵⁰ ami tulajdonképpen sokkal inkább alkotmányos kötelezettség, mint hatáskör, miután a Kormány a veszélyhelyzetet köteles megszüntetni, „ha kihirdetésének feltételei már nem állnak fenn”. A problémát az jelentheti, hogy e kötelezettség kikényszerítésének nincsenek erős alkotmányos biztosítékai, vagyis a Kormány kizárólagos mérlegelési jogkörének biztosításával szemben nincs megfelelő ellensúly. Amint már utaltam rá, az alkotmányos szabályozás logikájából az következne, hogy ne csak a szükségrendeletek hatályának meghosszabbítása tartozzon parlamenti kontroll alá, hanem a veszélyhelyzet jogalapja is, ebből következően pedig az Országgyűlésnek módja legyen megszüntetni a különleges jogrendet, ha annak fenntartása szerinte már nem indokolt. Az

⁴⁹ Lásd ehhez: JAKAB András: „19. § [Szükségállapot]” in JAKAB András (szerk.): *Az Alkotmány kommentárja. I. kötet* (Budapest: Századvég Kiadó 2009) 657–658.

⁵⁰ Alaptörvény 54. cikk (3) bek.

Alaptörvény a demokratikus jogállam alapelvét rögzítő B cikkének (1) bekezdésével, továbbá a hatalommegosztás elvét kimondó C cikkének (1) bekezdésével olyan megoldás lenne összhangban, amely szerint a veszélyhelyzet megszüntetése nem a Kormány kizárólagos döntésétől függne. Ezzel együtt, ezekből az absztrakt elvekből nem vezethetők le olyan, az Alaptörvényben nem nevesített hatáskörök, amelyek erősebbek volnának, mint az alkotmányszövegben *expressis verbis* megjelenő jogkörök. Ilyen körülmények között, abban az esetben, ha a Kormány oly módon élne vissza alkotmányos felhatalmazásával, hogy a veszélyhelyzetet – az azzal járó kivételes hatalommal együtt – akkor sem szüntetné meg, ha annak okai már biztosan nem állnak fel, az Országgyűlés egyetlen lehetősége a Kormány elmozdítása a konstruktív bizalmatlansági indítvány útján (hiszen az különleges jogrend idején is fennálló lehetőség), ami viszont felettébb észszerűtlen megoldás ebben az esetben, amikor a védekezést a Kormány irányítja.

A Kormány veszélyhelyzet idején kiadott rendeletei az Alaptörvény 53. cikk (4) bekezdése alapján a veszélyhelyzet megszüntetésével automatikusan hatályukat veszítik akkor is, ha hatályuk meghosszabbításához az Országgyűlés korábban hozzájárult. Hasonló tartalmú szabályozást ezt követően már csak törvényi formában lehet (újra) életbe léptetni.

5. A 2020. ÉVI VESZÉLYHELYZET ALKOTMÁNYOSSÁGI PROBLÉMÁI

5.1. A VESZÉLYHELYZET 2020. MÁRCIUS 11-I KIHIRDETÉSE

A Kormány 2020. március 11-én 40/2020. (III. 11.) Korm. rendeletével veszélyhelyzetet hirdetett ki „az élet- és vagyonbiztonságot veszélyeztető tömeges megbetegedést okozó humánjárvány következményeinek elhárítása, a magyar állampolgárok egészségének és életének megóvása érdekében Magyarország egész területére” (1. §). A veszélyhelyzet kihirdetését követően szükségrendeletek egész sorát adta, amelyekben részben felfüggesztett egyes törvényi rendelkezéseket, illetve eredeti jogalkotói hatáskörében korábban nem hatályos rendelkezéseket léptetett életbe.

A veszélyhelyzet kihirdetésére alaptörvény-ellenes módon került sor, a 40/2020. (III. 11.) Korm. rendelet az Alaptörvénnyel ellentétes rendelkezéseket tartalmaz. Ebből következően – az alkotmányos jogalap hiányában – a veszélyhelyzet során kiadott valamennyi kormányrendelet szintén alaptörvény-ellenes.

Az Alaptörvény szerint, mint láttuk, a Kormány veszélyhelyzetet csak olyan „elemi csapás vagy ipari szerencsétlenség esetén” hirdethet ki, amely veszélyezteti az élet- és vagyonbiztonságot. Miután a veszélyhelyzet kihirdetésének hivatkozásául szolgáló COVID-19 járvány ellen nincs ismert vakcina, illetve az számos esetben dokumentálhatóan halálhoz vezetett, az „életbiztonság” veszélye igazoltnak tekinthető. A járvány terjedésének sebessége, illetve területi kiterjedése alapján a veszélyhelyzet kiterjesztése az egész országra szintén indokolható. Egyértelműnek tűnik a „vagyonbiztonság” veszélyeztetése is, hiszen a koronavírus következtében

termelő- és szolgáltató gazdasági társaságok tömegesen szüntették meg vagy korlátozták gazdasági tevékenységüket, amelyek eredményeként munkahelyek szűntek meg, és jelentős jövedelem-, illetve vagyonvesztés következett be. Noha azzal is lehetne érvelni, hogy a járvány gazdasági hatásai elsősorban a járvánnyal szembeni védekezés következményei (aminek a válságkezelés módja szempontjából lehet jelentősége), az aligha vitatható, hogy a vagyonzbiztonság veszélyeztetése a járvány következménye.

A veszélyhelyzet azért alaptörvény-ellenes, mert azt a „tömeges megbetegedést okozó humánjárvány” miatt hirdették ki. A magyar jogban azonban a humánjárvány nem tartozik az elemi (természeti) csapás fogalmi körébe, és ipari katasztrófaként sem értelmezhető.⁵¹

Magyarországon a törvények a rendszerváltás óta elemi csapáson (természeti katasztrófán) a hagyományos értelemben, vagyis a természeti erők által okozott elháríthatatlan eseményt értették, s azt megkülönböztették olyan egyéb veszélyektől, amelyek szintén veszélyt jelenthettek az emberi életre, egészségre, illetve a vagyonzbiztonságra. A személyi jövedelemadóról szóló törvény szerint például elemi csapás „különösen a jégeső, az árvíz, a belvíz, a fagy, a homokverés, az aszály, a hó-, a jég- és a szélterés, a vihar, a földrengés, valamint a természeti vagy a biológiai eredetű tűz”⁵². Hasonló definíciót tartalmaz a társasági adóról és az osztalékadóról szóló törvény,⁵³ valamint az egyes pénzügyi tárgyú törvények módosításáról szóló 2006. évi törvény⁵⁴ is. A Munka Törvénykönyve által alkalmazott fordulat⁵⁵ alapján a közszolgálati törvények megkülönböztetik az „elemi csapás” és az „egészséget [...] fenyegető veszély” kategóriáit.⁵⁶ A humánjárványokat a veszélyhelyzet részletes szabályairól szóló, már hivatkozott katasztrófavédelmi törvény sem tekinti elemi csapásnak vagy ipari szerencsétlenségnek; bár még ez a törvény is csupán példálózó felsorolásokat tartalmaz, a „tömeges megbetegedést okozó humánjárványt” vagy „járványveszélyt” az elemi csapásoktól (mint „természeti eredetű veszélyektől”) és az ipari szerencsétlenségtől (mint „civilizációs eredetű veszélyektől”) megkülönböztetve, külön pontban az „egyéb eredetű veszélyek” közé sorolja.⁵⁷ A 2011-ben elfogadott törvény tehát nem az elemi csapás vagy az ipari szerencsétlenség valamely új értelmezését iktatta törvénybe, hanem azok mellett egyéb veszélyforrásokat állapított meg. E törvénynek azért van különös jelentősége, mert ez az a sar-

⁵¹ Megjegyzem, a járványokat általában a nemzetközi szakirodalomban sem sorolják a természeti katasztrófák közé, viszont jelentős szakirodalma van a természeti csapásokat követő járványoknak, mivel a kétféle jelenség között erős összefüggés van (vagyis természeti katasztrófák gyakran okoznak fertőző betegségeket). Lásd ehhez: Jonathan E. SUK – Eleanor C. VAUGHAN – Robert G. COOK – Jan C. SEMENZA: „Natural disasters and infectious disease in Europe: a literature review to identify cascading risk pathways” *European Journal of Public Health*, ckz111 (online közlés: 2019. június 6.), <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckz111>.

⁵² 1995. évi CXVII. törvény, 3. §.

⁵³ 1996. évi LXXXI. törvény, 6. § (6) bek. c) pont.

⁵⁴ 2006. évi CXXXI. törvény, 1. § (2) bek.

⁵⁵ 2012. évi I. törvény (Munka Törvénykönyve) 110. § (2) bek. b) pont.

⁵⁶ Az egységes szabályozásra csak példaként lásd 2015. évi XLII. törvény 289/M. § (2) bek. b) pont, 2018. évi CXXV. törvény 123. § (2) bek. b) pont, 2019. évi CVII. törvény 55. § (3) bek. b) pont.

⁵⁷ Lásd a törvény 44. §-át.

kalatos törvény, amelynek keretei között veszélyhelyzetben a Kormány rendkívüli intézkedéseit, illetve rendeleteit meghozhatja.

A katasztrófavédelmi törvény a „tömeges megbetegedést okozó humánjárványt” és a „járványveszélyt” egyértelműen olyan „eseménynek” tekinti, amely alapul szolgálhat a veszélyhelyzet kihirdetéséhez. Ez azonban az Alaptörvény által a veszélyhelyzetre vonatkozó tényállások önkényes kiterjesztése, amelyre az Országgyűlésnek nem volt felhatalmazása. A törvény 44. §-ának c) pontja nyilvánvalóan alaptörvény-ellenes, mert túlterjeszkedik az Alaptörvény rendelkezésein, azaz ellentétes az Alaptörvény szövegével. Az Alaptörvény rendelkezéseit törvénnyel nem lehet felülrini. Ha az Országgyűlés törvényalkotói minőségében eltérhetne az Alaptörvény rendelkezéseitől (megváltoztathatná azokat, eltekinthetne egyes rendelkezéseitől, vagy ellenkezőleg, kiterjeszthetné azokat), akkor megszűnne az Alaptörvény alkotmányi jellege, értelmét vesztené R cikkének (1) bekezdése (amely szerint az Alaptörvény Magyarország jogrendszerének alapja) és T cikkének (3) bekezdése (amely úgy rendelkezik, hogy jogszabály nem lehet ellentétes az Alaptörvénnyel). Ahogy törvény nem terjesztheti ki a különleges jogrendet az Alaptörvényben meghatározott helyzeteken kívüli körre, azt kormányrendelet sem teheti meg. A 40/2020. (III. 11.) Korm. rendelet viszont épp ezt tette, még ha ennek során vélhetően a katasztrófavédelmi törvény rendelkezéseiből indult is ki.

Itt kell megjegyezni, hogy az Alaptörvényből nem következik, hogy a humánjárványt nem lehet az elemi csapások fogalmi körébe vonni. A katasztrófavédelmi törvény – s annak nyomán a veszélyhelyzetet kihirdető kormányrendelet – azonban nem ezt tette, hanem attól (és az ipari szerencsétlenségtől) megkülönböztetve, s ezáltal az Alaptörvényben meghatározott veszélyeket kiterjesztve minősítette olyan körülménynek, amely alapot adhat a veszélyhelyzet kihirdetésére. Ha ez a felfogás időközben vagy a mostani körülmények folytán megváltozott volna, s a törvényalkotó új értelmezést akart volna adni az elemi csapás fogalmának (a tömeges megbetegedést okozó humánjárványt nem „egyéb eredetű veszélynek”, hanem természeti katasztrófának minősítve), akkor ezt kellett volna tennie a katasztrófavédelmi törvény módosításával, amely sarkalatos törvénynek az Alaptörvényből eredően különleges státusa van a veszélyhelyzet tekintetében, s tulajdonképpen az Alaptörvény vonatkozó részének kvázi-végrehajtási normája (a veszélyhelyzetet kihirdető kormányrendelettel nyilvánvalóan nem lehetett újraértelmezni az ipari szerencsétlenség fogalmát).

Mivel a veszélyhelyzet kihirdetésének nem volt alkotmányos alapja, valamennyi a veszélyhelyzet 2011. március 11-i kihirdetésén alapuló kormányrendelet tartalmilag alaptörvény-ellenes, amennyiben rendelkezései egyes törvények alkalmazását felfüggesztik, törvényi rendelkezésektől eltérnek, valamint egyéb olyan rendkívüli intézkedéseket léptetnek életbe, amelyek az Alaptörvény szerint kizárólagos törvényhozási tárgyak. Amennyiben tartalmilag nem alaptörvénysértők, vagyis olyan rendelkezéseket tartalmaznak, amelyeket a Kormány rendeletalkotási jogkörében egyébként is meghozhatott volna, részben akkor is formahibásak, mert téves jogalpra hivatkoznak.

5.2. A 2020. ÉVI XII. TÖRVÉNY

2020. március 30-án az Országgyűlés törvényt fogadott el a koronavírus elleni védekezésről. A törvény célja – preambulumának tanúsága szerint – annak biztosítása volt, hogy a Kormány bármilyen rendkívüli intézkedést megteheszen, amely szükséges „a COVID-19 fertőzés okozta tömeges megbetegedést okozó, 2020. évben bekövetkezett humánjárvány megelőzésére, illetve következményeinek elhárítására”. A törvény ennek érdekében a katasztrófavédelmi törvényben meghatározott intézkedéseken túli bármilyen szükségrendelethez előzetesen hozzájárult azzal, hogy a Kormány e felhatalmazással csak célhoz kötötten, vagyis a koronavírus okozta járvány „megelőzése, kezelése, felszámolása, továbbá káros hatásainak megelőzése, illetve elhárítása céljából”, s csak „a szükséges mértékben, az elérni kívánt céllal arányosan” élhet. A törvény 3. §-a veszélyhelyzet kihirdetése óta kiadott kormányrendeletek megerősítése mellett felhatalmazta továbbá a Kormányt, hogy a veszélyhelyzet idején hozott összes később megalkotott rendeletének hatályát a veszélyhelyzet végéig saját hatáskörében meghosszabbítsa.

A törvény több garanciális rendelkezést is tartalmaz. Egyrészt rögzíti, hogy a Kormánynak a felhatalmazás alapján megtett intézkedéseiről rendszeresen tájékoztatnia kell az Országgyűlést (ha az nem ülészik, akkor az az Országgyűlés elnökén és az országgyűlési képviselőcsoportok vezetőin keresztül is történhet). Erősebb garanciának tűnik, hogy az Országgyűlés visszavonhatja azt a felhatalmazást, amelynek alapján a Kormány maga meghosszabbíthatja saját szükségrendeleteinek hatályát a veszélyhelyzet teljes időtartamára. A törvény továbbá több olyan rendelkezést is tartalmaz, amely az Alkotmánybíróság folyamatos működésének biztosítását szolgálja.

Végül olyan szabályokat ír elő, amelyek már közvetlenül a járvány által okozott közveszély elhárítására vonatkoznak. Így például a veszélyhelyzet megszűnéséig elhalasztja az időközi választások és az országos, illetve helyi népszavazások megtartását. Ezen túlmenően a Felhatalmazási Törvény „járványügyi védekezés akadályozása” néven új bűncselekményi tényállást, illetve büntetést illesztett a Büntető Törvénykönyvnek „A közbiztonság elleni bűncselekményekről” szóló XXX. fejezetébe, illetve – a köznyugalom elleni bűncselekmények között – módosította a rémhírterjesztésre vonatkozó korábbi szakaszt, pontosítva annak megfogalmazását, illetve kiegészítve azt egy speciálisan különleges jogrend idején elkövethető rémhírterjesztés büntetési tényállásával, „amely alkalmas arra, hogy a védekezés eredményességét akadályozza vagy megghiúsítsa”.

A törvény egyes saját részeit „sarkalatosnak” minősíti.

A törvény több rendelkezése – különböző okok miatt – alaptörvény-ellenes. Az előző pontban kifejtettek miatt ellentétes az Alaptörvénnyel a Felhatalmazási Törvény 1. §-a, amely implicit módon megerősíti a veszélyhelyzetet kihirdető 40/2020. (III. 11.) Korm. rendeletet, hiszen saját tárgyát az azzal összefüggő sajátos szabályok megállapításában jelöli meg. Az Alaptörvénnyel ellentétes módon kihirdetett veszélyhelyzetet azonban törvény sem teheti alkotmányossá.

Alaptörvény-ellenes a törvény 2. § (2) bekezdése, amely tartalmi értelemben kor-

látlan szükségrendeleti felhatalmazást ad a Kormány számára. A szakasz (1) bekezdése kifejezetten arról szól, hogy a jelen felhatalmazás a katasztrófavédelmi törvényben „meghatározott rendkívüli intézkedéseken és szabályokon túl” biztosít különleges jogalkotási jogkört. Az Országgyűlésnek az Alaptörvény 53. cikk (2) bekezdése, illetve az 54. cikk (4) bekezdése alapján joga van arra, hogy sarkalatos törvényben meghatározza az ilyen rendeletek kereteit, ahogy azt a már idézett katasztrófavédelmi (és a különleges jogrendre vonatkozóan általában a honvédelmi) törvényben is megtette. Az ott meghatározott kereteken változtathat, azokat szűkítheti vagy tágíthatja. Arra azonban az Országgyűlésnek nincs alkotmányos jogköre, hogy eltekintsen e keretek meghatározásától. Márpedig a törvény idézett rendelkezése csupán a szükségrendeletek célhoz kötöttségére utal, ami viszont az Alaptörvényből eleve következik, s lényegét tekintve nem más, mint az 53. cikk (1) bekezdésének – más szavakkal való – megisméltése.⁵⁸ Azt nem határozta meg, hogy milyen rendkívüli intézkedéseket lehet megtenni a katasztrófavédelmi törvény által megállapítottakon túl. A felhatalmazás korlátlansága különösen szembe-tűnő annak fényében, hogy az Országgyűlés ugyanebben a törvényben – még ha ismét csak alkotmányosértő módon is – eleve lemondott az egyes rendeletek utólagos ellenőrzéséről is.

Ugyancsak ellentétes az Alaptörvénnyel a Felhatalmazási Törvény 3. § (1) bekezdése, amely az Alaptörvény 53. cikk (3) bekezdésére való hivatkozással arra hatalmazza fel a Kormányt, hogy a veszélyhelyzetben hozott kormányrendeletek hatályát – saját hatáskörében eljárva – a veszélyhelyzet megszűnéséig meghosszabbítsa. Az Alaptörvény furcsa módon nem tartalmaz korlátozást arra nézve, hogy az Országgyűlés a veszélyhelyzet idején hozott kormányrendeletek hatályának meghosszabbítására milyen időkeretben ad felhatalmazást a Kormányra a rendelet kiadását követő 15. nap után. Az alaptörvényi szabályozás az időben korlátlan meghosszabbításra vonatkozó felhatalmazás lehetőségének biztosításával ezért nem felel meg a jogállami követelményeknek, ez azonban nem változtat azon a tényen, hogy az Országgyűlés elvileg adhat ilyen – határidő nélküli – felhatalmazást, s ez is történt, mivel a Felhatalmazási Törvényben az Országgyűlés lehetővé tette a Kormány számára, hogy saját hatáskörében a veszélyhelyzet végéig meghosszabbítsa saját rendeleteinek hatályát. Mivel azonban a veszélyhelyzet megszüntetése is a Kormány (ráadásul kizárólagos) hatásköre, ezzel a magyar törvényhozás valóságos „öngyilkosságot” követett el: úgy mondott le az utólagos kontroll jogáról, hogy az elvileg visszavonhatatlan folyamattá tette a kivételes felhatalmazást. Mert bár a törvény látszólag fenntartotta az Országgyűlés jogát, hogy ezt a biankó-felhatalmazást „a veszélyhelyzet megszűnését megelőzően” visszavonja (3. § (2) bek.), arról – szándékosan vagy véletlenül – elfelejtett rendelkezni, hogy ezt a

⁵⁸ Valójában az Országgyűlés nemhogy nem specifikálta a szükségrendeleti jogkör kereteit, hanem az Alaptörvény 53. § (1) bekezdésének kifejezetten tág értelmezést adott, amikor a kivételes rendeletalkotási hatáskört nem csupán a járvány leküzdése, hanem „a nemzetgazdaság stabilitásának garانتálása érdekében” is lehetővé tette, noha erős érv szól amellett, hogy a kivételes hatalomra vonatkozó kivételes hatalmat – épp rendkívüli jellege és az ellenőrzés nehézségei miatt – szűken kell értelmezni. Lásd a Felhatalmazási Törvény 2. § (1) bekezdését.

lehetőséget alkotmányos védelemben részesítse: a felhatalmazás ugyanis sem az Országgyűlés folyamatos működését biztosító Országgyűlési Törvény, vagy akár a Felhatalmazási Törvény módosítását sem zárta ki: vagyis a Kormány elméletileg saját törvényrontó szükségrendeleteivel kiiktathatja az Országgyűlés működését, ha azt úgy látja jónak. Ráadásul maga a Felhatalmazási Törvény is számol ezzel, hiszen preambulumban részben éppen azzal magyarázza a kivételes felhatalmazást, hogy „az Országgyűlés ülésezése a humánjárvány következtében szünetelhet”.⁵⁹ A Kormány e különleges jogosítványát egyedül az Alaptörvény korlátozza annyiban, hogy a 2022. évi választások időpontjára vonatkozó rendelkezéseket tartalmaz,⁶⁰ vagyis a következő országgyűlési választások elhalasztására vagy törlésére még a mostani felhatalmazás sem terjed ki. A Felhatalmazási Törvény 3. § (1) bekezdése azért alaptörvény-ellenes, mert egyirányúvá teszi a felhatalmazást abban az értelemben, hogy nem tartalmaz olyan típusú garanciát, amely biztosan megakadályozná az Országgyűlés kiiktatását a veszélyhelyzet teljes időtartamára, miközben az Alaptörvény erre az időre alkotmányos kötelezettséget írt elő a parlament számára.

Alaptörvény-ellenes továbbá az is, hogy a törvény a kormányrendeletek hatályának 15 napon túli meghosszabbítására vonatkozó felhatalmazást a jövőben meghozandó rendeletekre is kiterjesztette, azaz előre megadta. Az Alaptörvény 53. cikk (3) bekezdésének megfogalmazásából ugyanis az következik, hogy a Kormány a veszélyhelyzetben elfogadott rendeleteinek hatályát hosszabbíthatja meg az Országgyűlés felhatalmazása alapján. Még meg nem született jogszabályok időbeli hatályának meghosszabbítása azonban fogalmilag kizárt, hiszen ezek még nem létező jogszabályok, amelyek hatálya még meg sem indult, így meghosszabbítani sem lehet.

Vitatható továbbá a Felhatalmazási Törvény 3. § (3) bekezdésének alkotmányossága, mivel az Országgyűlés csomagban, külön vizsgálat nélkül járult hozzá a veszélyhelyzet kihirdetése óta a törvény elfogadásáig meghozott kormányrendeletek hatályának meghosszabbításához. Noha az Alaptörvény nem írja elő explicit módon, hogy a parlamentnek mindegyik kormányrendelethez külön-külön kellene hozzájárulnia, az Alaptörvény e szakaszának egyetlen értelme és funkciója az Országgyűlés folyamatos ellenőrzésének biztosítása. A kormányrendeletek hatályának meghosszabbításához való vita nélküli, csoportos hozzájárulás ezért nem csupán kiüresíti ezt a parlamenti feladat- és hatáskört, hanem egyben értelmetlenné teszi az egész erre vonatkozó parlamenti eljárást. Mivel a szükségrendeletek utólagos parlamenti kontrollja alkotmányos kötelezettség, arról az Országgyűlés nyilvánvalóan nem mondhat le. Az Országgyűlés bármilyen alkotmányos mulasztása önmagában sem védhető, de különösen súlyos, ha különleges jogrend idején ad biankó felhatalmazást a Kormány kivételes hatalma számára, azaz még az amúgy

⁵⁹ Különösen szembetűnő, hogy amíg a törvény külön rendelkezésekkel kívánja biztosítani az Alkotmánybíróság működését olyan rendkívüli helyzetekben is, amikor a tagok személyes jelenléte nem biztosítható, a demokratikus kontroll alkotmányos funkcióját ellátó Országgyűlés esetében inkább az ülésezés ellehetetlenülésével számol.

⁶⁰ Alaptörvény 2. cikk (3) bek.

is korlátozott ellenőrzési jogát is feladja. Ennek semmilyen elfogadható indoka sem lehet, különösen, amikor az Országgyűlés egyébként folyamatosan ülésezik, azaz képes (lenne) ellátni feladatait.

Végül az Országgyűlés folyamatos, sőt mára már hagyományosnak mondható – és érthetetlen módon az Alkotmánybíróság által sem kifogásolt – alkotmányserőtő gyakorlata ebben a törvényben is megnyilvánul: ellentétben az Alaptörvénnyel a Felhatalmazási Törvény 9. §-a, amely saját rendelkezéseinek egy részét sarkalatossá minősíti. Az Alaptörvény ugyanis nem ismeri a „sarkalatos törvényi rendelkezés” kategóriáját; az alkotmányszöveg 76 alkalommal utal sarkalatos törvény(ek)re, de mindig egységes jogszabályként; a törvényhozási tárgyak egy részét „rendes” vagy „sima”, másik részét sarkalatos törvényi formában rendeli szabályozni. Az Alaptörvény T cikkének (4) bekezdésében határozza meg a sarkalatos törvény fogalmát,⁶¹ amely – nyilvánvalóan a jogbiztonság érdekében – egyértelműen kizárja azt a lehetőséget, hogy ugyanannak a törvénynek legyenek egyszerű, illetve minősített többséggel elfogadandó részei.

A Felhatalmazási Törvénynek van más, alkotmányjogi szempontból ugyancsak vitatható rendelkezése (a rémhírterjesztés bűncselekményi tényállásának kiterjesztése), amely azonban már a válságkezelés módjával, s nem a veszélyhelyzet jogi kereteivel kapcsolatos, ezért a tárgyalásától itt eltekintek.

6. ZÁRSZÓ

Régi tapasztalat, hogy közveszély idején, amikor a veszély mindenki számára közvetlenül érzékelhető, az alkotmányosság és a jogszerűség érdekei és értékei könnyen háttérbe szorulnak. Különösen igaz ez olyan államok esetében, amelyekben ezek az értékek egyébként sem voltak túl erősek, illetve éppen leépülőben vannak. Az alapvető jogok szokatlan mértékű korlátozásának, a kormány kivételes hatalommal való felhatalmazásának és a hatalomgyakorlás ellenőrzéséről való lemondásnak az elfogadása érthető, különösen, ha az a látszat keletkezik, hogy ezek szükségesek a veszély elhárításához. Érthető, de nem elfogadható; különleges jogrend idején a kivételes hatalommal felruházott állami szervek kivételével mindenki veszít: az állampolgárok jogai és érdekei – különböző mértékben ugyan, de biztosan – sérülnek, és ilyenkor nem csupán absztrakt politikai jogokra, hanem például a szerzett jogokra vagy a munkavállalói jogokra is érdemes gondolni. Ilyen körülmények között különösen fontos lenne annak biztosítása, hogy az egyéni és közösségi jogok csak a legszükségesebb mértékű korlátozást szenvedjék el a teljes körű jogkorlátozás lehetőségének biztosítása nélkül. A közveszély elhárítására, a válságkezelésre legalkalmasabb Kormány, illetve az irányítása alá tartozó (vagy vont) szervek különleges felhatalmazása, cselekvési lehetőségeik kiterjesztése nagyon is indokolt lehet, hiszen a normális viszonyok valószínűleg csak ilyen módon állíthatók helyre

⁶¹ „A sarkalatos törvény olyan törvény, amelynek elfogadásához és módosításához a jelen lévő országgyűlési képviselők kétharmadának szavazata szükséges.”

leggyorsabban és a legkisebb költséggel. Ám ahhoz, hogy ez valóban így is történjen, megfelelő jogi garanciákra van szükség.

A tapasztalatok azonban azt mutatják, hogy a jogállami követelményekhez való ragaszkodás szükséghelyzetben gyakran nem olyan egyértelmű. A velük szemben felhozható – s különösen diktatúrákban szokásos⁶² – egyik érv az lehet, hogy a rendkívüli intézkedések egyik legfontosabb szempontja a gyorsaság, s amikor életek megmentéséről van szó, akkor minden energiát a veszély elhárítására kell fordítani, s nincs idő jogászokodásra vagy jogállami szörszálhasogatásra. Ez az érvelés könnyen elfogadható lehet azok számára, akiket a jogkorlátozások közvetlenül nem érintenek, vagy egyébként is hajlandók lemondani saját szabadságukról vagy feladni a demokratikus elveket, s ezt másoktól is elvárják. Ám ez nem csupán hibás, hanem veszélyes érv is. Egyrészt azon a kimondatlan feltételezésen alapul, mintha a válság elhárítása csak a jogállamisággal ellentétes eszközökkel és módon – korlátlan felhatalmazással, vagyis időbeli korlátozás nélkül, intézményes kontrolltól mentesen, aránytalan és bármilyen tartalmú intézkedésekkel – lenne leküzdhető (máskülönben a jogállami normáknak való megfelelés igazolása nem okozna problémát). Másrészt feltételezhető, hogy a szükséghelyzet elhárítása érdekében hozott rendkívüli intézkedések gondos mérlegelés alapján kerültek meghozatalra, vagyis indokolhatók. Ezért igazolásuk sem okozhat aránytalan terhet, s biztosan nem hátráltatja a megfelelő intézkedések meghozatalát (eltekintve a nyilvánosság indokolható korlátozásától bizonyos körülmények között), ráadásul az elkerülhetetlen korlátozások elviselése vagy a szükséges közreműködés elnyerése céljából is észszerűbb az egyes intézkedések megindokolása. De ez az álláspont veszélyes is, mert ha a közveszély idején, kivételes hatalom által hozott rendkívüli intézkedések sem szorulnak igazolásra, akkor ez könnyen az ellenőrizetlen hatalomgyakorlás szokásának vagy kultúrájának kialakulásához vezethet, márpedig a kivételes hatalom lehetősége erős csábítást jelenthet arra, hogy politikai célokra is használják.⁶³

Egy másik, ugyancsak a jogállamiság szempontjából kockázatos érvelés alapja az lehet, hogy a szükséghelyzet sikeres elhárítása bármilyen intézkedést vagy válságkezelési politikát legitimál.⁶⁴ Minél súlyosabb egy válság, az elhárításához fűződő érdek annál inkább háttérbe szorít minden egyéb megfontolást. Ráadásul a súlyos vészhelyzet leküzdése szempontjából sokak számára elfogadható ár lehet mások aránytalan teherviselése vagy személyes kára. Ennek a gondolkodásmódnak az lehet a veszélye, hogy a közveszély elhárítása valójában aránytalanul nagy árral, vagy súlyos következményekkel jár, amelyek esetleg csak később realizálódnak.

⁶² A kommunista párt lapja, a Szabad Nép az 1950-es évek elején gyakran gúnyolta a nyugati világ „esztelen”, „koholt” és „hazug” bírálatait az emberi jogok és a demokrácia magyarországi és más népi demokráciákban tapasztalható helyzete miatt.

⁶³ Ennek legismertebb példáját az 1919. évi német weimari alkotmány 48. cikkében szükséghelyzetekre biztosított birodalmi elnöki rendeleti kormányzás jelenti 1930-tól a náci párt hatalomra kerüléséig.

⁶⁴ Erre jó példa lehet a nemzetiszocialista kormány számára korlátlan felhatalmazást biztosító 1933. márciusi Felhatalmazási Törvény (*Ermächtigungsgesetz*) Németországban, ahol a náci propaganda azt harsoghatta, hogy annak eredményeként sikerült az állítólagos kommunista puccsveszélyt elhárítani, de amelynek jól ismert, tragikus következményei lettek.

Az ilyesfajta érvelések egyaránt kockázatot jelentenek a szükséghelyzetek hatékony kezelése, a jogállamiság, illetve a jogrendszer normális működéséhez való visszatérés számára egyaránt. Fontos látni, hogy a mostani veszélyhelyzettel kapcsolatban nem csupán formális alkotmányossági kifogások vehetők fel, hanem nagyon is az alkotmányosság tartalmi kritériumairól van szó: arról, hogy speciális szükséghelyzetre indokolatlan általános felhatalmazást adni, különösen úgy, hogy az lehetővé teszi a Kormány kivételes hatalomgyakorlása fölötti demokratikus kontroll kiiktatását, illetve e rendkívüli felhatalmazás korlátlan ideig való fenntartását. Az ilyen felhatalmazás még konszolidált alkotmányos demokráciákban is kockázatos, ahol pedig a kivételes hatalommal való visszaéléssel szemben fontos biztosítékot jelent a közhatalmi szervek alkotmányos elkötelezettsége és funkciószerű működése.

A 2020. március 11-i veszélyhelyzet kihirdetésének körülményei, illetve az 2020. évi XII. törvény elfogadása azonban azt mutatja, hogy Magyarországon ma nem ez a helyzet. Ezek az aktusok a jelenkori magyar alkotmányosság és jogállamiság számos problémáját egyszerre tükrözik. Úgy tűnik, hogy a szakmailag alacsony színvonalú alaptörvényi szabályozás, az Alaptörvény rendelkezéseinek látványos negligálása, a közhatalmi szervek diszfunkcionális működése mind-mind hozzájárult ahhoz, hogy a veszélyhelyzetet nem sikerült alkotmányos alapokra helyezni olyan körülmények között, amikor annak bevezetése, s az általa biztosított kivételes hatalom minden bizonnyal széles körű támogatottságot élvezett, és minden jel szerint szükséges is volt. Ám ez nem változtat azon, hogy a Kormánynak nem lett volna szabad a veszélyhelyzetet az Alaptörvénnyel ellentétes módon kihirdetnie, s azt az Országgyűlés – közvetett módon – nem hagyhatta volna jóvá, s különösen nem lett volna szabad bírák felhatalmazást adnia a rendeleti kormányzásra időbeli korlátok nélkül, feladva saját alkotmányos funkcióinak teljesítését. A köztársasági elnöknek előzetes normakontrollt kellett volna indítványoznia a Felhatalmazási Törvény aláírása és kihirdetése helyett, az Alkotmánybíróságnak pedig meg kellett volna semmisítenie azt. Az Alaptörvény által arra feljogosítottaknak már kezdeményezniük kellett volna az Alkotmánybíróságnál a veszélyhelyzetet kihirdető kormányrendelet, valamint a Felhatalmazási Törvény utólagos normakontrollját, s az Alkotmánybíróságnak az indítványok alapján mára már rég meg kellett volna semmisítenie ezeket a jogszabályokat. Mindeközben – vagy inkább az eddigi lépések helyett – a Kormánynak és az Országgyűlésnek biztosítania kellett volna a koronavírus-járvány leküzdéséhez szükséges különleges felhatalmazás alkotmányos alapjait, ideértve a kivételes hatalom feletti folyamatos parlamenti kontroll lehetőségét.

A különleges jogrend és az alkotmányosság között eleve elkerülhetetlen a feszültség – nincs semmi ok arra, hogy ezt az inherens ellentmondást kiélezzük, s a válságkezelést kivonjuk a jogállami keretek közül.

RECENZIO

HERNÁN CORRAL TALCIANI (SZERK.): VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. ESCRITOS SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN, ALCANCE Y LÍMITES DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. (SANTIAGO DE CHILE: UNIVERSIDAD DE LOS ANDES 2010) 151.¹

I. Santiago de Chile egyik – 1989-ben alapított – egyeteme, az Universidad de los Andes jogtudományi kara 1996 óta *Cuadernos de Extensión Jurídica* címmel kiadott sorozatának 18. füzeté a Kar volt dékánja, illetve a Polgári és Római Jogi Tanszék volt vezetője, Hernán Corral Talciani szerkesztésében jelent meg 2010-ben. A kötet nyolc – az Universidad de Chile és az Universidad de Buenos Aires egy-egy professzora mellett a kar civilistái által jegyzett – kisebb-nagyobb terjedelmű tanulmányt foglal magában, tárgya a római antikvitás jogi gondolkodásának gyümölcseiből sarjadt, középkori eredetű *adagium*, a „*venire contra factum proprium nulli conceditur*” elvének egyetemese jogtörténeti, összehasonlító jogi, valamint tételes jogi – dogmatikus és pragmatikus – elemzése főként a chilei magánjogban.

II. A tanulmánykötet bemutatása előtt érdemes összefoglalni a magyar magánjogban 2013-ban kodifikált, általános magánjogi tilalom néhány alapkérdését.

1. A *Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény* (Ptk.) 1:3. §-ának (2) bekezdése szerint: „*A jóhiszeműség és tisztesség követelményét sérti az is, akinek joggyakorlása szemben áll olyan korábbi magatartásával, amelyben a másik fél okkal bízhatott.*” A Ptk.

Tervezetének általános indokolása szerint a törvényhely ún. *általános jelentőségű, konkrét tényállás*, amelynek a jogalkalmazásban játszott szerepe nem különbözik a kódex más normáinak funkciójától, a bevezető rendelkezések között történő elhelyezését azonban általános jelentősége indokolja. Hazai jogirodal munkban a norma mélyebb elemzését e recenzió szerzője készítette el,² jóllehet a jogtétel már az 1959. évi kódex miniszteri indokolásában is felbukkant mint a joggal való visszaélés egyik esete. Kivételesen maga a Ptk. is megengedi olykor, hogy a fél a joggyakorlása során eltérjen olyan korábbi magatartásától, amelyben a másik fél okkal bízhatott.³ Az általános magánjogi tilalom szerződési jogi *lex specialisa* a 6:63. § (5) bekezdése; megsértésének jogkövetkezmé-

² Egyebek mellett e folyóirat oldalain: BENKE József: „A venire contra factum proprium általános magánjogi tilalma – egy indukcióval kialakított középkori jogelven alapuló XXI. századi magánjogi tilalom dedukció útján megállapítható alkalmazási lehetőségeiről” *Állam- és Jogtudomány* 2018/4. 3–23.

³ Például a jogosult felhatalmazást kap a *ius variandi* gyakorlása során, így a zálogjogosult a kielégítési jog érvényesítésének választott módjáról [5:127. § (2) bek.] és a szavatosi jogosult a választott kellékszavatossági jogáról (6:160. §) másra térhet át; továbbá az érdek-múlást eredményező szerződésszegés esetén a szerződés egyoldalú megszüntetésére jogosult fél, ha e jog több okból is megilleti, köteles azt megjelölni, de arról utóbb másra térhet át [6:140. § (2) bek.].

¹ Letölthető: www.uandes.cl/cuadernos-de-extension/.

nye szerződésszegés, mert a szokásokon alapuló, saját korábbi magatartás szerinti eljárás *ex lege* a szerződés tartalmává válik, így annak további folytatása szerződési kötelezettség.

A tilalom fogalmi elemei, alkalmazási feltételei és szankciója az alábbiak szerint határozhatók meg. A tényálláshoz mindenekelőtt két fél szükséges: az egyik tanúsítja mindkét releváns magatartást, azaz a korábbi magatartást (*Vorverhalten*) és a későbbi joggyakorlást (*Nachverhalten*), míg a másik olyan helyzetben van, hogy megalapozottan bízhat abban, hogy e joggyakorlás nem áll szemben a korábbi magatartással, mert a joggyakorló a korábbi magatartását hasonlóan – ha nem is teljesen egyezően – folytatja vagy megismétli. Nem feltétel azonban, hogy a felek egymással már jogviszonyban álljanak. A korábbi magatartás kizárólag nem jogellenes, illetve nem felróható és nem joggal való visszaélészerű magatartás lehet: nem jogszerű magatartás fenntartása jogi követelmény tárgya nem lehet. A korábbi magatartás elvben ugyancsak lehet joggyakorlás, de ez nem feltétel (sőt, a bevezető rendelkezés alkalmazását ki is zárhatja). A korábbi magatartással összefüggésben az sem feltétel, hogy a joggyakorló fél azt a másik féllel szemben tanúsítsa. Feltétel azonban, hogy a joggyakorló korábbi magatartásának releváns elemeit a másik fél megismerhette, és annak hasonló folytatásában vagy ismétlésében az okszerű gondolkodás mellett alappal bízhatott. A későbbi magatartás, amely csak joggyakorlás lehet, természetesen nem lehet jogellenes vagy visszaélészerű. Ellenkező esetben nem érvényesülhet a *venire*-tilalom, hiszen az ilyen joggyakorlásra a jogcímet megalapozó háttérjogviszony-

ra alkalmazandó speciális jogszabályok lesznek irányadók. A későbbi joggyakorlás esetében sem feltétel, hogy a gyakorolt jog a másik fél tényeivel összefüggjön.⁴

Nevesített joghatás hiányában a kizárólag a Ptk. 1:3. § (2) bekezdésébe ütköző magatartás szankciója az e magatartással megsértett alapelvből (a jóhiszeműség és tisztesség elve) vezethető le. Az ilyen alapelvsértés jogkövetkezménye az, hogy a tilalomba ütköző joggyakorlás nem érhet célt (*ex iniuria ius non oritur*): az előidézni kívánt jogváltozás nem valósul meg, illetve az elkerülni kívánt jogváltozás megvalósul. Az utóbbi szankció azonban nem eredményezheti, hogy jogviszony, helytállás, felelősség vagy kötelezettség jöjjön létre, módosuljon vagy szűnjék meg, mert ezek kifejezett – általában többlettényállási elemeken alapuló – törvényi rendelkezést kívánnak. A magatartás szankciója tehát az, hogy az az állami kényszermonopólium útján nem élvez védelmet, vagyis a bíróság, illetve a hatóság a fél jogérvényesítő eljárása során figyelmen kívül hagyja az alapelvet sértő, az eljárás során jognyilatkozat, bizonyítási indítvány vagy bizonyítási eszköz formájában megjelenő magatartást vagy az ilyen magatartás eredményét (így akár az elkerülni kívánt jogváltozás is megvalósulhat).

A bírói gyakorlatban egyelőre alig merül fel olyan ítélet, amelyben a Ptk. 1:3. § (2) bekezdése az indokolás mar-

⁴ Vannak olyan esetek, amelyekben tipikusan megvalósul a tilalom tényállása is, a norma mégsem alkalmazható önállóan, mert különös norma alkalmazását megalapozó többlettényállási elemek állnak fenn (károkozás, szerződésszegés, jognyilatkozattétel visszaélészerű megtagadása, a korábbi magatartás felróhatósága stb.).

káns részét képezte. A Kúria egy 2018. áprilisi ítélete szerint,⁵ ha a felek a felmondást tartalmazó irat átadásakor és azt követően tanúsított magatartásukból megállapíthatóan úgy tekintették, hogy a felmondás átadás-átvétele nem történt meg, majd a munkavállaló utóbb mégis ezzel szembe helyezkedve a felmondás hatályos közlésére hivatkozik, az ilyen magatartás a jóhiszemű és tisztességes eljárás követelményét sérti, ezért a bíróság nem állapíthatja meg a felmondás közlését. A Pécsi Ítélet tábla egy 2017. májusi ítélete szerint,⁶ ha a fél perbeli magatartása szemben áll olyan korábbi magatartásával, amelyben a másik fél okkal bízhatott, e magatartás sérti a jóhiszeműség és tisztesség követelményét. Ezért az ilyen magatartásra alapított perbeli hivatkozás a törvény által tiltott joggal való visszaélésnek minősül, így azt a bíróság a jogvita elbírálásakor figyelmen kívül hagyja.

2. A téma jelentős kutatói⁷ szerint a „*venire contra factum proprium nulli conceditur*” elve – mely szerint „senkinek nem megengedett, hogy saját magatartásával ellentétesen járjon el” – ebben a generalizált formában elsőként Azo Portius (született 1150–1190 között,

meghalt 1220–1233 között bizonytalan időpontban) bolognai glosszátor *Brocardica aurea* c. művében nyert megfogalmazást. A *Brocardica* funkciójáról Savigny úgy vélekedett,⁸ hogy az normatív karakterű volt, az újabb irodalom⁹ azonban ezt meggyőzően cáfolta. Eszerint a mű inkább rendszerezett jogi érvgyűjtemény lehetett.

III. Mindezek ismeretében célszerű áttekinteni az ismertetés tárgyául választott tanulmánykötetet. A szerkesztő előszava szerint 2008. november 27-én az Universidad de los Andes jogtudományi kara rendezte meg „a saját korábbi magatartással ellentétes magatartás tilalmának elve” (*la doctrina de los actos propios*) tárgyában a „IX Encuentro de Profesores y Ayudantes de Derecho Civil” című („Civilista Jogtanárok IX. Találkozója”) nemzetközi konferenciát, melynek előadói közül hét szerző tanulmányát foglalja magában a kötet.

1. A szerkesztő, Hernán Corral Talciani által jegyzett első, a nemzetközi érdeklődésre a történeti jelleg miatt inkább számot tartó tanulmány („La raíz histórica del adagio 'venire contra factum proprium non valet'”; 19–33. o.) az *adagium* gyökereit – lényegében végig Díez-Picazo bő félszázados könyvére¹⁰ alapozva – mutatja be. Ennek során nem az európai irodalomban – a *Brocardica aurea* 1567-es bázeli és 1568-as nápo-

⁵ Ügyszáma: Mfv.I.10.323/2017; a befefejező határozat sorszáma: 8.

⁶ Ügyszáma: Gf.40.008/2017; a befefejező határozat sorszáma: 4.

⁷ Erwin RIEZLER: *Venire contra factum proprium. Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht* (Lipsee: Duncker & Humblot 1912) 53–54.; Lisa ISOLA: *Venire contra factum proprium. Herkunft und Grundlagen eines sprichwörtlichen Rechtsprinzips* (Frankfurt am Main et al.: Peter Lang 2017) 5. o. 22. l.; Detlef LIEBS: *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (München: C. H. Beck 2007) 241; Francesco ASTONNE: *Venire contra factum proprium* (Nápoly: Jovene 2006) 75. o. 65. l.

⁸ Friedrich C. von SAVIGNY: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. III. (Heidelberg: Mohr 1834) 568.

⁹ Peter WEIMAR: „Argumenta Brocardica” in Peter WEIMAR (szerk.): *Zur Renaissance der Rechtswissenschaft im Mittelalter* (Goldbach: Keip 1997) 45–80.; ISOLA (6. l.) 30.

¹⁰ Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona: Bosch 1963) 26–49.

lyi kiadása alapján – bevett szövege-zést („*venire contra factum proprium nulli conceditur*”) alkalmazza, hanem a korai humanista, skolasztikus Decius (1454–1535) eredő „*venire contra factum proprium non valet*” verziót.¹¹ Másokhoz¹² hasonlóan maga is arra az álláspontra helyezkedik, hogy az általános *venire*-tilalom közvetlen előképe egy Ulpianustól származó szövegben jelenik meg. A Digesta 1, 7, 25 *pr.* forrás-helye alatti szövegből¹³ kiemelt és generalizált szövegrészek szerint: „*adversus factum suum [...] movere controversiam prohibetur*”, azaz „a saját magatartás nem tehető vitássá”. Álláspontjával szemben az a valóság, hogy generalizált formában a *venire contra factum proprium* tilalmát a rómaiak nem fogalmazták meg, sőt, annak párhuzamos helyekként – maga Azo által(!) – feltüntetett forrásai még jogi indokként sem utaltak hasonló jogtétel létezésére. Talciani maga is ismerteti a szöveget,¹⁴ azonban nem utal arra, hogy e konkrét

tényállásból – hasonlóan az általa említett Celsusi-szöveghez (D. 8, 3, 11) – nem vonható le következtetés a *regula iuris* rómaiak általi felismerésére, hanem ellenkezőleg: feltételezi az elv közvetlen római eredetét.¹⁵ Érdekes ugyanakkor, hogy mindezekkel szemben mégis kritikusán szemléli a Digesta „régii jogi regulákat” tartalmazó címében (D. 50, 17 *de diversis regulis iuris antiqui*) megjelenő, a VI. században a kompilátorok által generalizált, híres Papinianus-szöveget (D. 50, 17, 75: „*nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*”, azaz: „más sérelmére senki sem változtathatja meg szándékát”), és úgy tartja, hogy amögött nem állhatott általánosításra irányuló szándék.¹⁶ Rövid elemzést nyújt emellett a *venire*-tilalom és a saját „felróható” magatartásra (*turpitudine*) való hivatkozás tilalma (*alegación de la propia torpeza*) kapcsolatáról a Digesta és a Codex kazuisztikája (D. 12.5 titulus és C. 7, 8, 5; C. 8, 55, 4; C. 1, 42, 2; C. 2, 4, 30) alapján (21sk. o.). Ezt követően a *Brocardica aurea*t foglalja össze, majd utal Accursius Ulpianus és Celsus fent hivatkozott szövegeihez fűzött, híres glosszáira (sorrendben: „*contra factum suum an quis venire possit*”; „*quod quis contra suum factum venire non possit*”) és a Corpus Iuris Canonici egy – tematikusan meglehetősen távoli – kánonjára. Díez-Picazo gondolatmenetét követve Baldus és Bartolus kommentárjaira

¹¹ Filippo DECIO: *Consilia sive responsa* (Velenice 1580) *Consilium 495, No. 18* (=156. o.) [Ld. reader.digitale-sammlungen.de/en/fs1/object/display/bsb10142024_00377.html](http://Ld.reader.digitale-sammlungen.de/en/fs1/object/display/bsb10142024_00377.html).

¹² Pl. Fernando REINOSO-BARBERO: „Paroemia et Regulae Iuris Romanorum: The Transit from Ius Commune to the European Union Jurisprudence” *Glossae. European Journal of Legal History* 13 (2016) 622.

¹³ Ulpianus libro 5 opinionum: „*Post mortem filiae suae, quae ut mater familias quasi iure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.*”

¹⁴ „Saját leánya halála után, aki, mintha jogszerűen lett volna felszabadítva, *mater familiasként* élt, és végrendeletében megnevezett örökösök hátra hagyásával halt meg, *saját magatartását*, amely szerint e leányt tanúk hiányában jogszerűtlenül emancipálta, a családátya *nem teheti vitássá*”.

¹⁵ „Aunque existen otros textos que pueden reconducirse al principio de los propios actos, los de Ulpiano y Celso son los puntos claves en los que va a apoyarse todo el desarrollo dogmático posterior para establecer la regla de derecho conforme a la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.” Ld. 21. o.

¹⁶ „No parece, sin embargo, que la intención original de Papiniano haya sido formular una regla de aplicación general.” Ld. 22. o.

utal, majd X. (Bölcs) Alfonz kasztíliai király (1252–1284) *Las Siete Partidas* törvénykönyve következik. Utóbbi vizsgálata során kimutatja, hogy a törvénykönyvben nem jelenik meg a jogelv, azonban annak harmadik (*Tercera Partida*; P. 3, 31, 10) és hatodik része (*Sexta Partida*; P. 6, 8, 6) tartalmaz olyan rendelkezéseket, amelyek mintegy kazuisztikusan kapcsolatba hozhatók az általános tilalommal. A természetjogi és észjogi irányzat jelentős képviselői köréből Pufendorf a megegyezést eredményező pusztá ígéret kötőerejével kapcsolatos, közismert nézetére utal, illetve a Stryk-tanítvány Johann Christoph Schacher (1667–1720) *post mortem* kiadott (Frankfurt, 1744), *De impugnati-one facti proprii* című doktori értekezésére hivatkozik. A tanulmány két utolsó fejezetében az elv kontinentális kodifikációk során való eltűnését (a régi olasz és a spanyol polgári törvénykönyv), illetve megjelenését (német és spanyol legfelső bírósági gyakorlat) vizsgálja (28–30. o.), valamint a jogelvet az angolszász „*estoppel*” intézményével veti össze (31–33. o.).

2. Alejandro Borda, Buenos Aires-i professzor dogmatikus és komparatiztikai tanulmányában („La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”; 35–55. o.) a jogelv elméleti hátterének bemutatását a szubjektív és objektív jóhiszeműség (*la buena fe subjetiva y objetiva*) összevetésével kezdi, majd leszögezi, hogy az objektív jóhiszeműség (mint magatartási kánon) követelményének általános elvéből levezethető *venire*-tilalom nem jogi alapelv, hanem jogszabály.¹⁷ Ebből

következően az jogintézményt generál; kivételeket enged; elismeri, hogy mint magasabb elvből a jóhiszeműség (és tisztesség) általános elvéből vezethető le; és kevesebb tényállást fed le, mint az említett, felettes elv.¹⁸ Ezt követően az elv kodifikált forrásaiként (*se funda*) 1968. évi argentin polgári törvénykönyv joggal való visszaélésről (*el abuso del derecho*) szóló 1071., ill. a jóhiszeműség általános elvét kimondó 1198. cikket jelöli meg, majd a jogösszehasonlítást tartalmazó fejezetben az angolszász *estoppel* és a német *Verwirkung* intézményét foglalja össze (40–43. o.) A dolgozat következő fejezete az elv tartalmát világítja meg. Ennek körében vizsgálja az alkalmazás feltételeit: 1) a lényeges, elkötelező korábbi magatartás (*conducta vinculante/primera*); 2) melynek tanúsítója saját vagy képviseleti joggyakorlása során a jóhiszeműség követelményét sértő módon a két magatartása között olyan ellentmondást generál, amely jogvitához vezet (*pretensión contradictoria*); 3) a két magatartás tanúsítója személyének egybeesése (*identidad de los sujetos*).¹⁹ Ezt követően a felsorolt fogalmi elemeket behatóan megvizsgálja (44–50. o.), végül bemutatja a tilalom bírói gyakorlatban történő érvényesülését négy jogeseten keresztül (50–54. o.).²⁰

¹⁸ „1) Resume el sentido de una institución. 2) Admite excepciones. 3) Reconoce un principio superior del cual deriva: el principio general de la buena fe. 4) Abarca una menor cantidad de situaciones que las que comprende el principio general de la buena fe.” Ld. 38. o.

¹⁹ „1) Una conducta anterior relevante y eficaz. 2) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción – atentatoria de la buena fe – existente entre ambas conductas. 3) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.” Ld. 43. o.

²⁰ 1) Cabrera, Gerónimo Rafael c/Poder Ejecutivo

¹⁷ „[...] la teoría de los actos propios no es un principio sino una regla de derecho.” Ld. 37. o.

3. Claudio Illanes Ríos, az Universidad de Chile professzora rövidke, kétoldalas cikkében („Teoría del acto propio. Breves comentarios sobre su recepción en Chile”; 57–58. o.) az elv chilei recepciójához fűz rövid magyarázatot. Eszerint az elv néhány magánjogi alapjelenség metszéspontjában áll, ezek: a joggal való visszaélés tilalmának doktrínája, az előreláthatósági szabály, a magatartási és eredménykötelmek, a hibátlan teljesítés elmaradása stb. Egyebekben utal arra, hogy jóllehet a tilalom eleinte nem volt elfogadott Chilében, mára a fellebbviteli bíróságok számos ítélete tükrözi az elv elfogadottságát.²¹

4. Alberto Lyon Puelma, a további tanulmányok szerzőihez hasonlóan maga is a kiadó Universidad de los Andes professzora tanulmányában („Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?”; 59–68. o.) azt a kérdést vizsgálja, vajon a venire-tilalom megszegésének szankciója mely jogalapon áll: a magatartások eltérő jellegének tényén (*incoherencia*), a csalárd szándékon (*dolo*) vagy a jóhiszeműség követelményének megsértésén (*mala fe*). A chilei polgári törvénykönyv egyes rendelkezéseire²²

vo Nacional; A., C.B. c/Ministerio de Salud y Acción Social; 2) Eco-System c/Subsecretaría Política Ambiental y otros; 3) Derderian, Carlos c/Video Cable Comunicación S.A. y otro; 4) Cottiz, Pedro Armando y otro c/Banco del Buen Ayre S.A. s/ordinario.

²¹ „En este círculo que hemos denominado ‘virtuoso’ podemos destacar, entre otras, la doctrina del abuso del derecho, la teoría de la imprevisión o del acto imprevisito, la responsabilidad por falta de servicios, la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado [...]” Ld. 57. o.

²² Art. 1564 § 3 (szerződés értelmezése); Artt. 1683. és 1468. (semmisség), Art. 1713. (tartozáselismerés); Art. 2518. (az elévülés megszakadása) stb.

hivatkozva, amelyekben álláspontja szerint az *actos propios* problémája „visszhangzik”, úgy véli, hogy a kodifikált jog rendelkezései ellenében, kifejezett kodifikáció hiányában nem lehet a különben pontatlan *venire*-tilalom általános érvényéről beszélni, mert az egyfelől ellentétes a magánjog alapvető intézményeivel, az alanyi joggyakorlás szabadságának elvével, másfelől egyes ellentétes magatartásokat a törvény kifejezetten megenged.²³ Véleménye szerint a saját korábbi ténnyel ellentétes magatartás szankciója nem egy anticipált elven alapul, hanem azon – a tényállást tekintve valóban hasonló – normák kifejezett rendelkezésén, amelyek az ilyen magatartásokhoz azok dolózus vagy a jóhiszeműség követelményét sértő, esetlegesen pedig szubjektíve rosszhiszemű volta miatt fűznek hátrányos jogkövetkezmenyt. E nézetét részletezi tanulmánya záró, tételesjogi fejezetében (64–68. o.)²⁴

5. Alejandro Romero Seguel tanulmánya („El acto propio en materia arbitral: algunos límites probatorios para su aplicación”; 69–79. o.) a jogelv eljárásjogi szerepét mutatja be azokra az esetekre koncentrálna, amikor a tilalom – mint a jóhiszemű pervitel követelményének betartását előmozdító elv – a döntés indo-

²³ „Por nuestra parte, creemos que el refrán del que estamos hablando carece de significación jurídica, porque es impreciso, resulta contradictorio con normas legales expresas, con algunas instituciones generales del derecho y con la teoría general de los derechos subjetivos.” Ld. 61. o.

²⁴ „En nuestra opinión, lo que expresa el refrán del *Venire contra factum proprium non valet* y la misma teoría de los actos propios es la sanción a un dolo o mala fe ostensible del agente, que aparece de la contradicción evidente y manifiesta con una conducta previa vinculante suya.” Ld. 62. o.

kai között szerepet kapott.²⁵ Az elvnek a chilei bírói gyakorlatban történő alkalmazása során álláspontja szerint a következő csomópontok kristályosodtak ki: 1) a határidő hallgatolagos meghosszabbítása bizonyítottan tekintése;²⁶ 2) egyes, a szerződés érvénytelenségének megállapítása iránti keresetek elutasítása;²⁷ 3) a szerződés teljesítésének követelésére irányuló igény elutasítása.²⁸ Ezután az *acto propio* elve alkalmazásának a legfelső bíróság (*Corte Suprema*) gyakorlatában kialakított feltételeit ismerteti (72–73. o.), majd áttér az elv alkalmazásának a perbeli bizonyítási eljárásra kifejtett hatásaira. Kiemelten vizsgálja (75–78. o.) az *actos propios* elvének a közhitelesség (*fe pública notarial*) miatt nagy bizonyító erővel rendelkező közjegyzői okirati bizonyításra (*escritura pública*) gyakorolt hatásait (a tilalomba ütköző magatartás eredménye a közhiteles okirat felhasználása).

6. Juan Ignacio Contardo González a venire-tilalom (*doctrina de los actos propios*) chilei bírói gyakorlatban történő érvényesülését vizsgálja („La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia

civil chilena”; 81–102. o.). Megállapítja, hogy a bíróságok gyakorlata némiképp eltérő az elv alkalmazási feltételei és tartalma tekintetében, jóllehet a citált ítéletek tanúsága alapján három elem világosan látszik: 1) egy olyan magatartás, amely közvetlenül és okszerűen azt a meggyőződést kelti, hogy nincs akadálya e magatartás megismétlésének vagy folytatásának;²⁹ 2) senki sem mondhat ellent saját nyilatkozatának vagy cselekményének más személy sérelmére;³⁰ 3) senkinek sem megengedett, hogy saját tényével ellentétesen járjon el.³¹ A legfelső bíróság idézett gyakorlata alapján kimutatja, hogy az alkalmazás három feltétele: 1) a korábbi magatartás (*conducta anterior*); 2) ugyanazon személy későbbi, a korábbival ellentétes magatartása (*conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior*); 3) amely a jogát vagy igényét érvényesítő másik félnek érdeksérelmet okoz.³² Egységes a gyakorlat abban is, hogy a tilalom alkalmazásának jogcíme a chilei polgári törvénykönyvnek az objektív jóhiszeműség – a szerződés valamennyi létszakaszában uralkodó – követelményét meghatározó 1546. cikke (83. o.).³³

²⁵ „Son cada día más los jueces que utilizan esta pauta ya como un criterio de justificación de la decisión sobre el fondo o como un instrumento para ponderar la prueba aportada a la causa. [...] La utilización en nuestra práctica forense de la regla de acto propio ha evitado que el proceso se convierta en un mecanismo que valide actuaciones de mala fe, restringiendo la actuación del litigante malicioso. Es un tópico común sostener que el principio de la buena fe reprueba la práctica de cualquier actuación que configure una utilización del proceso con fines dolosos o fraudulentos.” Ld. 69–70. o.

²⁶ „Para dar por acreditada la prórroga tácita de un plazo.” Ld. 71. o.

²⁷ „Para rechazar una acción de nulidad relativa de contrato.” Ld. 71–72. o.

²⁸ „Para rechazar una demanda de cumplimiento forzado de contrato.” Ld. 72. o.

²⁹ „[...] existencia de una conducta que induce de una mera directa y razonable a la creencia cierta de que en contra de ella no se hará valer una pretensión contraria” – ld. 82. o.

³⁰ „[...] nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, con perjuicio a un tercero” – ld. 82. o.

³¹ „[...] de acuerdo a la cual nadie puede legítimamente contrariar los actos propios” – ld. 82. o.

³² „(q)ue el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica.” Ld. 83. o.

³³ Art. 1546. „Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

A szerző ezt követően legfelső és felbbiteli bírósági (*corte de apelaciones*) eseti döntésekre hivatkozik: a kötelmi (szerződési) jog köréből 12 jogesetet (85–92. o.), dologi jogból 5 esetet (92–95. o.), családjogból (95sk. o.) és örökletesi jogból (96–99. o.) 2-2 döntést mutat be, végül 4 db vegyes tárgyú jogvitát vizsgál (99–101. o.). Idézi végül a különféle szintű bíróságok döntéseinek indokolásában rendre hivatkozott (*repetida frase*), a legfelső bíróság által kidolgozott elvet, mely szerint: „Az *actos propios* elve meghatározza a peres felek perbeli jogosultságainak terjedelmi kereteit, amennyiben nem vihető perbe az olyan, az ellenérdekű fél jogait sértő állítás vagy tagadás, amely tartalmilag ellentétben áll a nyilatkozó korábbi aktusával, ha ezzel magának előnyt szerez”.³⁴ Látható, hogy ez a definíció – a magyar „felróhatóság” (kb. *torpeza*) mint generális feltétel „haszonszerző célzatú, ellentmondásos magatartás”-sá történő szűkítése mellett – lényegében megegyezik a hazai Ptk. 1:4. § (2) bekezdésében szabályozott elvvel: „Felróható magatartására előnyök szerzése végett senki nem hivatkozhat.”

7. A tanulmánykötet legnagyobb terjedelmű (103–139. o.) eleme a szerkesztő, Hernán Corral Talciani műve, amelyben az *actos propios* elvének érvényesülését igen kimerítő részletességgel a chilei családjogban vizsgálja („La doctrina de los actos propios en el derecho de familia chileno”). A munka első részében

³⁴ „Los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte.” Ld. 101. o.

a szerző az elv érvényesülésének korlátozott jellegét állapítja meg, és mutatja be annak okait (108–112. o.). A következő fejezetben azokat a családjogi normákat vizsgálja, amelyek az *actos propios* tanán alapulnak. Álláspontja szerint ilyen pl.: a jegyesség felbontása miatt fizetendő fájdalomdíj megfizetése iránti igény perelhetőségének kizárása (114. o.);³⁵ annak kizárása, hogy házasságkötés előtt született gyermekét az apa megtagadja (114. o.);³⁶ a házasság fennállása alatt született gyermekkel szemben az apaság vitatásának kizárása (115. o.);³⁷ annak kizárása, hogy a gyermek visszautasítsa az apasági elismerést (116. o.);³⁸ a szülői felügyeleti jog kizárása a gyermekét elhagyó szülővel szemben (117. o.);³⁹ annak kizárása, hogy a gyám pereljen olyan vagyontárgyaknak a gyámolt vagyonelettárába történő felvétele iránt, amelyekről tudta, hogy nem a gyámoltat illetik (118. o.);⁴⁰ a tényleges gyámság (119. o.);⁴¹ annak kizárása, hogy a házasság elmondjon a (házassági vagyontöredékből származó vagyoni) előnyökről (120. o.);⁴² a házasságtörés miatt a házasság felbontása iránti igény kizárása a különélésbe történt beleegyezést követően

³⁵ „Inhabilidad para reclamar la multa pagada por el incumplimiento de los esponsales.”

³⁶ „Imposibilidad del marido de desconocer al hijo concebido antes de matrimonio.”

³⁷ „Imposibilidad del marido de impugnar la paternidad del hijo matrimonial.”

³⁸ „Imposibilidad del hijo de repudiar el reconocimiento.”

³⁹ „Impedimento para reclamar el cuidado personal del hijo abandonado.”

⁴⁰ „Imposibilidad del guardador de impugnar la inclusión en el inventario de bienes que sabía no eran del pupilo.”

⁴¹ „Guardador de hecho.”

⁴² „Imposibilidad de la mujer casada de renunciar a los gananciales.”

(122. o.).⁴³ Ezt követően a szerző azokat a családjogi normákat vizsgálja, amelyek az önellentmondásos magatartás kizárására irányulnak ugyan, mégsem az *actos propios* elvén alapulnak. Ilyennek tartja azokat a normákat, amelyekben érvényesül: a privátautonomia elve és a jogi aktusok visszavonhatatlanságának szabálya (122–126. o.);⁴⁴ a saját felróható magatartásra előnyök szerzése végett történő hivatkozás tilalmának elve (126–130. o.);⁴⁵ a jogellenes magatartások szankciójaként a jogvesztés elve (130. o.).⁴⁶ Végül azokat a jogkérdéseket sorolja fel, amelyek esetében az elv alkalmazása nem a törvényen alapul: az egyoldalú bontókereset kizárása a házasság megegyezésen alapuló felbontása esetén (131. o.);⁴⁷ a pénzübeli kártérítés kizárása, ha a kedvezményezett házastárs egyoldalú akarat alapján követeli a válást (132. o.);⁴⁸ az apaság vitatásának kizárása az elismerő nyilatkozattal tett személy esetében (132–136. o.);⁴⁹ annak kizárása, hogy a házasság felbontása iránti per alatt fogant gyermeket elismerő férj utóbb

vitassa apaságát (136. o.);⁵⁰ a gyermeket elismert nő esetében az anyai jogállás vitatásának kizárása (136–138. o.);⁵¹ az elismerés visszautasításának kizárása azoknak az örökösöknek az esetében, akik korábban elfogadták az elismerést (138sk. o.).⁵²

8. A kötet befejező, az *actos propios* tanának a munka világában való érvényesüléséről szóló tanulmányát Alfredo Sierra Herrero írta („La teoría de los actos propios en el ámbito laboral”; 141–151. o.). Álláspontja szerint az *actos propios* elvének érvényesülése elsősorban a jogviszony munkaviszonnyá minősítésével (*la calificación „laboral” de un vínculo*) összefüggő, elidegeníthetetlen, alapvető jogokkal (*principal derecho irrenunciable*), illetve a szerződés megkötésével és megszüntetésével kapcsolatban vizsgálendő. Hangsúlyozza, hogy az objektív jóhiszeműség követelménye a munka világának határterületein sajátos módon értelmezendő.

IV. Joggal vehető fel a kérdés, helyes igény-e ma Magyarországon a Föld – észak-déli és kelet-nyugati irányban is – ellentétes féltekéjének, illetve „oldalának” nem a legjelentősebb államában, ráadásul egy évtizeddel ezelőtt megjelent, zömmel a helyi jogrendszer kérdéseit tárgyaló tanulmánykötet recenziálása. A *pozitív* válasz nem csupán századunk „globális falu” (*„global village”*) jelenségével, illetve a tudomány egyetemességének olykor *ars gratia artis*-típusú tényével magyarázha-

⁴³ „Imposibilidad de pedir la separación judicial por adulterio si se ha consentido en la separación de hecho.”

⁴⁴ „Casos en los que se aplica la autonomía privada y la irrevocabilidad de los efectos del acto jurídico.”

⁴⁵ „Casos en los que se aplica el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o torpeza.”

⁴⁶ „Privación de derechos como sanción a conductas antijurídicas.”

⁴⁷ „Petición de divorcio unilateral para dejar sin efecto separación judicial convenida.”

⁴⁸ „Inadmisibilidad de la compensación económica en caso de que el cónyuge beneficiario sea el que demanda el divorcio por voluntad unilateral.”

⁴⁹ „Impugnación de la paternidad por el autor del reconocimiento.”

⁵⁰ „Impugnación de la paternidad por el marido que consintió en la inscripción del hijo concebido durante la separación judicial.”

⁵¹ „Impugnación de la maternidad por parte de la mujer que reconoció al hijo.”

⁵² „Imposibilidad de repudiación del reconocimiento por parte de los herederos que hayan aceptado dicho reconocimiento.”

tó. A kötet kritikai bemutatására vonatkozó igény megalapozottságát ugyanis azok az objektív tények támasztják alá, amelyek a recenzióból kiolvashatók: a hasonló forrásokból táplálkozó magánjogi rendszerek tértől és időtől jóformán függetlenül egymás „jogi kultúrkörnyezetéhez” tartoznak, vagyis nem csak egymás magánjogtudományi gondolkodását inspirálhatják, hanem a közös jogtörténelmi gyökerek miatt a hasonló jog-

alkotási és jogalkalmazási problémákra ugyancsak olyan válaszokat adhatnak, amelyek megtermékenyítik a jogéletet. Hiszen mi sem világosabb a kifejtettek alapján, mint hogy ókori, középkori és jelenkori a római antikvitás és a középkori Bologna zsenijének köszönhetően Chilétől Magyarorszáig a XXI. században is ugyanazt a „húrt hozza rezgésbe”.

*Benke József**

* Habilitált egyetemi docens, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar Polgári Jogi Tanszék, 7622 Pécs, 48-as tér 1. E-mail: benke.jozsef@ajk.pte.hu.

SZEIBERT ORSOLYA (SZERK.): DEVELOPMENTS IN FAMILY LAW YEAR BY YEAR I (BUDAPEST: ELTE EÖTVÖS 2018) 211.

2018-ban jelent meg az ELTE Eötvös Kiadónál Szeibert Orsolya szerkesztésében a *Developments in Family Law Year by Year I (2018)* című kötet.¹ A kötetben szereplő, 2018 márciusában lezárt beszámoló szerzői tizenegy európai jogrendszer legfontosabb családjogi jogintézményeire vonatkozó szabályozását mutatják be. Igazi európai családjogi kincsestár ajtaja tárul fel az érdeklődő olvasó előtt. A könyvben a szerzők az egyes közép-kelet-európai államok jogrendszerei mellett három mediterrán ország, valamint Belgium családjogi szabályozását ismertetik. A kötet kiemelkedő értéke az egyes családjogi jogintézmények egyedi nemzeti szabályozásainak átlátható, egységes szerkezetben való bemutatása és világnyelven történő hozzáférhetővé tétele. A kötet azonban beszámoló formájába rendezett, egyszerű információáradatnál jóval többet nyújt. Olyan családjogi érdekességekbe nyújt betekintést, amelyek ilyen szerkezetben, ilyen összefoglalással korábban még sosem voltak elérhetőek.

A kötetben szereplő országjelentések három nagyobb egységben mutatják be az államokra jellemző családjogi jogalkotói megoldásokat, jogalkalmazói döntéseket és jogirodalmi vonatkozásokat. Az első részben a legfőbb családjogi jogintézményekre és jogviszonyokra vonatkozó nemzeti rendelkezéseket vizsgálják: a házasságkötés és a házasság

felbontása, a házassági vagyoni jog és a házastársi vagyoni viszonyok (általános rendelkezések, törvényes és választható házassági vagyoni rendszerek), a házastársi tartás (volt házastársak vonatkozásában), az apai és az anyai jogállás, az örökbefogadás, (a gyermekkel) együttélő szülők szülői felelőssége, szülői felügyeleti jogai és kötelezettségei, (a gyermektől) különélő szülők szülői felelőssége, szülői felügyeleti jogai és kötelezettségei, a kapcsolattartás (a gyermek és a gyermektől különélő szülő között), a gyermektartás és a házasságon kívüli partnerkapcsolatok szabályozása. A második részben az országok legfelső bírói fórumainak, alkotmánybíróságainak és felsőbb szintű bíróságainak nagyhatású családjogi vonatkozású, a hatályos szabályozásokhoz kapcsolódó újabb döntéseit ismertetik. A harmadik részben pedig különösen az egyes nemzeti kodifikációkhoz és új nemzeti kódexekhez kapcsolódó jogirodalmi eredményeket tekintik át.

A beszámoló olvasásakor a családjog egyes intézményeinek nemzeti szabályozása kapcsán számos, az egyes országokban többé-kevésbé eltérő megközelítéssel bíró részletkérdés keltheti fel az olvasó érdeklődését. A továbbiakban egy-egy az adott jogrendszerre jellemző és a beszámolóban talált érdekes szabályozás vagy jogintézmény bemutatásával érzékeltetjük annak a nehezen kiaknázható információmennyiségnek a mélységét, amit ez a kötet magában rejt.

¹ A kötetben szereplő beszámoló elkészítésére, kötetbe szerkesztésére és megjelentetésére az Igazságügyi Minisztérium által támogatott, a jogászképzés színvonalának emelését célzó program keretében került sor.

1. HÁZASSÁGKÖTÉS ÉS A HÁZASSÁG FELBONTÁSA: OLASZORSZÁG (MARIA DONATA PANFORTI²)

Az olasz jogrendszer egyike azoknak az európai jogrendszereknek, amelyekben még mindig ismert a polgári házasság mellett a világi jogi következményekkel járó egyházi házasság intézménye. Olaszországban mind a házasságkötés, mind a házasság felbontása kapcsán (összetettségükben is) egyedülálló rendelkezések vannak hatályban. A polgári házasságra vonatkozó rendelkezések kivétel nélkül a világi törvények terrénúrára tartoznak. Az egyházi házasságoknál azonban éles különbséget kell tenni a házasságkötésnek mint aktusnak a szabályozása és a házasságkötés következményeként a házaspár között létrejövő (családi) személyi és vagyoni viszonyokra vonatkozó rendelkezések között. A házasság megkötését a katolikus egyház kánonjoga szabályozza. A házasság mint jogviszony – mint a házasságból fakadó jogok és kötelezettségek egysége – azonban már teljes egészében az olasz világi jog szabályai alatt áll.

A házasság felbontása kapcsán az olasz jog ugyancsak sajátos utat követ. A házasság felbontása, az egyházi házasságkötéshez hasonlóan, a legtöbb esetben két szakaszból áll. Szűk körű kivételektől eltekintve, előbb az elválasztáson mint a házasság felbontásához vezető első lépcsőfokon kell a házaspárnak túljutniuk ahhoz, hogy a tényleges bontás kimondására sor kerülhessen. Magának az elválasztásnak is kétfé-

le típusa létezik: az egyik házaspár által kezdeményezett, valamint a megegyezésen alapuló elválasztás. Mind a két esetben az elválasztás alapja a házaspár között fennálló családjogi viszony megromlása (amiben ugyanakkor a véttség elve már nem játszik szerepet). Az olasz polgári törvénykönyv szerint a bíróság akkor határoz az elválasztás mellett, ha a házastársak további együttélése (bármelyik házastárs magatartása miatt vagy külső körülmények hatására) lehetetlenné (elviselhetetlenné) vált, vagy az a gyermekek fejlődését súlyosan veszélyezteti. A megegyezésen alapuló elválasztásnál 2014-ben újabb rendelkezéseket vezettek be, amelyekkel az addig kötelező bírósági út meghatározott feltételek betartásával elkerülhetővé vált. Az elválasztás szakaszán túljutva érkehetnek meg a házaspár, meghatározott idő múlva, a tényleges bontás lehetőségéhez. Azonban az elválasztás típusához kapcsolódóan erre a meghatározott időre is eltérő szabályok vonatkoznak. Az egyik házaspár által kezdeményezett elválasztás esetén a házastársak elválasztása és a házasság felbontása között legalább egy évnek, megegyezéses elválasztás esetén hat hónapnak kell eltelnie. Ha a házastársak a különélés időtartama alatt huzamosabb ideig együtt élnek, majd újra „szétválnak”, a különélés törvényben előírt, a bontáshoz szükséges időtartama újrakezdődik. Akárcsak az elválasztás során, a házasság felbontása kapcsán is két eljárás biztosított a házastársak számára: egy „hagyományos”, a felek eltérő igényeinek ütköztetésére épülő, valamint egy, a házaspár egyezségén alapuló eljárás, amelyet a házastársak közösen kérelmeznek. Az egyházi házasságok érvénytelenítése, ami ugyan a kánonjogi rendelkezések

² Egyetemi tanár, Modenai és Reggio Emilian Egyetem, Bölcsészettudományi és Társadalomtudományi Kar (Dipartimento di Educazione e Scienze Umane, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia).

hatálya alatt áll, világi jogi hatásokkal is jár, így a házasság megszüntetésének harmadik módjának is tekinthető. (101–104. o.)

2. HÁZASSÁGI VAGYONJOG,
HÁZASTÁRSI VAGYONI VISZONYOK
(ÁLTALÁNOS RENDELKEZÉSEK,
TÖRVÉNYES ÉS VÁLASZTHATÓ
HÁZASSÁGI VAGYONJOGI
RENDSZEREK): PORTUGÁLIA (RUTE
TEIXEIRA PEDRO³)

Portugáliában a házassági vagyongjogra vonatkozó rendelkezések körében különösen a szerződés tartalmára vonatkozó szerződési szabadság a felek magánautonómiájára épülő elvének széleskörű érvényesülése figyelhető meg. A portugál polgári törvénykönyv már a házasságról alkotott törvényi fogalmában is feltünteti ezt a hagyományosan vagyongjogi alapelvet. 1577 cikkelyében a törvénykönyv – elismerve a házasság szerződési, szerződésszerű természetét – úgy rendelkezik, hogy „a házasság két személy által kötött szerződés, amellyel a felek célja, hogy a teljes életközösség megvalósításával egy családot alkossanak”. (134. o.)

Házasság előtti megállapodásukban a leendő házasoknak jogában áll kikötni, hogy vagyongjogi viszonyaikra vonatkozóan melyik vagyongjogi rendszer szabályai érvényesüljenek, az egyes vagyontárgyak a házastársi közös, illetve külön tulajdonba sorolása kapcsán milyen rendelkezések érvényesüljenek. A házasulandók három lehetőség közül választhatnak: az ún. szerzett javak közösségére (a magyar szabályo-

zásban az ún. közszerzeményi rendszer), a teljes vagyonközösségre (az ún. vagyonegyesítő vagy teljes vagyonközösségi rendszer) és a vagyon elválasztására (az ún. vagyonekülönítési rendszer) épülő vagyongjogi rezsím közül. A három vagyongjogi rendszerre a portugál polgári törvénykönyvben található rendelkezéseket a házasulandók egy az egyben átvehetik, vagy változtathatnak is azokon a saját jogviszonyuk kapcsán, az egyes szerződéses rendszerek rendelkezéseit vegyíthetik is, de akár egy teljesen új, a már szabályozásra került három rendszertől minden ízében eltérő vagyongjogi rezsímet is belefoglalhatnak a szerződésükbe. Érvényes házasság előtti megállapodás hiányában a házastársak vagyongjogi viszonyaira a törvényes vagyongjogi rendszer szabályai vonatkoznak: a szerzett vagyontárgyak közös tulajdonára épülő (a magyar szabályozásban az ún. házastársi vagyonközösség) vagyongjogi rezsím. A házassági vagyongjogi viszonyok szerződéses szabályozása alól a portugál jog kivételeket is ismer. Két esetben kötelezővé teszi a törvény a vagyonekülönítés rendszerének alkalmazását: ha 60 év feletti személy köt házasságot, vagy ha a házasságot a házasságkötési képesség előzetes megállapítása nélkül kötötték meg. A portugál jog egyben tilalmazza a teljes vagyonközösségi rendszer vagy bármilyen olyan vagyongjogi rendszer alkalmazását, amely a törvényes házassági vagyongjogi rendszertől szélesebb körben létesít vagyonközösséget a házasság alatt megszerzett javak esetében, ha a felek egyikének a házasság megkötésének idején egy korábbi kapcsolatából már vannak leszármazói. (135–136. o.)

³ Egyetemi docens, Portói Egyetem, Jogtudományi Kar (Faculdade de Direito da Universidade do Porto).

3. HÁZASTÁRSI TARTÁS (VOLT
HÁZASTÁRSOK VONATKOZÁSÁBAN):
ROMÁNIA (MARIUS FLOARE⁴)

Romániában a 2009-ben elfogadott, és 2011-ben hatályba lépett új polgári törvénykönyv beemelte a családjogi rendelkezéseket a polgári törvénykönyv szabályai közé. Noha a korábbi házastársat megillető házastársi tartás intézménye szokatlanul mellőzött szerepet tölt be a joggyakorlatban, a törvénykönyv rendelkezései alaposan kidolgozottak, és előremutató rendelkezéseket tartalmaznak. A kódex szerint a házasság felbontása után meghatározott esetekben követelhet a volt házastárs tartás formájában támogatást korábbi házastársától. Az általános feltételek – a mindennapi élethez szükséges megfelelő eszközök hiánya és az önmaga eltartását biztosító munkavégzésre való képtelenség – megléte mellett is csak akkor, ha a házasság felbontása óta nem több mint egy év telt el, és a volt házastárs olyan okból képtelen a munkavégzésre, ami már a házasság előtt vagy alatt is fennállt. Amennyiben a munkavégzésre való képtelenség a házasság felbontása után következett be, annak bekövetkezésének ok-okozati összefüggésben kell állnia a házasság felbontásával.

A 2009-es polgári törvénykönyv a volt házastárs számára fizetendő közönséges tartásdíj mellé kompenzációs támogatás formájában bevezetett egy új intézményt is. A kompenzációs támogatás csak olyan házasságok felbontása esetén ítéltető meg, amelyek legalább húsz éven át fennálltak, és amelyek megszüntetéséhez kizárólag a támogatás

fizetésére kötelezett volt házastársnak felróható ok vezetett. A kompenzációs támogatás iránti kérelem kizárólag a bontási per során terjeszthető elő, és a díj kizárólag a bontási perben ítéltető bíróság által ítéltető meg, újabb eljárásban később már nem igényelhető. A kompenzációs támogatás megítélhetősége független az igénylő volt házastárs esetében fennálló sürgős szükség vagy munkaképtelenség bizonyításától. A kompenzációs támogatás célja a házasság küszöbön álló felbontása miatt a volt házastárs életkörülményeiben beálló jelentős romlás ellensúlyozása. A kompenzációs támogatás teljesíthető pénzszolgáltatásként vagy természetben; akár egyszeri összeg megfizetésével, akár havi járadék szolgáltatásával, de öltheti a kötelezett ingó vagy ingatlan vagyontárgyán fennálló élethosszig tartó haszonélvezet formáját is. A törvénykönyv rendelkezései szerint a támogatás összegének meghatározásakor figyelembe kell venni mind a felperesnek, mind az alperesnek a házasság felbontásakor fennálló vagyoni helyzetét, a házassági vagyoni rendszer megszüntetésének a házastársak vagyoni viszonyaira való kihatásait, a házastársak életkorát és egészségi állapotát, a kiskorú gyermekek neveléséhez való jelenlegi és jövőbeli hozzájárulásukat, végzettségüket és szakképzettségüket, valamint a munkaerőpiacon történő elhelyezkedésre való kilátásaikat. A bontási perben ítéltető bíróság a havonta teljesítendő járadék teljesítését vagy a haszonélvezet fennállását élethossziglan, illetve meghatározott időre ítéltető meg. (155–156. o.)

⁴ Egyetemi adjunktus, Babeş-Bolyai Tudományegyetem, Jogtudományi Kar (Universitatea Babeş-Bolyai Facultatea de Drept).

4. AZ APAI ÉS AZ ANYAI JOGÁLLÁS:
BELGIUM (ELISABETH ALOFS⁵–ANNE-SOPHIE VANDENBOSCH⁶)

Belgiumban az apai és az anyai jogállás kapcsán az talán a legkülönlegesebb, hogy noha a belga (polgári) jog szerint is egy gyermek esetében legfeljebb két szülői jogállás fennállásáról beszélhetünk, ez a két szülői jogállás azonban nemcsak egy apai és egy anyai lehet, hanem akár egy anyai és egy társanyai is (a társapaságot nem ismeri a belga jog, elsődleges szülői jogállása egy férfi azonos nemű pár egyik tagjának lehet csak a közösen nevelt gyermek vonatkozásában, a másik férfi azonban örökbefogadás útján ugyancsak szülői jogviszonyba kerülhet a gyermekkel). A belga jog egy másik érdekessége az ún. „*bezit van staat*” intézménye, amit nyersfordításban a „[családi] státusz birtoka” fogalmával adhatunk vissza. Ennek lényege, hogy egy olyan tényleges, a külső szemlélő számára is érzékelhető helyzet áll fenn, amelyből a szülő és gyermek között fennálló jogviszonyra egyértelműen következtetni lehet. A gyermek az apa családnevét viseli (*nomen*), a férfi a gyermekhez úgy viszonyul, mint saját gyermekéhez, úgy bánik vele, mint saját gyermekével (*tractatus*), és a gyermeket mind a család, mind a társadalom, mind a közhatalom szervei a férfi gyermekeként

kezelik (*fama*). Ez az intézmény tette lehetővé azt, hogy meghatározott esetekben a társadalmi megítélésen és érzelmi alapokon álló apai jogállás diadalmaskodhasson a belga jogban a származás megállapítása során elsődleges jelentőségű biológiai származás felett. A szülő és gyermek közötti jogviszony fenntartásával ugyanis kizárta a jog szerinti apa apai jogállásának megkérdőjelezhetőségét. Erről a családjogi alapelvről 2016-ban a belga alkotmánybíróság megállapította, hogy sérti az Emberi Jogok Európai Egyezményének 8., a magán- és családi élet védelmére vonatkozó cikkét. Az Alkotmánybíróság érvelése szerint, mivel a „*bezit van staat*” intézménye a szülői jogállás bíróság előtti megtámadásának abszolút akadályként lehetővé tette, hogy a társadalmi és érzelmi kötelekeken alapuló látszatvalóság felülírja a biológiai tényeken alapuló tényleges helyzetet, így a bíróság eljárása során el volt zárva attól, hogy minden érintett fél érdekét tekintetbe vehesse. Így a gyermek a törvényes apaság megtámadásának lehetőségétől elcsúszott. (15–17. o., 26–27. o.)

5. ÖRÖKBEOFOGADÁS: CSEH KÖZTÁRSASÁG (LENKA WESTPHALOVÁ⁷)

A cseh beszámoló szerint, miután 1950-ig Csehszlovákia történeti joga lehetővé tette nagykorúak örökbefogadását is, a 2014-ben hatályba lépett új cseh Polgári Törvénykönyv rendelkezései között ismét helyet kapott a nagykorú

⁵ Egyetemi docens, Brüsszeli Szabadegyetem, Jogtudományi és Kriminológiai Kar (Faculteit Recht en Criminologie Vrije Universiteit Brussel), posztdoktor kutató, Antwerpeni Egyetem, Jogtudományi Kar (Faculteit Rechten Universiteit Antwerpen).

⁶ PhD-hallgató, Brüsszeli Szabadegyetem, Jogtudományi és Kriminológiai Kar (Faculteit Recht en Criminologie Vrije Universiteit Brussel).

⁷ Egyetemi adjunktus, Palacký Egyetem, Olomouc, Jogtudományi Kar (Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta).

személyek örökbefogadásának egy módosított formája. A szabályozás szerint az örökbefogadónak már lehetnek saját gyermekei, és az örökbefogadott személy is megőrizheti jogát arra, hogy vér szerinti (eredeti) családjától tartást, támogatást követelhesen. A cseh családjog a nagykorúak örökbefogadására kétféle lehetőséget biztosít. Az első esetben, amelynek rendelkezései lényegében megfeleltethetők a kiskorúak örökbefogadására vonatkozó szabályrendszernek, az örökbefogadott nagykorú személy az örökbefogadó gyermekének, így az örökbefogadó örökösének jogállásába kerül, azonban öröklési jogait vér szerinti családjában elveszíti. Abban az esetben azonban, amikor a nagykorú személyek örökbefogadására vonatkozó szabályok nem idomulnak a kiskorúak örökbefogadására vonatkozó rendelkezésekhez, az örökbefogadott mind vér szerinti családjában, mind az örökbefogadó után öröklési jogot szerez. (69. o.)

6. AZ EGYÜTTÉLŐ SZÜLŐK SZÜLŐI FELELŐSSÉGE, SZÜLŐI FELÜGYELETI JOGAI ÉS KÖTELEZETTSÉGEI: LENGYELORSZÁG (PIOTR FIEDORCZYK⁸)

A családról és a gyámságról szóló 1965-ben elfogadott még hatályban lévő kódex az elmúlt évtizedekben számos olyan módosításon esett át, amelyek a jogirodalmi nézetek szerint alkalmassá tették arra, hogy a jelenlegi lengyel társadalmi igényeknek, illetve egyes vallási körök követeléseinek is eleget tudjon tenni. A gyermekek jogállása kapcsán elfogadott

módosítások a gyermekek jogi helyzete erősítésének, illetve a gyermekek és szüleik közötti viszonyban a gyermek pozíciójának, illetve érdekeinek védelmét szolgálták. (117. o.) Az együttélő szülők szülői felelőssége, szülői felügyeleti jogai és kötelezettségei kapcsán a kódex 92. cikkelye rögzíti, hogy a kiskorú gyermek szülői felügyelet alatt áll. A kódex a „szülői felügyelet” kifejezést használja, a „szülői felelősség” fogalma a lengyel jogirodalomban nem terjedt el. Általános szabályként a szülői felügyelet mind a két szülőt megilleti. A szülői felügyelet tartalma magában foglalja a gyermek személyéről és vagyonáról való gondoskodást, valamint – emberi méltóságának és jogainak tiszteletben tartása mellett – a gyermek nevelésének jogát. A lengyel kódex 95. cikkelyének harmadik bekezdése szerint a szülőnek a szülői felügyelet gyakorlása során tekintettel kell lennie mind a gyermek jólétére, mind a társadalom igényeire. A szülők gondozzák és nevelik a szülői felügyeletük alatt álló gyermeket. A kódex 96. cikkelye szerint a szülők kötelessége a gyermek fizikai és szellemi fejlődésének támogatása, és a gyermeket tehetségének megfelelően fel kell készíteniük a társadalom hasznára történő munkálkodásra. A kódex egyik utolsó módosítása éppen a 96. cikkelyt érintette, amelynek jelenleg hatályos első bekezdése a lengyel jogtörténetben először tilalmazza a testi fenytetés bármely formáját, kivételek fenntartása nélkül. A lengyel családi jogászoknak a beszámoló szerint hatvan évükbe telt, mire ezt a rendelkezést be tudták vetetni a kódexbe. (127. o.)

⁸ Egyetemi tanár, Białystoki Egyetem, Jogtudományi Kar (Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku).

7. A KÜLÖNÉLŐ SZÜLŐK SZÜLŐI FELELŐSSÉGE, SZÜLŐI FELÜGYELETI JOGAI ÉS KÖTELEZETTSÉGEI: SPANYOLORSZÁG (JORDI RIBOT⁹)

Spanyolországban mind a két szülőnek joga és kötelezettsége együtt élni gyermekeivel. Ennek megfelelően a szülői felelősség teljesítése magában foglalja azt is, hogy a szülő meghatározott időközönként közös háztartásban él gyermekeivel, és gondoskodik róluk. Ha a szülők külön élnek, a gyermekétől külön élő szülőnek a gyermekével való együttéléshez fűződő joga érvényesítésére, illetve kötelezettsége teljesítésére biztosított időtartam, valamint annak részlet-szabályai vagy a szülők megállapodásával, vagy a bíróság döntésével kerülnek rögzítésre. Különélő szülők esetében a napi döntések meghozatala és a gyermekkel való együttélés rendezése jellemzően a szülői felügyelet gyakorlása és a kapcsolattartás, illetve látogatás jogának különválasztása, valamint e jogok egyik és másik szülőhöz való rendelése útján valósul meg. Mindazonáltal 2015-ben a spanyol jogban bevezetésre került az ún. egyedül gyakorolható és a megosztott fizikai felügyelet fogalma. Ugyan maga a jogszabály szövege a megosztott fizikai felügyelet kivételes jellegére utalt, az elmúlt több mint tíz évben az új jogintézmény útjában korábban még fennálló akadályokat elhárították. A spanyol gyakorlatból levonható a következő, hogy a megosztott fizikai felügyelet elrendelése, amennyiben az nem jár a gyermekek érdekeinek sérelmével, a körülmények adta lehetőségek szerint a leggyakrabban alkalmazott választás

⁹ Egyetemi tanár, Gironai Egyetem, Jogtudományi Kar (Facultat de Dret Universitat de Girona).

lett. A szülőknek még abban az esetben is joguk van a gyermekekkel való kapcsolattartáshoz, ha kizárólag az egyik szülőt jogosították fel, vagy egy harmadik személyt jogosították fel a gyermekekre vonatkozóan a szülői felügyelet gyakorlására. A kapcsolattartás jogának terjedelmét a felek állapíthatják meg, vagy a felek egyet nem értése esetén a bíróság, mindig az adott eset körülményei alapján. (193–194. o.)

8. KAPCSOLATTARTÁS (A GYERMEK ÉS A GYERMEKTŐL KÜLÖNÉLŐ SZÜLŐ KÖZÖTT): BULGÁRIA (DIMITAR TOPUZOV¹⁰)

Bulgáriában a gyermek és a gyermekétől különélő szülő közötti kapcsolattartásról megállapodásukban maguk a szülők is rendelkezhetnek. Amennyiben a szülői felügyelet közös gyakorlásáról a szülőknek nem sikerült megegyezniük, külön rendelkezniük kell a gyermek és a gyermektől különélő szülő közötti (személyes) kapcsolattartásról. Ha a szülők nem tudnak egyezsége jutni, a kapcsolattartás kérdésében a bíróság dönt. A bíróságnak a gyermek és a gyermekétől különélő szülő közötti kapcsolattartás szabályozása kapcsán rendelkeznie arról, hogy a szülő milyen gyakran és milyen időszakokra találkozhat és viheti magával a gyermeket. A kapcsolattartásra vonatkozó rendelkezéseknek megfelelően részletezetteknek és egyértelműeknek kell lenniük ahhoz, hogy a jövőben a szülők között a kapcsolattartás végrehajtása ne válhasson további konfliktusok forrásává. A kapcsolattartás jogától csak kivételes esetekben

¹⁰ Egyetemi adjunktus, Plovdivi Egyetem, Jogtudományi Kar (Юридически факултет Пловдивски университет).

– és akkor is csak a gyermek érdekeinek védelmében – fosztható meg a gyermektől különélő szülő. Amennyiben felmerül, hogy a kapcsolattartásra vonatkozó rendelkezések betartása érdekében erre szükség van, a bíróság előírhatja, hogy a kapcsolattartásra csakis meghatározott harmadik személy jelenlétében, meghatározott helyszínen kerülhet sor. A körülmények megváltozása esetén a bíróság új intézkedéseket állapíthat meg, a korábbi intézkedéseket módosíthatja; bármelyik szülő vagy a gyermekek védelméről szóló törvényben meghatározott szakhatóság kérelmére, továbbá hivatalból. A bírósági intézkedések megváltoztatásának alapja kizárólag a körülményeknek a döntés meghozatala utáni megváltozása lehet. (37–38. o.)

9. GYERMEKTARTÁS: HORVÁTORSZÁG (BRANKA REŠETAR¹¹)

A horvát családjogi törvény szerint a horvát Népesedés, Család, Ifjúság és Szociálpolitikai Minisztérium minden év április 1-jéig köteles közzétenni a gyermektartás minimális összegére vonatkozó megállapításait. A gyermektartás összege a horvátországi átlagos éves fizetés és a gyermek életkorához igazodva meghatározott százalékban kerül kijelölésre (a hatályos szabályozás szerint a 6 évesnél fiatalabb gyermekek esetében ez 17%, a 7 és 17 év közötti gyermekek esetében 20%, a 14 és 18 év közötti gyermekek esetében pedig 22%). Ezek a törvényes rendelkezések egy egészséges gyermek havi ellátásához szükséges hozzájárulás minimális mértékét tartal-

mazzák. Az adott törvényes rendelkezések egyben a munkaképes korú, de saját vagyonnal nem rendelkező és munkanélküli szülőknek az egészséges kiskorú gyermekük irányában fennálló tartási kötelezettségére is utalnak. A családjogi törvény alapján a Népesedés, Család, Ifjúság és Szociálpolitikai Minisztérium köteles a gyermektartásdíj mértékére vonatkozóan – a szülő havi bevételét és a gyermek életkorát figyelembe vevő – iránymutatásokat is kibocsátani. A családjogi törvény szerint, ha a gyermek maradandó károsodással járó betegségben szenved, a gyermektartás mértékét annak megfelelően magasabb összegben kell megállapítani. (55. o.)

10. HÁZASSÁGON KÍVÜLI PARTNERKAPCSOLATOK: SZLOVÉNIA (SUZANA KRALJIC¹²)

A házasságon kívüli partnerkapcsolatok kapcsán a házasságról és családi kapcsolatokról szóló 1976-os szlovén törvény (2017-ben került elfogadásra, és 2019-ben lépett hatályba az új szlovén Családjogi Törvény; a beszámoló még a korábban hatályos szabályozás ismertetésére épül) feldolgozott rendelkezéseiből kiderül, hogy a szlovén jog hagyományos megközelítése szerint élettársi kapcsolat vagy együttélés egy házasságra nem lépett férfi és nő kapcsán merülhet fel, amelynek feltétele az élettársak között az életközösségnek hosszabb időn keresztül való fennállása. Az élettársi kapcsolat szélesebb körű joghatásairól azonban a korábban hatályos törvény nem rendelkezett, azt az egyes társadalmi viszonyokra vonatkozó külön jogszabályokra biz-

¹¹ Egyetemi docens, Osijeki Josip Juraj Strossmayer Egyetem, Jogtudományi Kar (Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Pravni Fakultet).

¹² Egyetemi docens, Maribori Egyetem, Jogtudományi Kar (Univerza v Mariboru Pravna fakulteta).

ta. A Szlovén Köztársaság alkotmánya 1991 óta rendelkezik az élettársi kapcsolatból fakadó jogviszonyok jogi szabályozásáról. Az egyes jogterületeken az élettársi viszonyra vonatkozó rendelkezések száma 1991 óta jelentősen megnövekedett. Szlovénia 2005-ben emellett elfogadta az azonos nemű személyek bejegyzett élettársi kapcsolatára vonatkozó törvényt. A jogalkotó ugyan kísérletet tett arra, hogy az új családjogi törvény megszületésével a különeműek házasságára vonatkozó szabályokat (meghatározott kivételekkel, például az örökbefogadásra vonatkozó rendelkezések) kiterjessze az azonos neműek élettársi kapcsolatára, illetve, hogy a házasság jogintézményét az azonos nemű párok számára is elérhetővé tegye, azonban az ezekről a kérdésekről megrendezésre került két népszavazáson a résztvevők többsége elutasította a kezdeményezést. 2016 áprilisában a szlovén törvényhozás elfogadta az azonos nemű élettársak élettársi kapcsolatáról szóló törvényt, amelynek 2017. áprilisi hatálybalépése óta Szlovéniában a bejegyzett vagy be nem jegyzett élettársi kapcsolatban élő azonos nemű élettársak ugyanazokkal a jogokkal rendelkeznek, mint a különemű élettársak, meghatározott kivételekkel, mint a házasságkötéshez, az örökbefogadáshoz és a reprodukciós eljárásban való részvételhez való jog. (179. o.)

11. HÁZASSÁGI KÍVÜLI PARTNERKAPCSOLATOK: MAGYARORSZÁG
(SZEIBERT ORSOLYA¹³)

A magyar jog két nevesített házasságon kívüli partnerkapcsolatot ismer, az élet-

társi kapcsolatot és a bejegyzett élettársi kapcsolatot. Az élettársi kapcsolatra vonatkozó rendelkezések a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényben található. A bejegyzett élettársi kapcsolat fogalmát a 2009. évi XXIX. törvény vezette be. Az élettársi kapcsolat olyan házasságon kívüli informális jogviszony, amely mind azonos nemű, mind különemű személyek által választható együttélési forma. Bejegyzett élettársi kapcsolatot kizárólag azonos nemű személyek létesíthetnek. Az élettársi kapcsolat fogalma – az élettársi vagyoni szerződésre, az élettársak közötti törvényes vagyoni rendszerre és az életközösség megszűnése esetére az élettársak lakáshasználatának szerződéses rendezésére vonatkozó szabályokkal együtt – a Polgári Törvénykönyv Hatodik Könyvében szerződéstípusként került szabályozásra. A Polgári Törvénykönyv az élettársak közötti törvényes vagyoni rendszer kapcsán egy olyan új szabályozást vezetett be, amely hasonlít a házastársak által választható közszerzeményi vagyoni jogi rendszerhez. Az élettársi kapcsolat családjogi joghatásaira vonatkozó rendelkezések a törvénykönyv Negyedik Könyvében (Családjogi Könyv) kerültek elhelyezésre. Az élettársi tartásra és az élettársak lakáshasználatának rendezésére vonatkozó szabályozás 2013 előtt a magyar jogrendszerben ismeretlen volt. Az élettársi kapcsolat családjogi joghatásai ugyanakkor csak abban az esetben érvényesíthetők, ha az életközösség legalább egy évig fennállt, és az élettársak kapcsolatából gyermek született. Az élettársak közösen nem fogadhatnak gyermeket örökbe, kapcsolatukat a magyar jog a házasság mellett, attól független jogintézményként keze-

¹³ Egyetemi tanár, Eötvös Loránd Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar.

li. A bejegyzett élettársi kapcsolat mint jogintézmény ugyanakkor a házassághoz nagyon hasonló jogkövetkezményekkel rendelkezik. A bejegyzett élettársi kapcsolatról szóló törvény szerint a Családjogi Könyvnek a házasságra és a (volt) házastársakra vonatkozó rendelkezéseit hasonlóan a bejegyzett élettársi kapcsolatra és a (korábbi) bejegyzett élettársakra is alkalmazni kell. A házasság és a bejegyzett élettársi kapcsolat közötti legfőbb különbségek, hogy a bejegyzett élettársak egymás családi nevét, vagy közös családi nevet nem viselhetnek, nem fogadhatnak közösen örökbe, és nem vehetnek részt emberi reprodukcióra irányuló különleges, külön törvény szerinti eljárásokban. (96–97. o.)

Az előbbieken bemutatott, az egyes témákhoz kötődő nemzeti szabályozási megoldásokon túl még számtalan családjogi érdekességet lehetett volna a kötet alapján legalább említésképpen bemutatni. Azonban a kötet valódi értékét, rejtett kincseinek gazdagságát remélhetőleg már ezek a példák is érzékeltetni tudják. A családjog által szabályozott, az egyes

magánszemélyek legszemélyesebb jogviszonyai kapcsán felmerülő kérdésekre adott egyes válaszok szükségszerűen magukon viselik megszületésük közegének, az adott szabályozás gazdasági, társadalmi, de leginkább kulturális környezetének minden jellemvonását. Az egyes államok jogszabályi rendelkezéseinek megismerése, a nemzeti sajátosságokban bővelkedő jogrendszereknek otthont adó európai kontinensen már önmagában sem könnyű feladat. Minden olyan jogász és nem jogász számára hasznos és értékes olvasmányul szolgálhat a kötet, aki érdeklődéssel fordul az egyes európai jogi tradíciók felé, és végső soron megszeretné érteni az egyes jogrendszerek mindegyikében tapasztalható, azonos társadalmi igényekre adott eltérő jogi válaszok hátterét. A megértés hosszú folyamata az ilyen kötetek elolvasásával még távolról sem tekinthető befejezettnek, de a hosszú úton megteendő első lépéshez az olvasó minden kezdeti támogatást és szükséges muníciót megkap.

*Rácz Lilla**

* Tudományos segédmunkatárs, Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet, 1097 Budapest, Tóth Kálmán u. 4. E-mail: Racz.Lilla@tk.mta.hu.

THOMAS OLECHOWSKI: HANS KELSEN. BIOGRAPHIE EINES RECHTSWISSENSCHAFTLERS. UNTER MITARBEIT VON JÜRGEN BUSCH, TAMARA EHS, MIRIAM GASSNER UND STEFAN WEDRAC (TÜBINGEN: MOHR SIEBECK 2020) 1027.

„Berkeley szupermarketjeiben gyakran látni egy kicsi barátságos embert itt nem túl szokásos sötétkék svájcisapkával, amint hozzáértő szemekkel mustrálja mind a konzervek hívogató feliratait, mind az eladónők idomait” – emlékezik vissza Max Knight a már Kaliforniában élő, idős Hans Kelsenre, az európai jogtudomány talán legnagyobb teoretikusára.¹ Nem a bulváros szándék miatt kezdődik ez a recenzió ezzel a kis anekdotával – ami kiegészíthető még azzal, hogy Kelsen kaliforniai dolgozószobájában Immanuel Kant és édesapja mellett Liz Taylor színésznő fotója lógott a falon² –, hanem hogy eleve Kelsen mint az ember jelenjék végre meg egy írásban.

Azonban ellentétben Carl Schmitttel, Hans Kelsen életútja kevésbé kutatott. Emiatt alakulhat ki sokakban az a kép, hogy miközben Carl Schmitt korának gyermekeként alkotott, elméleteit mindig egy-egy történelmi kontextusból érdemes leginkább olvasni, Kelsen elméletei időtől és tértől független absztrakciók. Az, hogy Kelsen nevével a tiszta jogtan jogelmélete fonódott össze, de anélkül, hogy ezen jogelmélet kialakulásának történelmi kontextusát a Schmitt-kutatásokhoz hasonló mélységgel bárki, pláne kritikailag, feltárta volna, nagyban

hozzájárult ahhoz, hogy Kelsen elismert, de sokak számára életidegen, problémaérzéketlen szerzőnek tűnhet azon Carl Schmitt-tel szemben, akinek elméleti folyamatos politikai kihívásokra reagáló *döntésekként* (is) értékelhetőek.

1. KELSEN ÉLETRAJZA AZ ÉLETMŰ MÖGÖTT

Miközben Hans Kelsen elméleti munkássága – jogelméletétől a demokráciatanán át a nemzetközi jogáig – alapvetően alaposan fel van már dolgozva, Kelsen történelmi kontextusba helyezése eddig gyakorlatilag nem történt meg. Életrajzként az idei évig Rudolf Aladár Métall 1969-es, alapvetően Kelsen szóbeli elbeszéléseire támaszkodó rövidke munkája szolgált csak,³ amely egyrészt eleve inkább rövid összefoglalója volt csupán az életútnak, másrészt – forrásmegjelölések hiányában – tudományos életrajznak semmiképpen sem volt nevezhető. Ezért örömteli annak híre, hogy Thomas Olechowski idénre elkészült a 2005 óta írt nagy Kelsen-életrajzával. Olechowski Prágától a Csendes-óceánig – hatalmas forrásanyagot bevonva mutat be egy életutat, amely nem csupán elméletek megszületéséről, de a 20. század viszontagságairól is szól. Ennyiben egy Kelsen-életrajz az 1881 és 1973 közötti világ „mikrotörténeteként” is értékelhető: egy bécsi, zsidó származású jogász

¹ Max KNIGHT: „Der Vater der Österreichischen Verfassung” in Max KNIGHT – Joseph FABRY: *A Peter Fabrizius Reader. Selected stories, exilia, verses, and essays from two worlds* (New York et al.: Lang 1994) 109.; idézi: 858.

² KNIGHT (1. vj.) 858.

³ Rudolf Aladár MÉTALL: *Hans Kelsen. Leben und Werk* (Wien: Deuticke 1969).

életútján keresztül nem csak elméleteit, de elméleteinek megszületési kontextusát is megismerjük. Ezáltal pedig nem csupán – akár a bevezetésben idézett – anekdotákat olvashatunk, de magát a kelsen életművet is megérthetjük. Ahogy az államot a jogrendszerre redukáló tiszta jogtana nem érthető meg a Habsburg-monarchia szellemi és mentális háttere és hatása nélkül⁴ – elvégre egy soknemzetiségű birodalomban tényleg felesleges keresni akár homogenitást, akár bármiféle metajurisztikus összekötő elemet a jogrendszeren kívül –, úgy plurális demokráciatana is leginkább az első köztársaság – azaz a két világháború közötti Ausztria – antiliberalis tendenciáira adott válaszként (is) olvasható; vagy a nemzetközi jog felé fordulása sem csupán a tiszta jogtan monizmusából következett, de életútjának újabb állomásai is, akár csak annak tényéből, hogy az USA-ban a nemzetközi jogtanát jobban értették és értékelték, mint a kontinentális jogszemléletre méretezett (azaz a tengerentúlon értetlenül fogadott) tiszta jogtanát. Olechowski 1005 oldalas könyve Kelsent elhelyezi tehát azon történelmi folyamatokban, amelyek elméleteinek történeti magyarázatát adhatják. Innen pedig sokkal könnyebb Kelsen gyakorlati hasznát is belátni.⁵

Olechowski eközben az életművet is végigkíséri, de nem tér ki azok elméleti értékelésére – azaz egyértelmű-

en egy történeti, jogtörténeti munkát írt. Noha adódna a párhuzam Reinhard Mehring 2009-es nagy Carl Schmitt-életrajzával,⁶ ezt maga a szerző hártja el. (21. o.) Amit egyrésről azzal indokol, hogy Mehring okkal feltételezhette: Schmitt életrajzának számos kontextusa eleve már ismert, így nem kellett egy túlságosan bevezető jellegű művet írnia (és tény, hogy Kelsen esetében, lévén az első tudományos életrajzról van szó, minden bevezető jelleggel is hat), másrésről Schmitt esetében egy sokkal szélesebb levéltári anyag áll rendelkezésre; ráadásul élete nagyrészt napi rendszerességgel vezetett naplót, számos emberrel levelezett, amely még inkább lehetővé tette Mehringnek, hogy Schmittet mint magánembert is jobban meg tudja érteni. Kelsen esetében ilyen ego-dokumentumok hiányoznak, így Olechowski, leszámítva pár Kelsennel baráti viszonyt ápoló ember visszaemlékezéseit, valamint néhány még élő rokonnal készült interjút, főleg Kelsen közéleti pályáivét tudta megrajzolni. Éppen a közéleti fókusz biztosítja, hogy Kelsen ne absztrakció maradjon, hanem lássuk az embert és korát, ugyanis még egy tiszta jogtan esetében sem nélkülözhető a kialakulás és a hatás történeti kontextusa. A bevezetőben közölt kis anekdota tehát nem tipikus a könyvben, eleve ritkák azok a leírások, amelyekben Kelsent mint embert ennyire közelről lehetne látni.

Kelsen apai ágon galíciai, anyai ágon morvaországi zsidó családból származott; 1881-ben született Prágában, bécsi édesapja ugyanis előtte pár évvel

⁴ Manfred BALDUS: „Hapsburgian Multiethnicity and the »Unity of the State«. On the Structural Setting of Kelsen’s Legal Thought” in Dan DINER-Michael STOLLEIS (szerk.): *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition* (Gerlingen: Bleicher 1999) 18–20.

⁵ A jogási életrajzírás fontosságáról az elméletek kontextusának megértéséhez ld. R. Gwynedd PARRY: „Is Legal Biography Really Legal Scholarship?” *Legal Studies* 2010/2. 224–227.

⁶ Reinhard MEHRING: *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie* (München: Beck 2009); magyar recenziója: TECHET Péter: „Carl Schmitt 1933 előtt és után” *Valóság* 2011/7. 1–11.

kereskedőként odaköltözött. Négyéves kora után Kelsen már Bécsben élt, csehül eleve nem is tudott. Bécsben a zsidó polgárság által kedvelt Akademisches Gymnasiumot végezte, többek között évfolyamtársa volt Ludwig von Mises, a neves neoliberais közgazdász, akivel élete későbbi szakaszaiban is kapcsolatban maradt. Már a gimnázium elvégzése után, 1905-ban keresztelekedett ki, a római katolikus vallást vette fel, de amikor házasságot kötött, váltott: a szabadelvűbbnek tartott (például a válást is elfogadó) evangélikus válásra.⁷ Felesége, Margarete Bondi egy neves prágai talmudista család sarja volt. Kelsen Bécsben tanult jogot, egy szemeszter erejéig Heidelbergbe ment, hogy Georg Jellinek szemináriumain vehessen részt – bár a tudós nem tett rá emberileg pozitív benyomást. Először a bécsi Exportakadémián dolgozott az egyetem elvégzése után; az első világháború idején, amikor többek között az osztrák-magyar katonai vezetés kettéválasztását,⁸ valamint a birodalom demokratikus föderalizációját⁹ javasolta – a hadügyminiszter stábjának volt a tagja, majd a köztársaság megalakulásakor a szociáldemokrata kancellár, Karl Renner mellé került, majd ebben a minőségében dolgozott ki több alkotmányterveze-

tet is. A mai napig is érvényes 1920-as Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), azaz az osztrák alkotmány, „atyjának” számít, noha vitatott, hogy mennyire csak Kelsen munkája lenne ez (véltetően nem csak az övé, a politikai döntéseket eleve nem ő hozta, a szerepe – talán az alkotmánybíráskodás bevezetésén kívül – inkább csak jogtechnikai volt). Még I. Károly császár nevezte ki rendkívüli egyetemi tanárrá Bécsben, rendes egyetemi tanári pozíciót a köztársaság alatt nyert.

Kelsen a tudományos közéletbe az 1911-ben megjelent habilitációs írásával (*Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*)¹⁰ robbant be, amiben gyakorlatilag – noha pozitivistá alapokon állt – leszámolt a kor amúgy pozitivistá jogszemléletének számos elemével, amennyiben konzekvens és logikailag éles ideológiakritika alá vetette mind a természetjogot, mind a kor törvénypozitívizmusát. Olechowski egyenesen azt írja, hogy ezen könyvvel „vonult be a modernitás a jogtudományba”. (141. o.) Kelsen ideológiakritikai és dekonstruktivistá iránya már itt megjelenik, gyakorlatilag későbbi művei tekinthetők eme habilitációs írás folytatásainak is, de a jelentős különbség az, hogy a *Hauptproblemében* Kelsen még statikus jogképet vallott, a jogkonkretizáció felé csak Adolf Merkl joglépcsőtanának saját elméletébe integrálása után fordult,¹¹ ami azután igazán lehetővé tette

⁷ Abban az Ausztriában, ahol a házassági jogot az ABGB egyházi joghatóságba ualta, nem volt mindegy, hogy valaki evangélikus vagy katolikus jog szerint köt-e házasságot.

⁸ Hans KELSEN: „Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns (1917)” in Matthias JESTAEDT (szerk.): *Hans Kelsen Werke (HKW), Band 3: Veröffentlichte Schriften 1911–1917* (Tübingen: Mohr Siebeck 2010) 615–629.

⁹ Hans KELSEN (anonym): „Die Stellung der Kronländer im Gefüge der österreichischen Verfassung. Eine Rundfrage” *ÖZÖR* 1917/1918. 1–2.

¹⁰ Hans KELSEN: „Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze” in Matthias JESTAEDT (szerk.): *HKW, Band 2/1: Veröffentlichte Schriften 1911* (Tübingen: Mohr Siebeck 2008) 2–878.

¹¹ Hans KELSEN: „Vorrede zur zweiten Auflage” in Hans KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Tübingen: Mohr 1923) XII–XIV.

számára a jogalkotás és a jogalkalmazás közötti klasszikus különbség mint a jogi gondolkodást meghatározó, Kelsen által elvetett dualizmusok (állam/jog, közjog/magánjog, alanyi jog / tárgyi jog stb.) egyikének dekonstrukcióját is.

Kelsen számára az 1920-as évek aztán a karrier kiteljesedése volt: 1919-ben még nincs negyvenéves, de életre szólóan alkotmánybíróvá választják (pártsemleges jelöltként), eközben egyetemi tanár, és 1920-ban a bécsi jogi fakultás dékánja lesz. A húszas években vesz részt a weimari köztársaság jogi vitáiban jogtudósként, valamint – és ez kevésbé ismert – alkotmánybíróként és a bécsi szociáldemokratákhoz közelálló *public intellectuel*ként¹² az első köztársaság politikai vitáiban. Különösen ez utóbbit fontos hangsúlyozni – és nem csak azért, mert a weimari *Methodenstreif*ban való részvétele, főleg Carl Schmitt-tel kialakult vitája sokszorosan dokumentált és elemzett¹³ –, ugyanis alkotmánybíróként mutatkozott meg leginkább a jogalkalmazásnak a joglépcsőtanból következő jogalkotó (azaz lényegileg politikai)¹⁴ jellege a gyakorlatban is, amennyiben Kelsen is alkotmánybíróként – akár szigorú jogdogmatikai szempontból a helytelen döntést is bevállalva (de Kelsen

elméletében eleve a helyes és helytelen döntés közötti különbség a jogerő és a „*Fehlerkalkül*” révén relativizálódik)¹⁵ – politikai ügyekben aktív szerepet vitt.¹⁶

2. KELSEN MINT ALKOTMÁNYBÍRÓ: MINDENKÉPPENI POLITIKAI SZEREP

Mint ismert: az osztrák első köztársaságot jelentősen meghatározta a „vörös Bécs” és az 1920 után mindvégig jobboldali szövetségi kormányzat közötti politikai és kulturális konfliktus, ami sokszor jogi álarcban jelent meg, azaz jogi döntést igényelt, de annak minden politikai következményével. Mivel az alkotmánybíróság hatásköri vitákat is eldöntött, már önmagában annak kérdése, hogy egy-egy területen a tartománynak vagy a szövetségi kormányzatnak van-e hatásköre, „a vörös Bécs” vonatkozásában nagyon is politikai kérdésé vált. Akár arról volt szó, hogy a szövetségi kormányzat betilthatja-e Arthur Schnitzler *Reigen* (*Körtánc*) című darab-

¹⁵ A „szabad mérlegelés” („*freies Ermessen*”) kérdésköréhez, amely a jogalkalmazás konstitutív és nem determinatív jellegét biztosítja (egyben „a helytelen döntés” kategóriáját a jogerő és a jogalkalmazásba beépített tévedési lehetőség, a „*Fehlerkalkül*” mellett értelmetlenné teszi) ld. Thomas ELSNER: *Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders* (Berlin: Duncker & Humblot 2011) 124., 138–140., 144–146.

¹⁶ Ewald WIEDERIN: „Hans Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler” in Niktias ALIPRANTIS – Thomas OLECHOWSKI (szerk.): *Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts. Ergebnisse einer internationalen Tagung an der Akademie von Athen am 12. April 2013 aus Anlass von Kelsens 40. Todestag*, (Wien: Manz 2014), 115–117.

¹² Ld. kiállítását (többedmagával) a szociáldemokrata párt mellett az 1927-es választási kampányban: „Eine Kundgebung des geistlichen Wien” *Arbeiter-Zeitung* 1927. 04. 20., 1.

¹³ Összefoglaló bevezetesként az egész *Methodenstreif*hoz ld. Manfred GANGL: „Einleitung: Die Weimarer Staatsrechtsdebatte” in Manfred GANGL: (szerk.): *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte. Diskurs- und Rezeptionsstrategien* (Baden-Baden: Nomos 2011) 9–40.

¹⁴ Ld. többek között Tamara EHS: „Das politische Moment der Verfassungsgerichtsbarkeit” in Elif ÖZMEN (szerk.): *Hans Kelsens Politische Philosophie* (Tübingen: Mohr Siebeck 2017) 139–141.

jának bécsi bemutatását,¹⁷ vagy hogy a temetkezés kérdése szövetségi hatáskör-e (azaz a Bécsben felépíteni tervezett és a katolikus egyház által élesen támadt krematóriumot a főváros ellenében megakadályozhatja-e a szövetségi kormány)¹⁸ – mind olyan kérdések voltak, amelyekben az alkotmánybíróság bármikénti döntése *volens nolens* politikai karaktert nyer (ennyiben a gyakorlat igazolta Kelsen téziséét a jogalkalmazás jogalkotói jellegéről). De *in concreto* az is látható, hogy Kelsen (mint az alkotmánybírák többsége) többször is „a vörös Bécs” érdekében döntött. Hozzá kell persze tenni: nem mindig volt ennyire egyértelmű a politikai irányultság, voltak olyan kérdések, amelyekben nem állapították meg Bécs tartományi hatáskörét,¹⁹ amiért Kelsennek különösen egyik alkotmánybíró társával, a jogi (és bármilyen) diploma nélküli Friedrich Austerlitz-cel, a szociáldemokrata *Arbeiter-Zeitung* főszerkesztőjével nem is volt jó a viszonya. (431. o.)

Kelsen alkotmánybíróként mindenképpen alakította az első köztársaság politikai életét.²⁰ Ennek legmarkánsabb példája a házassági jog körül kialakult vitában vállalt szerepe,²¹ ami áttételesen

a jobboldali kormányok alkotmánybíráskodás elleni támadásaihoz – és végül Kelsen távozásához – vezetett. Röviden arról van szó, hogy Ausztriában – ellentétben Magyarországgal²² – a Monarchia idején nem vezették be a polgári házasságot, az ABGB értelmében a házassági jog alapvetően a házasulandók egyházának szabályai szerint alakult, ami a katolikusok esetében azt jelentette, hogy a házasságot nem lehetett felbontani, tehát nem volt lehetőség a válásra akkor sem, ha csak az egyik fél volt katolikus (ABGB § 111). Ez alól egyetlen kivétel volt: lehetőség volt a tartományi előjárásnál felmentést kérni a válás tilalma alól (ABGB § 83). Miután 1918 után először Alsó-Ausztriában, majd utána Bécsben a szociáldemokraták voltak hatalmon, gyakorlatilag automatikusan megadták a válás tilalma alóli feloldást (*Dispens*), ami olyan új házasságok megkötéséhez vezetett – több tízezer számra –, amelyek esetében nem volt mindig világos, hogy a kivételnek (azaz a házasság felbontásának) vagy a főszabálynak (a válás tilmánának) kell-e érvényesülnie. Eleve – és ez a jogvitában is fontos szerepet kap – kettévált a *Dispens* kérdése (tehát, hogy felbontható-e kivételesen egy katolikus házasság is államilag), illetve azon kérdéssé, hogy mindezek után köthető-e új házasság, vagy az továbbra is kimerítené a bigamia büntetőjogi tényállását.

Több esetben is bíróság előtt támadta meg az egyik fél a korábbi házastárs új

Eherecht in Österreich 1918–1938. (Frankfurt am Main: Klostermann 1999).

²² A magyar polgári házasság bevezetése Magyarországon is klerikális reakciót váltott ki, az ezzel kapcsolatos „kulturharcról” ld. Moritz Csáky: *Der Kulturkampf in Ungarn. Die kirchenpolitische Gesetzgebung der Jahre 1894/95* (Graz et al.: Böhlau 1967).

¹⁷ *Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes* (VfSlg), 8/1921.

¹⁸ VfSlg 206/1923.

¹⁹ Ld. többek között VfSlg 90/1922 (a bécsi Hausbesorgerordnung alkotmányosságáról); VfSlg 190/1922 (bécsi lakáspolitikáról); VfSlg 1114/1928 (a bécsi Straßenpolizeigesetz alkotmányosságáról); VfSlg 1208/1929 (a bécsi Theatergesetz alkotmányosságáról).

²⁰ Kelsen alkotmánybírói ténykedésének áttekinthető, kissé rövid és felületes (de eddig egyedüli) elemzéseként ld. Robert WALTER: *Hans Kelsen als Verfassungsrichter* (Wien: Manz 2005).

²¹ Magához az egész jogi ügyhöz ld. Ulrike HARMAT: *Ehe auf Widerruf? Der Konflikt um das*

házasságát, és a bíróság a legtöbb esetben az új házasság érvénytelenségét mondta ki, ezzel gyakorlatilag – noha *de jure* az új házasságról, nem pedig a korábbi felbontásáról döntött – *de facto* a *Dispens* intézményét támadta, elvégre az új házasságot éppen azért lehetett megkötni, mert a korábbi házasságot állami hatóság a *Dispens* révén felbontotta. A polgári jogi bíróságok ítéletei gyakorlatilag azt jelentették tehát, hogy az egész házassági jogi helyzetet teljes jogbizonytalanság jellemezte, ugyanis nem lehetett egyértelműen számítani arra, hogy a tartományi közigazgatás által megadott felmentést a válás tilalma alól (és az ez alapján kötött új házasságot) a polgári jogi bíróságok is elfogadják majd. Az alkotmánybíróságnak a kérdéssel legelőször 1926-ban kellett foglalkoznia, amikor egy bécsi ügyvéd a válás alóli felmentés után kötött újabb házasságot érvénytelenítő polgári jogi bírósági ítéletet hatásköri konfliktusra hivatkozva (Art. 138 B-VG) – ami szerinte a felmentést megadó közigazgatás és az azt érvénytelenítő bíróság között áll fenn –, megtámadta az alkotmánybíróság előtt.

Az alkotmánybíróság legelső, 1926-os döntésében még tagadta a hatásköri konfliktus meglétét, mondván: különböző ügyekről van szó, elvégre a közigazgatás a házasság felbontásáról döntött, a bíróság pedig az új házasságról. Kelsen azonban ellenezte ezt a nézetet, ami abban az értelemben, hogy a polgári házasság bevezetése melletti egyesületek munkájában részt vett, nem volt meglepő. Azért, hogy ezt a *politikai* célját – azaz legalábbis a házasság felbonthatóságát és új házasság kötését – elérhesse, kidolgozta azon elméletét, miszerint a bíróság és a közigazgatás

egymásnak nem alárendelt, mindketten jogalkalmazók (de egyben ezért jogalkotók is),²³ azaz kialakulhat köztük hatásköri ütközés, amikor is az elsőként döntő szervnek kell igazat adni. Ennek alapján Kelsen, aki 1926 után előadóként sikeresen győzte meg ebbéli véleményéről alkotmánybíró társait, azt vallotta: egyrészt a közigazgatás és a bíróság ugyanarról az ügyről dönt (ugyanis a bíróság is gyakorlatilag a felmentésről dönt, amikor a felmentés alapján kötött új házasságot érvényteleníti), másrészt ennek értelmében az elsőként döntő közigazgatás az ügyet lezárta, a bíróság azt nem ítélni meg újból: tehát, ha a közigazgatás megadja a felmentést a válás alól, akkor az az alapján kötött házasságot bíróság már nem bírálhatja felül. Az érvelést az osztrák jogtudomány a mai napig helytelennek tartja, (475. o.) mondván: Kelsen egy látszathatásköri vitát generált, ugyanis a közigazgatás és a bíróság egyrészt két külön témában – tehát nem ugyanarról (a közigazgatás a válás tilalmáról, a bíróság pedig az új házasságról) – döntött, másrészt eleve a bíróság jogosult felülbírálni a közigazgatás döntéseit. Ha esetleg Kelsen jogdogmatikailag tévedett is, sikeresen győzte meg a saját álláspontjáról a többséget, azaz 1926-tól az alkotmánybíróság folyamatosan érvénytelenítette a válás alóli felmentés után kötött házasságok polgári bíróság általi érvénytelenítését, ezzel *de facto* bevezette a válás intézményét, hiszen a főszabályt teljességgel felülírta a kivétel. Az, hogy Kelsen tévedett-e az érvelésekor, két szempontból is mindegy. Egyrészt a jogalkalmazás és jogalkotás azonosság-

²³ Hans KELSEN: *Justiz und Verwaltung* (Wien: J. Springer 1929) 7., 12–15.

ga okán természetes, hogy egy bírói ítélet is jogot alkot (azaz politikai), másrésztől – amint már fentebb írtam – a tévedés eleve bele van kalkulálva a joglépcsőtanban leírt dinamikus jogkonkretizációs folyamatba („*Fehlerkalkül*”).²⁴ Mivel a bíró döntése teljességgel a felső norma által nem meghatározható („*freies Ermessen*”), a „tévedés” kategóriája is – amely csak akkor bírna értelemmel, ha a jogalkalmazás nem lenne egyben jogalkotás is, hanem teljes mértékben előre meghatározható és meghatározandó eredményre kellene vezetnie – a merkl-kelseni dinamikus jogalkalmazásméletben relatívvá válik.

A házassági jog körüli vita nagyon jól mutatja, hogy Kelsen elméletei egyáltalán nem légüres térben születtek, hanem azok egyrésztől konkrét alkalmazást nyertek (tehát a tiszta jogtan igenis a joggyakorlat számára is hasznos elmélet). Másrésztől Kelsen egy-egy konkrét helyzetre való reflexióit elméleti szinten fogalmazta újra, így például a közigazgatás és igazságszolgáltatás azonosságáról szóló elméletei ezen házassági jogi vita fényében olvasandók és ekként már nem száraz, absztrakt elméletnek, hanem nagyon is politikai kiállásnak tűnnek egy adott korszak kontextusában. Ha viszont nem ismerjük a történeti kontextust – például azt, hogy az osztrák alkotmánybíróság progresszív ügyek érdekében miként alakította az ország politikai napirendjét –, akkor Kelsen elméletei időtől és tértől független, az egeből alászállt abszt-

rakciókként jelennek meg. Kelsen azonban nagyon is része volt korának: az első köztársaság vitáiban alakítólag vett részt, elméleti apparátusát, valamint alkotmánybírói pozíciójából adódó hatalmát pedig mozgósította a számára fontos politikai ügyek érdekében.

Ez persze a bukásához is vezetett, főleg a házassági jog körüli vitákban a jobboldali sajtó nagyon élesen kezdte támadni. 1929-re pedig a jobboldali szövetségi kormányzatban megfogalmazódott az alkotmánybíráskodás lefejezésének célja. Az alkotmánybíráskodás korlátozását „politikátlanításának” nevezte álnaivan a keresztényszociális kormányzat – mintha a bírói szerep lehetne eleve mechanikus és automatikus jogalkalmazás –, de a tényleges cél – amint Adolf Merkl rámutatott – az „átpolitizálás” (más célok érdekébe állítás) volt.²⁵ Noha az alkotmánymódosítás után, ami az addig élethosszig szóló alkotmánybírói mandátumokat megszüntette, Kelsen a szociáldemokraták jelöltjeként visszatérhetett volna a bíróságra, ezt már nem vállalta, inkább Kölnbe távozott, ahol professzori állás várta.

3. A PLURÁLIS DEMOKRÁCIA VÉDELMEBEN

Kölnben, ahol professzori állását Konrad Adenauer akkori polgármester is támogatta, anyagilag a bécsi állásainál is jobban megbecsülten az alkotmányjog mellett a nemzetközi jog oktatását is megkezdhette, noha e tantárgy a korabeli német jogi fakultások tanterveiben ritkán fordult csak elő. 1930. novemberi

²⁴ Ld. Adolf Julius MERKL: „Justizirrtum und Rechtswahrheit (1925)” in Dorothea MAYER-MALY-Herbert SCHAMBECK-Wolf-Dietrich GRUSSMANN (szerk.): Adolf Julius Merkl: *Gesammelte Schriften I/1* (Berlin: Duncker & Humblot 1993) 375–377.

²⁵ Adolf Julius MERKL: „Der »entpolitisierte« Verfassungsgerichtshof” *Der österreichische Volkswirt* 1930/23. 509–511.

nyitóelőadásán a platóni igazságról és szerelemről beszélt,²⁶ alapvetően az abszolút igazság veszélyességét hangsúlyozva, ami mind a természetjog-kritikus jogelméletének, mind a plurális demokráciaelméletének alapja. A téma megint nem pusztán absztrakt, hanem nagyon is az adott történelmi kontextusba illeszkedik, elvégre Kelsennek éppen egy autoriter irányba csúszó Ausztriából kellett elmennie abba a Németországba, amely 1930-ban még demokrácia volt, de a rá három évre bekövetkező események előszelét már nagyon is érezni lehetett; miközben Kelsen az abszolút igazságot hirdető autoritarizmussal szemben a relativista demokráciát még akkor védte meg előadásában, amikor ennek politikai tétje lehetett (1930-ban), a cikkek már akkor jelentek meg (1933-ban), amikor a kérdés eldőlt a zsarnokság javára.

Kölnben Kelsen folytatta részvétele a weimari alkotmányjogi vitákban; noha a legfontosabb viták már az 1920-as években lezajlottak, a frontvonalakat jelző írások Erich Kaufmann, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hermann Heller és Rudolf Smend részéről ekkora már megszülettek. Kelsennek a kölni időszakban alapvetően Smenddel volt egy különvita,²⁷ amely Smend részéről személyeskedő – bár végül nem közölt – választ szült (501. o.); valamint Carl Schmitt-tel

a híres – számos helyen megírt és dokumentált²⁸ – nagy vitája az alkotmánybíráskodásról, amit Kelsen jogelméletileg egyértelműen megnyert. Schmitt jogelméleti érvei, miszerint az alkotmánybíráskodás ellentmondana a bíráskodás szigorúan jogalkalmazó jellegének,²⁹ még saját elméleteivel is ellentétben álltak. Schmitt korábban ugyanis maga is azt vallotta, hogy a döntés a jog (és egyben a bíráskodás) központi kategóriája, ekként a jogalkalmazás sohasem csak jogalkalmazás, hanem ugyanannyira jogalkotás is (és ebben gyakorlatilag Kelsennel vallott megegyező nézeteiket).³⁰ Azaz egyértelmű volt, hogy Schmitt nem annyira jogelméletileg akarta cáfolni a kelseni alkotmánybíráskodást – erre nem is volt képes, jogelméleti érvei egy álnaiv jogalkalmazás-elméletéről szóltak –, hanem *politikailag*.

Azzal, hogy 1932-ben Carl Schmitt is a kölni egyetemre került, a weimari *Methodenstreit* két sztárja egyazon egyetemen oktatott. Számos alapkérdésben egyezett amúgy a véleményük (a jog inkább döntés, mint törvény; politika és jog összefüggése; a bírói ítélet nem deklaratív, hanem konstitutív-akarati aktus; a demokrácia összefügg a homogenitás kérdésével stb.), csak egészen eltérő következtetéseket von-

²⁶ Az előadás később cikkekkel bővítve megjelent: Hans KELSEN: „Die platonische Gerechtigkeit” *Kant-Studien. Philosophische Zeitschrift* 1933/1–2. 91–117; illetve Hans KELSEN: „Die platonische Liebe” *Imago – Zeitschrift für psychoanalytische Psychologie, ihre Grenzgebiete und Anwendung* 1933, 225–255.

²⁷ Hans KELSEN: *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung* (Wien: Springer 1930).

²⁸ Például itt: Olivier BEAUD- Pasquale PASQUINO (szerk.): *La controverse sur „le gardien de la constitution” et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt* (Paris: Panthéon-Assas 2007).

²⁹ Carl SCHMITT: *Der Hüter der Verfassung* (Berlin: Duncker & Humblot 1996) 19–23.

³⁰ Egyik első könyvét szentelte annak bizonyítására, hogy a bírói ítélet nem mechanikus jogalkalmazás, ld.: Carl SCHMITT: *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Berlin: Otto Liebmann 1912).

tak le,³¹ ami mögött sok tekintetben személyes és kulturális-mentális ellentétek állhattak. Kelsen nagyon is üdvözölte Schmitt érkezését, kereste is a barátságát – amint egy levélben írta neki: „Meg vagyok róla győződve, hogy minden tudományos ellentét ellenére emberileg nagyon jól meg fogjuk egymást érteni”.³² Schmitt egy ideig Kelsen barátkozási szándékát először hűvösen elutasította. (531. o.) Kelsen őszinte érdeklődése Schmitt iránt, akiben legfeljebb tudományos ellenfelet, de semmiképpen sem schmitti értelemben vett politikai ellenséget látott, szintén mutatja – amint Olechowski többször is hangsúlyozza –, hogy Kelsennek a tudományos életben az ellenkező véleményekkel szemben tanúsított toleranciája, ami az alapvető érdeklődéséből és relativizmusából fakadt, „legendás” volt. (342. o.) Arról, hogy igazából politikai alapú ellentéteket se vitt át személyes ellenségeskedésbe, tanúskodik baráti viszonya az osztrák keresztényszociálisok vezérével, Ignaz Seipel atyával, (248. o.) valamint a nemzeti liberális *deutschnational* (azaz Kelsennel politikailag szemben álló) tábor által jelölt egykori alkotmánybíróvársával, Julius Ofnerrel (430. o.).

Amikor azonban Kelsen politikai – egészen pontosan származásbeli – okok miatt távozni kényszerült 1933-ban a kölni egyetemről, ugyan a kölni egyetem jogi kara egy tiltakozó levelet megfogalmazott, de Carl Schmitt még ezt se volt hajlandó aláírni. (553. o.)

³¹ Volker NEUMANN: „Antipoden des Staats- und Völkerrechts: Hans Kelsen und Carl Schmitt” in Manfred GANGL (szerk.): *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte. Diskurs- und Rezeptionsstrategien* (Baden-Baden: Nomos 2011) 103–105.

³² Idézi: MEHRING (6. l.) 295.

4. TÁVOZÁS A NEMZETKÖZI JOGBA ÉS AZ USA-BA

Kelsen 1933-ban, ötvenharmadik születésnapja előtt teljes bizonytalanságban volt: Kölnben megszűnt az állása, Bécsbe nem hívták vissza, igaz, az ottani helyzet is egyre inkább rosszabbodott politikailag. Az, hogy már 1930-tól előadásokat tartott Genfben és Hágában, Kelsen számára most segítségül jött, hogy ebbe az irányba – ami egyben tematikusan még erősebb nemzetközi jogi fókuszot jelentett – induljon el. 1933-ban azonban a csehszlovák oktatásügyi miniszter, a szlovák szociáldemokrata Ivan Dérer felkérése is elérte, aki a prágai Német Egyetemen kívánt Kelsen számára állást találni. Az ottani professzorok és diákok többsége azonban már a szudétanémet nemzetiszocialisták hatása alatt állt, ami Kelsen számára egyértelművé tette: ha el is fogadja a prágai állást, a biztonságosabb és kozmopolitább Genfben vonul emigrációba, ahol – noha jóval kisebb lehetőségekkel és fizetéssel, mint Kölnben – a Nemzetközi Tanulmányok Egyetemi Intézetében (IUHEI) kapott oktatói státuszt. A prágai állás lehetőségét az is megnehezítette, hogy Kelsen egyik korábbi tanítványa, Fritz Sander, akivel az 1920-as évek elején éles vitába keveredett, miután Sander a közjog és a teológia (az állam és az isten) közötti kelsen párhuzamot az ő hasonló gondolatának plagizálásaként értékelte (321. o.), szintén a prágai Német Egyetemen volt professzor.

Genfben Kelsen nagyon jól érezte magát – és főleg a kölni vagy bécsi eseményeket látva: *egyelőre* biztonságban volt. (579. o.) Itt több emigránsal is tartotta a kapcsolatot, így többek között egykori iskolatársával, Ludwig

von Mises-szel vagy egy másik liberális közgazdással, Friedrich August von Hayekkel, aki Bécsben Kelsennél és Othmar Spann-nál írta doktori disszertációját. Genf azért is fontos hely, mert itt fejezte be a *Tiszta jogtant*, amelyben jogelméletét összefoglalta – igaz, lényegi elemei egyrésztől már a habilitációs írásában (de legalábbis annak második, a joglépcsőtannal bővített kiadásában), másrésztől különösen strukturált és érthető módon kifejtve az 1925-ös *Allgemeine Staatslehre*-ben megjelent. Ennyiben az 1934-es *Tiszta jogtan* nem hozott újdonságot a kelseni életműben. Eközben Prágában végül 1935-re – Tomáš G. Masaryk államelnök közbenjárására – kapott a Német Egyetemen professzori állást. Noha a csehszlovák állampolgárságot Jan Kelsen néven felvette, nem költözött a szülővárosába, hanem csak az előadások idejére ment oda. A körülmények azonban addigra olyan rosszak lettek politikailag a Német Egyetemen, hogy Kelsen a náci diákok zavargásai miatt gyakorlatilag alig tudta az előadásait megtartani. (621. o.) Csak három évig tartott eleve ez a prágai intermezzo, Csehszlovákia feldarabolása után nem kívánt már visszatérni, közben pedig az *Anschluss* miatt Bécsben maradt rokonságának is menekülnie kellett. Édesanyját például ezután sohasem látta: Auguste Kelsen Bécsből Jugoszláviába, Bledbe menekült, ott élte túl a zsidóüldözéseket is, és ott halt meg 1951-ben, amikor már fia rég az Egyesült Államokban élt. Kelsen helyzete 1938-ra anyagilag is megromlott, ugyanis a német állam, amely 1938-ban az osztrákot is megszállta, mind a bécsi és kölni professzorsága, mind az osztrák alkotmánybírói ténykedése után megtagadta a nyugdíjfizetést.

1940-ben tehát feleségével úgy döntött, hogy emigrál az USA-ba, noha biztos állásajánlata nem volt. 1940. június 21-én érkezett meg a Kelsen házaspár New Yorkba. Kelsen ekkor már majdnem hatvanéves; új életet kellett kezdenie egy országban, amelynek tudományos életének nem csak nem volt része, de eleve az angolszász jogszemlélettől idegen is a kelseni neokantiánus jogfilozófia, másrésztől eleve a nyelvet se tudta túlságosan jól. New Yorkban a Rockefeller Alapítványtól kapott először ösztöndíjat. Próbálkozásai, hogy valamely keleti parti jogi fakultáson végleges professzori álláshoz jusson, nem jártak sikerrel, de a Harvardon kapott egy vendégelőadói pozíciót. Az USA-ban amúgy több osztrák emigránssal – mind a szociáldemokrata, mind a katolikus-monarchista emigrációból – kapcsolatot tartott. Miközben egyrésztől igyekezett tiszta jogtanának főbb téziseit angolra fordítani, ezzel az amerikai tudományos életbe bevezetni,³³ még inkább egyértelmű lett a nemzetközi jogi kutatási irány az életművében, ami a második világháború alatti újjáépítési tervek kapcsán nagyon is relevánssá vált politikailag.

A keleti parton csak két évet maradt a Kelsen házaspár, 1942 szeptemberétől – immáron végső otthonukként – a kaliforniai Berkeleybe költöztek, ahol Kelsen először szintén csak előadói, majd később professzori állást kapott. Los Angeles az első város, ahol Kelsen életében először – hatvannégy évesen – vett egy saját házat. Kelsen két lánya közül Anna (Hannah) még a második világháború előtt Jeruzsálembe távozott, ahol hozzáment egy ottani orvoshoz,

³³ Ld. Hans KELSEN: *General Theory of Law and State* (Cambridge MA: Harvard UP 1945).

Rolf Oestreicherhez (később, a második világháború után ők is az USA-ba költöztek); a másik lánya, Maria pedig a házassága révén Illinoisba távozott, ahol a mezőgazdaságban dolgozott. Kelsen a második világháború alatt kapcsolatban állt az amerikai kormányzattal, szakvéleményeket írt nemzetközi jogi kérdésekben, a második világháború után pedig a nürnbergi törvényszék kapcsán igazolta a visszamenőleges hatály alkalmazhatóságát³⁴ – ami amúgy elméleteiből egyértelműen következett is, elvégre Kelsen számára a jog döntésként jelenik meg, azaz mindig *ex post facto*, ennyiben pedig *eo ipso* visszamenőleges hatályú.

A második világháború után Kelsen többször is tett hosszabb előadói körutakat Európában (Németországban is több helyen tartott előadásokat, de főleg a számára legkedvesebb Genfben tért sokat vissza). Bécsben is többször felkereste, ahol már 1947-ben a tudományos akadémia tagjává választották, de tényleges visszatérésre se Kelsen, se az új osztrák állam, amely az 1920-as „kelsen-i” alkotmányt vette ismét elő, nem gondolt. Az, hogy Bécsben az antiszemita hangulat milyen hosszú ideig megvolt Kelsen ellen, mutatja, hogy a hatvanas évekig a (neve ellenére is) német nacionalista Taras Borodajkewicz a Világkereskedelmi Főiskolán – a későbbi közgazdaságtudományi egyetem elődjén – folyamatosan zsidózhatta (egyben helytelenül „kohnozhatta”) Kelsent. Borodajkewiczet még diákként a későbbi szociáldemokrata politikusok, Ferdinand Lacina, Hannes Androsch és

a későbbi államfő, Heinz Fischer jelentették fel. Az események 1965-ra annyira elfajultak, hogy Borodajkewicz hívei (az akkori FPÖ fiataljai), valamint a szocdemek egymásnak estek Bécs belvárosában, a borodajkewiczisták egyike pedig az összecsapások közepette megölte Ernst Kirchwegert, a náci koncentrációs táborok egyik túlélőjét. (906. o.) Kelsen ebben az évben le is mondta a Bécsbe tervezett útját.

Kelsen nyolcvanéves kora felett is rendszeresen publikált, vagy akár – H.L.A. Harttal például személyesen, Ulrich Kluggal pedig írásban – vitákat vállalt be. 1966-ban közölte először, hogy többet nem kíván publikálni. Szellemi állapota ettől kezdve rohamosan romlott, élete utolsó éveiben a borotválkozással is felhagyott. Miután felesége 1973 elején szívinfarktusban meghalt, Kelsent a lánya egy kaliforniai öregek otthonában helyezte el, itt érte a halál pár héttel felesége halála után, 1973. április 19-én. Kérésüknek megfelelően mindkettőjük hamvait a Csendes-óceánba szórták.

5. EGY ÉLETRAJZ FONTOSSÁGA: AZ AKTUALIZÁLÁS LEHETŐSÉGE

Régis Ponsard teszi fel Kelsen-elemzésében azt az elsöre – pláne a ridegnek, absztraktnak, hűvösnek tetsző osztrák jogász kapcsán – furcsa kérdést, hogy „mik voltak szerzőként az álmai”.³⁵ Kelsen munkáiban a jogot – annak rendszerét és *jog szerinti* működését (azaz a jogrendszer saját logikáját) – talán a mai napig nem utolért (pláne nem cáfolt)

³⁴ Ezirányú kutatásait még a háború alatt megkezdte, ld. Hans KELSEN: „Collective and individual responsibility in international law with particular regard to punishment of war criminals” *California Law Review* 1943, 530–571.

³⁵ Régis PONSARD: „Kelsen, quel sens?” in Thomas HOCHMANN-Xavier MAGNON-Régis PONSARD (szerk.): *Un classique méconnu: Hans Kelsen* (Paris: Mare & Martin 2019) 34.

következetes logikával tudta leírni, de az elméletek mögött – főleg ha nem akarjuk azokat megmervíteni, hanem a jelen kihívásaira is válaszokat akarunk belőlük nyerni – meg kell látni a szerzőt és a kontextusát (egyben az „álmait”): azon szellemi környezetet, amelyben nevelkedett (egy multikulturális birodalom fővárosát és annak hatását); azon jogi iskolákat, amelyek korában hatottak (azaz a főleg államlegitimációs célokkal megfogalmazott törvénypozitivizmust és az ideológiai célokat elrejtő természetjogot); azon politikai kihívásokat, amelyek között alkotott, amelyekre reagált (a „vörös Bécs” harcát a klerikalizmus-sal); és különösképpen a mindezekből adódó és megérthető célokat, amelyek érdekében műveit írta. Márpedig éppen a kontextus mutatja, hogy csupán tudományos *tiszta* érdeklődésből nem születnek művek, azoknak mindig vannak történelmi előzményei, okai. Azzal, hogy a kutatás – bár csak nagyon lassan – talán Kelsen történelmi kontextusai felé fordul – amint e sorok szerzője is saját kutatási projektjében teszi –, egyrészt persze Kelsen „tisztasága” a történelemmel és politikával „beszennyeződik”, másrészt ekként elméletei immáron nem magukban állnak, hanem egy konkrét szerző konkrét történelmi helyzetekben – nem utolsósorban politikai célokat is követő – reflexióiként jelennek meg.

De éppen ezen „beszennyezés” és történelmi kontextualizáció teszi lehetővé, hogy Kelsent ne olyan „távol” érezzük magunktól, amennyire logikus elméletei – ha csak magukban nézzük őket – joggal tűnhetnek. Azaz éppen azoknak, akik „Kelsent” a gyakorlatban is hasznosítani szeretnék, kell látniuk: Kelsen maga is része volt a gyakorlatnak – akár aktivista, a jogdogmatikai tévedéseket

is a politikai célok érdekében bevállaló alkotmánybíróként, akár a bécsi szociáldemokráciához közelálló értelmiségiként, akár az amerikai kormányzat terveit szolgáló nemzetközi jogásként –, ekként jogelméletének történelmi kontextualizálása ugyan elveszi jogtanának „tisztaságát”, de lehetővé teszi mai és jövőbeli használhatóságát.³⁶

Olechowski Kelsen-életrajza értékesleg kronológiával veszi végig Kelsen életét. Ezzel azonban megteremti a kelseni jogelmélet kutatásában is a „történelmi fordulat” lehetőségét, amely egy egyszerűre kritikusabb és politikaiabb (azaz az „egekből” lehozott) Kelsen-olvasatot tehet lehetővé.

*Techet Péter**

³⁶ A nemzetközi jog története kapcsán hasonló érvel – azaz tudatosan vállalt anakronizmussal – szorgalmazza Anne Orford a történelmi kontextualizálást és annak jelenkori politikai vitákban való felhasználását: ANNE ORFORD: „The past as law or history? The relevance of imperialism for modern international law” *IILJ Working Paper* 2012/2. 9.; ill. ANNE ORFORD: „On international legal method” *London Review of International Law* 2013. 175–177.

* Tudományos munkatárs, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, 79098 Freiburg im Breisgau, Werthmannstr. 4, 2. OG. E-mail: peter.techet@jura.uni-freiburg.de.

TÖRÖK BERNÁT: SZABADON SZÓLNI DEMOKRÁCIÁBAN.
A SZÓLÁSSZABADSÁG MAGYAR DOKTRÍNÁJA AZ AMERIKAI
JOGIRODALOM TÜKRÉBEN (BUDAPEST: HVG-ORAC 2018) 183.

Török Bernát könyvének, amely doktori értekezésének szerkesztett szövege, már a címe is sokat elárul abból a furcsa kettősségből, amely végighúzódik az egész művön. A könyv a magyar szólásszabadság doktrínájának (azaz jogi dogmatikájának) ismertetését tűzi ki céljául, de a magyarázó keretek, a fogalmi apparátus, az érvek egy másik földrészen, másik kultúrában és olykor sok-sok évtizeddel korábban lezajlott vitákból, ítéletekből, diskurzusokból, az amerikaiból¹ származnak. Török maga is érzi, hogy a módszer magyarázatra szorul, amire a bevezető fejezetben vállalkozik is. „(A)z értekezés nem alkalmaz összehasonlító módszert” (18. o.) – szögezi le az elején, azaz nem arról van szó, hogy a magyar gyakorlatokat és érveket valamilyen szempontrendszer szerint összehasonlíttaná az amerikaival, arról pedig végképp nincsen, hogy az amerikai doktrína lenne az a mérce, amellyel a magyar doktrínát mérjük, értékkeljük. Inkább az a helyzet – ha jól értem –, hogy a magyar doktrína – legalábbis Török szerint – „homályos”, tulajdonképpen esetről esetre, spontánul alakult, és ahhoz, hogy egyáltalán beszélni lehessen róla, kell valamilyen magyarázó keret, valamilyen elmélet, amelynek mentén ezt meg lehet tenni. „Nem tekinthető-e fából vaskarikának a külföldi irodalom és a hazai gyakorlat ilyen házasítása?” (19. o.) – tépelődik ő is, de végül azzal nyugtatja meg magát, hogy az egyébként „sztorizgató” ameri-

kai irodalomból (Jakab András szóhasználat), néhány érvelés, gondolatmenet „ameddig saját alkotmányjogi terminológiánkba, dogmatikánkba” beilleszthető, addig segítséget, támpontot adhat. Az egész úgy fest, mintha Török mentegőzne az amerikai diskurzus fogalmainak és érveinek átvétele miatt. Erre azonban semmi oka, és emiatt a módszertani résznek a könyv elején tulajdonképpen nincs is funkciója.

Hiszen később a könyvben nagyon ritkán találkozunk azzal, hogy az amerikai fogalmi kereteket elégtelennek, vagy Magyarországon nem használhatónak tekintené akár a szerző, akár az Alkotmánybíróság, és ez voltaképpen rendben van így. Ahogy azt a 21. oldal lábjegyzetében megtudjuk, maga Sólyom László is beismerte, hogy a fontosabb döntések előtt megnézte az amerikai gyakorlatot (11. l.), így a mentegőzésnek tényleg nem sok értelme van. A magyar doktrína, amelyet Török a könyvében elemez, túlnyomórészt az amerikai gyakorlaton alapszik, ha tesszik, ha nem, a szólás, a kereskedelmi szólás, a közszereplő, a nyilvánvaló közvetlen veszély és még egy tucatnyi szólásszabadsággal kapcsolatos kulcsfogalom Amerikából származik, ott kapta meg alapjelentését, és – bár itt-ott van, hogy a magyar gyakorlat ezeket a fogalmakat kicsit más tartalommal töltötte meg – a teljes koordinátarendszer, amelyben ez a problémakör mozog, le-törölhetetlenül amerikai. Sőt, továbbmegyek, maga az alkotmányosság eszméje, és ezen belül a szólásszabadság mint jól

¹ A továbbiakban az egyszerűség kedvéért „Amerika” alatt az USA-t értem.

körberajzolható tematika egyáltalán nem is létezne az amerikai gyakorlat nélkül, mivel mindkettőt lényegében az amerikaiak hozták létre.² Így aztán nemcsak hogy nem kell mentegetőznünk az amerikai fogalmi háló használatá miatt, de abban sem vagyok biztos, hogy a nemzeti és alkotmányos identitásunkat ezen a területen feltétlenül bizonyítanunk és ápolnunk kellene.

A könyv ezt követő öt fejezete a szólásszabadság öt csomópontját, problémakörét bontja ki. Az első fejezet mindenekelőtt azt az alapkérdést, hogy egyáltalán mi tartozik a szólásszabadság hatálya alá, és ha ez alá tartozik, akkor megilleti-e védelem. Ebben a részben nagyon jól tetten érhető, hogy a szerző az AB-n dolgozott hosszabb ideig, hiszen ez a fejezet tulajdonképpen egy eljárási kérdést boncol, leegyszerűsítve azt, hogy az AB-nak egy adott – bármilyen problémát egyáltalán szólásszabadság problémaként kell-e azonosítania, azaz „(m)elyek azok az esetek, amelyeket a véleményszabadság felől nézve kell megítélnünk?” (25. o.), azaz, mit tekinthetünk „szólásnak”, és ha igen, akkor azt megilleti-e védelem. Ezt a kérdést a „hatály és védelem” kettőseként definiálja a szerző. Azért érdemes – Török szerint – a hatályt és a

védelmet különválasztani, mert a hatály (hatókör) szélesebb értelmezésével „biztos, ami biztos” alapon olyan szólásokat is megvizsgálhatunk, amelyekről azután kiderülhet, hogy nem, vagy csak bizonyos feltételek mellett illeti meg a védelem, vagy nem olyan erős védelem illeti meg. A lényeg, hogy véletlenül sem fordulhat elő, hogy egy fontos szólás védelem nélkül maradjon. Erre a legjobb példát a valótlán tényközlések védelme nyújtja. Egy laikus számára furcsának tűnhet, hogy a valótlán közléseket „védi a jog”, azonban csak arról van szó, hogy a valótlán közlések, mint a nyilvános diskurzus velejárói „nem rekeszthetők ki a véleményszabadság köréből”, a hatály tehát rájuk is kiterjed.

Így azonban kissé parttalaná válik a definíciónk. Egyáltalán van-e olyan kommunikatív aktus, amely ne tartozna a szólásszabadság hatálya alá – kérdezi a szerző, és ezzel a kérdéssel a szólásszabadság igazolásának kérdéséig jut el, amely egyébként szerintem magának a témának az egyik legizgalmasabb diskurzusa. Miért fontos nekünk ennyire a szólásszabadság?

Három válasz képzelhető el, háromféle igazolás, amelyek azután nagyon másféle következményeket involváltnak a jog világában. Az első igazolás szerint a szólásszabadság az „igazság keresésének” folyamatát segíti, a második szerint az ember „személyiségének kibontakozásához” van szüksége arra, hogy szabadon szólhasson, a harmadik igazolás szerint pedig a „közügyek szabad megvitatásához” elengedhetetlen, hogy legyen ilyen jogunk. Bár a magyar gyakorlat halványan utal az első két igazolásra, Török szerint nagyjából a harmadik igazoláson alapszik. Ez a harmadik igazolás tehát összekapcsolja a szólást a demok-

² Berman szerint – Harold J. BERMAN: *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1983) 9. –) maga az „alkotmányosság” kifejezés a függetlenségi háború idején keletkezett Amerikában, jöllehet pl. Chrimes szerint az alkotmány (*constitution*) szó politikai jelentése már korábban is létezett az angol nyelvben, és a polgárháború idején került forgalomba Angliában. Chrimest idézi Gordon SCOTT: *Controlling the State. Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. (Cambridge Mass: Harvard University Press, 2002) 5.

rációval, de ez az összekapcsolás is többféleképpen történhet. Egyfelől, lehet azt mondani, hogy tájékozott döntést csak minden információ birtokában lehet hozni. Lehetővé kell tehát tenni, hogy minden vélemény felszínre kerüljön, hogy az emberek a demokratikus döntéshozatali folyamatban informáltan vehessenek részt. A második összekapcsolás szerint a demokrácia és a szólásszabadság úgy függ össze, hogy a közügyekben történő részvétel egyik legalapvetőbb változata a szólás: mindenkinek a joga arra, hogy bekapcsolódhasson a közéletbe. Míg az első a befogadóra, addig a második a közlőre koncentrál. Török szerint a magyar AB gyakorlata inkább az utóbbi érvelést alkalmazza. Ez az érvelés azt hozza magával, hogy a szólást „proceszszuális” alapon védjük. Magát a szólás lehetőségét tartjuk szem előtt, és valójában nem foglalkozunk a szólás tartalmával. Ez a szemlélet „engedi be” akár a hamis szólásokat is a szólásszabadság hatálya alá (persze ez nem jelenti, hogy meg is védi őket – de adott esetben akár erre is sor kerülhet). E fejezet végén található egy olyan rövid elemzést, amely a könyvet különösen szimpatikussá teszi, mégpedig a 14/2017. (VI.30.) AB határozattal kapcsolatban fogalmaz meg a szerző meglehetősen éles kritikát, azzal érvelve, hogy a határozat összemosza a hatály és a védelem kérdéskörét.

Ha a közügyek játsszák a kulcsszerepet, jelentik az origót a szólásszabadság jogi konstrukciójában, akkor világos, hogy ezzel az egyszerre normatív és természetes konstrukcióval a könyvnek is foglalkoznia kell. A második fejezetben a szerző épp ezt teszi: a közéleti véleménynyilvánítás fogalmával, hatá- raival, az e fogalom körül zajló diskur-

zusokkal foglalkozik, és rögtön az elején leszögezi, hogy bármennyire is egyszerűnek tűnik, a közéleti szólás korántsem problémamentes fogalom, a belső tartalmát nagyon sok kétely övezi. Itt van például mindjárt az a kérdés, hogy mi van a művészeti alkotásokkal? Amikor Meiklejohn, a téma kiemelkedő kutatóját szembesítették ezzel a kérdéssel, azt a meglehetősen furcsa választ adta, hogy az embereknek szüksége van a művészetre ahhoz, hogy jó döntéseket hozzanak.³ Ennél valamivel léletszerűbb Post érvelése, aki lényegében azt mondta, hogy a közéleti megszólalást tágan kell felfognunk: társadalmi diskurzusként, amelybe a művészet is beletartozik.⁴ Ezzel – a demokratikus diskurzus – igazolásával azután a szólásszabadság hatálya alá vonhatók a kereskedelmi közlések is, ahogy azt egyébként a magyar AB is több ítéletében megtette.

Ahogy azt a szerző is jelzi, a demokratikus diskurzuson belül is külön kiemelt szerepe van a közszereplőkkel kapcsolatos megszólalásoknak. Itt a szerző az EJEB gyakorlatát és a könyvben lépten-nyomon hivatkozott – és a szerző számára, úgy tűnik, különösen kedves – 7/2014 (III.7.) AB határozatot is részletesen elemzi, hogy azután azt a következtetést vonja le, hogy a „közéleti szereplőkre vonatkozó beszéd továbbra is legvédettebb kör központi alkotóeleme, de nem jelöli ki számunkra a szólásszabadság e fontos kategóriájának határait”. (57. o.) Itt annak az egész könyvön végigvonuló motívumnak

³ Alexander MEIKLEJOHN: „The First Amendment is an Absolute” *Supreme Court Review* 1961. 263.

⁴ Robert POST: „Participatory Democracy and Free Speech” *Virginia Law Review* 2011/3. 486.

lehetünk szemtanúi, amely miatt a könyv számomra egyszerre vonzó, és egyszerre – bizonyos szempontból – csalódást keltő, hogy ugyan megállapíthatunk csomópontokat, trendeket, visszatérő érvelési mintákat, de végső bizonyosságot ebben a témakörben soha nem fogunk kapni. A jogban minden definíció veszélyes, ha nem éppen lehetetlen, igazolódik be a római bölcsesség.

A IV. fejezet a „szólással okozott ártalmak” (83. o.) címet viseli, és a szólás-szabadág korlátait, korlátozásait taglalja. Mert a szavainkkal tudunk ártani is, sőt olykor sokkal komolyabb ártalmat tudunk okozni, mint a tetteinkkel. Török Bernát felállít egy tipológiát is a szólással okozható sérelmeknek: a legnyilvánvalóbban ártó szólás a motiváló erejű szólás, amelynek hatására emberek ártó cselekményeket hajtanak végre. A második csoport a szóbeli támadásokkal okozott sérelmeket öleli fel. Ekkor maga a szó sértő a befogadójára nézve, ilyen például a blaszfémia esetköre. Végül a harmadik típus a résztvevői sérelmek köre, amikor egy kommunikatív aktusban résztvevőkre nézve a közlés akkor is sérelmes, ha egyébként maga az aktus nem kerül ki a külvilágba. Ezt az esetet Török Bernát marginális, de elvileg fontos esetnek tekinti.

Az első és a második kategória megkülönböztetésének óriási jelentősége van. Míg az első kategóriával kapcsolatban lényegében konszenzus van, és ezt mindenki korlátozhatónak tartja, addig a második esetében, ha jól értem, nagyon is parázs viták zajlanak. Itt tehát a befogadóra nézve sérelmes, bántó szavakról van szó, de egyáltalán nem mindegy, hogy ezek a bántó szavak egyúttal egy széles körű közösségi helytelenítéssel találkoznak, vagy csak kisebb csoport,

esetleg egy egyén érzékenységét érintik. Itt a blaszfémia, a holokauszttagadástára, az önkényuralmi jelképek használatára, a zászlóégetésre és más hasonlókat tárgyalt esetekre kell gondolnunk. Ez az a terület, ahol az amerikai és az európai álláspontok eltérnek, hiszen míg az amerikai doktrína csak nagyon szélsőséges esetekben tartja korlátozhatónak a szólást ezen a téren, addig az európai államokban nemcsak a bírói gyakorlatban, hanem egyenesen jogszabályi szinten is találunk komoly korlátozásokat és tiltásokat. És ez az a terület, ahol a magyar AB egyértelműen „nagyot alkotott” azzal, hogy a 30/1992. (V.26.) AB határozat egyfajta tesztet állapított meg a korlátozhatósággal kapcsolatban. A határozat sokat idézett része kijelenti, hogy „a vélemény szabadságával szemben mérlegelendő korlátozó törvénynek nagyobb a súlya, ha közvetlenül másik alanyi alapjog érvényesítésére és védelmére szolgál, kisebb, ha ilyen jogokat csakis mögöttesen, valamely »intézmény« közvetítésével véd, s legkisebb, ha csupán valamely elvont érték, önmagában a tárgya, (például a köznyugalom)”. A szerző nagyon nagy jelentőségűnek tekinti ezt a doktrinális vívmányt, és egy sor példát hoz arra, hogy az AB hogyan ragaszkodott határozatok során keresztül ehhez az igazán időtálló elképzeléshez.

Ugyanilyen finom elhatárolási kérdéseket tartalmaz az V. fejezet, amely azt a kérdést dolgozza fel, hogy a közlések tartalma milyen szerepet játszik a szólás korlátozásában. A kiindulópont itt is egyszerű: a közléseket nem lehet a tartalmuk, legfeljebb a közlés módja, körülményei és csatornája alapján korlátozni, ám ez az egyszerű kiindulópont ugyanolyan szövevényes terüle-

tekre visz el, mint a fentebbi egyszerűnek látszó megkülönböztetés a sérelmek fajtáiról. Arról van ugyanis szó, hogy ezt az egyszerűnek tűnő szabályt annyi kivétel és annyi támadás érte, hogy talán már nem is beszélhetünk egyértelműen arról, hogy egyáltalán létezik maga a szabály. A kiindulópontot itt is két híres amerikai jogeset jelenti: a vietnámi behívóját elégető O'Brien⁵ és a dzsekijen a háborút trágár szavakkal illető Cohen⁶ az amerikai legfelső bíróság előtt két teljesen eltérő ítéletre vezettek: míg O'Brien szólásának korlátozása alkotmányosnak bizonyult, Cohené nem. A kérdés leegyszerűsítve tehát az, hogy az állam vajon csak a véleménynyilvánítást korlátozza, vagy van ezen túl is valamilyen védendő érdek, amire tekintettel kell lenni. A csak a véleménynyilvánítást korlátozó intézkedések biztosan alkotmányellenesek, de ha más védendő érdek is van, akkor nem. Ez persze számos elhatárolási és finom dogmatikai kérdést vet fel főként azt, hogy az államok általában nem olyan ostobák, hogy nyíltan hivatkozzanak a szólás tartalmára mint problémára, és szinte mindig találnak valamilyen más érdeket. Így egyet kell értenünk Frederick Schauerrel, hogy a kérdés kulcsa az állam motivációja lesz.⁷ Végző soron ennél a résznél újra a könyv már egyszer emlegetett vezérmotívumát halljuk ki a sokféle véleményből: nincsen egyszer s mindenkorra rögzített igazság, köbe vésett szabály ezen a területen.

Igaz ez a magyar doktrínára is, amelyet Török szerint a 30/1992. (V.26.) AB

határozat szinte nyomasztóan determinál. Kiindulópontként ez a határozat is leszögezi, hogy az egyértelmű és közvetlen veszélyt jelentő szólások, mint az uszítás és a rémhírkeltés kivételével a főszabály az, hogy az alkotmány minden szólást véd, a tartalmától függetlenül. A tartalomhoz képest a közlés módja, csatornája miatti korlátozások ugyanakkor igen hamar megjelentek, és igazolhatóvá váltak, amelyet a szerző hosszú oldalakon keresztül ismertet is. A szövevényes gyakorlat elemzése után pedig felteszi azt a kérdést, hogy ez a sok korlát és kivétel nem vezetett-e ahhoz, hogy itt már nem is a tartalomsemlegesség *kontra* forma dichotómiáról beszélünk, hanem az egész téma az alapjogkorlátozás általános testjévé vált. Török szerint erről nincsen szó, a tartalomsemleges korlátozás szabályának igenis továbbra is nagy jelentősége van, még akkor is, ha az utóbbi időben mind a magyar, mind az amerikai ítélkezési gyakorlat egyre „ellentmondásosabbá” válik. (125. o.) Nyilván itt az a probléma, hogy a tartalom és a forma a valóságban nehezen választható el egymástól. Például mit kell gondolnunk az „érzelmekekre ható” beszédéről? Az érzelmekekre ható beszéd tartalmi, vagy formai kérdés? A megoldást a magyar gyakorlat egyébként – úgy tűnik – a kontextus kategóriájának bevezetésével oldotta meg: „a magyar gyakorlat a vélemények korlátozásának indokát nem önmagában a tartalomban. Hanem a közlés kontextusában keresi” (138. o.) Más megfogalmazás szerint „pusztán a tartalma alapján” egyetlen közlés sem korlátozható. Itt ismét azt láthatjuk mennyire finom és törékeny az a fogalmi háló, amelyet a magyar és az amerikai AB is szőtt a szólásszabadság gyakorlata közben.

⁵ United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

⁶ Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

⁷ Frederick SCHAUER: „Cuban Cigars, Cuban Books, and the Problem of Incidental Restrictions on Communications” *William and Mary Law Review* 1985/5. 780.

Az utolsó fejezet, a szólásszabadság védelmének dinamikája címet viselő rész a szólásszabadsággal kapcsolatos, a magyar Ab gyakorlatában kialakult ún. tesztek veszi górcső alá, tehát, mondhatni eljárási szemszögű. Ezt a feladatot azonban nem oly módon végzi, hogy egyenként elősorolja a sok-sok tesztet, amely az idők során kialakult, hanem igyekszik egy magasabb absztrakciós szinten megragadni ezeknek a teszteknek a lényegét. Ez a magasabb absztrakciós szint az „abszolutisták és mérlegelők” ellentéte. Előbbiek bizonyos alapjogokat minden körülmények közt védendőnek találják, utóbbiak nem. Egy „végzetes leegyszerűsítés” szerint az első álláspont Amerikában ismert, míg a másik szélsőség szerint ezt a szabályt nem lehet így kimondani, és minden esetet a saját egyéni körülményei alapján kell megítélni. Ami izgalmasa teszi a fejezetet, hogy – egyébként egyedül itt a könyvben – Török részletesen felidéz egy magyar diskurzust is, amely a kérdés körül folyt, és arra jut, hogy tulajdonképpen az abszolutista gondolkodásmód bizonyos elemei a magyar doktrínában is jelen vannak, tehát nem specifikusan amerikai jelenségről beszélünk. A szerző ezt éppen kedvenc ítélete, a 7/2014. (III.7.) alapján jelenti ki.

A könyv elolvasása után – mint minden jó könyv esetén – több kérdés marad nyitva az emberben, mint amennyit a könyv megválaszol. Az első – és legfontosabb – kérdés, hogy vajon van-e magyar doktrína? Van-e a vélemény-szabadság alkotmánybíróági gyakorlatának olyan sajátosan magyar eleme, fogalma, érvelési mintázata, tesztje, vagy ezek kombinációja, amely más országokra nem jellemző. A könyv sok ponton érvel amellett, hogy van – a

máshol is létező érvek sajátos kombinációjaként –, nekem azonban vannak kétségeim, ahogy egyébként az egész alkotmányjogot illetően vannak azzal kapcsolatban kételyeim, hogy lehet-e sajátos nemzeti alkotmányjogot művelni, és nem az lesz-e ez olyan, mint a „szocialista jog”,⁸ amelyre az volt jellemző egy régi *bon mot* szerint, hogy ami szocialista benne, az nem jog, ami meg jog, az nem szocialista.

A második kérdést korábban sokat érintettem. A szerző annyi helyen utal arra, hogy a doktrína valójában egy cseppfolyós, szabályokba nem foglalható, állandó kivételekkel terhelt jelenség, hogy a könyv letétele után nemcsak a „van-e magyar doktrína” kínzó kérdése marad bennünk, hanem felsejlik a „van-e egyáltalán doktrína” kérdése is. A könyvben néhány helyen, pl. a pornográfia-vita kapcsán a szerző Dworkint idézi, de valójában az egész gondolatmenet nagyon hasonlít a dworkini elméletre, amelyben a bírák „láncregényt” írnak, és néhány, relatíve szilárdnak tekinthető elvi ponton belül a jog nem lesz más, mint állandó értelmezés és újraértelmezés.⁹

Érdekes – és ez nem kérdés, inkább csak egy furcsa megfigyelés –, hogy amennyire látható és érezhető az amerikai gyakorlat és a tudományos reflexió egymásra hatása a könyvben, ez mennyire nem jellemzi a magyar gyakorlatot. Török Bernát könyvében csak elvétve említ olyan magyar vitákat, amelyek a magyar AB működését befolyásolták volna. Mármost ezután a kérdés pedig

⁸ René DAVID: *A jelenkor nagy jogrendszerei* (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1977) 129–250.

⁹ Ronald DWORKIN: „Law as Interpretation” *Texas Law Review* 1982/3. 541.

az, hogy nem voltak ilyen viták, vagy csak Török nem akar ezekről beszélni? Olybá tűnik, mintha a magyar AB egy, a valóságtól légmentesen elzárt elefántcsonttoronyban építgette volna az elmúlt harminc évben a maga kis „fogalmi mennyországot”. Vajon ez valóban így van?

De nemcsak ez sugallja ezt a képet, hanem az is, ahogy a könyv a politikai-, és társadalmi környezethez és küzdelmekhez viszonyul, illetve nem viszonyul. Nyilván szeretné megőrizni a semleges-ségét, és szeretné magáról az elfogulatlanul tudományos hozzáállást erősíteni, mégis igen gyakran hiányzik kínzóan egy-egy ítélet, fogalom, doktrinális konstrukció mögül az ítélet politikával, az adott időszak társadalmi történéseiről szóló véleményének megmutatása. Hiszen mindnyájan tudjuk például Török kedvenc határozatának, a 7/2014-esnek a keletkezési körülményeit,¹⁰ de erre a könyvben semmilyen utalás nem történik. Az Alkotmánybíróság nemcsak politikai erőterben mozog, hanem maga is mélyen átpolitizált, és ebből sem jön át semmi a könyvben.

Mindezen kérdések nem gyengítik, hanem éppen erősítik azt a benyomást, hogy egy nagyon inspiráló, értékes munkát olvastunk, amely nem egyszerű ismertetése a doktrínának, hanem való-

jában egy vallomás: egy, a szólásszabadság eszméjébe szerelmes ember vallomása, aki szenvedélyesen védelmezi ezt az eszmét, és keresi a belső magját, tartalmát, lényegét a magyar és az amerikai alkotmánybíróságok ítélkezési gyakorlatán keresztül. Lehet, hogy nem mindig találja, lehet, hogy sok helyen több kétsége támad, mint amennyi bizonyosságot lel, de mivel mélyen elkötelezett híve, a keresést nem hagyja abba, nem adja fel. És mivel a könyv ilyen szenvedélyes, olvasásának lehetnek kellemetlen mellékhatásai, például az, hogy magunk is szerelembe esünk a szólásszabadsággal. Soha rosszabb szenvedélyt.

*Zódi Zsolt**

¹⁰ A határozat a még hatályba sem lépett új Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény 2:44. §-ának „méltányolható közérdekből”, szövegrészét minősítette alaptörvény-ellenesnek, és semmisítette meg. A Ptk. releváns paragrafusa a közszereplők bírálhatóságával kapcsolatban behozta volna az AB szerint bizonytalan „méltányolható közérdek” kategóriáját mint többletkritériumot. A döntést megelőzően a magyar nyilvánosságban komoly viták folytak arról, hogy meddig engedhető meg a politikuskok olykor emberi méltóságukat is sértő, durva bírálata.

* Tudományos főmunkatárs, Nemzeti Közszolgálati Egyetem Eötvös József Kutatóközpont Információs Társadalom Kutatóintézet, 1083 Budapest, Ludovika tér 2. E-mail: Zodi.Zsolt@uni-nke.hu.

KÖZLÉSI FELTÉTELEK

Az Állam- és Jogtudomány a Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézetének folyóirata. Fórumot biztosít az állam- és jogtudományi kutatások eredményeit közlő tanulmányoknak és ismertetőket ad közre a közelmúltban megjelent kiadványokról. Az évente négy számot megjelentető orgánium az akadémiai doktori eljárás szempontjából a magyar folyóiratok számára meghatározott legjobb minősítéssel rendelkezik.

A kétszeresen is anonim lektorálás rendszerében a szerkesztőség minden közlésre benyújtott kéziratról beszerzi két lektor véleményét. A szerkesztőség a kézirat befogadásáról vagy elutasításáról, valamint a lektori véleményekről (anonimizált formában) tájékoztatást ad a szerzőknek. Ezt követően a szerző a mű hagyományos és elektronikus formában történő közzétételének (más számára történő átengedésének) kizárólagos jogait átruházza a Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézetére.

A kéziratok beküldésekor kérjük megadni a feltüntetni kívánt tudományos fokozatot, munkahelyi beosztást, munkahelyet és annak címét, valamint a szerző e-mail címét. A megjelentetni kívánt kézirat terjedelme a tanulmány rovatban minimum egy szerzői ív (40.000 leütés), maximum két szerzői ív (80.000 leütés), recenzió esetén pedig minimum negyed szerzői ív (10.000 leütés), maximum egy szerzői ív (40.000 leütés). A tanulmány rovatban megjelentetni kívánt cikkhez kérjük, mellékeljenek egy maximum 2500 leütés terjedelmű magyar nyelvű rezümét. A szerkesztőségi irányelvek szerint a folyóiratban megjelenő recenziók röviden ismertetik a mű felépítését és főbb téziseit, elhelyezik azt a szakirodalom kontextusában, utalnak annak újításaira a meglévő írásokhoz képest, valamint – az eredményekre és a hiányosságokra egyaránt rámutatva – értékelik a művet és továbbgondolják a szerző megállapításait.

A kéziratoknak (és az azokban szereplő jogszabályi és jogirodalmi hivatkozásoknak) meg kell felelniük azoknak a formai követelményeknek, amelyeket a folyóirat internetes felületén (<http://jog.tk.mta.hu/ajt>) közzétett útmutató tartalmaz. A recenziók a tanulmányokra irányadó hivatkozási mintát követik, azzal az eltéréssel, hogy az ismertetett mű oldalszámait a főszövegben jelenítendő meg, a következő minta szerint: (28. o.).

A kézirat megküldésével egyidejűleg a szerző köteles nyilatkozni arról, hogy a cikk (magyar nyelven) más orgánumnál még nem jelent meg, és ilyen célból nem is nyújtja/nyújtotta be. A kétszeresen is anonim lektorálás rendszerére tekintettel kéziratukat olyan formában is küldjék el, amelyből kihagyják nevüket, intézményi hovatartozásukat, e-mail címüket, valamint az önazonosító idézeteket és hivatkozásokat (például „saját korábbi tanulmányomban lásd bibliográfiai adatok”). A tanulmányokat tartalmazó két dokumentumot (például szerzőneve.doc[x], illetve „szerzőneve_anonim.doc[x]”) szövegfájl formátumban kérjük eljuttatni az ajttan@tk.mta.hu, a recenziókat pedig az ajtrec@tk.mta.hu e-mail címre.

A Szerkesztőség

A BETŰTÍPUSRÓL

Az *Állam- és Jogtudomány* betűtípusa a Kner Antikva. Ezt a betűtípust a XX. század elejére jelentős hazai műhellyé fejlődött gyomai Kner Nyomda a tizes évek elején választotta standard betűjének.

A betű eredeti neve Lipcsei Egyetemi Antikva (*Leipziger Universitäts Antiqua*), melyet Kravjánszki Róbert digitalizált, és tiszteletből Kner Antikvának nevezte el. Kner Imre így írt kedvenc betűjéről: „Ezt a betűt választottuk tipográfiai stílusunk alapjául. Alkalmassá tette erre eléggé semleges karaktere [...] Ennek a betűnek semmi idegenszerű jellege nincs, nagyon alkalmas magyar szöveg szedésére, s teljes, jól kiépített család áll belőle rendelkezésre, amelynek egyes fokozatai eléggé egyenletesen helyezkednek el a papíros síkján.” (KNER Imre: *A könyv művészete*, Budapest: Szépirodalmi Könyvkiadó 1972, 237.)

Ár: 950 Ft

Évi előfizetési díj: 3800 Ft