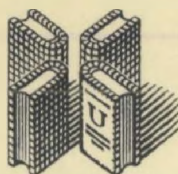


# VIVA VOX IURIS CIVILIS

TANULMÁNYOK  
SÓLYOM LÁSZLÓ TISZTELETÉRE  
70. SZÜLETÉSNAJJA  
ALKALMÁBÓL



---

XENIA – LIBRI AMICORUM

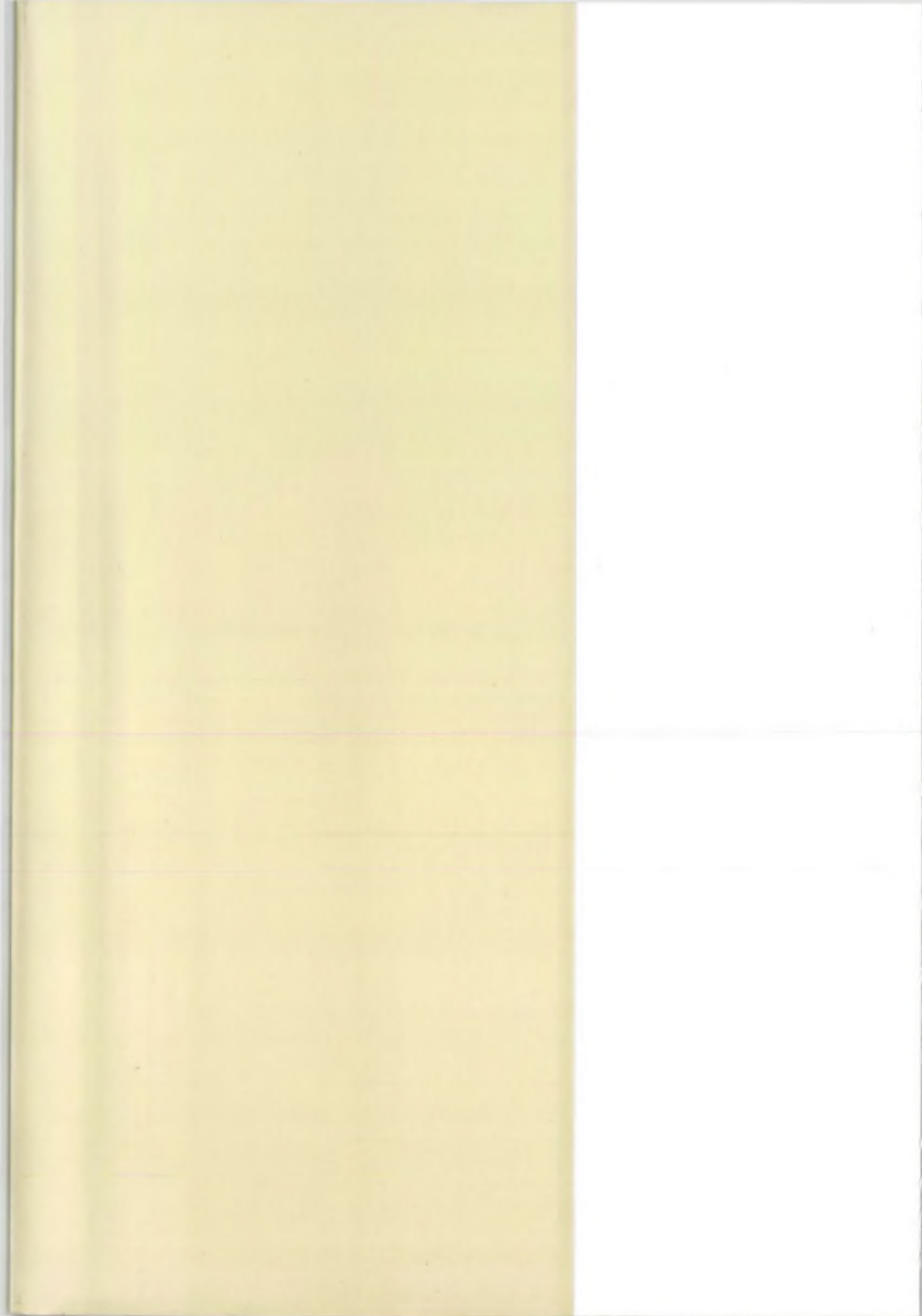
---



---

UNIVERSITATIS CATHOLICÆ DE PETRO PÁZMÁNY NOMINATÆ

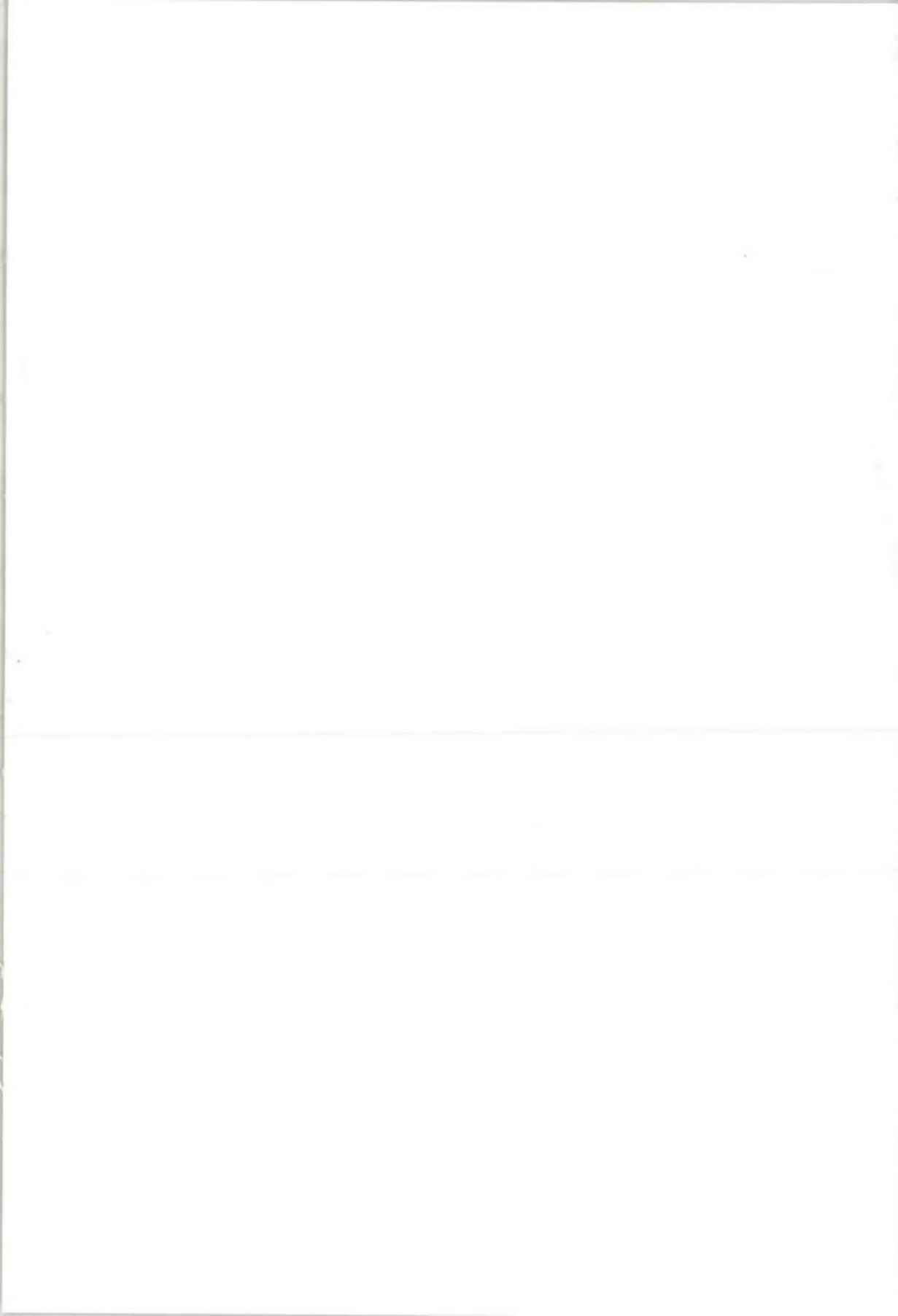
---



# VIVA VOX IURIS CIVILIS

TANULMÁNYOK SÓLYOM LÁSZLÓ TISZTELETÉRE

70. SZÜLETÉSNAJJA ALKALMÁBÓL



# VIVA VOX IURIS CIVILIS

TANULMÁNYOK SÓLYOM LÁSZLÓ TISZTELETÉRE  
70. SZÜLETÉSNAJJA ALKALMÁBÓL

---

CSEHI ZOLTÁN – SCHANDA BALÁZS – SONNEVEND PÁL

SZERKESZTÉSÉBEN



SZENT ISTVÁN TÁRSULAT  
AZ APOSTOLI SZENTSZÉK KÖNYVKIADÓJA  
BUDAPEST 2012



PÁZMÁNY PÉTER  
KATOLIKUS EGYETEM  
JOG- ÉS  
ÁLLAMTUDOMÁNYI KAR

**XENIA**

Universitatis Catholicæ  
de Petro Pázmány  
Nominatæ



EÖTVÖS LORÁND  
TUDOMÁNYEGYETEM  
ÁLLAM- ÉS  
JOGTUDOMÁNYI KAR

**BIBLIOTHECA IURIDICA**

Az ELTE Állam- és Jogtudományi Kar  
tudományos kiadványai  
Libri Amicorum 42



**A KÖTET MEGJELÉNÉSÉT TÁMOGATTA**

a Pázmány Péter Katolikus Egyetem  
Jog- és Államtudományi Kara,  
az Eötvös Loránd Tudományegyetem  
Állam- és Jogtudományi Kara,  
az Alkotmánybíróság,  
valamint a Nagy és Trócsányi Ügyvédi Iroda



Borító és sorozat embléma terv: Barka Ferenc

© Szerkesztők: Csehi Zoltán,  
Schanda Balázs, Sonnevend Pál, 2012

© Szerzők, 2012

© Szent István Társulat, 2012

HU ISSN 1587-1509

ISBN 978 963 277 327 8



SZENT ISTVÁN TÁRSULAT

1053 Budapest, Veres Pálné utca 24.

Felelős kiadó: Dr. Rózsa Huba alelnök

Felelős kiadóvezető: Farkas Olivér igazgató

Készült a százhalombattai EFO Nyomdában

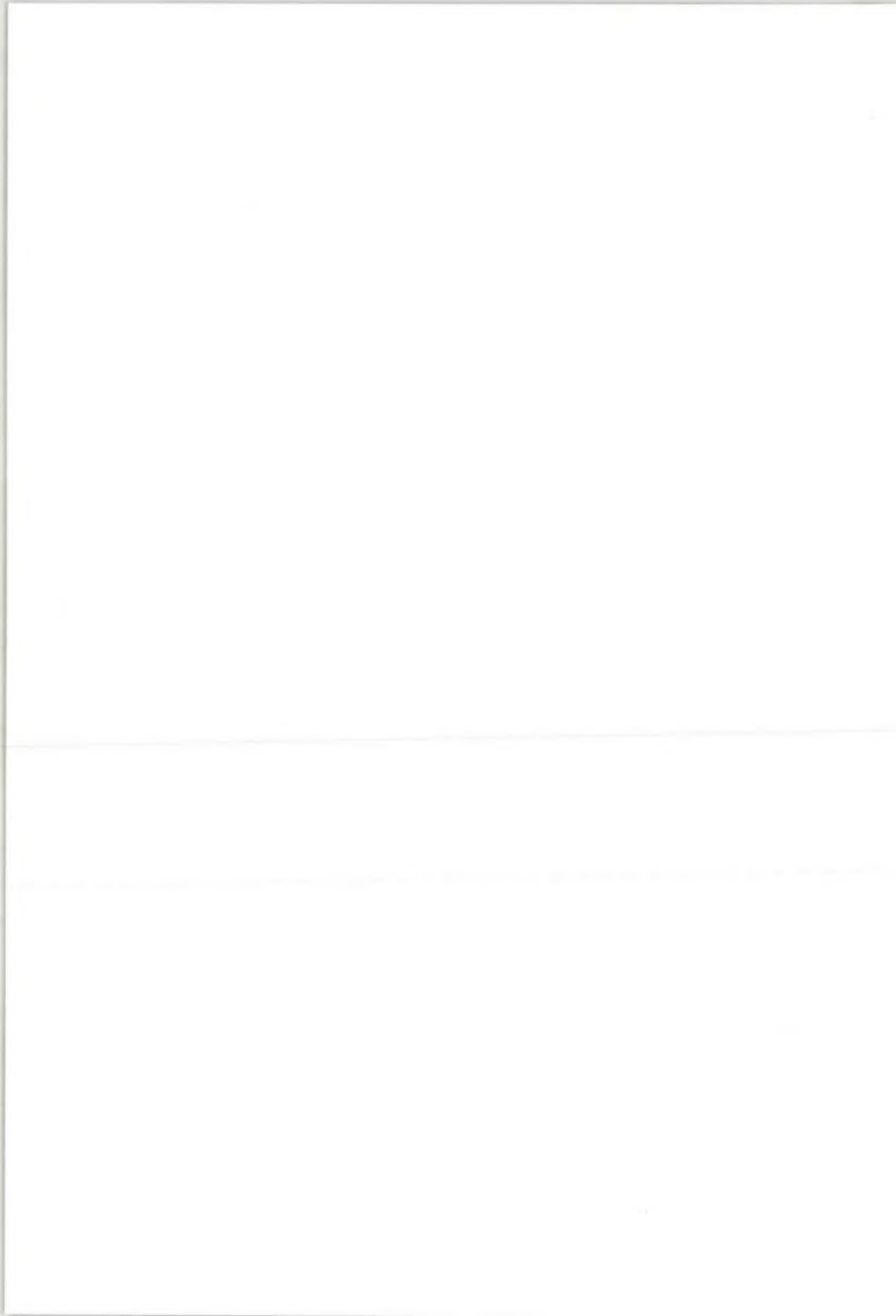
Felelős vezető: Fonyódi Ottó



• E l ő s z ó •

MESTERÜKET köszöntik tanítványok ebben a kötetben, kollégák szellemi társukat, Európa és magyar hon jeles jogtudósai a tudóst, egyházi és állami vezetők az államférfit és alkotmánybíró, a szellem emberei a Szellem nagy személyiségét. 70. születésnapján Solyom Lászlót ünnepeljük, aki jogtudósként azt a kérlelhetetlen igazságosság-keresést szolgálta, amely a szellem-tudományok nagy kihívását jelenti, aki bíróként valós jogot mert alkotni, nem hátrálva meg élet és halál kérdései előtt sem, aki a politikában megmutatta a tisztességet és a bátor kiállást, és aki Európában megszemélyesíti azt a Magyarországot, aminek létezésében hiszünk, és aminek megerősödését reméljük. Solyom László életútja jól példázza, hogy az élet kritikus perceiben a tudósi nagyság az emberi kiállással párosulva pótolhatatlan energiákat képes felszabadítani másokban, és meghatározhatja az ország sorsának menetét. Hálásak vagyunk, hogy az Ünnepe mellett válhattunk azzá, akivé lettünk. Kötetünk megjelentetésével szeretnénk kifejezni köszönetünket és jókívánságainkat. A hivatalos megbízatások megszűnhetnek, mi azonban kívánjuk és reméljük, hogy Solyom László, a tanító és kolléga marad az, aki: *a törvény élő szava*.

CSEHI ZOLTÁN – SCHANDA BALÁZS – SONNEVEND PÁL





## TARTALOM

### I. KÖSZÖNTÉSEK

ROMAN HERZOG  
„Idee und Realität Europas“  
21

KUKORELLI ISTVÁN  
1956 alkotmányjogi relevanciái, Bibó '56-os „szemüvege”  
29

ROSKA TAMÁS  
Találkozásaim Sólyom Lászlóval  
36

### II. KÖZJOG, NEMZETKÖZI JOG

BERKE BARNA  
Büntető közigazgatás és bírósági felülvizsgálat  
Esetek az alkotmányosság határvidékéről  
41

BITSKEY BOTOND  
Hosszú távon megéri alkotmányosnak lenni  
Két közjogi eset  
77

ARMIN VON BOGDANDY – MATTHIAS KOTTMANN  
CARLINO ANTPÖHLER – JOHANNA DICKSCHEN  
SIMON HENTREI – MAJA SMRKOLJ  
An EU Rescue Package for Media Freedom in the Member States  
91

GIANNI BUQUICCHIO – SCHNUTZ RUDOLF DÜRR  
European Standards for an Independent Judiciary in a Democratic State  
Contribution of the Venice Commission  
Contribution to the *Mélanges* for Prof. László Sólyom,  
former President of Hungary  
105

CHRISTOPH GRABENWARTER  
Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts  
119

DIETER GRIMM  
Die Bedeutung der Grundrechte nach 60 Jahren  
Verfassungsrechtsprechung in Deutschland  
134

RAINER HOFMANN  
Promotion of State Language *versus* Protection for Minority Languages  
The 2009 Slovak Law on the State Language and the Council of Europe  
Framework Convention for the Protection of National Minorities  
157

GERHART HOLZINGER  
Gedanken zur Kooperation zwischen Verfassungsgerichten  
175

ANDRÁS JAKAB  
Full Parliamentarisation of the EU without Changing the Treaties  
– Why We Should Aim for It and How Easily It Can be Achieved  
186

HERBERT KÜPPER  
Zwischen Staatspaternalismus,  
Kollektivismus und liberalem Individualismus:  
Normative Grundlagen des Menschenbilds  
im neuen ungarischen Grundgesetz  
215

MAJTÉNYI LÁSZLÓ  
Az információs jogok intézményi kifejlődése Magyarországon  
240

PACZOLAY PÉTER  
Az egyéni jogsérelem az Alkotmánybíróság előtt  
255

PÉTERFALVI ATTILA  
A második adatvédelmi biztosi ciklus  
270

BALÁZS SCHANDA  
Considerations on the Place of Religion in Constitutional Law  
278

KIM LANE SCHEPPELE  
On the Unconstitutionality of Constitutional Change:  
an Essay in Honor of László Sólyom  
286

SPIROS SIMITIS  
Internet – Neue Regelungsetappe oder Ende des Datenschutzes  
311

SONNEVEND PÁL  
Az Emberi Jogok Európai Egyezménye  
mint Európa emberi jogi alkotmánya  
326

TRÓCSÁNYI LÁSZLÓ  
Torzók közjogi aktualitásainkról:  
a Velencei Bizottság jelentése a külföldön történő szavazásról  
és a magyar alkotmánybíráskodás korszakai  
342

BABAI-BELÁNSZKY TAMÁS – FÜLÖP SÁNDOR – IFJ. ZLINSZKY JÁNOS  
A Jövő Nemzedékek Országgyűlési Biztosa  
a jövő nemzedékek érdekeinek alkotmányba emeléséről  
359

### III. MAGÁNJOGI ÍRÁSOK

CSEHI ZOLTÁN

Kettős állampolgárság és német nemzetközi magánjog:  
új szempontok és új prioritások az alapjogok érvényesülése  
és az európai jog irányából  
379

HARMATHY ATTILA

Alkotmányjog – Polgári jog  
420

KECSKÉS LÁSZLÓ

Kontinentális általánosságok a common law-ról  
430

LANDI BALÁZS

A jogellenesség mint emberi magatartásmérték történeti kezdeményei  
– Fogalmi, dogmatikai és kodifikációs különbségek  
a szerződésen kívül okozott károkért való  
polgári jogi felelősség körében  
456

LÁBADY TAMÁS

Két alkotmánybírószági határozat  
az alkotmányos rendszerváltás „hőskorából”  
499

LÁSZLÓ SZÉKELY

Protection of Personality in the Theory of Hungarian Private Law  
Adventures of tracking archetypes in legal history  
508

LAJOS VÉKÁS

Gleichbehandlungsgrundsatz und Privatrecht  
526

---

IV.  
KÁNONJOG, JOGTÖRTÉNET ÉS JOGELMÉLET

ERDŐ PÉTER  
Az egyházi közigazgatási jog mint önálló jogág  
549

SZUROMI SZABOLCS ANZELM  
A kánoni jog főbb sajátosságai  
558

ZOLTÁN PÉTERI  
Some remarks concerning the "style" of the Hungarian legal system  
567

TÓTH GÁBOR ATTILA  
Jog, kritika, igazságosság  
580

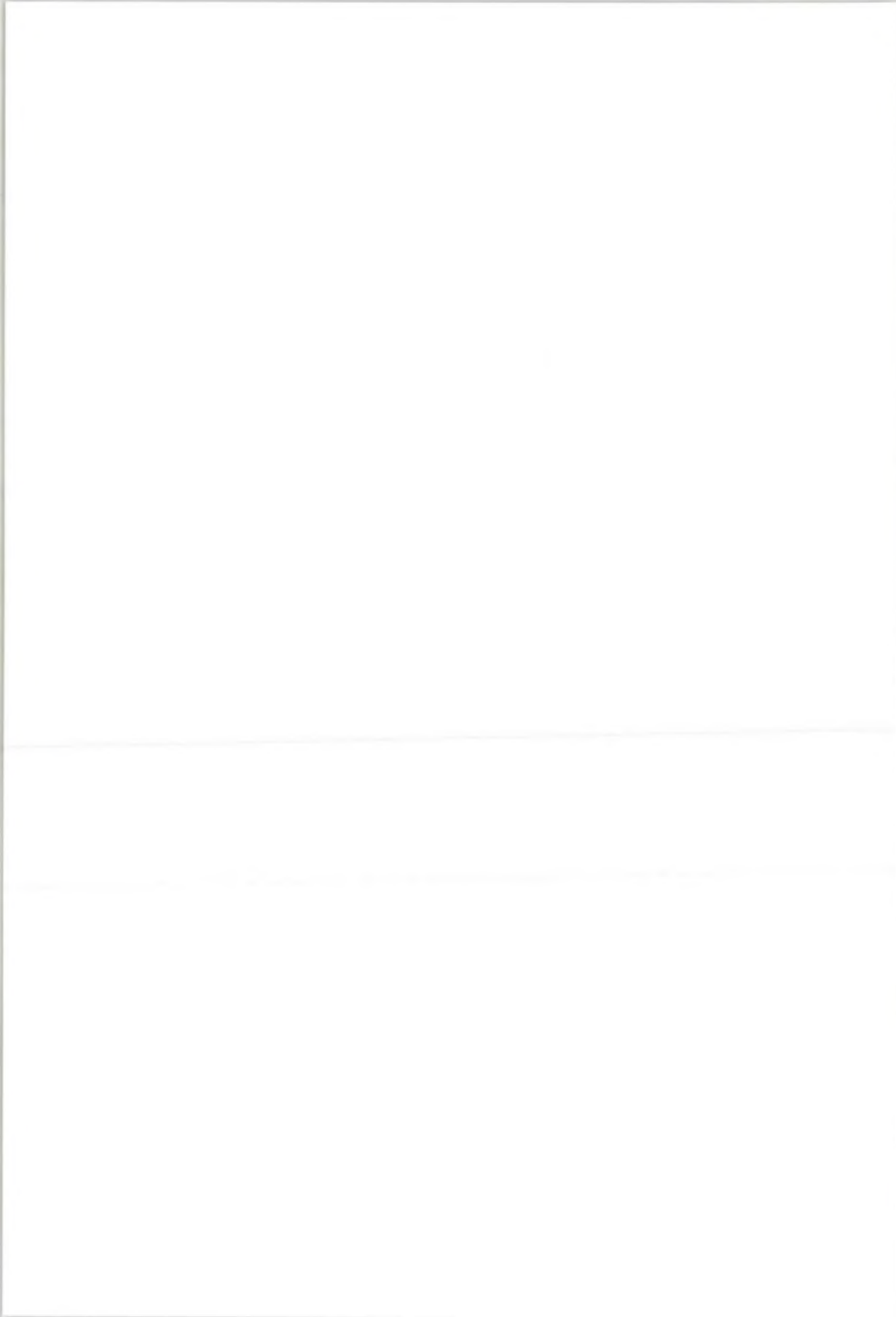
ZLINSZKY JÁNOS  
Az Alkotmánybíróság felelős az elmaradt rendszerváltásért?  
593

V.  
EGYÉB

PÉTER CSERMELY  
Talent Support Networks are Keys of modern Education  
603

VI.  
SÓLYOM LÁSZLÓ MŰVEINEK BIBLIOGRÁFIÁJA  
619

A KÖTET SZERZŐI  
631



## CONTENT

### I. SALUTATIONS

ROMAN HERZOG  
„Idee und Realität Europas“  
21

ISTVÁN KUKORELLI  
The constitutional relevance of 1956, Bibó's 1956 lenses  
29

TAMÁS ROSKA  
Encounters with László Sólyom  
36

### II. PUBLIC LAW, INTERNATIONAL LAW

BARNA BERKE  
Punitive public administration and judicial review.  
Cases from the borderland of constitutionalism  
41

BOTOND BITSKEY  
Long-term benefits of being constitutional.  
Two cases of public law  
77

ARMIN VON BOGDANDY – MATTHIAS KOTTMANN  
CARLINO ANTPÖHLER – JOHANNA DICKSCHEN  
SIMON HENTREJ – MAJA SMRKOLJ  
An EU Rescue Package for Media Freedom in the Member States  
91

GIANNI BUQUICCHIO – SCHNUTZ RUDOLF DÜRR  
European Standards for an Independent Judiciary in a Democratic State  
Contribution of the Venice Commission  
Contribution to the Mélanges for Prof. László Sólyom,  
former President of Hungary  
105

CHRISTOPH GRABENWARTER  
Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts  
119

DIETER GRIMM  
Die Bedeutung der Grundrechte nach 60 Jahren  
Verfassungsrechtsprechung in Deutschland  
134

RAINER HOFMANN  
Promotion of State Language *versus* Protection for Minority Languages  
The 2009 Slovak Law on the State Language and the Council of Europe  
Framework Convention for the Protection of National Minorities  
157

GERHART HOLZINGER  
Gedanken zur Kooperation zwischen Verfassungsgerichten  
175

ANDRÁS JAKAB  
Full Parliamentarisation of the EU without Changing the Treaties  
– Why We Should Aim for It and How Easily It Can be Achieved  
186

HERBERT KÜPPER  
Zwischen Staatspaternalismus,  
Kollektivismus und liberalem Individualismus:  
Normative Grundlagen des Menschenbilds  
im neuen ungarischen Grundgesetz  
215

LÁSZLÓ MAJTÉNYI  
The institutional development of information rights in Hungary  
240



- 
- PÉTER PACZOLAY  
Individual complaints at the Constitutional Court  
255
- ATTILA PÉTERFALVI  
The term of the second Commissioner for Data protection  
270
- BALÁZS SCHANDA  
Considerations on the Place of Religion in Constitutional Law  
278
- KIM LANE SCHEPPELE  
On the Unconstitutionality of Constitutional Change:  
an Essay in Honor of László Sólyom  
286
- SPIROS SIMITIS  
Internet – Neue Regelungsetappe oder Ende des Datenschutzes  
311
- PÁL SONNEVEND  
The European Convention on Human Rights  
as the human rights Constitution of Europe  
326
- LÁSZLÓ TRÓCSÁNYI  
Torsos on public law actualities:  
The report of the Venice Commission on voting abroad  
and the periods of Hungarian constitutional adjudication  
342
- TAMÁS BABAI-BELÁNSZKY – SÁNDOR FÜLÖP – IFJ. JÁNOS ZLINSZKY  
The Parliamentary Commissioner for Future Generations  
on the inclusion of the interest of the future generations  
into the constitution  
359

III.  
PRIVATE LAW

ZOLTÁN CSEHI

Dual nationality and German international private law:  
new aspects and new priorities in respect of effectiveness  
of fundamental rights and European law  
379

ATTILA HARMATHY

Constitutional law – civil law  
420

LÁSZLÓ KECSKÉS

Continental generalities on common law  
430

BALÁZS LANDI

Historical aspects of delictum as a human behaviour rate  
– Conceptual, dogmatic and codifier survey  
on Hungarian civil liability (tort law)  
456

TAMÁS LÁBADY

Two decisions of the Constitutional Court  
from the heroic age of the constitutional change of the regime  
499

LÁSZLÓ SZÉKELY

Protection of Personality in the Theory of Hungarian Private Law  
Adventures of tracking archetypes in legal history  
508

LAJOS VÉKÁS

Gleichbehandlungsgrundsatz und Privatrecht  
526

---

IV.  
CANON LAW, LEGAL HISTORY, JURISPRUDENCE

ERDŐ PÉTER

Administrative canon law as independent branch of law  
549

SZUROMI SZABOLCS ANZELM

The main characteristics of canon law  
558

ZOLTÁN PÉTERI

Some remarks concerning the "style" of the Hungarian legal system  
567

GÁBOR ATTILA TÓTH

Law, critic, justice  
580

JÁNOS ZLINSZKY

The Constitutional Court is responsible  
for the failure of the transition?  
593

V.  
VARIOUS

PÉTER CSERMELY

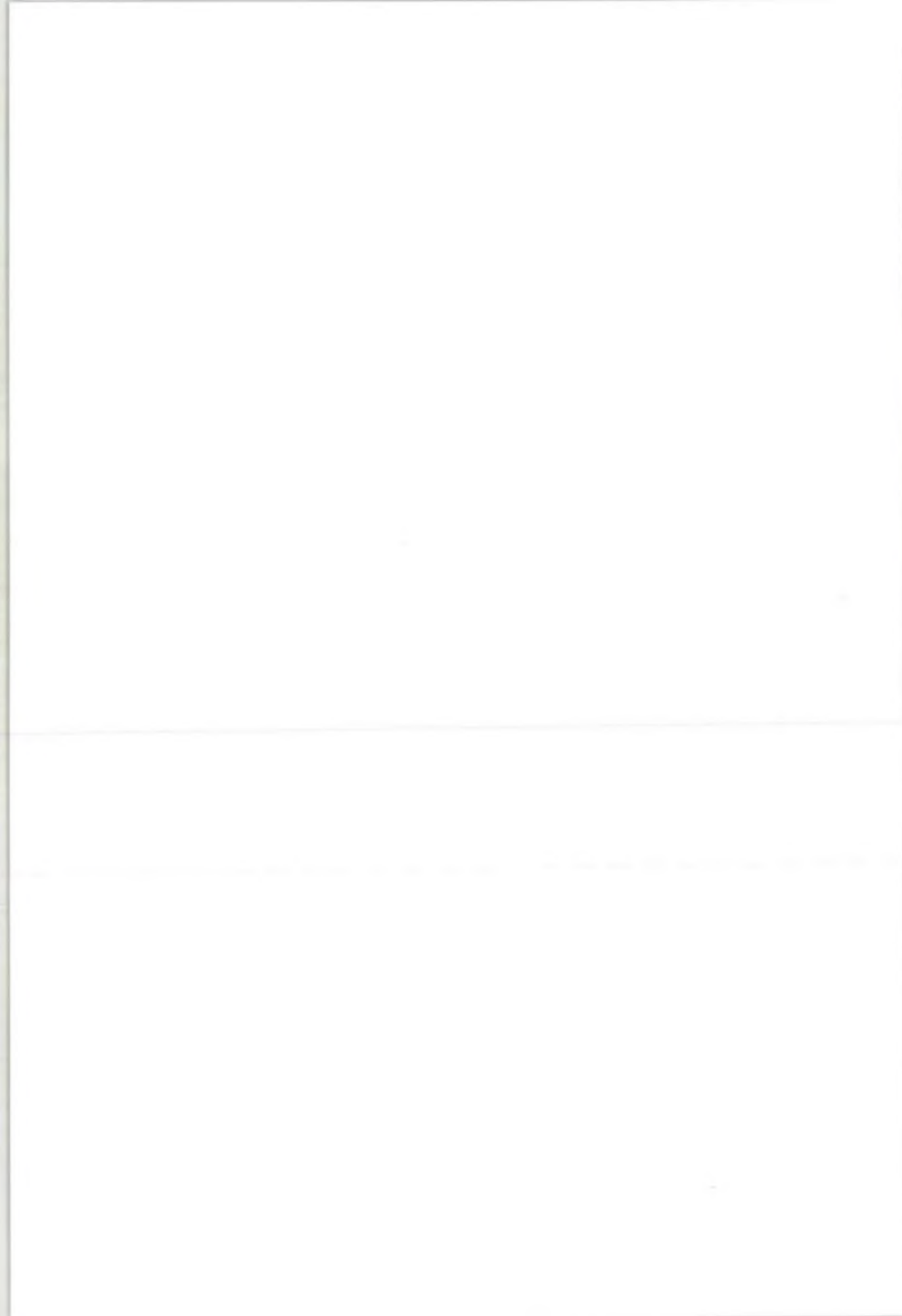
Talent Support Networks are Keys of modern Education  
603

VI.  
BIBLIOGRAPHY OF LÁSZLÓ SÓLYOM  
619

AUTHORS  
631



I.  
KÖSZÖNTÉSEK



ROMAN HERZOG

## „DEE UND REALITÄT EUROPAS“

Themen wie das vorliegende sind schwierig. Ideen und Realitäten sind an sich schon schwer zu vergleichen. Vor allem liegt das an den Ideen selbst. Sie sind schwer zu fassen, weil sie ja nur in den Köpfen von Menschen vorhanden sind, und davon gibt es unendlich viele. Jeder hat von der ihn umgebenden Wirklichkeit andere Ideen, niemand kann aber sagen, *wessen* Idee nun einer offenen Diskussion zugrunde gelegt werden soll. In pluralistischen Gesellschaften wie den unseren wirkt sich das besonders verwirrend aus, weil hier *Typen* solcher Ideen gebündelt, ja oft sogar organisiert auftreten. Und schließlich wirkt das auch wieder auf die Realitäten zurück: sie werden unterschiedlich gesehen, je nachdem welche Ideen an sie als Maßstab angelegt werden.

Das alles gilt selbstverständlich auch vom Thema „Europa“. Nur muss man hier gleich von Anfang an noch eine *sprachliche* Ungenauigkeit mit einbeziehen, die in den vergangenen Jahrzehnten eingerissen ist: Wenn man Formulierungen wie unser Thema liest, denkt man gar nicht mehr an Europa, sondern an die europäische Integration, institutionell an die Europäische Union, die EU. Daran wird sich wohl auch in absehbarer Zukunft nichts ändern lassen. Aber wir haben doch vorzumerken, dass hier eine offene Flanke besteht, und zwar nach zwei Seiten: Einerseits gehören nicht alle europäischen Staaten zur EU, *wollen* ihr vielleicht gar nicht angehören, andererseits diskutiert die europäische Öffentlichkeit in letzter Zeit frohgemut darüber, ob es nicht besser wäre, bestimmte Mitgliedstaaten der EU auszuschließen oder ihnen wenigstens den Austritt nahezu legen.

Aber lassen wir das beiseite und nähern wir uns lieber der Frage, was die ersten Initiatoren der europäischen Integration eigentlich anstrebten, was also *ihre* Idee gewesen sein mag. Ich sehe hier wenigstens drei Motive:

1. Primär ging es wohl darum, weitere europäische Kriege, wie sie zwischen 1914 und 1918 und zwischen 1939 und 1945 durch den Kontinent getobt hatten, auf Dauer zu verhindern. Diese Idee ist, das kann man ohne Selbstbeweihräucherung sagen, verwirklicht. Zunächst war es natürlich die Einsicht der Völker selbst, die diesen Effekt gebracht hat. Aber die europäi-

sche Integration hat zu Beginn doch auch wesentliche *Konfliktpunkte* aus dem Weg geräumt, aus denen neue Kriege hätten entstehen können – z.B. durch die Europäisierung von Kohle und Stahl, die jahrzehntelang zu schweren Konflikten zwischen Deutschland und Frankreich geführt hatten, aber auch dadurch, dass den Gründerstaaten der EWG gewisse Mitspracherechte gegenüber der wieder erstarkenden deutschen Wirtschaftsmacht eingeräumt wurden. Soweit die Wirtschaft betroffen war, ist *dieses* Ziel also erreicht; allerdings mag dabei auch eine Rolle gespielt haben, dass Kohle und Stahl überhaupt an Bedeutung eingebüßt haben – sie machen heute mehr Probleme als Aussicht auf Gewinne. *Militärisch* ging die Rechnung der Integrationsväter ebenfalls auf, soweit es um das Innenverhältnis zwischen den Mitgliedstaaten geht. Mit ihren Versuchen, beruhigend und befriedend in die jugoslawischen Diadochenkriege einzugreifen, hat sich die EU jedoch eher blamiert – hier mussten die USA die Kohlen aus dem Feuer holen. Und im *Weltmaßstab* bedeutet die EU, zumindest was militärische Macht betrifft, so gut wie gar nichts – man muss sich allerdings auch fragen, ob das sehr erstrebenswert wäre.

2. Wer sich die Jahre unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg ins Gedächtnis zurückruft, dem ist klar, dass noch eine *zweite* Idee hinter der Integrationspolitik stand: der *Wohlstand* der europäischen Völker, damals gewiss zuerst die Beseitigung der fürchterlichen Kriegsschäden, dann aber doch auch schon die Anhebung des gesamteuropäischen Wohlstands*niveaus*. Die Realisierung dieser Idee, die übrigens viel bescheidener war als das heute Erreichte, ist, wie man so sagt, eine einzige Erfolgsgeschichte, die sich mit institutionellen Erfindungen wie Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), vier Freiheiten oder Gemeinsamer Markt verbindet und erst in den allerletzten Jahren von Seiten spekulierender Banken und schuldenfroher Finanzministerien ernsthaft in Frage gestellt wurde.

Probleme hätte es allerdings auch ohne diese haarsträubenden Torheiten gegeben, und das hängt mit Phänomenen wie Globalisierung und Schwellenmächte zusammen. Die Völker der Dritten Welt sind seit einem halben Jahrhundert ja nicht mehr Diener des „Weißen Mannes“, sondern sie haben – gerade im wirtschaftlichen Bereich – begonnen, das, was sie bei ihm beobachtet und gelernt haben, auch selbst zu schaffen und auf den Weltmärkten anzubieten, meist und zunehmend mehr in gleicher Qualität wie der „Weiße Mann“, aber zu deutlich niedrigeren Preisen. Diese Entwicklung bedroht nicht nur unseren individuellen Wohlstand, sondern auch unsere sozialen Systeme als Ganzes. Anders ausgedrückt: In der „reinen“ Marktwirtschaft konkurrieren, wenn sie auf globalen Märkten gelebt wird, nur größere oder kleinere *Unternehmen*, in einer *sozialen* Marktwirtschaft dagegen geht es immer auch um den Wohlstand und die soziale Si-



cherheit von Völkern, d.h. es konkurrieren auch *Nationen* miteinander. Die oft vergessenen Synergieeffekte, die die EU für uns und unsere Völker bringt, spielen also eine erhebliche Rolle und auch aus diesem Grunde müsste man sie heute erfinden, wenn es sie noch nicht gäbe. Aber es liegt hier doch auch eine unversiegbare Quelle von Unfrieden. Das sollten wir nicht vergessen.

3. Die Medaille hat aber nicht nur eine ökonomische, sondern auch eine *politisch-ideologische* Seite; denn die Staaten, die sich in der EU zusammengeschlossen haben, stehen – bei allen Besonderheiten im Einzelnen – auf dem Boden des westlichen *Staatsdenkens*. Eine abschließende Formel, aus der man alles Übrige ableiten könnte, gibt es dafür nicht, und so behilft man sich im Allgemeinen mit Einzelbegriffen, die alle miteinander das Wesentliche ergeben sollen: Geltung der Grund- und Menschenrechte, Freiheit und Gleichheit, soziale Verantwortung, Rechtsstaatlichkeit und Herrschaft des Rechts, Demokratie, Gewaltenteilung usw. Im Kern geht es um das *Menschenbild* als solches oder, noch genauer, um Dinge wie den Vorrang des Individuums vor beliebigen, auch freiwillig eingegangenen Kollektiven, und um die *Würde des Menschen*. Die kurze, freilich ebenfalls ungenaue Formel dafür lautet: Der Staat ist um des Menschen, nicht der Mensch um des Staates willen da.

Es hätte wenig Sinn darüber zu diskutieren, was noch geschehen und geleistet werden müsste, um allen diesen Dingen *vollständig* gerecht zu werden, und ob das unter den Menschen, wie sie nun einmal sind, überhaupt möglich ist. Klar sollte allerdings sein, dass wir mit diesen Vorstellungen nicht mehr in allen Teilen der frei gewordenen Welt verstanden werden, ja dass die Mehrheit der Völker bewusst nach anderen Vorstellungen lebt und auch leben will; der Streit um die Universalität bzw. Nichtuniversalität der Menschenrechte ist nur *ein* dafür. Um uns herum etablieren sich Staaten und Staatenblöcke, die aus ganz anderen Idealen leben als wir Europäer. Genannt seien nur die beiden augenfälligsten: der Block – oder genauer die Blöcke – der islamischen Staaten, die einer *Religion* folgen, und der Superstaat China, in dem neben dem klassischen Kommunismus immer mehr die uralte Weltanschauung des *Konfuzianismus* zum Vorschein kommt.

Die Lehren, die aus dieser Entwicklung zu ziehen wären, haben wir offensichtlich noch gar nicht verstanden. Klar ist nur: Mit unseren westlichen Grundideen werden wir in der Welt, die sich um uns herum formiert, nicht „durchkommen“. Wir werden schon Mühe haben, wenigstens ihre zentralen Punkte auf der ganzen Welt durchzusetzen; der schon erwähnte Kampf um die Universalität der Menschenrechte – oder zumindest *mancher* Menschenrechte – lässt uns bereits ahnen, wie schwierig das

werden wird. Zugleich wird es aber darum gehen, dass *Europa* in diesen Diskussionen bei seinen *eigenen* Überzeugungen bleibt, die ja schließlich seine Eigenart, seine geistige Kontur ausmachen und die nicht zuletzt auch für seine großen wissenschaftlichen, technischen und ökonomischen Erfolge Pate gestanden haben.

Das ist ein außerordentlich wunder Punkt, was man vor allem im religiösen Bereich beobachten kann. Unser größtes Problem im Verhältnis zum Islam besteht, wenn ich recht sehe, darin, dass die weitaus überwiegende Zahl der Muslime an ihrer Religion mit einer nahezu fanatischen Hingabe hängt, während die Religion in Europa zunächst durch die Aufklärung relativiert wurde und sodann in eine Phase der Pluralität überging, in der die Grenzen zwischen Toleranz und Standpunktlosigkeit mehr und mehr zu verschwimmen drohen. Das muss nicht unbedingt ein Fehler sein. Zu denken gibt aber die Tatsache, dass im heutigen Europa nicht einmal mehr zu den säkularisierten Ersatzwerten wie Wert des Individuums, Freiheit, Rechtsstaat und Demokratie mit ähnlicher Hingabe gestanden wird wie in den islamischen Staaten zur Religion. Ich will auch dazu nur ein Beispiel nennen: die immer wieder auftretende Frage, ob die westliche Demokratie denn wirklich der Weisheit letzter Schluss sei oder ob nicht das chinesische Modell – Freiheit nach außen, aber Unfreiheit nach innen – doch das bessere sei. Wenn so etwas in einem Schulaufsatz auf dem Gymnasium ventiliert wird, mag es ja noch angehen. Wenn aber – wie geschehen – gestandene Unternehmer dasselbe tun, kann es ein Alarmzeichen sein.

Soweit die drei Ideen, die ursprünglich an der Quelle der europäischen Integration gestanden haben. Sie konnten hier leider nur ganz cursorisch nachgezeichnet und mit einigen Bemerkungen zu ihrer heutigen Bedeutung und ihren heutigen Problemen ergänzt werden. Nunmehr gilt es aber an eine in den fünfziger und sechziger Jahren weit verbreitete Formel zu erinnern, die, wenn man ihr genauer nachgeht, für sich bereits den fundamentalen Wandel deutlich macht, den die Welt seit jener Zeit erlebt hat und dem Europa in ganz besonderer Weise ausgesetzt ist.

Für die Notwendigkeit einer europäischen Einigung wurde seinerzeit fast gebetsmühlenartig mit der These geworben, dass die Zeit der europäischen Klein- und Mittelstaaten vorbei und gerade deshalb ihr Zusammenschluss unvermeidlich sei. Diesen Satz müssen wir uns etwas näher ansehen.

*Weltpolitisch* waren in den fünfziger Jahren zwei Entwicklungen im Gange, auf die Europa mit seiner Einigung antworten konnte: erstens die zunehmende *Entkolonisierung*, durch die zahlreiche neue Staaten entstanden und die bisherigen Kolonialmächte England, Frankreich, Belgien und Niederlande ins Gedränge kommen konnten, und zweitens die absehbare Beherrschung der

Welt durch die USA und die Sowjetunion, zwischen denen sich ein geeintes Europa, zudem durch die NATO geschützt, zumindest gewisse eigene Spielräume erhoffen konnte. Heute sind beide Entwicklungen längst abgeschlossen. Sie haben sich aber fortgesetzt, in Richtungen, die vor unser aller Augen sind und ein einiges Europa noch wichtiger machen, als das in den Fünfzigern und Sechzigern der Fall war.

Wiederum seien nur vier, zum Teil schon angesprochene Aspekte erwähnt:

1. *wirtschaftlich* die zunehmende – und meist billigere Konkurrenz – aus der Dritten Welt, vor allem aus den sogenannten jungen Tigern oder Schwellenmächten;
2. die Entstehung einer *polyzentralen* Welt, in der aber zunehmend nicht mehr Staaten, sondern – neben den sogenannten Superstaaten – größere Staatenblöcke eine Rolle spielen;
3. die Notwendigkeit, europäischen *Werten* – insbesondere der Überzeugung vom Wert des Individuums – in der Welt weitest möglich Geltung zu verschaffen, ihnen vor allem aber in Europa selbst ihre Fortgeltung zu sichern, und schließlich
4. den Einfluss Europas in der Welt so zu stabilisieren, dass Europa gleichberechtigt und gleichgewichtig mit am Verhandlungstisch sitzen kann, wenn Amerikaner und Chinesen über die künftige Ordnung der Welt sprechen.

Das ist ein stattliches Bündel von Aufgaben, das auch nur von einer *starken Institution* wahrgenommen werden kann, und die große Frage ist, ob Europa, ob die EU in dem Zustand, in dem sie sich gegenwärtig befinden, über diese Stärke verfügen. Und damit keine Irrtümer entstehen: Die Rede ist hier nicht von *militärischer* Stärke, wie sie das Defensivbündnis der NATO bietet, sondern von *wirtschaftlicher* Stärke, die immer die eigentliche Quelle von Macht war, und von *politisch-ideologischer* Stärke, die man am besten durch Begriffe wie Zielklarheit, Selbstbewusstsein, Mut und Optimismus umschreiben kann. Hat die EU alle diese Eigenschaften und ist sie, vor allem, so organisiert, dass sie sich damit in der sich abzeichnenden Welt der Supermächte und regionalen Staatenblöcke behaupten kann? Dazu ließe sich vieles sagen, und ich fürchte, die Bilanz sieht nicht *nur* rosig aus.

Zunächst muss man sich klar machen, dass Stärke etwas grundlegend anderes ist als *Größe*, schon gar territoriale Größe. Daran hat sich die EU bei der Aufnahme neuer Mitglieder, wie wir heute erkennen, nicht immer ausreichend gehalten. Die *politisch-ideologische* Übereinstimmung, ohne die eine solche Staatengemeinschaft auf die Dauer nicht lebensfähig ist, hat es zwar bei allen Neuaufnahmen der vergangenen Jahrzehnte gegeben. In der Schuldenkrise unserer Tage stellt sich jedoch heraus, dass die *wirtschaftliche Homogenität* der EU in einzelnen Fällen doch sehr strapaziert worden ist. Natürlich

können nicht alle Mitglieder wirtschaftlich gleich stark sein; die EU hat zu allen Zeiten wirtschaftsstärkere und wirtschaftsschwächere Staaten aufgenommen – Neuaufnahmen sollten ja stets auch der Heranführung Schwächerer an das Niveau der Stärkeren dienen. Aber soviel hätte man doch prüfen müssen: Ob man es einem Aufnahmekandidaten zutrauen konnte, dass er mit Hilfe der EU binnen angemessener Frist ein wirtschaftliches Niveau erreichen würde, von dem aus er auf eigenen Beinen stehen könnte. Das ist in der Vergangenheit nicht immer geschehen. Im Falle Griechenlands hat man die wirtschaftlichen Bedenken mit zweifelhaften historischen Argumenten auszuräumen versucht, sowohl bei der Aufnahme in die EU als auch bei der in den Kreis der Euro-Staaten. Wirtschaftliche und „politische“ Argumente dürfen sich aber nicht gegenseitig *ersetzen*, sondern sie müssen *nebeneinander* vorliegen, um eine Aufnahme zu rechtfertigen. So ist das Kind in den Brunnen gefallen und die EU denkt immer noch nicht über neue, stringentere *Aufnahmegrundsätze* nach.

Keine Übereinstimmung scheint es bisher auch in der Frage zu geben, wie weit die grundsätzlich unvermeidliche Vereinheitlichung innerhalb der EU wirklich notwendig ist und vor allem ob sie der Stärke der EU in der Welt dient. Jedenfalls ist es ein Irrglaube, dass man eine Institution nur möglichst groß machen muss, um sie auch stark und – im Extremfall – überlebensfähig zu machen. Genauso gut kann sie durch zu rasches Wachsen und erst recht durch innere Uniformierung auch unbeweglich, ja reaktionsunfähig werden, und das in einer Zeit, in der nahezu jeder Tag neue Risiken und Probleme, aber auch neue Chancen mit sich bringt. In solchen Lagen kann eine Großorganisation durchaus von Nutzen sein; gerade aus dieser Erkenntnis ist ja die EU selbst entsprungen. Beweglich und reaktionsschnell bleibt sie aber nur, wenn sie sich dabei auf das Nötigste beschränkt und nicht einen allzuständigen *Superstaat* zu spielen versucht.

Gerade hier zeigt sich das große Dilemma, in dem sich die EU heute befindet, in das sie sich aber auch selbst gebracht hat. Nach außen, in die Welt hinein, besitzt sie zu geringe Zuständigkeiten, weil die Mitgliedstaaten nicht nur die übliche Außenpolitik, sondern auch die große Weltpolitik für sich behalten wollen. Nach innen aber tobt sie sich durch eine nicht enden wollende Normenproduktion aus; Aufnahmekandidaten wird zu Beginn der Verhandlungen gegenwärtig ein *aquis communautaire* von rund 70.000 Druckseiten auf den Tisch geknallt, was weder der Flexibilität der Mitgliedstaaten noch der der EU selbst gut tut. Nötig wäre es, den *aquis* etwa auf die Hälfte zu reduzieren und der EU dafür ein paar Kompetenzen mehr zu geben, mit denen sie ihren heutigen Aufgaben gerecht werden kann – etwa einen kleinen, schlagkräftigen Diplomatenapparat, mit dem sie nicht den Botschaften der Mitgliedstaaten Konkurrenz macht, sondern die wirklich *gemeinsamen* Interessen *aller* Mitgliedstaaten voran treibt.

„Aber da stock' ich schon“, um mit Goethe zu sprechen. Die Schuldenkrise zeigt ja deutlich, dass die EU auch auf die *Haushaltspolitik* der Mitgliedstaaten Einfluss bekommen muss – und da ist dann immer gleich von einem *Finanzminister* die Rede. Ich sage: Finanzminister meinetwegen, aber kein Finanzministerium! Das werden dann leicht 2-3.000 Beamte, die, wie mehrfach erlebt, gleich darauf ausgehen, zusätzliche Zuständigkeiten zu erwerben und neue Vorschriften zu erlassen. Notwendig ist demgegenüber nur eine Stelle, die den Haushalten der Mitgliedstaaten in zentralen Fragen *einige* Vorgaben macht: eine Ober-, eventuell auch eine Untergrenze für die Staatsquote, eine wirklich sanktionierte Obergrenze für die Staatsverschuldung, eine Obergrenze für den Anteil der Personalkosten am Gesamthaushalt, einen Mindestsatz für staatliche Investitionen u.ä. Das lässt sich mit einem hochqualifizierten, dafür aber bescheidenen Stab erledigen – und ohne die Gefahr, dass die Staaten ihr vornehmstes Recht verlieren, die Budgethoheit.

Unsere Untersuchung war zugegebenermaßen höchst kursorisch. Aber sie hat doch gezeigt, dass die Dinge auch in der EU augenblicklich *nicht zum Besten stehen*. Mit anderen Worten: Idee und Wirklichkeit klaffen auseinander, und korrigiert werden muss vor allem die Wirklichkeit, wenn die EU das leisten soll, was der normale Bürger heute von ihr erwartet. Das Missliche ist nur, dass dazu erhebliche Änderungen der Gemeinschaftsverträge notwendig sind und dass die nicht leicht zu erreichen sind, weil sie die Zustimmung aller Mitgliedsregierungen und noch dazu die aller Mitgliedsparlamente voraussetzen. Und damit sind wir bei einer weiteren, ziemlich misslichen Frage.

27 Staaten sind selbstverständlich weniger leicht unter einen Hut zu bringen als sechs, und das gilt besonders, wenn es unter den siebenundzwanzig Staaten Gruppen von ganz unterschiedlichen geschichtlichen Erfahrungen gibt. Genau das ist in der EU aber seit dem Beitritt der früheren Ostblockstaaten der Fall. Ein halbes Jahrhundert lang hatten sie darunter zu leiden, dass sie ihre Souveränität in Moskau abgeben mussten, und der Beitritt zur EU hat sie wieder zu empfindlichen Einschnitten in diese ihre Souveränität gezwungen. Es ist also mehr als verständlich, dass manche ihrer Politiker weiteren Vertragsänderungen höchst skeptisch gegenüber stehen. Dann müssen aber *die* Staaten, die zu weitergehender Integration bereit sind, das Recht haben, sich innerhalb der EU im kleineren Kreise zusammenzuschließen und in der Weltpolitik ihr gemeinsames Gewicht in die Waagschale zu werfen. Die Gemeinschaftsverträge sehen dafür sogar ein eigenes Instrument vor: die sogenannte *Verstärkte Zusammenarbeit*, die zwar als Integration mit unterschiedlicher Geschwindigkeit mitunter recht skeptisch betrachtet wird, die aber das mutige Vorangehen einzelner Staaten und damit die Integration als Ganzes voranbringen könnte – und schließlich war ja auch die Gründung der Sechs ein solcher Akt des Vorangehens.

Die Sache hat nur einen Haken: Eine solche Verstärkte Zusammenarbeit bedarf der Genehmigung durch den Rat der Staats- und Regierungschefs, und diese Genehmigung kann dort nur  *einstimmig*  beschlossen werden. Das ist schwer zu verstehen. Wie gesagt: Man muss jedes Verständnis dafür haben, dass die östlichen Mitgliedstaaten nicht immer weitere Souveränitätsverzichte auf sich nehmen wollen. Kein Verständnis kann es aber dafür geben, dass jeder einzelne Mitgliedstaat der EU, und sei er noch so klein,  *andere*  an stärkerer Zusammenarbeit hindern kann. Darin liegt die empfindlichste Schwäche der Verträge von Lissabon. Sie müsste dringend behoben werden, damit nicht irgendeine politische Not die handlungsbereiten Mitgliedstaaten eines Tages dazu zwingt, Integrationspolitik  *neben*  den Verfassungsverträgen zu machen.

KUKORELLI ISTVÁN

## 1956 ALKOTMÁNYJOGI RELEVANCIÁI, BIBÓ '56-OS „SZEMÜVEGE”

### 1. Laudáció

Tisztelt Elnök Úr! Alkotmánybíró Úr! Professzor Úr!  
Kedves László!

Tisztelettel, nagyrabecsüléssel és jó barátsággal köszöntelek 70. születésnapod alkalmából. Jó barátsággal, mert a barátját tiszteli, a barátjára felnéz az ember, és jeles alkalmakkor tartozik neki egy rövid laudációval. Nehezen tudjuk leírni, megragadni, tipizálni a barátságokat. A gazdag barátság – irodalomból, szólás-mondásokból sem áll össze mindig a teljes kép, mert minden barátság egyedi és más.

A rómaiak szerint a barátság mindig kedves. Szent Ágoston gondolataiban a barátság, a társadalom szilárd alapja, a társadalom annál tökéletesebb, minél inkább barátságokra épül. Immanuel Kant barátság típusai között megtalálható például a morális alapú barátság.<sup>1</sup>

A bibói életműből, magatartásmintából kiindulva – és erről szól majd e rövid tisztelegő írás – hiszem azt, hogy van egy, az emberi méltóságból kiinduló, azt feltétlen tisztelő, a másik gondolatait elfogadó, a kölcsönös tiszteletre és nagyrabecsülésre épülő méltóság alapú, „arisztokratikusan elvi” barátság is.

És hogy ne csak elvekről szóljon a laudáció; a fiatal oktatók köre, így jó magam is a 80-as évek elején ismerhetett meg lelkes, farmernadrágos, ifjú professzorként, amikor az Egyetem téren kezdtél el tanítani. 1983-ban megjelent, a személyiségi jogok elméletéről szóló monográfiád nagy hatással volt gondolkodásmódunkra, alkotmányjogi felfogásomat is jelentősen alakította. Tetszett az a civil kurázi és magatartásminta, ahogyan a korba visszahelyezve a dolgokhoz viszonyultál, magyarként és európerként. A rendszerváltozás forgatagában dékánhelyettesekként munkakapcsolatban lévén, sokat beszélgettünk a világ dolgairól. Akkortájt igencsak megelevenedett az Egyetem tér, ahol az Ellenzéki Kerekasztal is ülésezett. Részt vettünk többek között az MDF, a Független Jogászforum, a Nyilvánosság Klub alapításában, és bár

<sup>1</sup> In ALBERT FRUZZINA – DÁVID BEÁTA: *Emberről barátjáról. A barátság szociológiája*. Budapest: Századvég Kiadó, 2007, 38. és 43.

a Nemzeti Kerekasztalnál nem egy oldalon ültünk – s erre néhányszor tréfásan figyelmeztetttél is –, sok mindenben, a jövő alkotmányos rendszeréről hasonlóan gondolkodtunk.

Alkotmánybíróként, alapító elnökként, ha összeakadtunk az Egyetem téren, jólesett, amikor többször is rákérdeztél, mikor öltözől már be Kukó? Őszintén sajnálom, hogy nem lehettünk egy időben tagjai a taláros testületnek. Az elvi, morális, emberi méltóság alapú barátság igazolására talán még egy közösséget említenék, amelynek mindkettőnk tagjai lehetünk. Ez a Szent Márton-díjasok köre.

Sokat töprengtem azon, hogy miről írnak, mi lenne a Hozzád méltó tisztelő tanulmány. Szerettem volna írni az új Alaptörvényről, ám ismerem véleményedet, sok újdonsággal nem szolgálhattam volna. Átolvasva az *Egy elnökiség lenyomata* című kötetedet (Budapest, Századvég Kiadó, 2010), engem is megleptek az 1956-ról szóló beszédeid. Sokkal ismerősebbek voltak a jövő nemzedék iránti felelősségről, a nemzetről, az egyházakról, a határon túli magyarságról, a jogállamról és a demokráciáról szóló beszédek. Arra gondoltam, hogy a 70. születésnapod előtt két nappal hatályba lépő új Alaptörvény által alkotmányos szintre emelt legfiatalabb nemzeti ünnepünk alkotmányjogi összefüggéseiről és az államminiszter Bibó alkotmányjogi programjáról írva, méltóképp tiszteleghetek előtted. 56-os beszédeid inspiráltak erre.

Kedves Laci!

Isten éltesen sokáig, szép családot, szeretteid, tanítványaid, tisztelőid és nem utolsósorban barátaid között!

## 2. Legfiatalabb nemzeti ünnepünk az Alaptörvényben

Magyarország új Alaptörvénye, amely 2012. január 1-jén lépett hatályba, alkotmányos ünnepként tiszteli három nemzeti ünnepünket, közöttük 1956. október 23-át is. A nemzeti ünnepeket korábban törvényi szinten szabályozták (1991. évi VIII. törvény), az alkotmányozó hatalom 2011-ben általában megemelte az alkotmányjogi szimbólumok védelmi szintjét és jelentőségét. A törvényhez képest egyetlen különbség, hogy október 23-a – 1989–2012 között – egyszerre volt 1956 ünnepe és az új államforma, a köztársaság kikiáltásának napja. Ezt az összekapcsolást sokan (pl. az 1956-os szervezetek) és sokszor bírálták. Az új Alaptörvényben, bár nem változik meg az államforma, az állam hivatalos elnevezése már nem Magyar Köztársaság, hanem Magyarország. A köztársasági jelző sok szempontból vitathatóan és történelmietlenül, veszített jelentőségéből. A nemzeti ünnep sem előtte tiszteleg. 1956. október 23-a ezt követően tisztán 1956 ünnepévé válik.



Az Alaptörvény preambuluma, a Nemzeti Hitvallás szerint „Egyetértünk az első szabad Országgyűlés képviselőivel, akik első határozatukban kimondták, hogy mai szabadságunk az 1956-os forradalomból sarjadt ki”.

1990. május 2-a óta, amikor az első szabadon választott országgyűlés, első törvénnyel (1990. évi XXVIII. törvény) nemzeti ünneppé nyilvánította 1956-ot, ezt a történelmet hitelesen a nevéen nevezik, forradalomnak és szabadságharcnak hívják.<sup>2</sup>

1956-ban valóban forradalom volt, a magyar nép egységesen felkelt elnyomói ellen. Nagy Gáspár *Október végi tiszta lángok* című, egy másik nemzeti ünnepünkre, 1848-ra is utaló versében így vall erről: „Október vég... és nem akárhol! Most is március idusa lángolt egy letiport nemzet szívében...”<sup>3</sup>

1956-ban a magyarság túlnyomó többsége elismerte és kimondta az igazságot: azt, hogy életidegen társadalmi rendszert kényszerítettek rá, ahol idegen fegyverek árnyékában sok ezer hazai kis Sztálin nyomja el a szabadságát.

A kimondott igazság – ez a haza, magyar haza – visszaadta méltóságunkat. 1956-ban jó volt magyarnak lenni. A világ még ma is leginkább 56 miatt becsüli a magyar nevet.<sup>4</sup>

Nagy Gáspár versét folytatom: „Szent suhancok,, bátor tettei sokkolták a Világot! Ámultak közel és távol... Mert elszoktak már a csodáktól: hogy Dávid ismét legyőzi Góliátot!”

A huszadik század két vesztes háborúja, megalázó békeszerződései az utolsó csatlós bélyege után – 1848-hoz hasonlóan – újra felemelte fejét a magyarság. Kónya Lajos *A magyarokhoz* című versében olvasható: „Áldott légy, magyar nép, ki ... ropogó gerinccel egyenesedtél fel... Őseidhez méltó tetteid sugárzón vetődnek a világ elborult égére”.<sup>5</sup>

Néhány szó, néhány nem akármilyen szó *1956 legszebb ajándéka: a kimondott igazság, a visszanyert emberi méltóság, a ropogó gerincű felegyenesedés, a szabadság és a lelkesedés, a letisztulás, az októberi tiszta lángok, a nemzeti egység.*

1956 – 1848-hoz hasonlóan – az ifjúság forradalma is volt, a csillogó szemek, a felszabadult öröm, a lelkesedés forradalma.<sup>6</sup> 1956 kulcsszava a szabadság, a megízlelt, ha csak pillanatra is megélt, „nem félünk” közös szabadság élménye. Az Európai Parlament lengyel elnöke Jerzy Buzek nyilatkozta 1956 októberéről: „A kötelességérzetem, hogy a szabadságért küzdeni kell, a magyar forradalomhoz kapcsolódik”.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Az Országgyűlés alakuló ülésének jegyzőkönyve 1990. május 2-án, szerdán délelőtt, 10 órakor, 21–23.

<sup>3</sup> NAGY GÁSPÁR: *Október végi tiszta lángok*, oratorikus emlékezés 1956 vértanú hőseire (2004–2005). Az idézet az *I. Requiem* című részből való.

<sup>4</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Egy elnökség lenyomata. In *Íme, az örökség*. Budapest: Századvég Kiadó, 2010, 231.

<sup>5</sup> KÓNYA LAJOS: *A magyarokhoz*. *Irodalmi Újság*, 1956. november 2.

<sup>6</sup> Uo. 231. Sólyom László idézi Ottlik Géza szavait.

<sup>7</sup> Közszolgálat. *Közigazgatási magazin* I. évfolyam, 4. szám, 2011. október, 32–33.

Ahogy a magyarok, a lengyelek sem tudták elfogadni a diktatúrát saját hazájukban. Jól tudjuk, hogy a magyar forradalom a lengyelországi változásokért vállalt szolidaritás jegyében indult magyar és lengyel zászlókkal s a Bem-szobornál már százezres tömeg tüntetett október 23-a délutánján, a szabadságot követelve. Hangsúlyozni szeretném, hogy a magyar forradalom – s ez nem jellemző a világtörténelem forradalmaira – október 23-át követően letisztult, és elindult az önszerveződés, a törvényes rend útján.

Történelmi tény; november 3-án, tíz nap után megindult a fővárosi tömegközlekedés, november 5-én az üzemek felvették a munkát. Ebben a letisztult, a történelemben rendkívül ritka kegyelmi pillanatban valóban együtt volt a nemzet. Munkás és egyetemista, írók és átlálló katonák, falu és város.

Sólyom László szerint „1956-ban egyértelműen elvált egymástól a jó és a rossz”.<sup>8</sup> „1956 nagy hatással volt a jellemeke: az enyémeire éppúgy, mint másokéra. Sokat megtudhattam az emberekről.”<sup>9</sup> Aki abban a pillanatban felnőtt emberként cselekvőképessége birtokában volt, választhatott.

A parlamentben tartózkodók közül például kevesen választottak úgy, mint tette azt Bibó István. Az utcákon, a falvakban, a városokban, az üzemekben, az iskolákban, az egyetemeken, sokan – ettől nemzeti ez a történelmi ünnep.

Bibó István szép és emelkedett stílusban írja le ezt a kegyelmi pillanatot, a politikai és alkotmányjogi kibontakozást, valamint a magyar kérdés kompromisszumos megoldását kereső, november 6-án kelt államminiszteri tervezetében. „Magyarország e pillanatban a forradalom után az erkölcsi feyelemnek és a közéleti emelkedettségnek olyan állapotában van, amilyenben ezer éve nem volt, s a szovjet csapatok kivonulásának megtörténte és egy politikai és erkölcsi tekintéllyel bíró kormány intézkedései a közrend fenntartására teljességgel elegendők”.<sup>10</sup> Ezen a ponton térnek át Bibó István 1956-os szerepére és alkotmányjogi programjára.

### 3. Bibó „szemüvege”

Bibó István, az 1956-os forradalom és szabadságharc szimbolikus alakja. Litván György szerint „...ő lett – 1956 novemberében keletkezett nyilatkozataival, memorandumaival – a letiport forradalom eszmei védelmezője, 56 legfőbb hazai »tolmácsa«, képviselője a külföld számára, majd a forradalom eszméinek megfogalmazója.”<sup>11</sup>

Bibó István Nagy Imre második kormányának (1956. október 24. – november 4.) államminisztere 1956. november 2-től. Az október 30-án újjá-

<sup>8</sup> Sólyom László uo. 233.

<sup>9</sup> LENGYEL LÁSZLÓ – VÁRSZEGI ASZTRIK: *Beszélgetőkönyvecske*. Budapest: Helikon Kiadó, 1999, 13.

<sup>10</sup> SZIGETHY GÁBOR (szerk.): *Bibó István 1956*. Budapest: Holnap Könyvkiadó, 2003, 73.

<sup>11</sup> LITVÁN GYÖRGY: Bibó István az 1956-os magyar forradalomban. *Rubicon*, 2004/4, 42–46.

alakult Nemzeti Parasztpárt (Petőfi Párt) javaslatára lett a koalíciós kabinet tagja, delegálását a források szerint Keresztury Dezső javasolta azzal az indoklással, hogy „*benne van civil kurázsi*”. Több mint telitalálat az indokolás, Bibó-ban nemcsak civil kurázsi, hanem államférfiúi felelősség munkált, miniszteri megbízatását az első pillanattól kezdve alkotmányjogilag is komolyan vette, előterjesztést készített a kormány számára, amely – bár november 4-én 10 órára összehívták – sohasem ült össze. Bibó későbbi visszaemlékezésében ezen rendkívül elcsodálkozott: „...*azt éreztem, hogy ilyen rendkívüli helyzetben a minisztertanácsnak azonnal kell összeülnie, és valamit kell csinálnia... Ugyhogy a zsebemben maradt az előterjesztésem, és semmit sem tudtam csinálni.*”<sup>12</sup>

Ennél azonban jóval többet tett. Felelős államminiszterként – telefonhívásra – november 4. hajnalán megy be „örhelyére”, a parlamentbe, és a nap folyamán rádöbben arra, lényegében ő a kormány egyedül cselekvőképes tagja. Akik a parlamentben tartózkodtak, vagy kivártak, vagy elmentek. „Amikor 1956. november 4-én hajnalban mindenki menekült a parlamentből, íróasztalához ült, nyilatkozatot fogalmazott. A Kossuth Lajos téren már szovjet tankok dübörögtek, és Bibó István gondolatai erejével próbálta menteni a magyar függetlenségéből azt, amit még megmenthetőnek ítélt.”<sup>13</sup> November 4-én kelt, *Magyarok!* kezdetű, megrázóan szép és veretes nyilatkozatában így írja le saját helyzetét: „*Az országgyűlés épületében egyedül alulírott Bibó István államminiszter maradtam, mint az egyedüli törvényes magyar kormány egyedüli képviselője.*” Bibó tehát törvényesnek tekinti a kormányt, amelynek egyetlen olyan minisztere, aki a saját szavaival – a helyét is elfoglalta, lemondottnak sem tekinti magát és szabaddalban is van. Államminiszterként jegyzett nyilatkozatában felszólítja a magyar népet, hogy „...*a megszálló hadsereget, vagy az általa esetleg felállított bábkormányt törvényes felsőségnak ne tekintse, s vele szemben passzív ellenállás összes fegyverével éljen...*” Kiáll a dicsőséges magyar forradalom mellett, és felszólítja a nagyhatalmakat a magyar szabadság védelmére. Nem vérontásra, törvényességre hív fel.<sup>14</sup>

A november 6-án kelt, *Követ Úr* kezdetű (*Tervezet a magyar kérdés kompromisszumos megoldására*), majd a Nagy Imréhez írt november 11-i levélben a kormány törvényességét az 1956. október 23-ai forradalomból vezeti le, nem pedig az 1949-es Rákosi-féle alkotmányból, „amelyre való eskünek úgyszincs jelentősége.” Bibó alkotmányjogi érzékenységére és államférfiúi erényeire jellemző, hogy az utóbbi levélben – amely vélelmeshetően sosem jutott el Nagy Imréhez – a miniszterelnök utólagos hozzájárulását kéri miniszteri lépéseéhez, amit annak tudatában tett meg, hogy Nagy Imrét „visszatartották”

<sup>12</sup> Idézi LITVÁN uo. 44.

<sup>13</sup> SZIGETHY i. m. Az idézet a könyv borítójáról való.

<sup>14</sup> Uo. 57–60.

a szovjet követségen. E levélben javasolja, hogy a kormány ne lemondottnak, hanem csak erőszakkal eltávolítottak tekintse magát.<sup>15</sup>

Még miniszteri megbízatása előtt kelt *A politikai és alkotmányjogi kibontakozás útja* című nevezetes írásában (erre épül a *Követ Úr!* kezdetű államminiszteri levél is) egyértelműen kifejti, hogy a törvényesség alapján akarnak kormányozni, s a magyar forradalom legitimitása csak a népakarat szabad megnyilvánulásán alapuló modern, racionális törvényesség lehet.<sup>16</sup> Az első, október 30–31-én kelt tervezet 12 pontból, a második (a *Követ Úr!* kezdetű) hat pontból álló programot vázol fel.

E rövid írás keretében kizárólag a közjogi elképzelések vázlatos bemutatására vállalkozom. Bibónak természetesen léteztek és ismeretesek a megalkuvást nem tűrő, ám kompromisszumos elképzelései, pl. a társadalmi-gazdasági rendről, a számonkérésről, a restaurációról, a jóvátételről és sok minden akkor aktuális és megoldandó kérdéssről – többek között a szovjet csapatok kivonásáról és a Varsói Szerződésből való kilépésről.

Alkotmányjogi programjának sarokpontja az új alkotmánytörvény megalkotása, amelynek alapelvei a következők:

- a parlamentáris köztársaság állam- és kormányformája az 1848. évi III. tc. és az 1946. évi I. tc. alapján,
- a szabad választások, a miniszteri felelősség, a hatalmak elválasztása, a bírói függetlenség,
- a szabadságjogok teljessége, különös figyelemmel a szólás- és sajtószabadságra, továbbá a lelkiismereti és vallásszabadságra.

Tanulságosak az alkotmányozó hatalomra és az alkotmányvédelemre vonatkozó bibói elképzelések is. Októberi 12 pontjában még az utolsó törvényes szabad választások alapján összeült 1947. évi parlamentet jelöli meg az alkotmányos alanyaként. Államminiszteri tervezetében – az általános választások előtt – a forradalmi bizottságokra és tanácsokra épülő forradalmi alkotmányozó gyűlés mellett érvel, amely arra hivatott, hogy az alkotmányozás elveit elfogadja, esetleg államfőt választ és mindenképpen választójogi törvényt alkot.

Az alkotmányos rendszer védelmét a jövőendő többpártrendszer viszonylatában fogalmazta meg, amely gondolatrendszerében nem kizárt, hogy korlátozott lett volna. „...nem indulhat párt, amely ezeket nem fogadja el; e felett a legfelsőbb bíróság – illetve keretében megfelelően szervezett alkotmánybíróság – öröködik.”

Életművét ismerve jól tudjuk, hogy Bibó sokat foglalkozott – pl. Magyary Zoltánnal vitatkozva – a közigazgatással, annak jogszerűségével, demokratiz-

<sup>15</sup> Uo. 61–73. és 74–77.

<sup>16</sup> Uo. 46–56.

musával. 1956-os tervezeteiben is kiemelt helyen szerepel a közigazgatás újjászervezése, amely a szakszerűség alapján, a versenyvizsgarendszer általános bevezetésével történik. A közigazgatásba tömegesen bekerült diplománélküliek és „gyorsított kiképzéssel kiképzettek” helyzetét kötelező % megállapításával vélte megoldani. Pontos elképzelése volt a közigazgatás bírói ellenőrzésének visszaállítása.

1956-nak tehát alkotmányjogi jelentősége van, bár jól tudjuk, hogy a történelem esélyt sem adott egy esetleges, „'56-os Bibói alkotmány” elfogadására. Alkotmányos követelmények viszont megfogalmazódtak, és ezek leginkább Bibó István nevéhez, államminiszteri tevékenységéhez köthetők.

Bibó István, aki nem mondott le és sohasem alkudott meg a Kádár-rendszerrel, számomra nem „kétnapos” (november 2–4.) közjogi tisztségviselő, hanem az 1956-os forradalom és szabadságharc örökös államminisztere, annak a forradalomnak a jelképe, amikor együtt volt a nemzet.

A történelem nem így alakult, ezt a szabadságharcot is leverték a Nyugat-Jalta miatti hallgatása mellett. Joggal írta Bibó 1957-ben *Magyarország helyzete és a világpolitikai helyzet* című tanulmányában: Magyarország helyzete az egész világ botránnyá lett.<sup>17</sup>

Szigethy Gábor Adyval szólva azt írta Bibóról, hogy őrző volt a strázsán, Igen, 1956 cselekvő államminisztere itt is egy fejjel kimagaslott cselekvőkép-telen vagy azzá tett kortársai közül, példát mutatva emberi tartásból és civil kurázsiból a későbbi államférfiaknak is.

\* \* \*

Legfiatalabb nemzeti ünnepünket több generáció ünnepli. Élnek közöttünk a résztvevők is. Kinek-kinek rövidebb, hosszabb ideig tartott, amíg az igazság mozaikdarabkáiból összeállt a reális történelem, saját maga '56-os képe. Mert mindannyiunknak kell hogy legyen egy történelmileg valós képünk 1956-ról. Azt mondják a bölcsek, hogy ha rend van a fejekben, rend van a társadalomban is. Bibó István november 4-i visszaemlékezését idézem erről: „Dobi István sötétben közbeszólt, mondván: nagyon sokféle szemüvegen lehet nézni ezt a magyar ügyet. Én meg azt replikáztam neki, hogy sokféle szemüvegen lehet nézni, de ha az ember leteszi a szemüveget, csak egyféleképpen.”<sup>18</sup>

Ha elfogadjuk 1956 idézett igazságait, és úgy gondolom, hogy azokkal azonosulni lehet, ettől az elfogadottságtól és azonosulástól – és nem csupán a törvény, vagy akár az alkotmány betűitől válik igazán nemzetivé az ünnep.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Uo. 78–122.

<sup>18</sup> SZIGETHY i. m. 133.

<sup>19</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Az egyetlen '56-os forradalom, uo. 213–218.

ROSKA TAMÁS

## TALÁLKOZÁSAIM SÓLYOM LÁSZLÓVAL

Vannak beszélgetések és találkozások, amikről csak később derül ki, hogy mennyire bevésődnek a gondolkodásunkba. Sólyom Lászlóval több ilyen találkozásom is volt az elmúlt évtizedben. Hálás vagyok ezekért.

Az egyikből azt tanultam meg, hogy a nyugat-európai szellemi-politikai élet vezető rétegének egy része nemcsak nem érti a rendszerváltást, de direkt kellemetlen nekik erről beszélni. Ma már közismert, hogy Mitterrand francia elnökként ellenezte Németország újraegyesítését. Valójában a nyugat-európai politikai vezető réteg egy része kollaboráns volt a kommunizmussal, nem tíz évig, de évtizedekig. Abban az időben, amikor már Szolzsenyicin közzétette a Gulágról szóló műveit, sőt, amikor már amerikai emigrációjában feltárta a szovjet szellemi és fizikai terror történelmi folytonosságát, még mindig szemérmesen hallgattak erről.

Ezek után nem véletlen, de szomorúan mellbevágó volt nekem, amikor egyik beszélgetésünk során megtudtam Sólyom Lászlótól, hogy amikor az Alkotmánybíróság éppen leköszönt első elnökeként, a rendszerváltás egyik koronatanújaként (a kerekasztal-megbeszélések egyik fontos tagjaként), meghívott professzorként Bonnba került, bizony Ő is szembetalálkozott ezzel a situációval. Ahelyett, hogy mindenki csüngött volna a szavain, többen voltak, akiknek kellemetlen volt minderről beszélni. Tükröt tartott nekik, mint áruló írástudóknak – vontam le magamnak a következtetést.

Később kiderült, hogy közel azonos idő tájt voltunk fiatalon ösztöndíjasok Berkeley-ben, a „detente” idején, a 70-es évek első felében. Ő a jogi fakultáson én a villamos- és számítógép-mérnöki fakultáson. Nagyon sok hasonló élményben volt részünk. Családilag is hasonló élményeink lehettek, hiszen mindkettőnk felesége a zongoraművészet eljegyzettje, gyermekeink, unokáink hasonló korúak.

A Pázmány Egyetemen mindkettőnket izgatott, hogyan tudjuk fiatal munkatársainkat, gyermekeink korosztályát az egyetemi világban helyzetbe hozni. Világos volt a számunkra, hogy a humán- és társadalomtudományokban oly mértékű az átmentett kontraszelekció, és korábban oly szűk szellemi spektrumban lehetett a legtöbb embernek munkálkodnia, hogy a Pázmány Egyetem adottságait talán ki lehet használni egy szellemi rendszerváltáshoz

e tudományterületeken. Nagyon reális és kritikus képet kaptam Tőle a jogi tudományosság hazai helyzetéről. Ez összecsengett bennem azzal, amit a rendszerváltás első éveiben a TMB plénumán tapasztaltam. De hogyan lehet ezt a szélesebb szellemi horizontot és kutatási kultúrát legalább a doktori iskolák tagjaiban, illetve a fiatal posztdoktori korosztályban kibontakoztatni? Többek között arra gondoltunk, hogy ehhez fontos lenne speciális ösztöndíjat létrehozni. Ahhoz, hogy fiatal oktatók-kutatók a családalapítás idején tudománnyal foglalkozzanak, és ne ügyvédként, fordítóként, programozóként stb. keressék meg az egyetemi fiatal oktatói „minimálbérhez” a kiegészítést, létre kellene hozni az elit amerikai egyetemekhez hasonlóan egy speciális ösztöndíjat, mint pl. a Harvard Egyetemen a „junior fellow” ösztöndíj (a Harvard Society of Fellows keretében). Így javasoltuk ketten Fodor György Rektor úrnak egy ilyen rektori ösztöndíj létrehozását, aki nagy örömmel és lelkesedéssel elfogadta a javaslatunkat (talán 2004 végén lehetett).

Azt is terveztük, hogy ehhez az egyetem néhány professzorával meg kellene teremteni a mentori hálózatot és egy multidiszciplináris „Society of Fellows”-t (később egyik védnöke lett a Collegium Esztergom Egyesületnek, amelynek hasonlóak a céljai). Világossá kellett tennünk azt is, melyek az antropológiai premisszáink.

Pár hónappal később volt egy következő beszélgetésünk, ez már a 2005-ös köztársaságielnök-választáshoz közel volt, amikor az Ő neve is felmerült jelöltként. Megkérdeztem, hogy mi lesz ezekkel a terveinkkel, ha véletlenül Őt választják meg. Bölcsen csak azt mondta, annak kicsi az esélye, de ha mégis, az egy új helyzet, akkor ahhoz kell igazodni. Ez a nyitottság a változó, akár meglepő fordulatokra, nagyon megérintett engem.

Csodáltam határozott világos beszédeit a 2006-os őszi szavahihetőségi krízis, majd az október 23-i rendőri brutalitás idején. Csodáltam a méltóságot, ahogyan azt fogadta, hogy az akkori rektor nem engedte, hogy elnökként beszédet mondjon a műegyetemi 56-os megemlékezésen.

Élmény volt számomra, amikor elkísérhettem a belga királynál tett államfői látogatáson, amikor megrendülten együtt hallgathattuk a Leuveni Katolikus Egyetem aulájába belépve, az ottani nagy diákkórus magyarul énekelt Kodály Esti dalát és mélyenszántó bevezető gondolatait az egyetemen. Élénken emlékszem mondandójára, amikor később az Akadémián a környezetvédelem ars poeticáját hallottam Tőle a Caritas in Veritate gondolataira is rímelve. Nem rejtette véka alá morális tartásának gyökereit, de sosem kérkedett vele.

Annyi bonyolult és drámai fordulat aktív tanúja és résztvevője volt, hogy nem csoda, ha maga is, számomra, Simone Weil-i értelemben, drámai lény.

Adja Isten, hogy bölcs meditációval tudja kezelni az élet meglepő fordulatait, és családjának sokáig bölcs támasza lehessen.





**II.**  
**KÖZJOG, NEMZETKÖZI JOG**



BERKE BARNA

## BÜNTETŐ KÖZIGAZGATÁS ÉS BÍRÓSÁGI FELÜLVIZSGÁLAT

Esetek az alkotmányosság határvidékéről

Az indíttatást a tanulmány tematikájához a közös munka során megformált alkotmánybírói döntések és indokolások közül – szintén emlékezetesként őrizve a népszavazási politikai harc alkotmánybírói konszolidálását vagy az önkormányzati közművagyon privatizációjának felülvizsgálatát, a magyar jogrendszer számára terítéken volt nemzetközi jogi forrású elvek alkotmányossági felfogásának izgalmas feladatait – a 39/1997. (VII. 1.) és a 63/1997. (XII. 12.) AB határozat jelentették. Az előbbi határozatban kiemelt alkotmányossági követelmény szerint, a hatósági mérlegelési döntés megalapozását és megfelelő indokolását, és a bírói felülvizsgálat szempontjait a közigazgatási hatósági jogkör és döntési lehetőséget megállapító törvénynek, a mérlegelés szempontjainak rögzítésével, tartalmaznia kell. A másodikként említett határozat alapozta meg az Alkotmány 57. § (1) bekezdésének jelentőségét a szabálysértési határozatok bírói felülvizsgálatának alkotmányos alapjaként, azaz, hogy a közigazgatási határozatok tekintetében – a hatósági eljárás tárgya, jellege és a szankció mértéke vonatkozásában a strasbourgi metodika szerinti szempontokat hivatkozva – a büntetőjogias karakterből következő alkotmányi alapjogvédelmi követelmények az 57. § (1) bekezdése értelmében érvényesülnek, ezt a megközelítést és követelményt a határozathoz fűzött párhuzamos indokolásban Sólyom László írta le ekkor.

A jogági kereteket alapvetően felborította az Európai Unió (korábbiakban az Európai Gazdasági Közösség, majd az Európai Közösség) jogrendszerével, a gazdasági integrációs joganyag legfontosabb összetevőivel foglalkozó stúdiumok tartalma, átfogva a polgári jogi tranzakciókra vonatkozó polgári jogi és nemzetközi magánjogi szabályokat, a közhatalmi jogalkotási és hatósági cselekvés feletti kontrollként érvényesülő szupranacionális jogrend alkotmányossági és szabályozási vonatkozásait, a vállalkozásokra irányadó adminisztratív regulákat, valamint az európai szinten működő jogérvényesítés intézményi és eljárási mechanizmusait. A gazdasági verseny szerteágazó joganyagában pedig terítékre kerülhetett a magánjogi deliktumok világa a tisztességtelenségi versenyjog körében, a nemzetközi joghatóság és gyakorolhatósága kérdése, az EU jogrendszerének viszonya a nemzeti alkotmányokkal, a versenyjog alkalmazásában a közigazgatási hatósági eljárási jog teljes spektruma

a nemzeti jog és az EU-jog szintjén, a különböző intézményi és jogorvoslati rendszerek elemzése, a versenyhatósági eljárások büntetőjogias karakterének strasbourgji felfogása és következményei a védelemhez való jog és a teljes bírósági felülvizsgálat terén, a közigazgatási bírászkodás érdemi és hatékony jellegének vizsgálata, és a versenyjogi tilalmak közvetlenül bíróság előtti érvényesítése, valamint az ún. követő kártérítési igények utóbbi években felmerült lehetősége.

A gazdasági verseny korlátozásának tilalmáról szóló rendelkezések – a versenykorlátozó megállapodások és összehangolt piaci cselekvések, és a domináns piaci pozícióval való visszaélés tilalma – olyan magatartási szabályok, amelyek lényegi tartalmi jellemzőik alapján, az érvényesülésük hatósági eljárási rendje szerint, és a jogkövetkezmények represszív jellege és visszatartó funkciója miatt a büntető közigazgatás szférájába tartoznak. Nem a szolgáltató állam hatósága, nem az ügyfélbarát ügyintézés szerve a Gazdasági Versenyhivatal, amikor e tilalmi szabályokat érvényesíti a hatósági eljárásban, az eljárás alá vont vállalkozásokkal szemben. A kartelltilalom miatt eljárás alá vont vállalkozás a közigazgatási hatósági eljárásban nem azt az ügyféli minőséget jelenti, mint amit a szolgáltató közigazgatás körében tételezhetünk, például egy engedélyezési eljárásban vagy a sokféle hatósági ügyintézésben szereplő ügyféli megjelenésre gondolva. Természetesen nem csupán a versenyhatósági eljárásra kell tekintettel lennünk a büntető közigazgatásról szólva, hanem a magatartás-tilalmi szabályokat érvényesítő számos más hatóság jogérvényesítési ténykedésére is, így az alábbi jogesetekben szereplő fogyasztóvédelmi hatóság eljárásaira is.

Általánosan elmondható, hogy az európai jogfejlődésben – nagyrészt az emberi jogok térhódításával – végbement egy ún. dekriminalizációs hullám, és a hagyományos megközelítésben a büntetőjog eljárási és intézményi rendjébe illeszkedő jogellenes magatartások, a tilalmazottságuk fenntartásával, a közigazgatási hatósági eljárások keretében történő kikényszerítés és szankcionálás új rendszerébe kerültek. A tárgyi súlyuknál fogva kisebb jelentőségű szabályszegések a büntetőjog súlyosabb eseteitől leválasztott alakzatok definiálásával külön szabálysértési kódexbe tartoztak, és az „újabb” keletű szabályszegési tényállások már eleve egy közigazgatási hatósági eljárásban történő érvényesítési modellben kaptak kodifikációt (erre példák a versenytörvény, fogyasztóvédelmi törvény, reklámtörvény, tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok elleni törvény).

A tilalmazott cselekmény kisebb tárgyi súlya mellett, a dekriminalizációt igazoló másik szempont az volt, hogy ezekben az esetekben a szankció mértéke is csekélyebb. Abban a lényegi vonatkozásban pedig nyilván egyazon rendszerképző vonást osztják, hogy az állam hatóságai ex officio eljárásuk keretében a jogsértés gyanújának valószínűsítésével indítanak eljárást (infringement procedure), és jogkövetkezményként represszív, visszatartó, prevenció

célú szankciót állapíthatnak meg. A szankció mértéke tekintetében az egyes hatósági felügyeleti eljárások között jelentős különbségek látszanak a gyakorlatban, de érzékelhető egy konvergencia is, mind a jogalkotásban, mind a jogalkalmazás szintjén, a súlyosabb bírságok és a hatékonyabb magatartás szabályozó előírások alkalmazása körében. A büntető közigazgatás eljárásában az ügyfél – plasztikusabban kifejezve, az eljárás alá vont – eljárási pozíciója és garanciális jogai külön figyelmet érdemelnek, és nyilván teljesen eltérő garanciális megközelítést igényel a közigazgatási jog klasszikus ügyfél fogalma, és a jogsértési procedúrákban eljárás alá vont pozíciója. Nem kívánt mellékhatása a dekriminalizációnak, ha a formálisan közigazgatási eljárásokban kiszabott súlyos szankciók érvényesülése felett a bírósági kontroll szemlélete nem veszi figyelembe, és nem fejezi ki garanciák igénylésével ezen eljárások különös büntető jellegét (büntetőjogias karakterét, színezetét, *criminal in nature, colourisation criminelle*, ahogyan strasbourgi döntések fogalmazznak).

A büntetőjogias természetű hatósági eljárások világában az eljárás „*ex officio*” megindítása, az eljárás alá vont „ügyféli” jogainak érvényesülése, a szerzett jogok formális szűkítése és a bizalomvédelem elvének negligálása a hatósági jogértelmezés megváltozása miatt visszavont határozatok és későbbi szankcionálás megítélése, a bírósági felülvizsgálat mérlegelési bizonytalanságai, valamint az érdemi bírósági felülvizsgálat hiányának esetei állnak a jelenlegi tisztelgő írás középpontjában, most nemcsak a könyvtárakban tanultak alapján, hanem a bírósági tárgyalótermekben tapasztaltakat felidézve ebben a tematikai keretben.

### **1. A hatósági jogértelmezés változása és az elhárított bírósági felülvizsgálat**

A közigazgatási határozat „hivatalbóli jogorvoslata” lehet a módosítása vagy a visszavonása és új eljárásban újabb határozat meghozatala. Az alábbiak kontextusában, az esetekre irányadó hatályos jog szerint, a hatóság visszavonó határozata érdemi határozatnak minősült, és az alkotmányossági szempontból is releváns problematika arról szólhat, hogy a hatóság a saját korábbi jogértelmezésének és joggyakorlatának megváltozása miatt jogszabálysértésre hivatkozással miként vonhatja vissza a határozatait, a jogszabálysértésre alapozó hatósági visszavonó aktust mennyiben ellenőrzi jogszerűségében a bíróság, és a korábbi határozatában jogszerűnek mondott magatartást a hatóság milyen korlátok mellett szankcionálhatja a visszavonás utáni új eljárásban hozott határozatában. Mindezen szempontokat a hatósági felügyeleti eljárások világában vizsgáljuk, amikor a dekriminalizáció jegyében közigazgatási hatóság jár el magatartás-tilalmi szabályok megsértése miatt, vizsgálati-tényfeltárási kötelezettsége és intervenciók jogosítványai alapján, és megtorló-visszatartó jellegű szankciót alkalmazva.

A közigazgatási hatósági eljárásról szóló, 2004. évi CXL. törvény (Ket.) 114. § a közigazgatási hatósági határozat visszavonásának akadályai sorában két anyagi jogi feltételt rögzít: a határozat jogszabálysértő volt a meghozatalakor, valamint a visszavonás jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogot nem sérthet. Lévén érdemi határozat (a jelen összegzés alapjául szolgáló joggyakorlat szerint hatályos Ket. alapján), a visszavonó határozat törvényességének ellenőrzése az említett anyagi jogi feltételek értékelését is szükségessé teszi a bírósági eljárásban, mert csak így valósul meg az érdemi felülvizsgálat követelménye. Amennyiben a bíróság kizárólag a visszavonás eljárási feltételeit vizsgálja, akkor a felülvizsgálatot a formális jogszerűsége korlátozza, alapvetően az Alkotmány 57. § (1) bekezdése – és 50. § (2) bekezdése – sérelmét eredményezően.

A visszavonó határozat érdemi bírósági felülvizsgálata során a bíróság által nem megkerülhető anyagi jogi kérdés, hogy a visszavont határozat jogszabálysértő-e, milyen jogszabályt sért meg, és e jogszabálysértésnek a visszavonó határozatában a hatóság megfelelő indokolását miként adta. Érdemes lehet rámutatni, hogy valójában milyen kérdésben kell állást foglalnia a bíróságnak. A visszavonó határozat felülvizsgálata tárgyában indult perben a visszavont határozat jogszerűségét vizsgálja-e a bíróság, vagy pedig „csak” a visszavonó határozatban megjelölt jogszabálysértés fennállását és alkalmasságát arra, hogy az a visszavont határozat jogszabálysértő voltát megalapozza, ami a visszavonás törvényességi mércéje egyben. Nyilván ez utóbbi vizsgálatával foglal állást a bíróság a visszavonó határozat jogszerűségéről.

Ebben a felülvizsgálatban a bíróság reflexíven egymásra vetíti a határozat meghozatalakor fennállt jogot a visszavonás anyagi jogi indokával, és megállapíthatja, hogy a határozat jogszabálysértő volt, és ezt a visszavonó aktus ok szerűen és az akkori helyes jogot hivatkozva bemutatja, mint jogszabálysértést (ami a visszavonás anyagi jogi feltétele). Azaz, a bíróságnak nem a visszavont határozatot kell felülvizsgálnia, nem az abban foglalt jogi álláspontnak a bíróság általi megítélése a kérdés, hanem az, hogy a hatóság által hivatkozott indok jogszabálysértővé teszi-e a visszavont határozatot, vagy sem. Az indok lényegében a jogszabály megjelölése, amivel a korábbi határozat ellentétes.

A közigazgatási határozat jogszabályszerűségét a meghozatalakor hatályos anyagi és eljárási jogi szabályok alapján kell megítélni. Számos törvényhely, így a reklámtilalmi szabályok esetén is, az általános absztrakt normaszöveget a hatóság jogértelmezése határozza meg. Törvényértelmezésre tartozó kérdés lehet, hogy milyen körülmények mellett tekinthető sajtótermékben közzétett reklámnak egy kereskedelmi kommunikációs tájékoztatás. A hatósági jogértelmezési álláspont több hasonló esetben hozott határozatban is megjelenítve állást foglalt a jogkérdésben, és az adott reklámközlést nem találta jogsértőnek. E határozatok meghozatalát követően ugyanaz a hatóság a jogértelmezését megváltoztatta, a jogsértést nem észlelő korábbi határozatait visszavonta, és új eljárásban ugyanazon törvényhely eltérő értelmezésével jogsértést állapított

meg, és ugyanazon tényállásra szankcionáló határozatokat hozott. A visszavonás anyagi jogi indoka, a korábbi határozata jogszabálysértő jellege, kizárólag abban állt, hogy a saját maga jogértelmezését megváltoztatta.

Kérdés, hogy mennyiben lehet a korábbi határozat meghozatalát követően, ugyanazon törvényi rendelkezésről kialakított új hatósági jogértelmezés a jogszerűségi mércéje a korábbi határozatnak, és egyben a visszavonó határozat megfelelő indoka. A korábbi, és az előbbi kontextusban visszavont határozat a meghozatala idején a hatóság saját jogértelmezése szerint jogszerű volt. A tényállás és a jogkérdés tekintetében számos hasonló bírósági felülvizsgálati eljárás volt folyamatban, különböző bíróságok előtt, amikor a hatóság – általánosan megváltoztatva korábbi jogértelmezését – egyetlen ítélet alapján mindegyik hasonló ügyben meghozta a visszavonó aktust, majd az újabb szankcionáló határozatot, az eredeti tényállás alapul vételével (és addigra már befejeződött magatartást bíróságotva).

A visszavont határozatok tehát a hatóság szerint jogszabálysértőek voltak, mert a maga korábbi törvényértelmezéséhez képest egyetlen bírói ítélet más értelmezésre helyezkedett (bár ezt az ítéletet a visszavonó határozatokban esetenként meg sem nevezte). Kérdés, hogy ilyen körülmények mellett, mennyiben mondható ki, hogy a hatóság eredeti jogértelmezési álláspontja szerinti jelentése az adott törvényhelynek jogszabálysértő volt, és milyen eljárásban, milyen döntés következtében lehet erről az anyagi jogi visszavonási feltételről definitív pozícióra jutni (nyilvánvalóan nem egyetlen elsőfokú bírósági ítélettel). Miként fejezhető ki az árnyalat, hogy vajon az ilyen jogértelmezési változtatások esetében mennyiben különbözik a hatóság általi visszavonás és majd új határozatban szankcionálás, attól, ha a bíróság helyezi hatályon kívül a határozatot eltérő jogi álláspontja miatt és rendel el szankcionáláshoz vezető új eljárást (és ennek során a bírósági jogorvoslati utakat is bejárva lesz végleges autoritás az adott rendelkezés értelmezéséről). Továbbá, mikor beszélhetünk arról, hogy az értelmezésre nyitott törvényi rendelkezés jelentése immár egyértelműen azonosítható, minek következtében egy másik jelentése jogszerűtlennek minősül.

A visszavonó határozat bírósági felülvizsgálata során lehet választ keresni az előbbiekre. A visszavonás anyagi jogi feltétele, a korábbi határozatbeli jogszabálysértés – ésszerű várakozás alapján – megítélést kell hogy kapjon e bírói felülvizsgálat során, mivel a visszavonó határozat törvényessége az anyagi jogi feltételei teljesülésétől is függ, tehát attól, hogy az eredeti határozat jogszabálysértő jellegét megfelelően megalapozza.

A Fővárosi Bíróság szerint, a visszavonó határozat törvényességét elbíráló perben nem vizsgálható az a kérdés, hogy a hatóság vajon helytállóan állapította-e meg azt, hogy a visszavont határozata jogszabálysértő.<sup>1</sup> Ezért a vissza-

<sup>1</sup> Fővárosi Bíróság 24.K.33.536/2008. Lásd még hasonlóként: Pest Megyei Bíróság 5.K.26.740/2008.

vont határozat jogszerűségére vonatkozó minden érvet mellőzött, így valójában a visszavonás legelső anyagi jogi feltételét bármiféle vizsgálat nélkül teljesítettnek tekintette, pusztán a hatóság arra való hivatkozásával, de azt tartalmilag nem értékelve. Így viszont a visszavonó határozat jogszerűségét érdemben nem ellenőrizte, érdemi bírósági felülvizsgálatot nem végzett. Felülvizsgálati eljárásban a Legfelsőbb Bíróság (hangsúlyozva, hogy az eldöntendő kérdés az, hogy a hatósági határozat megfelel-e a törvényi előírásoknak), azt emelte ki, hogy a perben kizárólag eljárásjogi szempontból volt értékelhető a visszavonó határozat. Azaz, a Ket. 114. § anyagi jogi feltételein egyszerűen tudatosan átlépett, nem vizsgálta a visszavont határozat kapcsán a visszavonáskor állított jogszabálysértést, leírva, hogy arról nem dönthet, hogy a visszavonás indokául szolgáló jogszabálysértés valóban fennállt-e, mert így egyúttal a visszavont határozat érdemében is döntene.<sup>2</sup>

Még arról is érdemes megemlékezni e legfelsőbb bírósági ítélet kapcsán, hogy a bírói tanács szerint, ugyan csupán eljárásjogi szempontból kellett a visszavonó határozat jogszerűségét vizsgálni (hibásan negligálva ezzel a Ket. 114. § anyagi jogi feltételeit), de az érdemi felülvizsgálat így is megtörtént. A legnyilvánvalóbb contra legem megközelítés ez az állítás, mert a visszavonó határozat törvényességét a bíróság nem vizsgálta felül, nem bírálta el annak első anyagi jogi feltételét. Az ítéleti megközelítés egyfajta hatáskörelvonást lát abban, ha a visszavonás jogszerűségéről a Ket. 114. § minden feltételét elbírálvá döntene, mert a visszavonással a hatóság új eljárást rendelt el, és majd abban dönt az ügy érdemében. Azonban semmiféle hatáskörelvonást nem jelent az, nincs ilyen értékelhető aggály azért, mert a bíróság érdemben döntene a visszavonás jogszerűségéről, ez nem elvonása, hanem egy különálló előkérdése az újabb hatósági cselekvés jogszerű lehetőségének (ha a visszavonó határozat törvényt sértő, nem lehet új eljárás sem). Azt is minden tartalmi kontroll igénye nélkül engedné ez az ítélet egy sommás megállapítással, hogy a hatóságok egyetlen bírósági ítéletre hivatkozva – de nem is nevesítve azt a határozatban – megváltozott joggyakorlatról beszélhessenek, és a korábbi határozataikat visszavonják, a maguk új jogértelmezésével szankcionálva aztán az új eljárásokban.

A Legfelsőbb Bíróság egy másik tanácsa részben eltérő indoklást alkalmazott, amennyiben a Ket. 114. § (1) bekezdésében írt anyagi jogi feltételt releváns és vizsgálandó alapkategóriának tekintette, ám elégségesnek tartotta a jogszabálysértés miatti visszavonás törvényes indokául azt, hogy a hatóság a saját jogértelmezése megváltozására hivatkozott.<sup>3</sup> Az ítélet másik tétele szerint, amennyiben a visszavonás indokául szolgáló jogszabálysértés tényleges fennállásáról döntene a bíróság, akkor az a közigazgatási szerv hatáskörének el-

<sup>2</sup> Legfelsőbb Bíróság Kfv.IV.37.593/2009.

<sup>3</sup> Legfelsőbb Bíróság Kfv.II.37.481/2009.



vonását jelentené. Tehát akkor „a jogszabálysértés tényleges fennállásáról” nem is szabad a bíróságnak döntenie – lám, kibukik ebben az indokolásban is az érdemi felülvizsgálattól való elzárkózás. Továbbá itt sem egy elkülönült előkérdésként látta a bíróság a visszavonás jogszerűsége felőli döntést, hanem érthetetlenül hatáskörrelvonást látott benne eleve, holott a hatáskör gyakorolhatóságának szokványos előfeltételéről van szó.

Mindezek a bírósági fejlemények összességükben közelíthetnek a hatósági jogalkalmazói önkényesség lehetővé tételéhez, amit a törvényi kritériumokat átlépve, az érdemi felülvizsgálatot el nem végző felülvizsgálat miatt. E bírósági megközelítés szerint ugyanis, nincs gátja annak, hogy például kifejezetten a szankció mértékére vonatkozó – általánosan az eset összes körülményére vagy példálózó szempontokra utaló – rendelkezések újabb értelmezése miatt a hatóság visszavonja korábbi határozatát, és újabb értelmezés szerint szigorúbb szankciót állapítson meg ugyanazon tényállásra. A visszavonás törvényességét, illetve a korábbi határozat jogsértő jellegét vagy annak hiányát, a bemutatott bírói gyakorlat nyugtalanítóan vizsgálat nélkül hagyja.

A Ket. jelenleg hatályos szabályai<sup>4</sup> következtében is azt láthatjuk, hogy az új eljárásban hozott határozat bírósági felülvizsgálata nem jelent feltétlenül orvoslást a visszavonó vagy módosító döntés jogszerűtlenségére. Az új eljárásban meghozott közigazgatási határozatokkal szembeni bírósági felülvizsgálat során a bíróság a felülvizsgálat tárgyául szolgáló határozat jogszerűségét vizsgálja, ám ennek keretében a határozat meghozatalához alapul szolgáló visszavonó és új eljárást elrendelő végzés jogszerűségéről való állásfoglalást visszautasítja, mivel az egy elkülönülő, másik eljárásban hozott döntés. Így nincs annak törvényességi kontrollja, hogy milyen okból ismétlődik meg a hatósági eljárás, és így a visszavonás törvényi anyagi jogi korlátai tiszteletben tartására nincs – bíróság előtt sem – garancia.

Az új eljárásban hozott határozattal szembeni jogorvoslat a visszavonó végzésnek az új határozatban is kifejezésre jutó, és tetten érhető jogsértő elemét orvosolhatja. Ugyanakkor, ha az új eljárásra utasításra a megváltozott szankciós szabály értelmezésének megváltozása miatt kerül sor – amely változás viszont az eredeti határozatot nem teheti jogsértővé – a visszavonás anyagi jogi feltételének hiánya, és így az új eljárás jogalapja bíróság előtt nem peresíthető. A korábbi, visszavont határozat jogszerűségét bíróság nem vizsgálja, ezért ha az új hatósági határozat megtöbbszörözi a bíróság összegét, a bíróság a jogszerűségének felülvizsgálata során ezt az új mérlegelést abban a vonatkozásban nem ítéli meg, hogy erre egyáltalán volt-e jogalap (mert a visszavont határozat szerinti bíróság törvénytörtő volt), hanem kizárólag az új határozati szank-

<sup>4</sup> Az olyan visszavonó, módosító döntésekkel szemben, amelyek az elsőfokú határozatot megsemmisítik, és új eljárásra utasítanak, a Ket. 105. § (2) bekezdésének 2009. október 1. napjától hatályos szövege szerint végzés formájában, nincs bírósági felülvizsgálat.

ciót vizsgálja – a szűken értelmezett törvényesség szempontjából korlátozottan, de a hatósági mérlegelés célszerűségét, arányosságát általában nem „felülmérlegelve” (bár néha „újramérlegelve”).

Haladva tovább ugyanabban az ügyfolyamban, és nézzük a bírósági álláspontot a szerzett jogok, illetve a bírságszankció mérlegelése körében, az alkotmányi bizalomvédelem eljárásjogi relevanciáját felvetve.

## 2. A bizalomvédelem mint eljárási garancia – a jogalkalmazási politika változásában

A határozat visszavonása mögött meghúzódó indok és cél a jogszabálysértés orvoslása. Ez olvasható ki a Ket. 114. §-ához fűzött jogalkotói indokolásból, a Kommentár releváns értelmezéséből és a 2/2000. (II. 25.) AB határozat indokolásából is. A joggyakorlat megváltoztatásának módjára, feltételeire, a fokozatosság és a kiszámíthatóság érvényesülésére vonatkozóan nincs megfelelő jogintézmény jelenleg.<sup>5</sup> A hazai alkotmánybíráskodásban a szerzett jogok problematikája – és az önálló döntési alapként bizonytalanul szolgált bizalomvédelem – a tulajdonhoz való jog keretében jelent meg és maradt lényegében.<sup>6</sup> A jogbiztonság követelményéből levezetett szerzett jogok és a bizalomvédelem fogalmának taglalásakor a jogszabályok állandóságába vetett várakozás jelenti a kiindulást, és a korlátozás indokának és arányosságának vizsgálatából áll – a tulajdonvédelmi kontextusban értelmezett – alkotmányossági értékelés.<sup>7</sup>

A bizalomvédelem követelménye, a védelemben részesítendő várakozás, bizakodás (*legitimate expectation*) nem csupán a jogalkotásra, a jogszabályok tartalmának változtathatóságára vonatkozó korlátozás lehet, hanem az adminisztratív hatóságok aktusai, gyakorlata vonatkozásában is jelentőséggel bírhat.<sup>8</sup> A közigazgatás hallgatása még vitathatóan tartozhat ebbe a körbe, de a jogalkalmazó politikája-gyakorlata már eredményezhet a bizalomvédelem alá tartozó jogi pozíciókat, legnyilvánvalóbban az olyan esetekben, amikor a közigazgatási határozat kifejezetten megállapít valamilyen jogosultságot, vagy a határozati rendelkező rész állást foglal a konkrét cselekvésről, aminek tanúsítását jogszerűnek mondja. Ha a jogosultság címzettje jóhiszeműen járt el, a határozat visszavonása és az új eljárásban hozott határozat tartalma a bizalomvédelem elvéből kibontható követelményeknek is meg kell feleljen.<sup>9</sup>

Vizsgálatra érdemes, hogy a jogsértés gyanújával hivatalból indult hatósági eljárásokban a jogsértés hiányát megállapító határozat visszavonása, és ugyan-

<sup>5</sup> JAKAB ANDRÁS (szerk.): *Az Alkotmány kommentárja*. I. kötet. Budapest: Századvég, 2009. 185.

<sup>6</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest: Osiris, 2001. 653–658.

<sup>7</sup> JAKAB ANDRÁS (szerk.) i. m. 188–192.

<sup>8</sup> JOHN A. USHER: *General Principles of EC Law*. Longman, 1998. 55.

<sup>9</sup> TAKIS TRIDIMAS: *The General Principles of EC Law*. OUP, 2000, 169–170, 192–201.

azon tényállásra vonatkozóan, ugyanazon rendelkezés módosított értelmezése folytán meghozott marasztaló határozat vonatkozásában a bizalomvédelem követelménye milyen korlátozást jelenthet a hatóság számára. A visszavonás törvényes indokát, anyagi jogi feltételét a hazai bíróságok nem vizsgálták, amikor a visszavonó aktus érdemi határozatnak minősült, és nincs külön jogorvoslat ellene, ha nem számít érdemi határozatnak. A jogértelmezés módosulására vagy a jogalkalmazási politika megváltozására alapított visszavonás törvényessége felett tehát nincs érdemi bírósági kontroll. A bizalomvédelem alkotmányossági követelménye a példaként állított esetben az eljárás alá vont számára valamilyen „jogosultságot” mégis eredményezhet. Értelmszerűen nem akadályozza meg eleve a „legitimate expectation” követelménye, hogy a jogalkalmazási politika vagy a jogértelmezés a hatóságok gyakorlatában megváltozzon, arról viszont szólhat a bizalomvédelem eljárási garanciális vonatkozása, hogy ebben a változtatási folyamatban, a változtatás megvalósítása során milyen az eljárás alá vont jogi pozíciója.<sup>10</sup>

A hivatalbóli döntés-felülvizsgálatot jelentő visszavonás korlátozásaként a Ket. 114. § (3) bekezdésében írt, jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogok védelme szűken érvényesül, mert a bírósági gyakorlat szerint szerzett jognak csak az a jog tekinthető, amely a határozat révén jön létre, abból fakad, valamint a jognak gyakorolhatónak kell lennie, vagyis olyan cselekedet végzésére kell feljogosítania, amit annak jogosultja a határozat meghozatala előtt nem végezhetett. Adott magatartás tekintetében a jogsértés hiányának kimondása és bírság ki nem szabása, vagy valamilyen kötelezettség alóli mentesülés nem tekinthető jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jognak. A Ket. kommentár a jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogok védelméről a jogot megállapító határozatokhoz kapcsolódóan szól, elhatárolva a kötelezettséget megállapító határozatoktól, mivel „kötelezettséggel terhelt ügyfelek nem hivatkozhatnak arra, hogy jóhiszeműen szerzett és gyakorolt joguk van a törvénysértően megállapított (például a törvény szerint járónál alacsonyabb összegű) kötelezettség teljesítésére”. A visszavont határozat ugyanakkor nem tekinthető kötelezettséget megállapító, joghátrányt kiszabó határozatnak, így az kötelezettség alól mentesítőként sem értékelhető, hanem az adott magatartás jogszerűségét mondta ki, és ezzel a joghátrány nélküli tanúsításának lehetőségét.

Hivatkozhatóak olyan legfelsőbb bírósági ítéletek, amelyekből a szerzett jog koncepciójának egy tágabb értelmezése mutatkozik.<sup>11</sup> Az indokolás szerint, az azonos tényállásból levont új vámjogi következtetés a kétségkívül jóhiszeműen eljáró felperes törvényben biztosított jogát nem sértheti. A jóhiszeműen

<sup>10</sup> ROBERT THOMAS: *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*. Hart, 2000, 59–61. (legitimate expectation relates to the position of the applicant within the change of policy). Lásd még: SOREN SCHONBERG: *Legitimate expectations in administrative law*. OUP, 2000.

<sup>11</sup> BH 1995. 125. és BH 1998. 621. sz. közzétett ítéletek.

szerzett és gyakorolt jogok megsértését eredményezte az a hatósági gyakorlat, amely a tényállás változatlansága mellett annak újbóli értékelése eredményeképpen utólagos vámfizetési kötelezettséget írt elő. Egy másik ítéletben a jóhiszeműen szerzett jogok védelmét annak alapján utasította el a Legfelsőbb Bíróság, hogy az illetékkedvezmény feltételeinek teljesítéséről tájékoztató hatósági levél sem formáját, sem tartalmát tekintve nem minősült hatósági döntésnek, így arra alapítottnak jóhiszeműen szerzett jog nem volt szerzhető.<sup>12</sup> Azaz, ha formális hatósági döntésről lett volna szó, amely a kedvezmény feltételeit alkalmazza, alkalmas lehet arra, hogy szerzett jogot keletkeztessen.

A bírósági gyakorlat szerint nem lehet a szerzett jogok védelméről abban az esetben, ha a határozat a hatóság törvényértelmezése szerinti jogszerű cselekvés mibenlétét, feltételét állapítja meg, az adott tényállás alapulvételével (a hatóság hosszabb ideje fennálló gyakorlata szerint). A vállalkozás pedig a magatartását jogszerűnek értékelő hatósági határozatok alapján alappal és joggal bízhatott ezen értékelés helyességében és fennmaradásában. A bírósági megközelítés kizárólag arra figyel, hogy a határozat rendelkező része a konkrét jogot biztosító döntést hordozzon (mint például egy építési engedélyt adó határozat esetében), de nem tekinthető jogszerzésnek egy, a cselekmény elbírálására vonatkozó jogi álláspontot rögzítő határozat, így az utóbb – változatlan jogszabályi rendelkezés esetén is, új jogértelmezést adva – megváltoztatható.<sup>13</sup> Egy másik ítéleti álláspont szerint, függetlenül a korábban jogszerűtlenséget meg nem állapító hatósági aktustól, annak címzettje nem szerzett jogot a hatóság által jogszerűnek minősített magatartás tanúsítására, és ugyanez a magatartás később aggály nélkül szankcionálható egy újabb határozatban.<sup>14</sup>

A Ket. 1. § (4) bekezdése általánosan irányadóan alapvető szinten mondja ki, hogy a közigazgatási hatósági eljárás alapelve a jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogok védelme, amit a Ket. 114. § (3) bekezdése meghatározott alkalmazási körben konkretizál. A közigazgatási hatósági eljárás alapelveként érvényesülő ezen eljárási garancia, a funkciójára tekintettel, nyilván nem megszorítóan értelmezendő, hanem lényegi tartalma szerint az alkotmányi alapú bizalomvédelem jogintézményeként kellene hogy érvényesüljön. Az idézett bírói gyakorlathoz képest megfogalmazható tágabb jelentésben védelmet adva a közhatalmi-hatósági aktusok címzettjei számára.

A 2/2000. (II.25.) AB határozat értelmében a jogbiztonság nem csupán az egyes normák egyértelműségét követeli meg, de az egyes jogintézmények működésének kiszámíthatóságát is. Ezért alapvetőek a jogbiztonság szempontjából az eljárási garanciák. A visszavonás a törvényesség biztosítását szolgáló jogintézmény, a jogsértő közigazgatási határozat orvoslását célozza. Az AB

<sup>12</sup> BH 2008. 349. sz. ítélet.

<sup>13</sup> Ezt mondja ki például a Legfelsőbb Bíróság Kfv.II.37.481/2009/9. sz. felülvizsgálati ítélete.

<sup>14</sup> Legfelsőbb Bíróság Kfv.IV.37.593/2009/6.

határozat ugyanakkor hangsúlyozza, a jogbiztonság garanciája körébe tartozik a jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogok védelme. A jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogok védelme ezen intézmények esetében azt jelenti, hogy a törvényhozó a jogbiztonság követelményét a törvényesség követelménye elé helyezi. Hatályosulni enged jogszabálysértő határozatoknak annak érdekében, hogy a határozatból jóhiszeműen jogot szerző jogalanyoknak a már végrehajtott határozat megsemmisítésével, megváltoztatásával kárt ne okozzon.

Az alkotmányossági értékelésben a jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogok védelme terén a hivatalbóli döntés-felülvizsgálathoz kapcsolódóan biztosított eljárási garancia lényeges elemében sérülne, ha az csak kizárólag az engedélyezési típusú, kérelemre indult eljárásokban lenne felhívható, viszont az eljárás alá vont vállalkozás szankcionálását célzó eljárásokban nem érvényesülhetne. Hatósági jogalkalmazói aktusról van szó egy értelmezett rendelkezés alapján meghozott olyan határozat esetében is, amely a vizsgált magatartás jogszerűségét állapítja meg, és teszi lehetővé ennek megfelelően a címzettek addigi és további cselekvését. Addig, amíg a hatóság a jövőre nézve az adott kérdésben más jogi álláspontot el nem foglal, amit természetesen érvényesíthet, és ennek alapján megtilthatja a korábban általa jogszerűnek tekintett tevékenység folytatását, és e „pro futuro” tiltás megszegése esetén bírságot is kivetethet a tilalom kimondása utáni időszakban tanúsított jogsértés miatt.

A Ket. 1. § (2) bekezdése értelmében a közigazgatási hatóság a hatásköre gyakorlásával nem élhet vissza. Az 1. § (3) és (4) bekezdése továbbá a hatóság számára a közigazgatási eljárás során előírja az ügyfél jogának, jogos érdekének és a jóhiszeműen szerzett és gyakorolt jogainak védelmét. A Ket. 4. § (1) bekezdése alapvetően rögzíti a tisztességes eljárásból való jog védelmét – benne az alkotmányi alapú bizalomvédelem elvét is. A hatósági gyakorlatnak megfelelően kialakított, illetve a hatóság által jóváhagyottan végzett tevékenységre vonatkozóan megállapíthatóan kiterjed az alkotmányossági gyökerű „bizalomvédelem” elve, amit a jogbiztonság alkotmányos követelménye és a Ket. alapvetően rögzíti a közigazgatási hatósági eljárásban is érvényesít. Az elvi követelmény pedig abban áll, hogy a hatóság határozatában foglaltakat betartó, magatartását a meghozott hatósági döntésre alapozó és azzal konform módon cselekvő jogalanyok számára bizalomvédelmi pozíció keletkezik, aminek következtében a döntéshozó hatóság adott kérdésben megváltozott jogértelmezése nem adhat minden korlát nélkül alapot arra, hogy a korábbi határozatnak megfelelően tanúsított jogkövető magatartást a később megváltoztatott joggyakorlata alapján szankcionálja. Szankciót kizárólag a megváltozott – és megismerhető – joggyakorlatot követően tanúsított és a megváltozott joggyakorlat alapján jogsértőnek értékelt későbbi tényállásokra alkalmazhat a hatóság.

Nem az a lényegi kérdés, hogy a cselekvés jogszerűségét kimondó határozat vajon abban az értelemben jogot megállapító döntés, mint ahogyan a bí-

rósági gyakorlat általában azt követeli meg, hogy az adott jogot maga a határozat konstituálja, és az ügyfél annak alapján rendelkezik valamilyen joggal, amit annak hiányában nem gyakorolhatott. A fenti esetekben „legitim várakozás”, hogy ugyanazon magatartás tanúsítása miatt a hatóság ne állapíthasson meg később jogsértést – ugyanabba a tényállásba visszahelyezkedve és ugyanazon törvényhelyet a maga megváltozott jogértelmezésére hivatkozva immár szankcionálásra vezetően alkalmazva.

Az alkotmányi alapú bizalomvédelem, mint eljárási garancia, tekintetében nem látunk alappal megtehető különbséget például egy építési engedélyezési határozat vagy a versenytörvény szerinti fúzióengedélyezési határozat szerinti „jogalapítás” (amikor a határozat alapján egy adott cselekvés véghezvihető), és törvényértelmezéssel kialakított azon határozat között, amiben egy tilalmi szabályt konkrét tényállásra értelmezve a hatóság a vizsgált magatartást illetően jogsértést nem állapít meg. Utalhatunk arra is, hogy a versenyjogban kifejezetten ismert a jogellenesség hiányát megállapító határozat (ez az affirmatív konklúzió a rendelkező rész), ami szintén nyilvánvalóan a jogszerűséget állapítja meg, és teszi ezzel lehetővé a magatartás tanúsítását – és ezt az értékelést az eredeti tényállásra vonatkozóan csak a tényállás releváns új elemének felmerülése változtatja meg.

A korlát pedig, amit a bizalomvédelem követelményéből adódóan állíthatunk a hatósági cselekvés számára az itt bemutatott szituációkban, abban áll, hogy – elismerve a jogalkalmazási politika vagy a jogértelmezés megváltoztathatóságát – egy korábban elbírált és jogszerűnek kimondott cselekmény miatt, ugyanazon tényállásba visszalépve szankcionáló határozatot nem lehet hozni. Tehát a hatósági gyakorlatnak megfelelően felperes magatartását jogszerűnek minősítő határozat által keletkeztetett bizalmi pozíció védelme végett legalább annak kimondása szükséges, hogy a visszavont határozatban megjelentett hatósági álláspontnak megfelelően, annak jogszerűségében bízva tanúsított magatartás az új jogértelmezés megjelenése előtti időszakra vonatkozóan nem szankcionálható.

Ha a kellő törvényi alappal visszavont határozat utáni új eljárásban, a saját korábbi jogértelmezését a hatóság megváltoztatva jogsértést állapít meg egy ún. felügyeleti hatósági eljárásban, akkor a vizsgált magatartás jogszerűtlenségét kimondva azt a jövőre nézve tilthatja meg, és szankciót e tilalom megszegése miatt alkalmazhat – de nem bírságot, a korábban jogsértést meg nem állapító határozat alapján tanúsított magatartás miatt. Az elv megfogalmazása mellett az külön kérdés, hogy e követelményt melyik határozattal szembeni bírósági felülvizsgálat során lehet érdemben érvényesíteni, a visszavonó határozat, ha önmagában még nem sért jóhízeműen szerzett és gyakorolt jogot, az új eljárásban hozott szankcionáló határozat már sérti a Ket. alapelveként álló jóhízemű eljárás követelményét, és az alkotmányi bizalomvédelem sérelme miatt az Alkotmány jogállamiság-klausuláját.

A joggyakorlat módosulása, egy rendelkezés értelmezésének megváltoztatása esetén – hasonlóan a visszaható hatály tilalmának a jogszabályok, a jogalkotás számára érvényesülő korlátjához<sup>15</sup> – a büntető közigazgatás hatóságainak jogalkalmazásában is korlátként kell érvényesülnie annak az elvnek, hogy az eljárás alá vont szempontjából hátrányosabb jogértelmezés kialakítása esetén a korábban meghozott határozat egyáltalán nem vonható vissza, és a terhére nem is módosítható. Az absztrakt magatartás-tilalmi törvényi rendelkezések értelmezett jelentésének a megállapítása, majd megváltoztatása és szankcionáló érvényesítése egy korábban már kedvezően megítélt tényállásra – az itt tárgyalt garanciális vonatkozásban – lényegileg azt veti fel, hogy a büntetőjogias karakterű közigazgatási hatósági eljárásokban is érvényesülnie kell annak, hogy az eljárás alá vont számára hátrányosan megváltozott jogot – jogszabályt vagy jogértelmezést ugyanúgy tekintve – korábbi cselekményére nem lehet alkalmazni. Erről a tézistről kellett volna szólniuk a bírósági ítéleteknek a visszavonás anyagi jogi feltételének értékelésekor, azonban ennek vizsgálatát eleve elhárították, így nyíltan törvénytörően nem ellenőrizték a visszavonó határozat jogszerűségét.

Külön védelmi vonalként építhető fel a bizalomvédelem elvére történő hivatkozás, immár csak abból a célból, hogy az ilyen előzmények után lefolytatott új eljárásokban hozott határozatokban kiszabott bírságok törvénysértőek, de ez az alkotmányi gyökerű érv nem talált megértésre a bíróságokon. Negligálva a bizalomvédelem követelményéből eredően a bírságolás alóli immunitásra hivatkozó érveket, ezeket nem is taglalva az ítéletben, lakonikusan annyi indokolással jogszerűnek és mértékében is megalapozottnak mondván a fenti körülmények között az újabb határozatban kiszabott bírságot, hogy a hatóság megfelelően indokolta azt, amikor egyetlen indokként a visszatartó erejű bírság szükségessége szerepelt az újból megítélt régi cselekvés megbírságolásának indokaként. De a bírságindokolási mérlegelés szerteágazó gyakorlata már egy másik fejezet nyitánya.

### **3. Egy új bírságpolitika alkalmazása megismételt eljárásokban – bírósági érzékenység nélkül**

A szankció a jogellenesen tanúsított magatartás következménye. A hatóság által a visszavont határozat utáni új eljárásban szankcionált magatartás a tanúsítása idején, mindaddig, amíg a hatósági aktusokban kifejezett joggyakorlat

<sup>15</sup> A 119/B/1992. számú AB határozat szerint a jobbiztonság feltétele, hogy állampolgárral szemben csak az elkövetés idején már hatályban lévő jogszabályban meghatározott joghátrány alkalmazható – egy végrehajtási szabályozás visszamenőleges hatályú alkalmazása kiegészítő közigazgatási határozatokban alkotmányellenesnek minősült.

meg nem változott, jogszerűnek minősült. Az indító tézis: a joggyakorlat megváltozása nem lehet alapja szankcionálásnak egy olyan magatartás tekintetében, amit a korábbi joggyakorlat irányadó időtartama alatt folytatott felperes. Természetesen megváltozhat a hatósági joggyakorlat a jövőre nézve (a korábbi megengedő is szigorodhat), de nem lehetséges a változást megelőzően befejeződött történeti tényállást a később kialakuló hatósági jogértelmezést visszavetítve szankcionálni. Tehát megalapozatlan és jogszerűtlen a visszatartó erőre hivatkozni olyan esetben, amikor attól vált jogszabálysértővé a tanúsított magatartás, hogy alperes joggyakorlata ellentétes irányba változott, ám a magatartás tanúsítása idején megfelelt a hatósági jogértelmezésnek, jogalkalmazásnak, ami a hasonló tárgyú és azonos jogszabályi rendelkezéseket érintő határozatokból látható.

Megkérdőjelezhető az a hatósági gyakorlat, amely adott tényállást korábbi határozatában jogszerűnek értékelt, majd az ennek megfelelő reklámkommunikációt a visszavonás utáni új határozatban szankcionál, visszavetítve egy új jogértelmezést a korábban jogszerű magatartásra. Ráadásul, attól függetlenül, hogy az adott magatartás már nem tapasztalható, a szankció indoka a visszatartó erejű bírságolás szükségessége. Ilyen esetjogi történet alapján, sajnos, ezt a megközelítést a Legfelsőbb Bíróság el is fogadja, teljesen érzéketlenül arra a szempontra, hogy a korábban jogszerűnek minősített, és az új bírságoló határozat idejére be is fejeződött cselekvésre megalapozatlan a visszatartó erő céljára hivatkozó szankcionálás. A bírság és mérlegelése törvényességi felülvizsgálatának e szempont értékelése nem része.<sup>16</sup> Ahogyan annak értékelése sem, hogy a hatóság a visszavonást követő új határozatában kiszabott bírság lényegesen meghaladja a tényállás megvalósulásának idején fennállt jogalkalmazói gyakorlat szerinti bírságösszegeket, de ennek sem adja indokát (az indoklás csak annyi, hogy visszatartó erejű bírságösszeg meghatározása volt a cél).

Amennyiben a hatóság megváltoztatja jogértelmezését, a büntetőjogias eljárásban bírság kiszabása a joggyakorlat megváltozása után tanúsított magatartások tekintetében lehet csak jogszerű. Ezt a megközelítést a Gazdasági Versenyhivatal a bírság mellőzésére vezető okok egyikeként értékelte a Vj-1/2008. számú döntésében. A Versenytanács megállapította, hogy a vizsgált magatartás megítélése időközben – az EU versenyjogi esetek hatására is – szigorúbb irányba fordult, és így a korábban még a versenyjogi követelményeket teljesítő rendelkezés egy újabb eljárásban már jogsértőnek minősült. A Versenytanács megítélése szerint a korábbi hatósági álláspont hozzájárulhatott ahhoz, hogy az eljárás alá vont magatartását jogszerűnek vélje. A Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság és a hivatkozott legfelsőbb bírósági ítélet számára ez a faktor idegen – az eljárások büntetőjogias jellegét nem is értékelve, a „nullum crimen elv” érvényesülése nem került a bírósági megközelítés homlokterébe.

<sup>16</sup> Kfv.VI.37.985/2010/10.



A jogértelmezés megváltozásának alkalmazása megelőző tényállásokra aggálytalanul megvalósulhatott.

Az alkotmányossági gyökerű „bizalomvédelem” elve, mint alkotmányi norma önmagában is irányadó a jogalkalmazás számára, és ezt az elvet is közvetíti a Ket. alapelvi rendelkezése a közigazgatási hatósági eljárásban betartandó normaként. A konkrét esetekben a hatósági és bírósági döntésekben mutatkozó értelmezése és következménye ennek az alkotmányi alapú elvnek 2012-től az ún. valódi alkotmányjogi panaszok tárgyát képezhetik. A szerzett jogok fent bemutatott szűk értelmezésén túl az alkotmányi bizalomvédelem egy szélesebb érdemi védelmet alapozhat meg a megváltozott hatósági álláspont miatt a korábban jogszerűnek mondott magatartás visszavonás utáni új határozatban történő szankcionálásakor. Egyfajta immunitást élvezhet a vállalkozás: az átmeneti időszakban tanúsított tevékenysége nem lehet szankcionálás alapja, amíg a megváltozott jogértelmezést a hatóság kimondja. A hatóság határozatában foglaltakat betartó, magatartását erre alapozó jogalanyok számára bizalomvédelmi pozíció keletkezik, aminek következtében a hatóság megváltozott jogértelmezése nem adhat alapot arra, hogy a korábbi határozat alapján tanúsított jogkövető magatartást a később megváltoztatott joggyakorlata alapján a múltbeli tényállásra kiterjedően szankcionálja.

Az Emberi Jogok Európai Egyezménye (Konvenció) 6. cikkének gyakorlatában megfogalmazódott, ún. Engel-kritériumok alapján a „büntetőjogi vád” egyezményes jelentése – ami a közigazgatási hatóságok szankcionáló jogviszonyaira, eljárásaira is vonatkozhat – nem szükségszerűen igényli a jogsértés meghatározott fokú súlyosságát az Egyezmény szerinti garanciák érvényesüléséhez. Az Engel-kritériumok sorában a nemzeti jog szerinti büntetőjogi vagy közigazgatási jogi klasszifikáció nem döntő szempont, sokkal lényegesebb a jogsértés és a jogkövetkezmény természete, valamint a büntetés lehetséges súlyossága (e két utóbbi paraméter általában alternatívan figyelendő, elég egyik fennállása a büntetőjogias karakter kimondásához).<sup>17</sup> A szankció súlyosságát a maximum tételére figyelemmel lehet értékelni, a hatósági bíróságok mértéke pedig számos jogterületen meghaladja a klasszikus büntetőjogi pénzbüntetés mértékét, így elvi közelítésben aggálytalanul megáll a büntetőjogias jelleg a közigazgatási bíróságokra vezető eljárásokra is, mint a versenyhatóság, a fogyasztóvédelmi hatóság és számos más közigazgatási hatóság eljárására, amelyben felügyeleti szerepben, a jogsértések vizsgálatában eljárva élhetnek tényfeltárási felhatalmazásokkal, és bírságszankciót szabhatnak ki.

<sup>17</sup> A konvenció szerinti autonóm jelentésű büntetőjog(ias) vád koncepciójáról, vezető eseteiről lásd ANDREAS SCORDAMAGLIA: Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law: Reconciling effective enforcement and adequate protection of procedural guarantees. *The Competition Law Review*, 2010, vol. 7, 5–52. A strasbourgi gyakorlatot összefoglaló újabb esetként hivatkozunk a Maresti v. Horvátország ügyben hozott döntést, 2009. június 25.

A Konvenció szerinti követelmények az egyes eljárási garanciális jogok és azok korlátozhatósága tekintetében eltérőek lehetnek annak mentén, hogy a büntetőjog kemény magjába tartozó szabályozás érvényesüléséről van szó, vagy pedig a dekriminalizált közigazgatási hatósági eljárásokra vonatkoztatott szélesebb értelmű „criminal charge” jelentésébe tartozó esetekről. Különösen a versenyjogi eljárásokból nőttek ki strasbourggi esetek, amelyek követelményeit aztán általánosan elfogadottan alkalmazni kellett, bár egyes garanciális jogok esetén – mint például a hallgatáshoz való jog vagy az üzleti helyiségek védettsége – eltérő értelmezések élnek ma is a szükséges alapjogi garanciák terjedelméről.<sup>18</sup>

Itt jutunk el a közigazgatási határozatokban kiszabott felügyeleti bírságok bírósági felülvizsgálatának általános kérdéseihez, immár a visszavont határozatot követő retroaktív szankcionálás problémáit meghaladva, a bírságszankció bíróság előtti sorsát, a bírói felülvizsgálat terjedelmét, intenzitását, a törvényességi felülvizsgálatra korlátozottság gyakorlatát, illetőleg a teljes felülvizsgálat időnkénti öntudatlan felbukkanását érdemes górcső alá venni. Nagyobb mértésű részletes feldolgozást is megérdemelne a hazai közigazgatási bíráskodás kritikus elemzése, a törvényességi felülvizsgálat versus felülmérlegelés zavaros gyakorlatának áttekintésével, és különösen az alkotmánybíráskodásban kialakult corpus iuris érvényesülésnek elsomorító ítélkezési tapasztalatait és ennek okait elemezve (az alkotmányossági érvelést rendszerint egy tömondatban elhárítják a bíróságok), a Legfelsőbb Bíróság példája alapján, azzal, hogy „a bíróság alkotmányossági aggályt nem észlelt”, de e jogi álláspontjukat meg nem indokolva.<sup>19</sup>

Abban a kérdésben a Konvenció alapján határozottan megfogalmazható az általános követelmény, ami a jelen írás fő tárgya is, hogy a bírósági felülvizsgálat teljes és hatékony kritériuma mennyiben teljesül, ha az törvényességi kontrollból áll, összevetve a teljes hatáskörű bírósági felülvizsgálat elvégzésével. Az EU Alapjogi Charta 47. cikke alapján pedig az EU-jog alkalmazása során (így a közvetlenül alkalmazott versenyjogi rendelkezések vagy a fogyasztóvédelmi irányelvek, rendeletek tagállami hatóságok általi érvényesítésekor) az Unió és a tagállamok hatóságai és bíróságai EU-jogi követelményként is eleget

<sup>18</sup> Az említett fontos kérdéseket ebben a tematikai keretben bővebben nem taglalhatjuk, összegző áttekintésként lásd WOUTER P. J. WILS: EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees. *World Competition*, 2011. vol. 34, no. 2.

<sup>19</sup> Még a kilencvenes évek elejéről, a Legfelsőbb Bíróság gyakorlata szerint, az alkotmányosság kérdésében a bíróság ugyan dönt a peres felek bírói normakontrollt kezdeményező kérelméről, de nem indokolhatja álláspontját, mert ezzel az Alkotmánybíróság prerogatívájába hatolna. Legtöbbször azonban csak alkalmazni kellett volna az alkotmánybíráskodásban kialakult jogot, megfelelő indokolással ellátva a bírósági ítéleteket.

kell tegyenek a Konvenció 6. cikkéből következő eljárási garanciáknak. Ezek körében pedig azt állíthatjuk, hogy a büntetőjogias természetű eljárásokban hozott közigazgatási hatósági határozatokkal szemben teljes bírósági felülvizsgálatra van szükség, immár az EU-jog részeként is érvényesülő követelményként, és az Alapjogi Charta, illetve a Konvenció értelmében, nem elégséges a pusztán törvényességi kontrollban álló bírósági hatáskör. Tehát a törvényességi ellenőrzés mellett – ami a mai magyar modell – a hatósági mérlegelési tevékenység célszerűségére, megfelelőségére, arányosságára vonatkozó felülvizsgálatot is magában foglalóan kell hogy megvalósuljon a teljes bírósági felülvizsgálat. A magyar jogban a közigazgatási határozat megváltoztathatósága nem jelenti modellszerűen a törvényességi kontrollon túli teljes hatáskörű felülvizsgálatot, bár gyakorlatilag a bíróságok néha valóban a maguk mérlegelését helyezik a hatóság határozatbeli mérlegelése helyébe, miközben a legtöbb ítélet ösztönösen idézgeti a bírósági felülmérlegelés tilalmazottságát a törvényességre szorító felülvizsgálat rendjében. A bírói felülvizsgálat sztenderdje és terjedelme az EU jogrendszerben is kritikai elemzések tárgya lett, a joggyakorlat átalakulása, és az Alapjogi Charta EU-jogként hatályba lépett követelményei miatt.<sup>20</sup>

A tisztességes eljárás garanciális követelménye – az említett forrásokra is tekintettel – a büntetőjogias karakterű hatósági eljárásokban, mennyiben állít korlátot annak útjába, hogy a hatóság a felügyeleti eljárásokban irányadó bíróságpolitikáját megváltoztatva, a korábbi határozata visszavonásával egy új eljárásban ugyanazon (korábban tanúsított) magatartásra vonatkozóan súlyosabb szankciót szabjon ki. A példaként említett esetekben a bíróságok ezen hatósági cselekvésnek akadályát nem látták – jogszerűnek mondta ki a Legfelsőbb Bíróság is a határozatok visszavonását, ennek anyagi jogi alapját nem is vizsgálva, valamint a bemutatott kontextusban az újabb eljárásokban kiszabott bírságokkal szemben nem ismerte el a vállalkozás immunitását, hiába szólt a visszavont hatósági határozat arról korábban, hogy jogszerű az a magatartás, amit később a jogértelmezése megváltoztatásával bírsággal szankcionált. Ebben a jogesetben a perbe vitt jogok és kötelezettségek elbírálását a bíróság érdemben nem végezte el. Az eljárás alá vont jogértelmezés megváltozása és a szigorodó szankcionálás folyamatában semmilyen eljárási jogosultságot, garanciát nem kapott, a jogi pozíciója a hatósági „policy change” megvalósulásában a bíróságok részéről is védtelen maradt.

<sup>20</sup> WOLFGANG WEISS: Human Rights and EU Antitrust Enforcement: news from Lisbon. *European Competition Law Review*, 2011, 32(4), 186–195.

#### 4. Törvényességi felülvizsgálat és felülmérlegelés a hatóság mérlegelési határozatainak ellenőrzésében

A törvényességi felülvizsgálat (recours de légalité) a közigazgatási határozatot meghatározott eljárási, formai és tartalmi szempontból vizsgálja felül, a hatóság mérlegelésének törvényességét a hazai bíróságok alapvetően a törvényben írt szempontok alapján, az ügy egyedi összes releváns körülményei, a súlyosbító és enyhítő körülmények feltárásának, ezek mérlegelése okszerűségének, a szankció visszatartó céljának és a bírságmérték arányosságának elbírálásával végzik. Az íménti paraméterek sorában is van olyan, ami már a teljes hatáskörű bírói felülvizsgálat körébe tartozik egy tiszta modellezésben, amikor a bíróság a maga mérlegelési eredményének megfelelően írja át a hatósági határozatot a felülvizsgálat során (például amikor a bírság túlzott mértékére hivatkozva a bíróság a határozatot megváltoztatja).

A hazai joggyakorlat tétele szerint a közigazgatási határozatok ellenőrzése körében a bíróság törvényességi felülvizsgálatot végez (a határozatok törvényességét ellenőrzi), és jogszabálysértés esetén a határozatot megsemmisítheti, vagy számos esetben megváltoztathatja. Elvileg a közigazgatási hatóság mérlegelési feladatát a bíróság nem veheti át, a mérlegelési jogkörben hozott határozatok tekintetében felülmérlegelést nem végezhet, a határozat megváltoztatását tartalmában felülmérlegelést eredményezően nem végezheti el, a bíróság a maga mérlegelési levezetésével nem helyettesítheti a hatósági mérlegelés elvégzését és határozati indokolását. Másrészt a mérlegelés törvényességét is felülvizsgálja a bíróság, és a jogszerű mérlegelést nem mérlegelheti felül. Kell tehát egy használható, előrelátható, jogbiztonságot szolgáló törvényességi mérce a mérlegelés okszerűségének bírói megállapítására. A bírósági ítéletekben rendszerint az a formula olvasható, hogy az általános és következetes bírói gyakorlat szerint a mérlegelési jogkörben hozott közigazgatási határozatok jogszerűnek tekinthetők, ha a hatóság a tényállást kellően feltárta, a vonatkozó eljárási szabályokat betartotta, számot adott a mérlegelés szempontjairól, a figyelembe vett körülményekről és azok súlyozásáról, és határozatának indokolásából a mérlegelés okszerűsége és ezzel jogszerűsége megnyugtatóan megállapítható.<sup>21</sup>

Ugyanakkor, a jogszabálysértés címén történő bírói felülvizsgálat egyes esetekben valójában azért elvégzi a felülmérlegelést, és ezt a tevékenységet a mérlegelés jogszabálysértő jellegével alapozza meg. Tehát a mérlegelés jogszabálysértő jellegéből adódóan, a határozat – vagy pedig jogorvoslati fórumként akár a bírósági ítélet – megváltoztatásával a mérlegelést bírálja felül, és állítja össze az ítéletben a helyes mérlegelés szempontjait és eredményét. Ennek során megtörténhet, hogy a mérlegelési döntés határozati vagy ítéleti rendel-

<sup>21</sup> Lásd pl. Legfelsőbb Bíróság Kfv.VI.37.656/2010. és Kfv.VI.37.736/2010.

kező részét írja át a bírósági ítélet, a mérlegelés eredményét is megváltoztatva, vagy pedig a határozat vagy a fellebbezett ítélet indokolását módosítja, a mérlegelés helyes szempontjait megjelölve.<sup>22</sup> A mérlegelési döntés jogszerűségét a mérlegelés törvényességének ellenőrzésével lehet megállapítani vagy elvetni, de e felülvizsgálat gyakorlatilag nehezen magyarázható másként egyes ítéletekben, mint a bíróság általi felülmérlegelés vagy újramérlegelés. A modell gyakorlata valószínűleg jobbnak mondható, mint a pusztán törvényességi felülvizsgálatot ígérő modell maga, de nehezen értelmezhető ítéletekhez vezet, amelyek az újramérlegelés elvégzését és a hatósági határozat megváltoztatását próbálják törvényességi felülvizsgálatként megindokolni. (Nehéz feladat, nem is sikerülhet.)

A Legfelsőbb Bíróság kimondta, hogy a bíróság „nincs elzárva attól, hogy a mérlegelési jogkörben hozott bírságot megállapító határozati rendelkezéseket megváltoztassa, ha a határozatból a mérlegelés szempontjai nem állapíthatóak meg, avagy az alperes a bírság összege meghatározásánál jelentős körülményeket nem, illetve nem kellő súllyal értékelt.” Ezzel összhangban, a mérlegelési jogkörben hozott határozat megváltoztatására vezető „jogszabálysértés lehet: a perben részben eltérően megállapított tényállás, többlettényállási elem megállapítása miatti mérlegelési szempontok nem teljes körű feltárása és értékelése, illetve téves értékelése, valamely mérlegelési szempont figyelmen kívül hagyása vagy nem megfelelő súllyal történő értékelése, vagy olyan mérlegelési szempont figyelmenbevétele, amely mérlegelési szempont nem lehet.”<sup>23</sup>

A Legfelsőbb Bíróság ítéleteiben foglaltak alapján az is megállapítható, hogy valamely szempont figyelmenbevétele vagy értékelésének elmulasztása miatt hiányos mérlegelés azáltal is jogszabálysértő, hogy nem teszi lehetővé a közigazgatási határozat bírósági felülvizsgálatát, és így az Alkotmány 57. § (1) bekezdésének érvényesülését: a döntési folyamat ellenőrizhetősége a valós bírósági kontroll feltétele, a határozat bírság összecszerűségére vonatkozó részének lényegi hiányosságai az érdemi bírósági felülvizsgálat lehetőségét kizárták. A csupán általános szempontokat tartalmazó, az ügy egyedi körülményeinek értékelését mellőző bírságindokolás nyilvánvalóan nem teszi lehetővé, hogy a határozat érdemi bírósági felülvizsgálata megtörténhessen, a törvényben írt szempontok mellett, az egyedi jogsértéshez tartozó egyéb körülmények figyelembevétele, a mérlegelési döntés egyedi levezetés egyaránt a törvényesség követelménye.<sup>24</sup>

Egy másik legfelsőbb bírósági ítélet szerint, a törvényben írt mérlegelési szempontok, ha példálózóan és nem taxatív jelleggel is kerültek felsorolásra,

<sup>22</sup> A Kfv.IV.37.089/2008. és Kfv.IV.37.127/2008. sz. eljárásban, a jogerős ítéletben a hatóság számára előírt további mérlegelési, súlyozási tevékenység indokolatlanságát mondta ki a Legfelsőbb Bíróság.

<sup>23</sup> Kfv.VI.37.985/2010/10. Kfv.VI.37.656/2010/3. Kfv.VI.37.736/2010/4.

<sup>24</sup> Kfv.II.37.453/2009/5.

kötelezően mérlegelendő paraméterek – mindez azonban nem jelenti azt, hogy ne kellene olyan további szempontokat is figyelembe venni, amelyek a bírság összegének meghatározásakor mindenképpen indokoltak.<sup>25</sup> Az egyediesítés szükségessége, az egyéb körülmények relevanciája és mérlegelési célú értékelése nyilván jó megállapítások, és a törvényességi felülvizsgálatban azt jelentik, hogy törvényt sértő a határozat, mert hiányosan, rosszul mérlegelt, a bíróság szerint mást is, vagy másként kell mérlegelni a jogszerű eredményhez. A hiányos szempontú, vagy rosszul levezetett, nem megfelelően megindokolt mérlegelés törvényt sértést eredményez, aminek következtében a hatósági határozat megsemmisítésének van helye – ez egy tiszta tétel lehet a joggyakorlat egyik csoportja alapján.<sup>26</sup>

A bírság mértéke körében, a bíróság szerint a súlyosbító és enyhítő körülményeket súlyuknak megfelelően kell figyelembe venni, és ezek mérlegelésével a törvényes bírságösszeget a bíróság megállapíthatja – a Legfelsőbb Bíróság ítéletében jogszerűnek találta a bírság összegének megváltoztatását, mérséklését azzal az indokkal, hogy a bírság összege eltúlzottan súlyos, annak mértékénél nem vették megfelelően figyelembe a súlyosító és enyhítő körülményeket.<sup>27</sup> Az ítélet szerint nem ellentétes a Tpvt. 78. § (3) bekezdésével, ha a versenytanács a bírság megállapítása során a korábbi jogsértések számát, mint szorzót alkalmazza, a bíróság azonban ezt a szorzást felülmérlegelheti, ha a bírság összege ezáltal eltúlzott.<sup>28</sup> Tehát a törvényességi felülvizsgálat során a bíróság jogszerű mértékét felülmérlegeléssel a bíróság megállapíthatja. A versenyhatósági bírságot ugyanígy felülmérlegeléssel, a túlzott mértéke miatt változtatta meg jogszerűen a bíróság, azt kimondva, hogy a kisebb összegben már valamennyi körülmény értékelése benne foglaltatik.<sup>29</sup>

Egy másik, legfelsőbb bírósági ítéleti indokolás szerint az alperes a bírság összegének kiszabása során jelentős körülményeket nem, illetve nem kellő súllyal értékelt, így a bírság összecszerúsége tekintetében határozata megalapozatlan volt, mert a mérlegelés szempontjait csak hiányosan tartalmazta. Ehhez mérten a Fővárosi Ítéltábla ítéletének indokolásában nagyszámú és jelentős szempontot sorolt fel, amelyeknek együttes mérlegelése eredményeként hozta meg bírságmérséklő döntését, az alkalmazott szempontok nem ellentétesek a versenytörvényben meghatározott példálózó jelleggel felsorolt mérlegelési szempontokkal, és a felhívott szempontok azért alkalmazhatók, mert a bírság összegét az eset összes körülményeire tekintettel kell meghatá-

<sup>25</sup> Kfv.III.37.444/2010/8.

<sup>26</sup> Kfv.V.39.258/2010/5. Kfv.III.37.453/2008/13. Kfv.III.37.186/2010/10. Kfv.II.37.453/2009/5. Kfv.IV.37.380/2008/7.

<sup>27</sup> Kfv.III.37.154/2009.

<sup>28</sup> Kfv.IV.37.432/2008., BH 2010. 50. sz. ítélet.

<sup>29</sup> Kfv.IV.37.432/2008/9. sz. ítélettel hatályában fenntartott a Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.509/2007/7. sz. ítélete.

rozni.<sup>30</sup> Az „eset összes körülményei” formula, mint a mérlegelési felülvizsgálat alapja, és mint a mérlegelés jogszerűségének indokolása különösen aggályos, és törvényi szempontok hiányában, vagy azokat előre nem látható szemponttartalommal kiegészítve, ez a formula alkotmányserető gyakorlatot teremt.

A felülmérlegelés kérdésének zavarosában egy felülvizsgálati ítélet indokolása kendőzetlenül utal is arra, hogy a bíróság helytállóan végezte el a bírság összegének „újramérlegelését”.<sup>31</sup> Ezekben az előbbi esetekben láthatóan felülmérlegelésről van szó, egyfajta arányossági újramérlegelésről, aminek során a mérlegelési kérdésben a jogszerű bírságösszeg megállapításával a döntést első ízben a közigazgatási határozatot felülvizsgáló bíróság hozta meg. A törvényességi felülvizsgálathoz kapcsolni mindezt persze azzal lehet, hogy az arányos bírságösszeg számítását törvényesnek, de az arányosság sérelmét a mérlegelés újraszabásával értékelték a bíróságok, és egyúttal meg is határozták a jogszerű bírságmértéket ezekben az esetekben.

Azonban más esetekben az arányosság, a bírságmérték érdemi vizsgálatától elzárkózott a Legfelsőbb Bíróság, éppen a törvényességi felülvizsgálat során korlátozott ellenőrző szerepére hivatkozva. Korlátozott szerepében úgy látta, hogy egyetértett a megyei bíróság azon álláspontjával, hogy a felülvizsgált határozatok a Pp. 339/B §-ban foglalt kritériumoknak – ami szerint a közigazgatási határozat akkor tekintendő jogszerűnek, ha a közigazgatási szerv a tényállást kellő mértékben feltárta, az eljárási szabályokat betartotta, a mérlegelés szempontjai megállapíthatóak, és a határozatok indokolásából a mérlegelés okszerűsége kitűnik – megfeleltek; bár a megállapított bírságösszeg kétségkívül rendkívül magas, de az összegszerűség megokolása a határozat indokolásából kitűnik.<sup>32</sup> Hasonlóan egy fővárosi ítéletben: a bíróság a mérlegelési jogkörben hozott döntésnél is csak jogszerűségi felülvizsgálatot végez, ezért eltúlzottságra hivatkozással a bírságot nem mellőzheti, ilyen alapon annak összegét nem mérsékelheti.<sup>33</sup>

A bírósági gyakorlatban és azon belül a Legfelsőbb Bíróság ítélkezési gyakorlatában, a mérlegelési döntések jogszerűségének mércéje körében látható olyan értelmezési irány is, ami a felülvizsgálatot annak ellenőrzésére korlátozza, hogy a közigazgatási határozat tartalmaz-e megfelelő szempontokat a bírság összegének megállapítása körében. A Legfelsőbb Bíróság szerint, az általánosan kialakult következetes bírói gyakorlat szerint, amennyiben a közigazgatási szerv mérlegelési jogkörében jár el, a bíróság azt vizsgálja, hogy az alkalma-

<sup>30</sup> Kfv.III.37.453/2008/13. A Fővárosi Ítéletábla 2.Kf.27.525/2007/9. sz. ítéletében a bírság összegét eltúlzottnak ítélte a hasonló ügyekben érvényesített bírságösszegekhez képest, valamint kifogásolta, hogy a hatóság nem megfelelő arányosítással vette figyelembe az egyes szempontokat, nem adta indokát annak, hogy miért az adott mértékben szabta ki a szankciót.

<sup>31</sup> Legfelsőbb Bíróság Kfv.III.37.444/2010/8.

<sup>32</sup> Kfv.IV.37.839/2009/13.

<sup>33</sup> 2.Kf.27.042/2011/5.

zott jogszabály mérlegelési szempontokat előírt-e, és amennyiben igen, a közigazgatási szerv ezeket értékelte-e. Amennyiben ilyen szempontok a jogszabályban nem szerepelnek, akkor annak vizsgálata indokolt, hogy az ügyben releváns tényeket és körülményeket a hatóság figyelembe vette-e, mérlegelése ennek tükrében okszerű-e. (Ez utóbbi esetre vonatkozóan mindjárt felvethető, hogy a hatósági mérlegeléshez és a bírói felülvizsgálathoz egyaránt törvényi mérce nélküli mérlegelési döntés lehetőségével szembesülve, az alkalmazandó jogszabály alkotmányossági vizsgálatát kellene kezdeményezni a 39/1997. AB határozatra hivatkozva.) De az ítéleti filozófia szerint, az alperesi határozatok tartalmazták a mérlegelés szempontjait, mivel „Az alperes megindokolta azt, hogy milyen jogalkotói szándék mellett, milyen célokat értékelve hozta meg a döntését.” Ebből következően „a fogyasztóvédelmi hatóság helyesen gyakorolta mérlegelési jogkörét, jogsértés e körben nem történt, a bíróság pedig a közigazgatási per során nem rendelkezik arra vonatkozóan jogszabályi felhatalmazással, hogy felülmérlegelést végezzen. Az alperes határozata a Pp. 339/B §-ában foglalt előírásoknak megfelelt, a jogszabályban előírt és az ügy szempontjából jelentőséggel bíró mérlegelési szempontokat tartalmazta és értékelte. Ezért a Legfelsőbb Bíróság nem talált olyan megalapozott indokot, ami a határozat hatályon kívül helyezését és a hatóság új eljárásra utasítását megfelelően alátámasztotta volna.”<sup>34</sup>

Egy másik ügyben a megyei bíróság ítélete felsorolta, hogy milyen körülményeket nem vizsgált a hatóság, amelyek értékelésének hiányában a bíróság nem tekinthető indokoltnak és okszerűnek. Ennek eredményeképpen a határozatot hatályon kívül helyezte és a hatóságot új eljárásra utasította. Az LB ugyanakkor nem észlelt hiányosságot, a megyei bíróság által megjelölt szempontokat nem tekintette relevánsnak. Továbbá megjegyezte, hogy „Azon körülmény, hogy a bíróság esetlegesen eltúlzottnak találja a közigazgatási hatóság által kiszabott bírságösszeget, nem teremt jogszabályi alapot a bírságösszeg érintésére, ha mellette jogszabálysértés nem állapítható meg.”<sup>35</sup>

Másik ügyben a másodfokú bíróság szerint az alperes az enyhítő és súlyosbító körülményeket feltárta, azonban azok súly szerinti értékelésével, mérlegelésével adós maradt. A bíróság a piaci hatás csekély voltában álló tényező nyomatékát olyannak ítélte, hogy ennek alapján módot látott az alperes által kiszabott, eltúlzott összegű bírság mérséklésére. A Legfelsőbb Bíróság szerint azonban a bírságösszeg érintése csakis jogszabálysértés következménye lehet. A bíróság saját érvrendszerét nem alakíthat ki a bírságmérséklés alátámasztásául; ez sérti a jogszerűségi felülvizsgálat törvényi követelményét, önkényes jogalkalmazáshoz, következetlen jogértelmezéshez, és az e téren kialakult joggyakorlat elbizonytalanodásához vezethet. Amennyiben a bírságösszeg meg-

<sup>34</sup> Kfv.IV.37.709/2009/4.

<sup>35</sup> Kfv.IV.37.208/2009/5.



határozása tekintetében a bíróság jogszabálysértést nem tud megjelölni, annak felülmérlegelésére és – akár pozitív, akár negatív – megváltoztatására nincs jogszerű lehetősége. A bíróság által indokként megjelölt csekély piaci hatást az alperes figyelembe vette és értékelte, így arra alapozottan, annak eltérő súlyozásával a másodfokú bíróság eljárásában a határozat megváltoztatása nem volt jogszerű.<sup>36</sup>

Amennyiben pedig az elsőfokú bíróság kizárólag a cselekmény súlyára figyelemmel mellőzte a bíróság kiszabását, ez a döntése tiltott felülmérlegelésnek minősült. A tiltott felülmérlegelés körébe esik az, ha a bíróság – kellően feltárt tényállás, eljárási szabályok betartása, jól ismertetett mérlegelési szempontok, megfelelő indoklás elismerése ellenére – az alperessel egyezően értékelt egyik körülmény (jogsértés időtartama) nyomatékát vitatja, és azt az alperesi állásponttól eltérően értékeli. A felülvizsgálati ügyekben követett bírósági gyakorlat szerint, a felülvizsgálati eljárás keretében a bíróság mérlegelésébe tartozó kérdés általában nem vizsgálható, és nincs lehetőség a bizonyítás adatainak újabb egybevetésére, értékelésére. Felülmérlegelésre csak kivételes esetben kerülhet sor, ha a tényállás feltáratlan maradt, a megállapítások iratellenesek vagy okszerűtlenek, illetve a döntés logikai ellentmondást tartalmaz.<sup>37</sup> A Legfelsőbb Bíróság a megyei bíróság ítéletét, amely szerint egy további szempontot szükséges volt figyelembe venni, a bíróság összegének megállapítása körében arra hivatkozva helyezte hatályon kívül, hogy a bíróság az alperesi határozatot újra mérlegelte. A felülvizsgálati eljárásban a bizonyítékok okszerű mérlegelésével hozott döntés felülmérlegelésére már nincs lehetőség.<sup>38</sup> A Legfelsőbb Bíróság felülvizsgálati eljárásban a jogerős ítéletet nem mérlegelheti felül, ezért nem foglalhatott állást abban, hogy a bíróság ítéleti mérséklése túlzott mértékű volt-e.<sup>39</sup>

Különös esete a bírósági felülmérlegelésnek az alábbi döntés (amit maga az azt meghozó bírói tanács sem követett azonos további ügyekben). A Legfelsőbb Bíróság ítélete<sup>40</sup> a vizsgált reklám vonatkozásában két jogsértést megállapító és szankcionáló közigazgatási határozat felülvizsgálata során, a határozatnak és a felülvizsgálati kérelemnek az egyik jogsértést kifogásoló elemét elbírálatlanul hagyta, és a határozatot az egyik jogsértési alap tekintetében irrelevánsnak tekintette, és így a közigazgatási határozatban a két külön jogsértés jogkövetkezményeként megállapított bírságot az egyik jogsértéshez hozzárendelte, a hatósági bírságrendelkezés felülmérlegelésével. A bíróság azonban – megítélésünk szerint – nem veheti magára azt a szerepet, hogy kijelentse,

<sup>36</sup> Kfv.IV.37.499/2009/10.

<sup>37</sup> Kfv.II.37.952/2009/5. Kfv.II.37.442/2009/12. Kfv.II.37.432/2009/4.

<sup>38</sup> Kfv.IV.37.048/2010/4. Kfv.IV.37.432/2008/9.

<sup>39</sup> Kfv.III.37.444/2010/8.

<sup>40</sup> Kfv.II.37.753/2010/5.

a reklám jogszabálysértőnek minősítéséhez egy jogsértési alap is elegendő lett volna, és a hatóság által két jogsértés miatt kiszabott bírságot érintetlenül hagyva, azt a megvizsgált egyetlen jogsértés szankciómértékének állapítja meg, teljesen újraírva a bírságolási politika vonatkozásában is a hatósági döntést. Ráadásul, mindezt egy felülvizsgálati eljárásban hozott ítéletben, amivel szemben rendesbírói jogorvoslat nincs. Nem boncolgatva tovább itt ennek az ítéletnek a lehetséges kritikáját és rossz következményeit, azt kifejezhetjük, hogy remélhetőleg nem az ítélezés egy új irányáról van szó, ami majd megfelelő alapja lehet persze az új alkotmányjogi panasz kezdeményezésének egy ilyen újabb bírói ítélettel szemben.

A fent összegzett gyakorlat alapján a közigazgatási hatóságok kiszabta bírságok sorsát illetően a törvényességi felülvizsgálat és a teljes felülvizsgálat (benne a felülmérlegelés, újramérlegelés lehetőségével) éles, konzekvens demarkációs vonalát nehéz meghúzni a gyakorlat fejleményei alapján, sőt konzekvens joggyakorlatról sem lehet beszélni. A hatóság mérlegelésének törvényességi mércéjeként mutatkozik esetenként az arányossági megítélés, a releváns szempontok súlyozásának bírói igénylése, a bírságmértékek dinamikájára is kiterjedő indokolás szükségessége. Ugyanakkor a szankció törvényességi felülvizsgálata körében számos ítélet alkalmazza a fentebb hivatkozott szűkítő, formalisztikus megközelítést, a felülmérlegelésnek mondott bírói szerepet elhárítva. A pusztán törvényességi alapú bírói felülvizsgálat azonban nem elégséges, és a valójában sokszor elvégzett teljes felülvizsgálatot kellene modellként is kidolgozni és alkalmazni a hazai gyakorlatban is. Az EU jogában a versenyjogi döntések bírói felülvizsgálatának elemzését alapul véve, tömören összegezzük a hazai viszonyainkra is tanulságos koncepcionális alapokat.

Az EU és a legtöbb ország jogrendjében az nem kérdés, hogy a bíróság akár a törvényességi felülvizsgálat (a szűkebb értelmű „judicial review” keretében, és főként a teljes felülvizsgálati hatáskörében egyaránt megítélheti a hatósági döntésben kiszabott szankció jogszerűségét. Sajnos, van olyan újabb magyar joggyakorlat, aminek keretében önmagában a szankció felülvizsgálatát a bíróság elhárítja, amennyiben nincs az anyagi jogi jogalap tekintetében is megállapítható törvénytértés a közigazgatási határozatban – tehát a jogkövetkezmény törvényessége bírói kontroll nélkül marad, mégpedig a Legfelsőbb Bíróság vezérelte ítélezési (szociológiai, egzisztenciális és nem eljárásjogi kényszerű) igazodás következtében.<sup>41</sup>

Ezekhez a hazai fejleményhez képest egészen más dimenzióban jelennek meg a kérdések, kritikák és a közigazgatási bíráskodás jogpolitikai feldolgozása<sup>42</sup> az európai jogi szintéren, ahol a kérdés az, hogy a luxemburgi praxis

<sup>41</sup> Kfv. VI.38.043/2010/11. Pest Megyei Bíróság 8.K.27.304/2011. és 8.K.27.317/2011.

<sup>42</sup> DIRK LEHMKUHL: On Government, Governance and Judicial Review: The Case of European Competition Policy. *Journal of Public Policy*, 2008 28/1, 139–159.

a jogilag megszabott teljes felülvizsgálat (unlimited jurisdiction, compétence de pleine juridiction) helyett az utóbbi években beszűkült egy puhább, jogszerűségi kontroll megelégedett állapotába (deferential judicial review, megengedően elnéző bírói felülvizsgálat).<sup>43</sup> A különböző jogalkalmazási tesztek sorában a tisztességesség, az igazságosság, az arányosság, a túlzott mértékűség szempontjainak alkalmazását fokozatosan háttérbe szorította a „manifeszt mérlegelési hiba” tesztje, ami valójában a szankcionáló hatóság saját jogalkalmazási közleményéhez való viszonyítást jelentette, tehát a jogszerűség bázisa a hatósági publikált bírsággözlemény lett. Ezzel azonban a hatósági diszkréció gyakorlása felett érdemi bírói kontroll nincs.<sup>44</sup> Ahogy nincs bírói kontroll a magyar joggyakorlat azon termékei esetén sem, amelyek szerint a hatósági határozat bírságtételéhez és annak indokolásához, mint önálló jogszerűségi kérdéshez, a bíróság nem nyúlhat, és nem szólhat bele az arányosság, a szempontok relevanciája és értékelése körében írt hatósági fejtegetésbe. (Eltérő megközelítések is vannak hazai ítéletekben, de fontos, hogy egyetlen hatósági mérlegelés se maradjon érdemi bírói kontroll nélkül, egy eset is már elég nagy bajt jelez.)

A tisztulást, egyfajta jogállami-alapjogi konzervativizmus (más szögből, ortodoxia) értékét, a dekriminalizáció okozta paradox szüleményű hatósági önkény érdemi bírói kontroll alá vetését az EU-jogi fejlemények kritikusai és a hazai koncepcionális talapzat igényelői is attól az alkotmányos átrendeződéstől várhatják, amit az Emberi Jogok Európai Konvenciójának az elsődleges EU-jogban megjelenő státusa hozhat. Több hazai hatóság felügyeleti eljárására, azok jellege miatt, és az alkalmazott jogkövetkezményre, azok célja és lehetséges mértéke miatt (mint alternatív kvalifikációs elemek), megalapozottan érvényes a büntetőjogias jelleg, aminek autonóm konvenciók jelentésére már utaltunk fentebb. Az adminisztratív hatóságok eljárásban kiszabott szankciók felülvizsgálatakor a strasbourgi esetjog szerint követelmény, hogy teljes felülvizsgálati terjedelem szerinti hatáskör alapján eljáró bíróság általi érdemi felülvizsgálat legyen, mert az eljárás egészére vonatkozóan csak így biztosítható a Konvenció szerinti garanciák érvényesülése. Ennek mércéje pedig: a teljes felülvizsgálat azt igényli, hogy a bíróságnak legyen hatásköre, és azt gyakorolva a hatósági határozatot minden vonatkozásban, tény- és jogkérdésben, érdemben megítélje a felülvizsgálat keretében.<sup>45</sup> A törvényességi kontroll

<sup>43</sup> IAN S. FORRESTER: A challenge for Europe's judges: the review of the fines in competition cases. *European Law Review*, 2011, 36(2), 185–207.

<sup>44</sup> A versenyjog alapfogalmainak, mint például a domináns piaci helyzet kategóriája, jogbiztonsági vonatkozásait is megalapozottan fel lehet vetni a bírságolás alkotmányossági korlátjaként, ezzel itt most terjedelmi okból nem foglalkozhatunk, de lásd BO VESTERDORF: Article 102 TFEU and sanctions: appropriate when? *European Competition Law Review* 2011, 32(11), 573–579.

<sup>45</sup> *Schmutzer v. Austria* (1996) 21. E.H.R.R. 511., valamint *Ravon v. France*, 2008. február 21. (18497/03.)

szerinti korlátozott bírói felülvizsgálat a büntetőjogias jellegű eljárásokban alkalmazott szankciók tekintetében elégtelen garancia nem minősül érdemi és hatékony felülvizsgálatnak a Konvenció szerinti tisztességes eljárás követelménye szerint.<sup>46</sup>

A Konvenció ritkán érvényesült a magyarországi bírósági tárgyalóterekben, hasonlóan az alkotmánybíráskodás során alkotott határozatokhoz – távoli, az államot érintő paramétereknek tűnhetett, ami Strasbourgban történik. Két körülmény azonban módosítani fogja a hazai bíráskodásban ténylegesen érvényesülő alapjogi érzékenységet és annak mércéjét. A Konvenció az EU elsődleges jogának részeként a bíróságok számára immár az EU-jog jellegzetességei szerint közvetlenül alkalmazandó mindazon esetekben, amikor EU-jog érvényesül a hazai hatósági eljárásokban, ennek körébe értve az elsődleges jog és a rendeletek, valamint az EU-irányelvek implementációjával alkotott magyar jogforrások alkalmazását. Másrészt a hazai alkotmánybíráskodásban régóta várt valódi alkotmányjogi panasz intézménye is, remélhetőleg, arra kényszeríti a bíróságokat, hogy ismerjék és alkalmazzák az alkotmánybíráskodásban, és közvetítésével a Konvenció gyakorlatában irányadó alapjogi követelményeket, így a teljes, hatékony és érdemi bírósági felülvizsgálat elvégzésének kötelezettségét. A valódi alkotmányjogi panasz első éveiben – mint rendszerint egy új jogintézmény esetén – remélhetőleg az Alkotmánybíróság kellő erővel vezeti be a bírósági ítéletek értékelése során a magyar jogrendszer e sokra hivatott újdonságát.

A bírósági ítélezés átalakításának indokául is felfoghatóan, egy adalék lehet még e fejezetek lezárásaként annak a különös joggyakorlatbeli állapotnak a felemlítése, hogy a magyar jogban 2011 őszén nem lehet egyértelműen megválaszolni a Legfelsőbb Bíróság ítéletei alapján azt az alapvető kérdést, hogy a szankcionáló hatósági felügyeleti eljárások – törvényi speciális rendelkezés hiányában, az általános eljárási rezsimben – hivatalból indulnak vagy pedig ügyféli kérelemre. A magatartás-tilalmi szabályok érvényesítési rendjében, a jogsértés feltételezett tanúsítása miatt induló hatósági felügyeleti eljárások körében első közelítésben azt gondolhatnánk, hogy – ezek büntetőjogias karaktere miatt is – a hatóságok „ex officio” eljárása keretében, hivatalból történő ügyindítás alapján történhetnek az ilyen eljárások. A dogmatikai és gyakorlati tétje e kérdésnek abban áll, hogy az eljárás alá vont garanciális jogai milyen terjedelműek, egyáltalán mikor indul meg adott személy ellen a hatósági eljárás, miként kötelezhető terhelő vagy „beismerő” nyilatkozat tételére valaki a közigazgatási hatósági eljárásban, milyen megszorításokkal használható fel az a nyilatkozat, ami még az eljárás alá vonás közlését megelőzően tétetett egy másik eljárásban.

<sup>46</sup> Kyprianu v. Cyprus (2007) 44 E.H.H.R. 27. Primagaz v. France, 2010. december 21. (29613/08.)

Kérdésként merül fel továbbá, hogy vajon a felügyeleti eljárást gátló határidő túllépését mindegyik lehetséges eljárás alá vont tekintetében külön kell-e megítélni, vagy pedig határidőlimit nélkül indítható eljárás például a reklámozóval szemben, ha a reklámfelügyeleti eljárást a reklám közzétevője ellen kellő határidőben megindította a hatóság (folyamatban lehet-e egy eljárás azal szemben, akivel határidőben azt nem indította meg a hatóság), és miben áll(hat) a garanciális szerepe az eljárás megindításáról szóló értesítésnek. A magyar jogban nem lehet, sajnos, bizonyossággal megalapozni azt a tézist, miszerint a hatósági felügyeleti eljárás kezdeményezése körében a bejelentés nem minősíthető az eljárást megindító kérelemnek, illetve hogy a hatósági felügyeleti eljárás megindításáról akkor lehet szó, ha azt a törvényi határidőben, meghatározott és közölt magatartás tekintetében, és a konkrétan nevesített eljárás alá vont ellen indítja meg a hatóság a törvényes értesítési (közlési) kötelezettsége teljesítésével.

Az ítélezés egyik ága – szerintünk helyesen – a hivatalból történő eljárásindítást alapozza meg. A Legfelsőbb Bíróság a társadalmi szervezetek eljárás kezdeményező beadványát korábban következetesen bejelentésnek minősítette, valamint kimondta azt a jogi minősítést is, miszerint a bejelentést követő adatkérések eredményeképpen szerzett információk alapján hivatalból indult meg a hatósági felügyeleti eljárás.<sup>47</sup> Egy másik ítéleti indokolás szerint, a pert megelőző eljárás hivatalból indult, az eljárás-kezdeményező beadványt nem lehet az eljárás megindítására vonatkozó kérelemnek tekinteni, és maga a kezdeményező egyesület sem minősíthető kérelmezőnek. A közigazgatási szerv az eljárást hivatalból akkor indítja meg, ha az eljárás egyébként hivatalból is indítható és az eljárás megindításához szükséges adatok rendelkezésre állnak, az elsőfokú hatóság helyszíni ellenőrzéssel tisztázta a bejelentésben foglaltak valódiságát, majd a megállapítások alapján indított hivatalból eljárást, amelyről a Ket.-nek megfelelően értesítette az eljárás alá vont vállalkozást.<sup>48</sup> Másik bírói tanács hasonlóan megállapította, hogy egy társadalmi szervezet bejelentését követően a hatóság hivatalból indította meg a hatósági felügyeleti eljárást.<sup>49</sup>

Előbbiek értelmében tehát a bejelentés után lefolytatott informálódás, hatósági ellenőrzés fázisában még nincs hatósági felügyeleti eljárás. Amennyiben a hatósági ellenőrzés során a hatóság a konkrét jogalany magatartásában jogszabálysértést tapasztal, akkor jön létre konkrét, egyedi hatósági eljárási jogviszony a jogszabálysértő és a jogalkalmazásra hatáskörrel rendelkező hatóság között.<sup>50</sup> Ennek megfelelően foglalt állást a Legfelsőbb Bíróság akkor is, ami-

<sup>47</sup> Kfv.II.37.028/2010/8.

<sup>48</sup> Legfelsőbb Bíróság Kfv.II.37.961/2009/9.

<sup>49</sup> Legfelsőbb Bíróság Kfv.IV.37.398/2010/17. Hasonlóan: Kfv.IV.37.698/2009/9.

<sup>50</sup> PATYI ANDRÁS (szerk.): *Közigazgatási hatósági eljárásjog*. Budapest: Dialóg Campus, 2009, 340–341. és 344.

kor rögzítette, hogy „a hatósági ellenőrzés még nem jelenti a jogsértés miatti felügyeleti eljárás hivatalbóli megindulását”.<sup>51</sup> Ezzel ellentétes a Legfelsőbb Bíróság egy másik tanácsának utóbb hozott döntése, amiben egy társadalmi szervezet általi kezdeményezés minősítésében arra jutott, hogy a hatósági eljárás a kérelmének a hatósághoz történő megérkezésével indult meg.<sup>52</sup> A Legfelsőbb Bíróság ezt úgy mondta ki, hogy az eljárást kezdeményező beadvány tartalmát nem vizsgálta, hogy vajon az alkalmas volt-e az eljárás megindítására, abból konkrét magatartás és felelősségre vonható személy azonosítható volt-e vagy sem, konkrét eljárás alá vont, konkrét jogsértő magatartása meghatározható volt-e.

A Legfelsőbb Bíróság ezen újabb ítélete – bár elismerte, hogy a magatartás konkrét meghatározásához hatósági ellenőrzésre volt szükség – az előterjesztő társadalmi szervezet ügyfélként való minősítése alapján a beadványt eljárás megindítására alkalmas kérelemnek minősítette. Azonban az ügyféli minőség kérdése a hatósági eljárás során független kérdés attól, hogy az eljárás-kezdeményező beadvány vajon az eljárást megindító kérelemnek minősül vagy sem. A felügyeleti hatósági eljárás jellege és célja, a beadvány tartalma, a bejelentő vonatkozásában az eljárásban jog vagy kötelezettség keletkeztetésének hiánya, azok a szempontok, amelyek relevánsak abban, hogy a hatósági eljárás „ex officio” indult, vagy pedig kérelemre. Az itt hivatkozott – megítélésünk szerint alapvetően hibás – ítélettel remélhetőleg nem a joggyakorlat egy új iránya nyílt meg, aminek lényege szerint a jogsértés gyanújával induló és büntetőjogias karakterű, megtorlást és prevenciót jelentő jogkövetkezményt alkalmazó hatósági eljárások megindítása felől a közigazgatási hatóságok nem hivatalból döntenek, a beazonosított magatartás és eljárás alá vont meghatározottsága nélkül akár. Felidézzük végül, hogy a versenytörvényben külön rendelkezés mondja ki 1997 elejétől, hogy a bejelentő nem ügyfél, éppen a hatósági eljárás tárgya, célja, jellemzői miatt világosan az „ex officio” eljárásindítást szabályozva, amit az eljárás alá vont értesítése konstituál. Remélhetőleg más hatósági felügyeleti eljárások modellje is a versenytörvény, garanciális eljárási elemeket tartalmazó konstrukciója szerint alakul.

## 5. Funkcionálisan érdemi hatósági határozat – és nemperes egyfokú jogorvoslat

A versenytörvény gyakorlatában is szembesülhetünk alkotmányosan érzékeny újabb problémával, amikor egy érdemi döntésnek minősülő hatósági aktus vonatkozásában a bírósági „felülvizsgálat” nemperes útra tartozik és egyfokú.

<sup>51</sup> Kfv.IV.37.147/2008. Hasonlóan: Kfv.III.37.294/2009/7.

<sup>52</sup> Legfelsőbb Bíróság Kfv.VI.38.046/2010/15.

Az érdemi bírósági felülvizsgálat hiányát állíthatjuk az alább vázolt kontextusban.

A tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (versenytörvény, Tpv.) 75. § (1) bekezdése szerint, ha a hivatalból indult versenyfelügyeleti eljárásban az ügyfél kötelezettséget vállal arra, hogy magatartását összhangba hozza a versenyjogi szabályokkal, és a közérdek hatékony védelme e módon biztosítható, az eljáró versenytanács végzéssel – az eljárás egyidejű megszüntetésével – kötelezővé teheti a vállalat teljesítését, anélkül hogy a végzésben a törvénysértés megvalósulását vagy annak hiányát megállapítaná. A végzés ellen külön jogorvoslatnak van helye. A versenytanács végzése elleni jogorvoslati kérelmet a Fővárosi Bíróság közigazgatási nemperes eljárásban bírálja el. A Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény módosításáról és az egyes közigazgatási nemperes eljárásokban alkalmazandó szabályokról szóló 2005. évi XVII. törvény (Knp.) 3. § (1) és (3) bekezdései értelmében a bíróság végzése ellen további jogorvoslatnak helye nincs. Tehát a kötelezettségvállalás tárgyában hozott versenytanácsi végzéssel szemben a bírósági felülvizsgálat nemperes útra tartozik, és a nemperes eljárásban hozott döntéssel szemben jogorvoslat nem áll rendelkezésre.

A Tpv. 75. § (1) bekezdése szerinti kötelezettségvállalás tárgyában meghozott végzés érdemi döntésnek minősül. Az e jogintézményt beiktató rendelkezés<sup>53</sup> jogalkotói indokolása szerint, a kötelezettségvállalás intézménye az 1/2003/EK eljárási rendeletre, annak 9. cikkében és a preambulum 13. szakaszában foglaltakra (az Európai Bizottság versenyfelügyeleti eljárásában hozható kötelezettségvállalási határozat), valamint az 5. cikkekre (amely szerint a tagállami versenyhatóságok is jogosultak kötelezettségvállalást elfogadó határozat meghozatalára az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés 101. és 102. cikkek alapján indított ügyekben) hivatkozással került bevezetésre. Vagyis a kötelezettségvállalás intézményének „jogalkotói forrásaként” az Európai Bizottság által az 1/2003/EK eljárási rendelet 9. cikke értelmében – a jogsértést megállapító, marasztaló határozatokkal azonos döntési formában – határozatként meghozható döntést jelöli meg. Az Európai Bizottság eljárásában a 9. cikk szerint hozott kötelezettségvállalási határozattal szemben a bírósági felülvizsgálat megegyezik a jogsértést megállapító határozatokkal szembeni bírósági felülvizsgálat rendjével, jellegével. Mind a döntés formáját, mind a döntéshez fűződő jogorvoslati jogokat tekintve a kötelezettségvállalásról hozott döntés a jogsértést megállapító döntésekkel esik egy tekintet alá. (A jogalkotói indokolás is határozattípusról ír a kötelezettségvállalás intézményének bevezetésekor.)

<sup>53</sup> A tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény módosításáról szóló 2005. évi LXVIII. törvény 41. §.

A kötelezettségvállalás intézményével hasonló, annak megfelelő intézmény a közigazgatási eljárásokban a hatósági szerződés (Ket. 76–77. §-ok). A hatósági szerződés vonatkozásában a jogi szakirodalom is rögzítette, hogy az a hatósági döntés önálló és sajátos típusa, a hatósági határozat fogalmában ugyan a Ket. nem nevesíti a hatósági szerződést, mégis tartalma, jogi hatása alapján hatósági határozatnak minősül.<sup>54</sup> A Tpvt. 75. §-a szerinti döntés egy olyan önálló döntéstípus, amely döntés meghozatalát anyagi jogi normák rendezik (anyagi jogi feltétele van a vállalás elfogadásának), illetve anyagi jogi hatása van a döntésnek, mivel az eljárás alá vont anyagi jogi jogviszonyait alakító kötelezettséget állapít meg, és a hatóság által elfogadott, megállapított kötelezettség nem teljesítése anyagi jogi jogsértés, ami a versenytörvényi tilalmak megszegése esetén általában irányadó szankció alkalmazásához vezet. Az eljárási jellegű döntésekkel való összevetéséből is az állapítható meg, hogy a kötelezettségvállalás tárgyában meghozott döntés nem tekinthető eljárási jellegű döntésnek. Az eljárási döntések tartalmuk szerint eljárási jogviszonyt alakító döntések, az ügyfél eljárásjogi helyzetére, eljárásjogi jogviszonyaira vonatkoznak tartalmuk szerint, a kötelezettségvállalásról hozott döntés ugyanakkor anyagi jogi jogviszonyt alakít azzal, hogy az eljárás alá vont vállalkozást meghatározott magatartás tanúsítására kötelezi. A vállalt és előírt kötelezettség tárgyában hozott döntést követően újabb versenyfelügyeleti eljárás megindítása csak meghatározott esetekben lehetséges (a körülmények lényeges változása, a döntés meghozatala szempontjából fontos tény félrevezető közlése). A Tpvt. 75. § (1) bekezdése szerinti döntés érdemi jellegét mutatja az is, hogy kötelezettségvállalást előíró döntést csak a versenytanács hozhat, míg eljárási kérdésekben, így az eljárás megszüntetésének kérdésében a vizsgáló is dönthet (Tpvt. 71/A. §).

A közigazgatási hatóság érdemi döntése az Alkotmány 50. § (2) bekezdése, 57. § (1) és (5) bekezdése alapján érdemi bírósági felülvizsgálatot igényel. Az érdemi bírósági felülvizsgálat a perbe vitt jogok és kötelezettségek valóságos és érdemi elbírálását jelenti. A nemperes bírósági felülvizsgálat nem ad lehetőséget a Tpvt. 75. §-a szerinti – a Tpvt. anyagi jogi szabályainak alkalmazásával meghozott és az eljárás alá vont vállalkozás anyagi jogi pozícióját, a hatósággal és más jogalanyokkal szembeni kötelezettségeit és jogait alakító – döntés érdemi felülvizsgálatára. A Knp. értelmében a közigazgatási nemperes eljárásokban kizárólag okirati bizonyításnak van helye, a bíróság a feleket csak szükség szerint hallgatja meg, a bíróság végzésével szemben bírósági útra tartozó jogorvoslat nincs.

A bírósági felülvizsgálat során olyan jogok és kötelezettségek kerülnek perbe vitelre, amelyek fennállásáról a bíróság a Tpvt. 11. §, 21. §-ai vagy az Euró-

<sup>54</sup> LAPSÁNSZKY ANDRÁS: A hatósági döntés jogviszonytani alapja és jogi hatása hazánk hatósági eljárásjogának keretében. *Új Magyar Közigazgatás*, 2009/5.



pai Unió Működéséről szóló Szerződés 101. cikke, illetve 102. cikke alkalmazásával, értelmezésével kell döntenie. A perbe vitt jogok és kötelezettségek érdemi elbírálása megköveteli azt, hogy a döntés alapján kötelezett vállalkozás, akinek az anyagi jogairól és kötelezettségéről az eljárás szól, az eljárásban részt vehessen, közvetlenül kifejtse az álláspontját, a bizonyításra szoruló kérdések vonatkozásában akár szakértői bizonyítást kezdeményezhessen. Ha a kötelezettségvállalás tárgyában hozott versenytanácsí végzéssel szemben harmadik személy terjeszt elő jogorvoslati kérelmet, a hatósági döntés címzettjének az eljárásban beavatkozóként való részvételét a nemperes eljárás jellege akadályozza (konkrétan, nem értesül a jogi pozícióját alakító nemperes eljárás megindulásáról).

A mérlegelési jogkörben meghozott döntés bírósági felülvizsgálata is a Pp. 339/B. §-a alapján a tényállás tisztázása, a figyelembe vett bizonyítékok körének teljessége kérdéséhez vagy éppen a bizonyítékok hiányos voltához kapcsolódóan a felek részéről további bizonyítási indítványok tételét, míg a bíróság részéről a Pp. 336/A § (2) bekezdés alapján a hatóság bizonyításra kötelezését teheti szükségessé. Mivel a Tptv. 75. §-a szerinti döntés elfogadására az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés 101. cikke, illetve 102. cikke alkalmazásával is sor kerülhet, az eljárás során a 101. vagy 102. cikk vonatkozásában értelmezési kérdés merül fel, akkor a Pp. 155/A. § (2) bekezdése alapján az eljárás felfüggesztése válik szükségessé az Európai Bíróság előzetes döntéshozatali eljárásának kezdeményezése miatt. A nemperes eljárás ugyanakkor kizárja az eljárás felfüggesztésének lehetőségét.

A Legfelsőbb Bíróság az 1/2009. Közigazgatási jogegységi határozata indokolásából megállapítható, hogy az érdemi közigazgatási döntésekkel szemben a bírósági felülvizsgálat akkor felel meg a közigazgatási határozatok érdemi bírósági elbírálása biztosításában álló alkotmányos követelménynek, ha az érdemi döntéssel szemben a bírósági felülvizsgálat peres eljárásban történik. E közigazgatási jogegységi határozat indokolásából megállapítható, hogy a rossz alakszerűségi formában meghozott döntés, amely által egy peres útra tartozó kérdés nemperes útra terelődött a Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint nemcsak eljárási szabályt sért, hanem az alkotmányos alapjogokat (jogorvoslathoz, tisztességes eljáráshoz, a bírósághoz forduláshoz való jogot) is sérti. A jogegységi határozat arra is kitért, hogy az érdemi felülvizsgálati hatáskör érvényesülését korlátozó jogszabály megítélése szerint is alkotmányellenes, mivel az Alkotmánybíróság idézett határozatából egyenes következtetés vonható le arra nézve is, hogy alkotmányellenes a jogszabály – jelen esetben a Ket. – rendelkezéseinek olyan értelmezése, amely korlátozza a bíróság érdemi felülvizsgálati hatáskörének érvényesülését.

Az itt vázolt esetben azonban nem a hatóság választ rossz alakszerűséget egy tartalmában érdemi döntéséhez, hanem azt a versenytörvényi rendelkezés határozta meg. A Tptv. 75. § (1) bekezdése, amely szerint a versenytanács

a kötelezettségvállalás elfogadása esetén végzéssel dönt, és a 82. § (3) bekezdése, amely szerint a kötelezettségvállalásról hozott végzéssel szembeni jogorvoslati kérelmet a bíróság közigazgatási nemperes eljárásban bírálja el, és a bíróság végzésével szemben jogorvoslatnak nincs helye, együttes értékeléséből az látszik, hogy e rendelkezések egy anyagi jogi tartalmú, anyagi jogi kötelezettséget megállapító érdemi döntés bírósági felülvizsgálatát nemperes és egyfokú bírósági „felülvizsgálat” útjára terelik. Ez a szabályozás azt eredményezi, hogy a tartalmában érdemi hatósági döntés érdemi bírósági felülvizsgálatra nem kerül. A nemperes bírósági út és az egyfokú eljárás nem általában kifogásolható, hanem kifejezetten a versenytörvényi szabályozással együttesen, mert ezek összegzett következménye az érdemi hatósági döntéssel szembeni érdemi bírói felülvizsgálat hiánya. Az adott törvényhelyek együttesében kifejlődött „szabályozás” alkotmányellenességét állíthatjuk tehát a nemperes bíróság végzése utáni alkotmányjogi panaszban, ha az alkotmányellenességet a nemperes eljárásában a bíróság ebben a kontextusban eljárva nem észlelte. (Külön kérdés, hogy a „rég” alkotmányjogi panasz alapján haladva mi lesz majd az eljárás, amiben az alkotmányellenes rendelkezés nem alkalmazható, mert a bírósági végzéssel az eljárás lezárul, és az elrendelt új versenyhivatali eljárást az alkotmányjogi panasz nem akasztja meg – az „új” alkotmányjogi panasz alapján a végzés hatályosulását és az újabb hatósági eljárást lehet megakadályozni.)

Az alkotmányossági vizsgálat lényege az alábbi tényezők szerint történhet. A közigazgatási hatósági döntés „érdemi döntés” jellege az Alkotmánybíróság gyakorlata és a szakirodalom alapján is egy önálló értelmű alkotmányossági kategória, és nem feltétlenül esik egybe az eljárásjogokban érdeminek tekintett határozati típusokkal. Jóllehet tehát a Tpv. értelmében végzés formában kell döntenie a kötelezettségvállalás elfogadásáról és a vállalkozás számára formális hatósági aktszal történő kötelezővé tételéről, ez a hatósági döntés alkotmányossági értelemben érdemi döntésnek minősülhet. Azok a végzés elnevezésű döntések, amelyek nem csupán eljárási vonatkozásokról szólnak, hanem az érintettek alanyi jogairól vagy jogos érdekeiről rendelkeznek, alkotmányi értelemben közigazgatási határozatnak minősülnek – és a felülvizsgálatukra, valamint a jogorvoslat és a tisztességes eljárás követelményeit illetően is a határozatokra irányadó rezsimben kell részesüljenek az Alkotmány 50. § (2) bekezdése és az 57. § (1) és (5) bekezdései alapján.<sup>55</sup>

Konkrét esetet modellezve, az eljárás alá vont vállalkozás és más magánjogi alanyok (az érintett hitelfelvevő személyek) közötti magánjogi viszony alakítására a versenytanács végzése közvetlenül kihat, mivel e végzés adja a jogalapot és a kötelezettséget arra vonatkozóan, hogy a magánjogi szerződéses viszonyban a felek között fizetési (visszatérítési) kötelezettség keletkezett. Ezen

<sup>55</sup> JAKAB ANDRÁS (szerk.) i. m. 1773–1774.

versenyhatósági végzés hatályon kívül helyezésével a jogalap és kötelezettség az előbbi magánjogi viszonyokban szintén közvetlenül érintett lett, mivel a versenytanács végzésében írt kötelezés alapján teljesített pénzbeli visszatérítéseket az újabb jogi helyzetben mint jogalap nélküli fizetéseket vissza lehet követelni. Ez a körülmény is mutatja, hogy a versenytanácsi végzés és a bírói végzés egyaránt közvetlenül anyagi jogi tartalmú jogi pozícióját határozta meg magánjogi alanyoknak.

Az előbbieket bemutatása után belátható, hogy a fentiekben szereplő versenytanácsi végzés alkotmányossági értelemben, és a jogorvoslat alkotmányi követelményei körében érdemi tartalmú határozat. Az érdemi hatósági határozattal szemben az Alkotmány 57. § (1) és (5) bekezdése alapján és az Alkotmánybíróság határozatai értelmében az érdemi bírói jogorvoslat megkövetelt, lásd 26/2004. (VII.7.) AB hat., ABH 2004. 398. A döntés érdemiségének funkcionális alkotmányossági értelmezése irányadó konkrétan a közigazgatási jog körében is.<sup>56</sup> Az Alkotmány 57. § (5) bekezdésének sérelme kapcsán nyilván nem általában a nemperes eljárások jogorvoslati korlátairól van szó a jelen esetben – ahogyan ennek kapcsán általánosan az 1186/D/2007. sz. AB határozat szól – hanem itt az érdemi jogorvoslat külön kérdése merül fel, és az is, hogy a perbe vitt jogok és kötelezettségek érdemi bírói felülvizsgálatának teljes alkotmányi garanciarendje irányadó, mégpedig abból a kiindulásból adódóan, hogy a bírói felülvizsgálat tárgya egy alkotmányi értelemben érdeminek minősülő, anyagi jogi kötelezettséget előíró közigazgatási hatósági döntés, mint amilyen tartalmilag a Tpvt. 75. § (1) bekezdése szerinti végzés.

Az anyagi jogi normák alkalmazásával létrejött közigazgatási hatósági döntéssel vagy szabálysértési eljárásban született döntéssel, vagy az ún. felügyeleti testületi döntésekkel szembeni jogorvoslattal – tekintettel e döntések érdemi döntés jellegére – az Alkotmány 57. § (5) bekezdésének kell megfelelnie. Az (1) bekezdés szerint tisztességes eljárás elve a jogorvoslatra vonatkozó (5) bekezdés keretében is releváns követelmény, tekintettel arra is, hogy a 2. § (1) bekezdése szerint általános jogállamisági klauzulából fakadóan is a bíróságnak a perbe vitt jogokat és kötelezettségeket, a közigazgatási érdemi döntés jogszerűségét érdemi felülvizsgálat alá kell vennie, a bírói felülvizsgálat nem lehet formális. Az érdemi hatósági döntésekkel szembeni bírói út implikálja az érdemi bírói felülvizsgálat követelményét, aminek során a tisztességes eljárás alkotmányi követelményei irányadóak. Ennek alapja, hogy az Alkotmány 50. § (2) bekezdését az 57. §-ra tekintettel úgy kell értelmezni, hogy az érdemi közigazgatási döntés bírói felülvizsgálatának arra kell vezetnie, hogy a bíróság a perbe vitt jogokat és kötelezettségeket valóban elbírálja, a tisztességes eljárás alkotmányi követelményeit érvényesítve, ld. 39/1997. (VII. 1.) AB hat.,

<sup>56</sup> JAKAB ANDRÁS (szerk.) i. m. 2120–2121.

ABH 1997, 263, 272. E határozatban az Alkotmánybíróság a közigazgatási határozatok bíróság általi felülvizsgálata kapcsán követelményként állapította meg, hogy az Alkotmány 57. § (1) bekezdésének feltételei szerint kell elbírálnak lenniük a perbe vitt jogok és kötelezettségek a közigazgatási perben is – az 50. § (2) bekezdésének az 57. § (1) bekezdésével való együttes értelmezésével.<sup>57</sup>

A jogorvoslatához való jog előbbieket szerinti érvényesüléséhez alkotmányosság alapon szükséges az, hogy a jogorvoslat érdemben lehetséges legyen, azaz szubsztanciálisan is tartalmazza a jogsérelem orvosolhatóságát. Az alkotmányi értelemben tartalma szerint anyagi jogi jogalakító vagy kötelezettséget megállapító érdemi közigazgatási hatósági döntéssel szembeni jogorvoslat nemperes eljárási keretbe kényszerítése – ezen bírósági eljárás jellemzőire tekintettel – nem teljesíti a tényleges és hatékony érdemi bírósági felülvizsgálat követelményeit. A bizonyítás lehetősége korlátozott, kötelező tárgyalás hiányában az érintettek meghallgatása nem garantált, a közvetlenség eleve nem teljesül. A nem anyagi jogi tartalmú jogosítást vagy kötelezést tartalmazó hatósági végzésekkel szembeni jogorvoslat esetén irányadó nemperes eljárás az érdemi közigazgatási határozatok esetén irányadó peres út alkotmányossági szempontból is releváns eljárási garanciáit mellőzi és a jogorvoslatot korlátozza – így az Alkotmány 50. § (2) bekezdését, az 57. § (5) bekezdését és az (1) bekezdése szerinti tisztességes eljárás elvét sérti.

A 19/2009. (II. 25.) AB határozat alapulvételével a fentebb taglalt érdemi határozat érdemi bírósági felülvizsgálatának igényléséhez az alábbiak idézhetők fel. A Gazdasági Versenyhivatal közigazgatási szerv, amelynek eljárásában részben a Tptv. által megállapított anyagi és eljárási szabályok, részben (a Tptv. 44. §-a szerint) a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) rendelkezései érvényesülnek. A jogorvoslatra vonatkozóan a Tpv. részben az önmaga által meghatározott, részben a Pp.-nek a közigazgatási perekre megállapított szabályai alkalmazását írja elő. Irányadóak továbbá a Ppm., illetve a klasszikus, a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (Pp.) hatálybaléptetése folytán szükséges rendelkezések tárgyában alkotott 105/1952. (XII. 28.) MT rendelettel (a továbbiakban: MT rendelet) megállapított nemperes eljárásra vonatkozó rendelkezések. A Tptv. 75. § (1) bekezdése és 82. § (3) bekezdése a végzés formájú döntéssel szemben a nemperes eljárás jogorvoslati útját rendeli.

A bizonyításra vonatkozó lehetőségek ennél fogva erősen korlátozottak. A nemperes eljárásban a szóbeliség, közvetlenség, nyilvánosság követelményei, a felek kontradiktórius eljárás keretében történő meghallgatásának elve nem érvényesül, tanúbizonyításra nincs, szakértői bizonyításra pedig (csupán

<sup>57</sup> JAKAB ANDRÁS (szerk.) i. m. 1763 – a bírósági úthoz való jog értelmezési keretéről szólva.

az ítélkezési gyakorlat, és nem törvény alapján) csak korlátozottan van mód. A Ppm. a klasszikus nemperes eljáráshoz képest is szűkíti a bizonyítás terjedelmét, minthogy az 1. § (2) bekezdése kizárólag az okirati bizonyítást teszi lehetővé. Az ettől való eltérést csak más törvény állapíthatja meg, ilyen rendelkezés a mostani ügyre vonatkozóan nincs. A versenyhatóság érdeminek minősülő döntése elleni jogorvoslati eljárásnak a nemperes eljárás keretei közé szorítása, a tényállás egyes lényeges elemeinek kizárólag közigazgatási nemperes eljárás keretében történő megállapítása összességében elzárja az érintett jogalanyokat attól, hogy a határozatban foglalt megállapításokat érdemben vitassák, megfelelő eljárás keretében, bizonyítás felajánlásával cáfolják.

Az 1211/B/1996. AB határozat elvi élellel állapította meg, hogy a speciális funkcióval és feladatkörrel rendelkező GVH eljárásának központi eleme a piaci verseny tisztaságának és szabadságának védelme. Ebben az eljárásban az egyedileg meg nem határozott piaci szereplők és fogyasztók érdeke mint közérdek áll védelem alatt (ABH 2002, 768, 771.). A Gazdasági Versenyhivatal extrajudiciális jellegéből következik, hogy eljárásában a tisztességes eljárás követelményei csupán részlegesen, egyes elemeiben vannak jelen. Ebből pedig az következik, hogy a GVH érdemi jogalakító döntését felülbíró bírói bírósági eljárásnak – a hatósági döntés anyagi jogi kötelezettséget előíró tartalmára is tekintettel – meg kell felelnie az Alkotmány 57. § (1) bekezdésében foglalt követelményeknek. A kötelezettséget megállapító vagy a joghátrány alkalmazásával járó eljárásokban a tisztességes eljáráshoz való jog korlátozhatatlan.

A 39/1997. (VII. 1.) AB határozatában az Alkotmánybíróság kimondta, hogy a hatósági eljárásokban a döntés meghozatalakor nincs szükség minden fokon „az Alkotmány 57. §-át kielégítő »bírószakszerű« szervekre és eljárásra”, de a végleges döntésről szóló bírósági eljárás nem nélkülözheti a tisztességes eljárás követelményeit. Ez pedig csak akkor valósul meg, ha a bíróság a perbe vitt kérdést, a hatósági döntésben előírt kötelezés jogszerűségét valóban elbírálhatja, és ha ennek során érvényesülnek az Alkotmányban a tisztességes eljárás feltételül megállapított követelmények, így például az igazságos, nyilvános tárgyaláshoz való jog. A nyilvános tárgyalással pedig fogalmilag áll szemben az ügybeni egész nemperes eljárás írásbeli volta. A közigazgatási határozatok törvényességének bírói ellenőrzése tehát alkotmányosan nem korlátozódhat a formális jogszerűség vizsgálatára.

Az Alkotmánybíróság fentebb összegzett okfejtéséből is látható, hogy a jelen ügyben a versenyhatóság érdemi döntésének felülvizsgálatára rendelkezésre álló nemperes eljárás a tisztességes eljárás alkotmányi követelményeit ez esetben sem teljesíti. Ezért az ilyen jogorvoslati eljárást lehetővé tevő szabályok – nevesítve a Tptv. 75. § (1) bekezdése, mert végzés formájú döntést ír elő, illetőleg a 82. § (3) bekezdése, mert nemperes eljárásra tereli az anyagi jogi alapon érdemi jogalakító és kötelezettségszabó hatósági döntéssel szem-

beni jogorvoslatot – alkotmányellenesek. E rendelkezések hordozta „szabályozás” akadályozzák meg azt, hogy a jelen ügyben a perbe vitt jogok és kötelezettségek elbírálása megvalósuljon. Ha e rendelkezések alkotmányellenességük miatt nem alkalmazhatóak, akkor a vizsgált versenytanácsi döntés felülvizsgálata peres útra tartozik – azonban azt az alkotmányjogi panaszt, aminek eredményeként az alkalmazásuk mellőzendő lenne, nincs eljárási pozíció előterjeszteni, mivel az egyfokú nemperes eljárás befejeződött. A fellebbezési jog kizárását kimondó rendelkezést kellene bírói kezdeményezéssel normakontrollra utalni ahhoz, hogy a nemperes végzés következtében a hatósági eljárás ne induljon újra, de ennek érdekében éppen annak a jogorvoslati fórumnak az eljárására lenne szükség, amit az alkotmányellenes szabályozás kizárt.

Ami a rossz szabályozás miatt megtörténhet, az meg is történik. Konkrét történet szereplőjeként, mindezen alkotmányossági okfejtést a versenytanácsi végzés címzettje a bíróság előtti nemperes eljárásban előadni nem tudta, mert a bírósági eljárásról nem kapott értesítést sem, abban nem vehetett részt, annak ellenére, hogy anyagi jogi és eljárásjogi pozícióját a bírói döntés érdemben alakította, a kötelezettségvállalásról szóló versenytanácsi végzés hatályon kívül helyezésével. (Az elrendelt újabb versenyhatósági eljárás és döntés alapulvételével, a majdani új hatósági aktus elleni esetleges jogorvoslati eljárásban a megelőző eljárás vázolt jellemzőinek kihantolása és orvosolhatósága kétséges.)

BITSKEY BOTOND

## HOSSZÚ TÁVON MEGÉRI ALKOTMÁNYOSNAK LENNI – KÉT KÖZJOGI ESET

2003 nyarán Mádl Ferenc köztársasági elnök és az Országgyűlés között éles konfliktus alakult ki egy, a parlamentnek az államfő által megfontolásra visszaküldött törvény miatt. Néhány évvel később, 2006-ban Sólyom László köztársasági elnök a kormánnyal került vitába állami kitüntetésre javasolt személyek kapcsán. A két államfő mindkét ügyben választás elé került. Vagy megpróbálják döntésre vinni a dolgot, és erőteljesen képviselni a meggyőződésüknek megfelelő megoldást az adott ügyben, sőt érvényesíteni is szándékukat. Mindezt annak ellenére, hogy nem lehetnek teljességgel bizonyosak abban, hogy az ehhez szükséges eljárásuk végül alkotmányosnak bizonyulna. Vagy pedig az adott ügyben engednek, mert meggyőződésüknél fontosabbnak tartják, hogy eljárásuk ne legyen alkotmányellenes. Politikai meggyőződésüknél és célkitűzéseiknél, önérzetüknél, az adott konkrét ügy „megnyerésénél” fontosabbnak tartják a jogszerűséget és az alkotmányosságot, az általuk betöltött tisztség tekintélyét és méltóságát.

Mind Mádl Ferenc, mind Sólyom László ez utóbbi eljárást választotta, legfőbb igyekezetük az volt, hogy biztosan a törvényes keretek között járjanak el. Mindketten „alkotmányos embernek” bizonyultak tehát egy-egy nehéz, konfliktusos ügyben. A két eset, érdekes módon, számos további hasonlóságot mutat, és tanulságokkal is szolgál a mára és a jövőre vonatkozóan. Az alábbi szerény cikkben ezért felidézzük és röviden ismertetjük a két ügy fontosabb epizódjait, dokumentumait, végkifejletét és utóéletének néhány elemét. Mindezt anélkül, hogy az államfői átiratokat, az ügyekben született alkotmánybírói határozatokat alaposabb jogi elemzésnek vagy kritikának vetnénk itt alá. Célunk ugyanis elsősorban az, hogy láthatóvá váljanak az érdekes párhuzamok a két ügyben, és rámutassunk a két államfő eljárásának és döntéseinek motívumaira.

## 1. Mádl Ferenc és a kórház-privatizációról szóló törvény ügye

Az Országgyűlés a 2003. június 16-i ülésnapján törvényt fogadott el az egészségügyi szolgáltatókról és az egészségügyi közszolgáltatások szervezéséről, melyet a közbeszédben gyakran csak kórház-privatizációs törvénynek neveznek. A törvény lehetővé tette volna a szolgáltatók gazdasági társasággá alakulását, ami alapján szakmai vagy pénzügyi befektetők válhattak volna tulajdonosokká. Az egészségügyi miniszter által benyújtott törvényjavaslat tartalmi kérdéseiről, értelmezéséről, a leendő törvény káros vagy előnyös következményeiről már a parlamenti vitát megelőzően éles politikai és szakmai vita folyt a kormánypártok és ellenzék között. A vita alapvetően arról folyt, hogy valóban mik a kormány szándékai, miként és mennyire kívánja lehetővé tenni az állami és önkormányzati tulajdonú egészségügyi szolgáltatások magánkézbe adását. A vitában nem csak a politikai erők vettek részt, a kérdésről publicisztikák jelentek meg, a Magyar Orvosi Kamara pedig határozottan tiltakozott a kormány tervei ellen. A törvényt végül a kormánypárti képviselők szavazataival elfogadta az Országgyűlés.

Az Országgyűlés elnöke június 17-én (kedden) küldte meg a törvényt kihirdetésre a köztársasági elnök részére, és a Ház erre vonatkozó döntése alapján kérte a köztársasági elnököt, hogy annak kihirdetéséről sürgősséggel, tehát 5 napon belül gondoskodjon. Mádl Ferenc köztársasági elnök a törvénnyel nem értett egyet, ezért azt visszaküldte megfontolásra az Országgyűlésnek.

### 1.1. Az elnöki vétó és következményei

A törvény visszaküldésére június 23-án, hétfőn, a rendkívüli parlamenti ülészak utolsó napján került sor. Mádl Ferenc köztársasági elnök a vétót tartalmazó levelet a délelőtti órákban juttatta el a Házelnöknek.

A köztársasági elnök a visszaküldést indokoló levelében kifejtette, hogy álláspontja szerint a törvény lehetővé tette volna, hogy profitra törekvő vállalkozások átvegyék a fekvőbeteg-szakellátás jelentős részének működtetését. Mádl Ferenc szerint emiatt a magas szintű ellátáshoz való egyenlő hozzáférés lehetősége jelentősen csökkenhetett volna. Kifogásolta az államfő emellett azt is, hogy a törvénnyel a gyógyszer, valamint a gyógyászati segédeszköz gyártásával, forgalmazásával foglalkozó vállalkozások is lehetőséget kaptak volna a privatizációban való részvételre. Végül aggályosnak tartotta, hogy a törvény következményeit felmérő hatástanulmány nem készült. Márpedig egy ilyen, a lakosság egészét érintő kérdésben nem hozható megalapozott döntés anélkül, hogy a változtatásnak az ellátásra és a rendszer egészére gyakorolt várható hatásai legalább alapjaiban ne legyenek ismertek.



A Házelnök ezt követően a kormány kérésére még aznap estére újabb, rendkívüli ülést hívott össze, azzal a céllal, hogy az Országgyűlés újra megtárgyalja a köztársasági elnök által visszaküldött törvényt, és ismételten szavazzon róla. Az Országgyűlés néhány kormánypárti képviselő hozzászólását követően, változatlan szöveggel újból elfogadta a visszaküldött törvényt. A gyors döntés indokául a kormányoldal azt hozta fel, hogy gyors eljárásra volt szükség, mert az ülésnap utolsó napján került sor az elnöki vétóra, és a következő ülés csak szeptemberben lenne. Márpedig a döntés elhalasztása ellentétes lenne a törvény mielőbbi elfogadásához fűződő társadalmi érdekekkel. Álláspontjuk szerint, mivel a miniszter már a törvény meghozatalát megelőzően tárgyalta az államfővel, a kormány és a kormánypárti képviselők ismerték már korábban is az államfő kifogásait, és ezért volt idejük azokat érdemben megfontolni. Mivel a köztársasági elnök lényegében csak olyan ellenérveket és aggályokat fogalmazott meg a törvénnyel kapcsolatban, melyek az ellenzéki képviselők részéről már elhangzottak a törvény rendes vitájában, ezek ismételt megtárgyalására nincs szükség. A felszólalók közül emellett néhányan tartalmi ellenérveket is megemlítettek a köztársasági elnök kifogásaival szemben. Végül az Országgyűlés körülbelül este negyed tízkor változtatás nélkül ismét elfogadta a törvényt.

Úgy tűnt, az Országgyűlés az újratárgyalás és a törvény ismételt elfogadásának eljárása során számos házsabályi, eljárási előírást megsértett, illetve figyelmen kívül hagyott. Mádl Ferenc köztársasági elnök számára továbbá az is kétségtelen volt, hogy az eljárás az Alkotmány vonatkozó rendelkezései követelményeinek sem felelt meg. Márpedig az Alkotmánybíróság korán kialakult és következetes gyakorlata, hogy csak a formalizált eljárás szabályainak követésével keletkezhet érvényes jogszabály. A testület ezért magát a jogalkotási eljárást is vizsgálhatja, és dönthet a „formai hibás törvényhozási eljárás” alkotmányosságáról. A testület későbbi határozataiban is utalt rá, hogy a súlyos eljárási szabálytalanság közjogi érvénytelenséget idéz elő.

Mádl Ferencnek tehát azzal a kérdéssel kellett szembesülnie, hogy köztársasági elnökként kihirdethet-e egy szerinte az eljárási szabályokat súlyosan sértő módon elfogadott, alkotmányellenes törvényt. Az Alkotmány 26. § (4) bekezdése értelmében ugyanis a köztársasági elnök a törvényt aláírás előtt véleményezésre megküldi az Alkotmánybíróságnak, ha annak valamelyik rendelkezését (vagy egészét) alkotmányellenesnek tartja. A 26. § (3) bekezdése ugyanakkor úgy szól, hogy az Országgyűlés elnöke által az újratárgyalást és újbóli elfogadást követően megküldött törvényt a köztársasági elnök öt napon belül köteles aláírni és elrendelni annak kihirdetését.

Vajon melyik rendelkezés vonatkozik a mostani esetre? Vajon lehet-e a köztársasági elnököt kötelezni, hogy kihirdessen egy egyértelműen alkotmányellenesnek tekinthető törvényt? Ugyanakkor a 26. § (3) bekezdésével nem az volt-e az alkotmányozó szándéka, hogy a köztársasági elnök egymást követő aktsaival ne tudja huzamosabb időn keresztül blokkolni a törvényhozást?

A köztársasági elnökre igen komoly nyomást gyakoroltak pró és kontra, részben alkotmányjogi, részben politikai érveket felvonultatva. Mádl Ferenc végül az Alkotmány értelmezése alapján az akkor leginkább alkotmányosnak tűnő – mint később kiderült, a valóban alkotmányosnak bizonyult – megoldást választotta: az előírt határidőn belül aláírta a törvényt és gondoskodott kihirdetéséről. Ugyanakkor nem hagyta szó nélkül az ügyet: alkotmányértelmezésre irányuló indítvánnyal fordult az Alkotmánybírósághoz annak érdekében, hogy tisztázzódjon, milyen módon kell a parlamentnek eljárnia a megfontolásra visszaküldött törvények újratárgyalásakor és elfogadásakor, valamint hogy mi a köztársasági elnök részére az ilyen ügyekben biztosított jogkörök tartalma és terjedelme.

### *1.2. A köztársasági elnök indítványa az Alkotmánybírósághoz*

Az államfő indítványa lényegében három kérdésre irányult. Az Alkotmány 26. § (3) bekezdésére vonatkozóan azt kérdezte Mádl Ferenc az Alkotmánybíróságtól, hogy az Országgyűlésnek milyen módon kell eleget tennie a törvény újratárgyalása követelményének. Szükséges-e az Alkotmány alapján olyan eljárási garanciáknak érvényesülnie, melyek biztosítják, hogy az Országgyűlés valóban érdemben újratárgyalja a visszaküldött törvényt, és megfontolja az elnök érveit? Utalva a konkrét ügyre is, az államfő ezzel kapcsolatban azt is felvetette, hogy megvalósulhat-e az újratárgyalás és a megfontolás oly módon, hogy az Országgyűlés a visszaküldést követően néhány órán belül újratárgyalja és elfogadja a törvényt.

A második kérdés az Alkotmány 26. § (3) és (4) bekezdéseinek egymáshoz való viszonyára vonatkozott: vajon a köztársasági elnök az Országgyűlésnek visszaküldött és újra elfogadott törvényt megküldheti-e ezt követően az Alkotmánybíróságnak véleményezésre?

Végül azt kérte Mádl Ferenc az Alkotmánybíróságtól, értelmezze az Alkotmány 30/A. § (1) bekezdés e) pontját, miszerint a köztársasági elnök részt vehet és felszólalhat az Országgyűlés és az országgyűlési bizottságok ülésein.

### *1.3. Az Alkotmánybíróság határozata*

Az Alkotmánybíróság a 62/2003. (XII. 15.) AB határozatban hozott döntést az ügyben. Az első kérdés kapcsán a határozat a hatalommegosztás elvéből indult ki, és megállapította, hogy az Alkotmány 26. §-ában meghatározott államfői jogkörök az Országgyűlés törvényhozási tevékenységének ellensúlyát képezik a hatalommegosztás rendszerében. A törvényvisszaküldés esetében ennek biztosítéka, hogy az Országgyűlés köteles a köztársasági elnök észrevéte-

leinek megfontolására és az észrevételek keretein belül a törvényt érdemben újratárgyalni. Az érdemi újratárgyalást biztosító eljárési szabályoknak ezért garanciális jelentőségük van a jogbiztonság és a hatalmi ágak elválasztása elvének érvényesülése szempontjából. Az Alkotmány 26. § (3) bekezdésének sérelmét eredményezi, és a törvény közjogi érvénytelenségéhez vezet, ha az Országgyűlés a köztársasági elnök által visszaküldött törvény érdemi újratárgyalásának feltételeit nem biztosítja.

A köztársasági elnök második kérdésével kapcsolatosan a többségi határozat rendelkező része meglehetősen kategorikusan fogalmaz. E szerint az Alkotmány 26. § (1)–(4) bekezdéseinek együttes értelmezése alapján a köztársasági elnök az Alkotmányban meghatározott határidőn belül ugyanazon törvénnyel kapcsolatban csak egy alkalommal, egy intézkedést kezdeményezhet. Az újratárgyalás eredményeként elfogadott törvényt tehát az államfő nem küldheti meg az Alkotmánybíróságnak, és ismételten nem küldheti vissza az Országgyűlésnek sem megfontolásra. Ez ugyanis a törvényalkotási eljárás indokolatlan meghosszabbodását eredményezné, és ellentétes lenne a köztársasági elnök számára biztosított jogkör céljával, funkciójával.

Mádl Ferenc eljárása tehát megfelelt az alkotmánybírósági határozat által meghatározott követelménynek. Ugyanakkor ebben a kérdésben az Alkotmánybíróság testületén belül komoly vita volt, erre utal, hogy a döntés minimális többséget kapott csak, és öt alkotmánybíró a határozatnak ehhez a részéhez különvéleményt írt. Ezekben eltérő hangsúlyokkal, de lényegében egyező állásponttal és érveléssel kifejtették: ha a köztársasági elnök a megfontolásra visszaküldött törvény ismételt elfogadása után úgy ítéli meg, hogy az újra elfogadott törvény – akár az újratárgyalás során történt módosításokkal kapcsolatos tartalmi okok, akár formai-eljárési okok miatt, mint a jelen esetben is – alkotmányellenes, akkor az ügyben jogosult (és egyben köteles is) alkotmányossági vétót emelni.

A harmadik, a köztársasági elnöknek a parlamentben való felszólalási jogával kapcsolatos kérdést a testület szintén a hatalommegosztás elvével hozta összefüggésbe. Megállapította, hogy a felszólalási jog vonatkozik a törvény újratárgyalására is. Mindazonáltal az államfő távolléte nem akadályozza meg az újratárgyalást. Az elnök részvételi, illetve felszólalási jogának érvényesítését megfelelő eljárési szabályokkal feltétlenül biztosítani kell, mivel ez a törvény érdemi újratárgyalásának garanciáját jelenti. A köztársasági elnök részvételi és felszólalási jogának biztosítása az újratárgyalási eljárás során a törvény közjogi érvényességének egyik feltétele.

Mádl Ferenc indítványának megfogalmazásából ki lehet olvasni a köztársasági elnök véleményét a parlament eljárásáról, és álláspontját arról, hogy az Alkotmány érintett rendelkezéseit miként kell értelmezni. Az újbóli vétó lehetősége például ez alapján láthatóan közelebb állt hozzá. Az államfő azonban nem volt teljesen biztos ennek alkotmányos lehetőségében, és nem koc-

káztatta meg az alkotmányértést. Ennek megfelelően a törvényt kihirdette. A határozat, közvetve, minden szempontból alkotmányosnak ismerte el az elnök döntését és az általa követett eljárást. A másik két kérdésben kifejtett alkotmányértelmezés pedig teljesen megfelelt az indítványban megfogalmazotaknak.

#### *1.4. Az ügy utóélete*

Az ügy ezen a ponton akár le is záródhatott volna, de nem így történt. Az újratárgyalás mikéntje egyrészt közvetlenül kihatott a kórház-privatizációs törvény sorsára, másrészt, közvetve, a köztársasági elnöki vétó intézményének későbbi szabályozására is.

Az Országgyűlés eljárása nyomban politikai és jogi kritikák kereszttüzébe került. A törvényt az Alkotmánybíróság előtt többen megtámadták, és indítványozták a megsemmisítését tartalmi és formai, eljárási indokok alapján. Az Alkotmánybíróság ezeket az indítványokat párhuzamosan bírálta el a köztársasági elnök alkotmányértelmezésére irányuló indítványával, és egy napon hirdetett is határozatot a két ügyben. A 63/2003. (XII. 15.) AB határozat voltaképp a konkrét ügyre alkalmazta következetesen az ismertetett alkotmányértelmezési határozat általános követelményeit. Ez alapján megállapította, hogy a törvény elfogadása során az Országgyűlés az érdemi tárgyalás feltételeinek biztosítását szolgáló jelentős eljárási szabályokat sértett, és ezért ellentétes az Alkotmány 26. § (3) bekezdésével és a 2. § (1) bekezdésében foglalt jogállamiság elvével. Ezáltal formálissá vált, kiüresedett az Alkotmány 26. § (2) bekezdésében a köztársasági elnök számára biztosított jogosítvány. A hibás törvényhozási eljárás a törvény közjogi érvénytelenségét idézte elő, ezért azt az Alkotmánybíróság a kihirdetése napjára visszamenőleges hatállyal megsemmisítette. A törvény tartalmát, rendelkezéseit támadó indítványokat az Alkotmánybíróság már nem is vizsgálta.

Az alkotmányértelmezés tartalmával és a törvény megsemmisítésével fontos alkotmányjogi, alkotmányossági kérdések tisztázódtak, és bizonyos értelemben Mádl Ferenc is elégtételt kapott. A parlamenti többség eljárása ugyanis nem csupán az Alkotmány és a Házzsabály számos rendelkezésével volt ellentétes, hanem méltatlan is volt, mind az államfői intézményre, mind a tisztséget betöltő személyre tekintettel.

Az ügy egy bizonyos aspektusa emellett a 2010–11-es alkotmányozás során is felbukkant. Láttuk, hogy a 63/2003. (XII. 15.) AB határozatban az Alkotmánybíróság, ha minimális többséggel is, de úgy értelmezte az Alkotmány 26. § (1)–(4) bekezdéseit, hogy a köztársasági elnök az Alkotmányban meghatározott határidőn belül ugyanazon törvénnyel kapcsolatban csak egy alkalommal, egy intézkedést kezdeményezhet; a törvény alkotmányellenességének előzetes alkotmánybírósági vizsgálatát vagy a törvény újratárgyalását. Az újra-

tárgyalás eredményeként elfogadott törvényt tehát az államfő nem küldheti meg sem az Alkotmánybíróságnak véleményezésre, sem ismételten vissza az Országgyűlésnek megfontolásra. A kisebbségben maradt alkotmánybírák különvéleményeikben fejtették ki ezzel ellentétes álláspontjukat.

Az új alkotmánynak, az Alaptörvénynek Az Állam című fejezete 6. cikke azonban megnyitja a lehetőségét, hogy a köztársasági elnök többször is vétót emeljen egy elfogadott, de ki nem hirdetett törvénnyel szemben. Ez több módon is előfordulhat. Abban az esetben, ha az Alkotmánybíróság az előzetes normakontrollt az Országgyűlés kérésére folytatta le, és nem találta alkotmányellenesnek a törvényt, a köztársasági elnök ezt követően még élhet a politikai vétó lehetőségével. Arra is lehetőséget ad az új alkotmány, hogy az előzetes alkotmányossági vizsgálat után, ha az Alkotmánybíróság alkotmányellenességet állapított meg, a parlamenti újratárgyalást követően ismét az Alkotmánybírósághoz lehessen fordulni a kihirdetést megelőzően. Végül az Alaptörvény úgy rendelkezik, hogy ha a köztársasági elnök visszaküldi a törvényt megfontolásra az Országgyűlésnek, akkor az újból elfogadott törvénynek az újratárgyalás során megváltoztatott rendelkezéseivel szemben vagy az eljárási követelmények megsértése esetén a köztársasági elnök alkotmányossági vétót emelhet az Alkotmánybíróságon. Ez a rendelkezés lényegében a kórház-privatizációs ügyben az alkotmányértelmezési határozat meghozatala során kisebbségben maradt alkotmánybírák különvéleményeinek megjelenése az új alkotmányban.

## 2. Sólyom László köztársasági elnök kitüntetési ügye

2006 februárjában a kormány, illetve a miniszterelnök javaslatot tett Sólyom László köztársasági elnöknek a Kossuth-díj és a Széchenyi-díj, a Magyar Köztársasági Érdemrendek, valamint Magyar Köztársasági Érdemkeresztek adományozására. A köztársasági elnök áttekintette a kitüntetendők listáját, mérlegelte életútjukat, érdemeiket, és ez alapján megállapította, hogy a kitüntetésre javasolt személyek között szerepelnek olyanok, akiknek kitüntetésével alapvetően nem ért egyet. A köztársasági elnök úgy ítélte meg, hogy ezeknek a személyeknek a Magyar Köztársaság legmagasabb szintű elismerésében való részesítése – az Alkotmány értékrendje alapján – nem támogatható.

### 2.1. Az államfő álláspontja és döntése

A köztársasági elnök jelezte aggályait a kormányfőnek, előbb informálisan, majd hivatalosan is, és kérte az előterjesztés módosítását, de a kormány kitarított a javaslat mellett. Úgy tűnt, az államfőnek nincs más választása, mint alá-

írni az előterjesztést, és átadni a kitüntetésekkel – akár egyet nem értése nyilvános hangoztatása mellett, akár anélkül.

A kérdés tulajdonképpen hasonlatos volt a másfél évtizeddel korábban, Göncz Árpád köztársasági elnök mandátuma idején, a kormány kinevezési javaslatával kapcsolatban felmerült vitához és alkotmányossági kérdéshez. Akkor az Alkotmánybíróság több határozatot is hozott, amelyekben tisztázta az alkotmányjogi helyzetet. Ennek lényege, hogy a köztársasági elnök – a formai, jogszerűségi okokon túl – tartalmi okból akkor utasíthatja el a kinevezési javaslatot, ha alapos okkal arra következtet, hogy a javaslat teljesítése „az államszervezet demokratikus működését” [Alkotmány 29. § (1) bekezdés] súlyosan zavarná. A formailag aggálytalan kinevezési javaslat teljesítésének megtagadásával ugyanis a köztársasági elnök felülbírálatlanul beavatkozna az államszervezet működésébe, anélkül hogy maga ezért politikai felelősséget viselne. Az államfő tartalmi okból elutasító döntése végső, rendkívüli garanciális eszköz, amelynek alkalmazására csak az államszervezet súlyos működési zavarának elhárítása adhat okot. Tehát a kinevezés megtagadásához is rendkívül súlyos kifogásnak kell fennállnia a kinevezendő személlyel szemben.

Az 1991-es Göncz-ügy alapjául ebben a vonatkozásban kinevezéssel kapcsolatos viták szolgáltak, az azt követő gyakorlat és a jogirodalom is kiterjesztően értelmezte az alkotmánybírói határozatokat. Eszerint az Alkotmánybíróság a 48/1991. (IX. 26.) AB határozatában meghatározott kötelezettségek és mérlegelési jogosítványok nem csupán a kinevezésekre és felmentésekre vonatkozó előterjesztésekre vonatkoznak, hanem valamennyi hatáskörére az elnököknek, amelyet más szerv kezdeményezésére gyakorolhat, és amelynek érvényességéhez a kormány tagjának ellenjegyzése szükséges. Ezek közé tartozik a kinevezési hatáskör is.

De vajon valóban a kinevezési ügyekben meghatározott alkotmánybírói tesztet kell alkalmazni a kitüntetésekre is? A javaslat megtagadásával ebben az esetben is beavatkozna a köztársasági elnök az államszervezet működésébe? Egyáltalán, akár az előterjesztés teljesítése, akár megtagadása esetén felmerülhet-e az államszervezet demokratikus működésének súlyos zavara a kitüntetések esetében? Ugyanakkor azt megelőzően nem merült fel, hogy a különböző hatáskörökre eltérő teszt vonatkozna. És ha így lenne, vajon mi lenne ennek a tartalma? Ha most az államfő önállóan eldönti ezeket a kérdéseket, és megtagadja a kitüntetési javaslat teljesítését, vajon az alkotmányos lesz-e az eljárása?

Súlyom László végül úgy döntött, hogy nem kockáztathatja meg az alkotmányérintést. A kérdést az Alkotmánybíróságnak kell, általános érvénnyel, eldöntenie. Ezért eleget tett a kormány előterjesztéseiben foglaltaknak, aláírta a határozatot, és valamennyi javasolt személyt kitüntetésben részesítette. Másrészt alkotmányértelmezésre irányuló indítvánnyal fordult az Alkotmánybírósághoz, kérve a testületet, hogy tisztázza a felmerült alkotmányjogi problémákat.

Mielőtt röviden ismertetnénk az elnöki indítványt, érdemes felhívni a figyelmet arra, hogy ezen a ponton jelentős eltérés van az 1991-es és a mostani eset között. Göncz Árpád ugyanis annak idején úgy döntött, hogy megtagadja az előterjesztés aláírását. Az Alkotmánybírósághoz a kormány tagjai, illetve a kormány álláspontjával egyetértő parlamenti bizottság fordult. És a testület határozatából az a következtetés adódott, hogy a köztársasági elnök alkotmányértő módon tagadta meg a kinevezési javaslatok teljesítését. Súlyom döntésének – az előterjesztés aláírásának, és emellett az alkotmányértelmező indítványnak – éppen az a lényege, hogy államfőként elkerüli a lehetőségét is alkotmányellenes eljárásnak. Ez ugyanis csorbítaná mind az alkotmány, mind a köztársasági elnöki intézmény tekintélyét.

## *2.2. A köztársasági elnök indítványa az Alkotmánybírósághoz*

A vitatott esetnek megfelelően a köztársasági elnök indítványa egyrészt az Alkotmány 30/A. § (1) bekezdés j) pontjában foglalt kitüntetési hatáskör értelmezésére irányult, másrészt – a hasonlóságukra tekintettel – kiegészült a 30/A. § (1) bekezdés k) pontja szerinti egyéni kegyelmezési jogkör értelmezésével is.

Az indítvány a már említett 48/1991. (IX. 26.) AB határozatnak abból a tételéből indult ki, hogy a köztársasági elnök tartalmi okból csak akkor utasíthatja el a kinevezési javaslatot, ha alapos okkal arra következtet, hogy a javaslat teljesítése az államszervezet demokratikus működését súlyosan zavarná. Azonban a kitüntetési és a kegyelmezési hatáskörökben hozott döntések nincsenek érdemi és közvetlen hatással az államszervezet demokratikus működésére, miközben a köztársasági elnöknek ezekben az esetekben is garanciális szerepe van a döntési folyamatban. Kérdés, hogy ezt a garanciális, ellensúlyozó szerepet az államfő milyen más szempontok figyelembevételével tudja e hatáskörök gyakorlása során betölteni.

Súlyom László álláspontja szerint az Alkotmány 30/A. § (1) bekezdése j) és k) pontjában foglalt hatáskörök esetében a nemzet egysége és az Alkotmány alapvető értékrendje az a szempontrendszer, amelyet a köztársasági elnöknek az előterjesztések elbírálásakor mérlegelni kell. Tehát a tágabb értelemben vett demokratikus működés olyan tartalmi jegyeinek megóvása kerül előtérbe, mint az alkotmányosság és a jogállamiság, illetve ezek alapelvei és alapértékei. A kitüntetés és az egyéni kegyelmezés esetén tisztán erkölcsi döntésről és ilyen értékek érvényesítéséről van szó – az Alkotmány keretein belül. Ezekben az esetekben a köztársasági elnök az Alkotmány értékrendjét saját értelmezése szerint érvényesítheti.

Az indítvány szerint az elnöki kitüntetés során valamely teljesítmény vagy életút állami elismerése történik meg. A köztársasági elnök általi adományo-

zás a nemzet egységes elismerését fejezi ki. A kegyelemgyakorlás esetében a büntetőjogon kívüli szempontok, a megbocsátás, a méltányosság és esetenként a társadalomnak a büntetőjogi igazságszolgáltatás merevségével szembeni „igazságosságigénye” jelenik meg az államfő döntésében. Nyilvánvaló, hogy az esetleges visszautasítás során a mérlegelési szempontoknak igazodniuk kell ezekhez a hatásköri jellegzetességekhez. A köztársasági elnök indítványa lényegében arra irányult, hogy az Alkotmánybíróság határozza meg ezeket a szempontokat.

### *2.3. Az Alkotmánybíróság határozata*

Az Alkotmánybíróság a 47/2007. (VII. 3.) AB határozatában hozott döntést az államfő beadványa alapján. Az ügy előadó alkotmánybírája Bihari Mihály volt. A határozat nem volt egyhangú, ahhoz négy alkotmánybíró fűzött különvéleményt.

A határozatban az Alkotmánybíróság elfogadta az indítvány alaptételét, miszerint a kitüntetési és a kegyelmezési hatáskörök esetében a köztársasági elnök döntési szabadsága tekintetében eltérő tesztet kell alkalmazni, mint a ki nevezések és felmentések terén. Ugyanakkor – az indítvánnyal valamelyest ellentétben – a két érintett hatáskör vonatkozásában is további különbséget tett.

Egyfelől míg a kitüntetések esetében ez szintén az elnöki jogkör korlátját jelentik, addig a kegyelmi hatáskör esetében az elnök nincs kötve az előterjesztéshez. A lényegi distinkciót azonban köztársasági elnök mérlegelése során figyelembe vehető szempontok terén állapított meg a határozat, és lényegében eltérő mércéket állapított meg a két jogkőrré vonatkozóan.

Az Alkotmánybíróság a kitüntetések adományozása esetében abból indult ki, hogy azok az értékek, amelyeket a jogalkotó a kitüntésekről szóló jogszabályokban elismer az adományozás alapjául, a Magyar Köztársaság alkotmányos értékrendjének szerves részét képezik. A kitüntetésre való érdemeség meghatározásakor a legfőbb mérce a Magyar Köztársaság alkotmányos értékrendje. Az alkotmányos értékrend az Alkotmányban megjelenő, illetve az Alkotmányból levezethető értékek összessége. Ennek az értékrendnek a kitüntetésadományozási eljárásban is feltétlenül érvényesülnie kell. A testület szerint ez alapján megállapítható, hogy az alkotmányos értékrendbe ütköző, attól eltérő értékrend alapján való kitüntetési előterjesztés vagy adományozás ellentétes az Alkotmánnyal.

Mind az előterjesztőknek, mind a köztársasági elnöknek joga, hogy a Magyar Köztársaság alkotmányos értékrendjét tiszteletben tartsa kitüntetési eljárásban, és kötelessége, hogy érvényre juttassa és érvényesülését biztosítsa. Az alkotmányos értékrendbe ütköző kitüntetési előterjesztés esetében a köztársasági elnök joga, hogy az előterjesztést – a Magyar Köztársaság alkotmányos értékrendjének védelme érdekében – ne írja alá, a kitüntetés adomá-



nyozását megtagadja. Az alkotmányos értékrendbe ütköző kitüntetési előterjesztés aláírásának megtagadását indokolni kell, és az ügyben az államfő önálló, érdemi és végleges döntést hoz.

Az Alkotmánybíróság szerint tehát a kitüntetések esetében nem az Alkotmány 29. § (1) bekezdésében foglalt alkotmányi rendelkezések, „az állam-szervezet demokratikus működése feletti örökös” vagy „a nemzet egységének” a kifejezése képezik az alkotmányos alapját az önálló felelősséggel meghozandó államfői döntésnek, hanem a Magyar Köztársaság alkotmányos értékrendjének érvényesülése. E mérce alapján kell az államfőnek vizsgálnia a kitüntetésre javasolt személy érdemességét az elismerésre.

Az alkotmányos értékrend az Alkotmánybíróság szerint az Alkotmányban meghatározott alapvető értékekből, az Alkotmány rendelkezéseiből értelmezéssel megállapított alkotmányos elvekből és értékekből, valamint az egyes törvényekben és egyéb jogszabályokban, így az állami kitüntetések adományozására vonatkozó törvényekben és egyéb jogszabályi rendelkezésekben megjelenő további értékekből áll. Ezek az értékek végső soron az egész alkotmányos kultúrában, például az Alkotmánybíróság határozataiban is jelen vannak.

Az Alkotmányban foglalt értékek hierarchikus értékrendet alkotnak, melynek csúcán az Alkotmány 54. § (1) bekezdésében foglalt emberi élethez és méltósághoz való alapjog helyezkedik el. A méltósághoz való általános személyiségi jogként számos további alkotmányos alapjog alapja és forrása. Az Alkotmány emellett olyan alapvető alkotmányos értékeket is megfogalmaz, mint a köztársasági államforma, az állam függetlensége és a demokratikus jogállam.

Az Alkotmánybíróság végül rámutatott arra is, hogy egyes történelmi korszakokhoz, társadalmi berendezkedésekhez – így például a rendszerváltás előtti és a rendszerváltás utáni társadalmi berendezkedéshez, a diktatúrához és a demokratikus jogállam alkotmányához – kötődő értékrendek egymással nem egyeztethetők össze. Az indokolásnak ez a megállapítása fontos szerephez jut majd az ügy utóéletében.

Az egyéni kegyelmezéssel kapcsolatos hatáskörre vonatkozóan, az egyik, eljárási jellegű különbség, amit az Alkotmánybíróság a határozatában megállapított a kitüntetési és a kegyelmi hatáskörök gyakorlása között, hogy az utóbbit a köztársasági elnök miniszteri előterjesztés hiányában is gyakorolhatja, de döntése érvényességéhez szükség van a miniszter ellenjegyzésére. Ha pedig előterjesztést tesz a miniszter, a köztársasági elnököt valódi döntési jog illeti meg abban a tekintetben, hogy kegyelemben részesíti-e a kegyelmi kérelemben megnevezett személyt vagy sem. A javaslat teljesítését tehát megtagadhatja az elnök, és ennek alapjául nem határozott meg mércét az Alkotmánybíróság határozata. Az egyéni kegyelem esetében tehát nemcsak az alkotmányos értékrenddel ellentétes előterjesztés aláírását tagadhatja meg

az államfő, hanem figyelembe vehet méltányossági, humanitárius és saját értékrendjéből fakadó erkölcsi és egyéb szempontokat is. Az előterjesztés aláírásának megtagadása pedig az államfő önálló, érdemi és végleges döntése, melyet indokolni nem kell.

#### *2.4. Az ügy utóélete*

A határozatnak a kitüntetési hatáskörre vonatkozó rendelkezéseit néhány napon belül alkalmazta is Sólyom László köztársasági elnök, az egyik lényegi eleme pedig megjelenik az új Alaptörvényben.

Néhány héttel az Alkotmánybíróság határozatának kihirdetése előtt a miniszterelnök előterjesztést tett Sólyom László köztársasági elnöknek a Magyar Köztársasági Érdemrend nagykeresztje polgári tagozata kitüntetés adományozására Horn Gyula volt miniszterelnök számára. Akkor már lehetett tudni, hogy az Alkotmánybíróság a kitüntetési jogkör értelmezésére vonatkozó köztársasági elnöki indítvány ügyében hamarosan határozatot hoz. Ezért az államfő megvárta azt, mielőtt döntést hozott volna a volt miniszterelnök kitüntetéséről.

A köztársasági elnök – az Alkotmánybíróság határozatára hivatkozva – nem írta alá a miniszterelnök előterjesztését, és megtagadta a kitüntetés adományozására vonatkozó javaslat teljesítését. Ennek indokaként Sólyom László rámutatott, hogy Horn Gyula tevékenysége az 1956-os forradalom és szabadságharc leverése során, valamint az erről és magáról a forradalomról a kitüntetési javaslat idején is vallott és nyilvánosan hangoztatott véleménye ellentétes az Alkotmány értékrendjével. Az 1956-os forradalom tagadása a Magyar Köztársaság alkotmányos értékrendjének tagadása. Ezért nem részesítheti köztársasági elökként ilyen magas állami elismerésben.

Ugyancsak a határozat utóéletéhez tartozik, hogy az új alkotmány (Alaptörvény) idevágó rendelkezése lényegében szó szerint megegyezik a határozat alaptételével. Az Állam című fejezet 9. cikk (7) bekezdése alapján a köztársasági elnök a kitüntetésadományozásra és a külföldi kitüntetések viselésének engedélyezésére vonatkozó előterjesztés teljesítését megtagadja, ha az az Alaptörvény értékrendjét sértené. Ráadásul nemcsak a 2007-es kitüntetési, hanem a kinevezéssel foglalkozó 48/1991 (IX. 26.) AB határozat alaptétele is bekerült az Alaptörvénybe. A 9. cikk (6) bekezdése alapján ugyanis a köztársasági elnök a kinevezési és felmentési előterjesztések teljesítését megtagadja, ha a jogszabályi feltételek hiányoznak, vagy alapos okkal arra következtet, hogy az az államszervezet demokratikus működésének súlyos zavarát eredményezné.

A kórház-privatizációs és a kitüntetési ügy részévé vált a magyar alkotmányjog történetének, szereplőikkel, tanulságaikkal, érdekes és elgondolkodtató párhuzamaikkal és hasonlóságaikkal, valamint pályájukkal, amit befutottak

a kiváltó politikai vitától az alkotmánybíróági határozatokon keresztül a tétéles, normatív alkotmányos rendelkezésekig.

\* \* \*

Podmaniczky Frigyes apja, Károly („mint afféle egykori Martinovics-összesküvő, szabadgondolkozó és különc úriember”) idejekorán meghalt („mégpedig egy karlsbadi fürdőzés után, mert akkoriban a magyarok még nemigen szokták meg a cseh fürdők vizét”). Az épp serdülőkor előtt álló Frigyest előbb Hunfalvy Pál vette gondjaiba, majd unokabátyjához, Podmaniczky Andorhoz került, a Galga menti Aszódra.

„Az aszódi ősi kastélyban ez idő szerint három Podmaniczky család lakott, ami nagyon kellemetes volt, ha nem zavarta semmi a harmóniát” – írja Podmaniczky Frigyes a naplójában. A szép kastély ma is áll, története kapcsán megemlítik a források, hogy itt kötött házasságot báró Jósika Miklós Podmaniczky Júliával, aki először díszített föl Magyarországon karácsonyfát.

„Aszódon lakott ama Podmaniczky Andor, Frigyesünk unokabátyja, aki nyomban kezébe vette Frigyesünk nevelését, amelyet véleménye szerint a tudós Hunfalvy Pál elhanyagolt. Célba löni, lovagolni, nőknek udvarolni taníttatta Frigyesünket. És ha valamely irányban Frigyesünk haladást mutatott, Andor nagybácsi a gyűjteményéből megajándékozta egy pipával. (A pipára azonban még nem volt szabad rágyújtani.) Egy ilyen hetyke, rövid szárú pipát a maga legendájával élete végéig megőrzött Frigyesünk. A pipa ezüstkupakjába a gróf Sándor Móric neve volt bevésvé. A legenda pedig azt mondta a pipáról, hogy Sándor Móric, a híres lovas, használta akkor, amikor budai palotája emeleti erkélyére lóháton föllátogatott” – írja Krúdy Gyula.

Köztudott, hogy Sándor Móric nemcsak a saját házában – a Sándor-palotában – járt lovon, hanem lovon ment fel a második emeleti szállodai szobákba, továbbá lóháton jelent meg néha a pesti főúri paloták termeiben is. Idővel egyre valószínűtlenebb feladatokat keresett, egyebek között a Duna jégtáblán lovagolt, vagy éppen lovas kocsival hajtott át egyik partról a másikra. Ez egy képen, ami ma a Sándor-palota Tea-szalonjában van elhelyezve, meg is lett örökítve. De állítólag arról is van festmény, amely akkor ábrázolja, amikor orvosa fejéről lelő egy almát...

Egy idő után mindamellet az akadályugratást kezdte preferálni, Pest-Budán a mindennapi élet részét jelentette, hogy előszárguld a semmiből az örült gróf, és átugorja a lacikonyhát, az esküvői menetet, a halottas kocsit vagy amit épp lehet. Erre a kellemetlen szokására Frigyes is utal a naplójában: „[Sándor Móric] kiszívta a pipát, az erkélyről átugratta a budai utcán döcögő lisztes kocsit, aztán jutalmul paripája szájába tette a hideg pipaszárat.” „Úgy nézegették a budai járókelőket” – teszi hozzá Krúdy a történethez.

Majd folytatja: Frigyes báró büszke volt pipájára, amelyet Andor bátyjától egy céllövészeti vizsga után jutalmul kapott. „Lóra ül és a besnyői barátok kolos-

torába lovagol, ahol a gvardiánnak megmutatja céllövészeti vizsgájának jutalmát. (Lovát Achillesnek hívják, csakúgy, mint a Sándor Mórícét) (...) Így lovagolt tehát hősiünk felügyelet nélkül, bár alig tölté be tizenötödik életévét, a vizsgajutalmat Sándor Móríc példájára többször megpróbálta lova szájába tenni, de az egyébként jámbor póni nem volt kellően idomítva, és a pipát fogai közül többször ejtette el az országúton, mint tartotta. S ilyenkor Frigyes bárónak le kellett szállani a nyeregből. Éppen a pipa után ugrott, mikor az országút kanyarulatánál, mintha a mesebeli erdőkből jött volna: négylovas utazóhintó kanyarodott ki. (...) Frigyes báró gyorsan zsebre dugta a jutalompipát (...), majd kezet csókolt atyai nagynénjének, Terézia bárónénak, aki férje életében Szirmai báróné név alatt nagyvilági szalont tartott Pozsonyban. (...) [Később] Frigyes a nyeregből jól szemügyre vehette az utazóbatár belsejét, és így nem kerülte el figyelmét az a pozsonyi kisasszony se, akit már az elmúlt télen látott nagynénje környezetében." Szendrőy Eliza volt, egy gazdag pesti hajótulajdonos lánya, aki aztán, ahogy Krúdy írja, a serdülő Podmaniczky első szerelme lett.

ARMIN VON BOGDANDY – MATTHIAS KOTTMANN  
CARLINO ANTPÖHLER – JOHANNA DICKSCHEN – SIMON HENTREI  
MAJA SMRKOLJ

## AN EU RESCUE PACKAGE FOR MEDIA FREEDOM IN THE MEMBER STATES\*

### 1. Introduction

László Sólyom has been a leader in the liberal and democratic development of Europe in general and of his country in particular. The following article asks how European Union law can contribute to protect this achievement. It focuses on the freedom of the media which, it is almost a truism, constitutes “one of the fundamental pillars of a democratic society”.<sup>1</sup> This pillar, if one is to believe recent statements by the European Parliament, the Council of Europe, the OSCE and nongovernmental organizations, is in danger to be seriously damaged in some EU Member States: issues like media concentration, overt political influence on both public and private broadcasting, threats of disproportionate sanctions, and deficient protection of journalistic sources are an increasing cause for concern.<sup>2</sup>

To rely on EU law in this respect might seem unfamiliar at first glance: While the Union is supposed to promote fundamental rights around the world (Article 21 TEU) and intensely scrutinizes the respective situations in candidate countries, there is scant action so far in case of serious problems in Member States.<sup>3</sup> The institutional and political reasons for this are mani-

\* This article is the fruit of a larger study on media freedom in Europe.

<sup>1</sup> CJEU Case C-380/03, *Germany v Parliament and Council* [2006] ECR I-11573, para 154; similarly ECtHR, App No 5493/72, *Handyside v UK*, Series A 24 (1979–80) 1 EHRR 737, para 49.

<sup>2</sup> European Parliament, Resolution on the risks of violation, in the EU and especially in Italy, of freedom of expression and information (Art. 11(2) of the Charter of Fundamental Rights), 2003/2237(INI), OJ C 104 E, 30 April 2004, 1026; Resolution of 10 March 2011 on media law in Hungary, OJ C 165 E, 7 June 2011, 195; Council of Europe Parliamentary Assembly, Committee on Culture, Science and Education, Respect for Media Freedom, 6 January 2010, Doc. 12102; OSCE, Analysis and Assessment of a Package of Hungarian Legislation and Draft Legislation on Media and Telecommunications, by Karol Jakubowicz, September 2010; Reporters Without Borders, 2010 World Press Index, at:

<<http://en.rsf.org/press-freedom-index-2010,1034.html>> (last visited 28 Sep. 2011).

<sup>3</sup> ALBI: Ironies in Human Rights Protection in the EU. Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums. 15 *ELJ* (2009), 46, 48 et seq.; HILLION: Enlargement of the European Union – The Discrepancy between Membership Obligations and Accession Conditions as Regards the Protection of Minorities. 27 *Fordham Int'l L. J.* (2004), 715 et seq.; WILLIAMS: *EU Human Rights Policies: A Study in Irony*. Oxford University Press, 2004, 97 et seq.

fold.<sup>4</sup> From a legal perspective two restraints can be pointed out: Firstly, the scope of the Charter of Fundamental Rights, and thereby the grounds for judicial intervention, with regard to the Member States is strictly confined to measures which are “implementing Union law” (Art 51(1) CFREU). Secondly, the political mechanism foreseen by Art 7 TEU to police the Member States’ overall performance with regard to the values enshrined in Art 2 TEU, including “respect for human rights”, has proven to be of dubious effectiveness.<sup>5</sup>

This rather weak setup has traditionally been explained by concerns for the constitutional identity of the Member States.<sup>6</sup> This remains an important principle; however, we argue that it is time to reconsider conventional wisdom to some extent: A massive deterioration of fundamental rights protection in some Member States might eventually threaten fundamentals of European integration, namely the principle of mutual recognition<sup>7</sup> and the premise that the Union can rely on the functioning democratic polities of the Member States.<sup>8</sup> Therefore we propose to complement the hitherto existing with another mechanism, one that can be developed from the Treaties and which has already been found valuable in *van Gend en Loos*: “the vigilance of individuals concerned to protect their rights”.<sup>9</sup>

The rights presently at stake are not those of a transnational *homo oeconomicus* but those of a veritable *homo politicus*. Our proposal therefore aims at partially bringing together the discourse of fundamental rights with the rapidly evolving status of Union citizenship. Insofar we can build upon recent jurisprudence according to which “Article 20 TFEU precludes national measures which have the effect of depriving citizens of the Union of the genuine

<sup>4</sup> See GREER WILLIAMS: Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards ‘Individual’, ‘Constitutional’ or ‘Institutional’ Justice?, 15 ELJ (2009), 462, 473.

<sup>5</sup> See GREER WILLIAMS : *supra* note 4, 474; De Schutter, “Les droits fondamentaux dans le traité d’Amsterdam” in Lejeune (ed.): *Le traité d’Amsterdam* (Bruylant, 1998) 153, 179 et seq.; Stein, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat. In GÖTZ–SELMER–WOLFRUM (eds.), *Liber amicorum Günther Jaenicke - zum 85. Geburtstag* (Springer, 1998), 871, 898; CRAWFORD: Democracy and the body of international law. In FOX–ROTH (eds.), *Democratic Governance and International Law*. Cambridge University Press, 2000, 91, 112, note 85.

<sup>6</sup> WEILER: Fundamental Rights and Fundamental Boundaries. In id., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, 102, 105 et seq.; von Bogdandy, The European Union as a Human Rights Organization?, 37 CML Rev. (2000), 1307, 1316 et seq.; BOROWSKY In MEYER (Ed.): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union 3<sup>rd</sup> ed.* (Nomos, 2011), Art. 51 CFREU para 24 a; Schönberger, *Unionsbürger* (Mohr Siebeck, 2005), 128 et seq.

<sup>7</sup> In this regard the German Federal Constitutional Court expressly held that respect for the values of Art. 2 TEU by other Member States is a precondition for German authorities to cooperate in the framework of the European arrest warrant, see BVerfGE 113, 273, 301 (*Europäischer Haftbefehl*).

<sup>8</sup> In detail von Bogdandy, “The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship”, 19 EJIL (2008), 241–275.

<sup>9</sup> CJEU Case C-26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1, para 24.

enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union”<sup>10</sup> (II). We claim that this “substance” basically consists of the essence of fundamental rights which is enshrined in Article 2 TEU and applies to public authority *throughout* the European legal space. In order to preserve constitutional pluralism protected by Article 4 (2) TEU we suggest to frame this as a “reverse” *Solange*-doctrine, applied by the European level to the Member States: Beyond the scope of Article 51(1) CFREU Member States remain autonomous in fundamental rights protection *as long as* they generally safeguard the essence of fundamental rights enshrined in Article 2 TEU. However, should this presumption be rebutted, individuals can rely on their status as Union citizens to seek redress before national courts (III).

## 2. Towards a Fruitful Interplay Between Two Legal Concepts

Our proposal is to anchor the essence of European media freedom in Union citizenship in order to open it up for individual legal actions. But is it doctrinally permissible to link these two concepts which normally are treated separately? In our view it is, insofar as they both share a close relationship with a third concept, which is European democracy: Firstly, with the Treaty of Lisbon Union citizenship has become the vanishing point of an emerging European democratic theory: According to Title II of the TEU, democracy in the Union rests on two strands, one leading to political processes on the Union level, namely to the European Parliament and one, mediated by the national governments, originating in the political processes of the Member States (see Article 10(2) TEU).<sup>11</sup> Both strands eventually lead to the individual, i.e. the citizen of the Union and simultaneously of one or several Member States.<sup>12</sup> Secondly, according to a strong reading, fundamental rights protection in general fosters democratic legitimacy as it enables and protects individual participation in the political processes on the Union or Member State level.<sup>13</sup> With regard to media freedom in particular an even stronger case can be made: obviously democracy in the Union would be seriously affected if Union citizens were hampered in expressing their opinions in or informing themselves via independent media.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> CJEU Case C-34/09, *Ruiz Zambrano*, [2011] ECR I-0000, para 42.

<sup>11</sup> PETERS: *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Duncker & Humblot, 2001, 556 et seq.

<sup>12</sup> See DELLAVALLE: *Between Citizens and Peoples. Annual of German & European Law* II/III (2004/2005), 171; PERNICE: *Europäisches und nationales Verfassungsrecht. 60 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (2001), 148, 160; LEVADE: *Citoyenneté de l'Union européenne et identité constitutionnelle*. 18 *Revue des Affaires Européennes* (R.A.E.) (2011), 98 et seq.

<sup>13</sup> HABERMAS: *Die postnationale Konstellation*. (Suhrkamp, 1998), 175 et seq.

<sup>14</sup> KADELBACH: *Union Citizenship*. In von BOGDANDY-BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Hart, 2010), 466.

In light of the foregoing it is not surprising that the CJEU has continuously expanded and partially converged both concepts in a rapidly evolving jurisprudence though until now not fully grasping their combined potential. Of particular importance for our proposal are two lines of case law: The development of a “substance” of Union citizenship which even covers so-called ‘internal situations’ (1) and the charging of Union citizenship with concerns for fundamental rights protection (2).

### 2.1. The “Substance” of Union Citizenship

In its famous *Grzelczyk* judgment the Court proclaimed that “the Union Citizenship is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States”.<sup>15</sup> Advocate General Sharpston rightly points out that this development is “potentially of similar significance to [the Court’s] seminal statement in *Van Gend en Loos*”.<sup>16</sup> In this regard it is important to recall that the CJEU has construed the right to move and to reside freely (now Article 21 TFEU) as a directly effective individual right which prohibits any unjustified burden or “serious inconvenience” and which can also be invoked against the Union citizen’s Member State of origin.<sup>17</sup> While most of the cases involved physical movement from one Member State to another, this element was increasingly blurred over time.<sup>18</sup> Eventually, this led to the most recent step in the case *Ruiz Zambrano*: The protection of a “substance” of Union citizenship rights by virtue of Article 20 TFEU absent any cross-border element whatsoever.

Mr. Ruiz Zambrano and his wife had taken refuge in Belgium due to the civil war in their home country Colombia. His applications to have his residence status regularized were rejected by Belgian authorities. In the meantime his wife had given birth to two children who had, according to Belgian law, acquired Belgian nationality and consequently the status of Union citizens. However, as they had never moved beyond Belgium’s borders, according to conventional rules one would have qualified the situation as “purely internal”

<sup>15</sup> CJEU Case C-184/99, *Grzelczyk*, [2001] ECR I-6193, para 31. This formula is being used in the case-law ever since, cf. Case C-413/99, *Baumbast and R*, [2002] ECR I-7091, para 82; *Ruiz Zambrano*, *supra* note 10, para 41.

<sup>16</sup> A.G. Sharpston’s Opinion in *RUIZ ZAMBRANO*, *supra* note 10, para 68.

<sup>17</sup> CJEU Case C-406/04, *De Cuyper*, [2006] ECR I-6947, para 39; Case C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, [2010] ECR I-0000, para 67. See in detail Spaventa, “Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects”, 45 *CML Rev.* (2008), 13, 22 et seq.; Wollenschläger, “A New Fundamental Freedom Beyond the Market”, 17 *ELJ* (2011), 1, 25 et seq.

<sup>18</sup> See CJEU Case C-148/02, *Garcia Avello*, [2003] ECR I-11613, para 26; Case C-200/02, *Zhu and Chen*, [2004] ECR I-9925, para 26; Case C-135/08, *Rottmann*, [2010] ECR I-0000, para 42. See in detail Kochenov, “A Real European Citizenship: The Court of Justice Opening a New Chapter in the Development of the Union in Europe”, 18 *CJEL* (2011, forthcoming).



and thus outside the ambit of Union law.<sup>19</sup> This constellation led the CJEU to adopt a new concept in its jurisprudence on Union citizenship. It held categorically that “Article 20 TFEU preclude[d] national measures which have the effect of depriving citizens of the Union of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union.”<sup>20</sup> The Ruiz Zambrano children being dependent on their father, the judges argued, they eventually would have to leave the Union’s territory, should he be denied residence. Yet, this would mean that they were “unable to exercise the substance of the rights” conferred by Union citizenship.<sup>21</sup>

No doubt, this is a seminal step of judicial law making. Given its importance it is easy to understand why the CJEU left the doctrinal justification open, did not reveal further objectives of this move and gave little indication what the “substance” might comprise beyond the case at hand.<sup>22</sup> Yet, what emerges from the Court’s reasoning is that it views Union citizenship not only as horizontal or transnational citizenship, basically facilitating its holder to move freely while not being discriminated against.<sup>23</sup> The “fundamental status” also has a vertical dimension in that the Union comes to protect its citizens against excesses even of their Member States of origin which would deprive that status of practical meaning.<sup>24</sup> In our view, this logic eventually leads to introducing the essence of fundamental rights enshrined in Article 2 TEU into the concept of Union citizenship.

## 2.2. “Fundamental Status” and Fundamental Rights

Linking Union citizenship with EU fundamental rights is a seasoned project.<sup>25</sup> Within the CJEU, it was first voiced by Advocate General Jacobs in his famous conclusions to the case *Konstantinidis*. He argued that a Union citizen exercising his right to movement was, by virtue of his status, entitled to say

<sup>19</sup> This was indeed argued by the Commission and all of the nine Member States that submitted observations in that case (*Ruiz Zambrano*, *supra* note 10, para 37).

<sup>20</sup> *Ibid.*, para 42.

<sup>21</sup> *Ibid.*, para 44.

<sup>22</sup> See the critique by Hailbronner and Thym, Annotation, 48 CML Rev. (2011), 1253, 1259 et seq.; SHUIBHNE: Seven Questions for Seven Paragraphs. 36 EL Rev. (2011), 161; but see also for a more positive appraisal Kochenov, *supra* note 18.

<sup>23</sup> But see for a strong case in that direction SCHÖNBERGER: European Citizenship as Federal Citizenship., 19 *Revue Européenne de Droit Public* (REDP) (2007), 79.

<sup>24</sup> DITBERT: Les droits des citoyens de l’Union: vers un statut détaché de tout élément transfrontalier?, 18 R.A.E. (2011), 223, 226; Van Elsuwege. “European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited”, 7 *EuConst* (2011), 308, 313 et seq.

<sup>25</sup> For the development of such concepts see BENLOLO CARABOT: *Les fondements juridiques de la Citoyenneté Européenne* (Bruylant, 2008), 606 et seq., 614 et seq.; KADELBACH, *supra* note 14, 464 et seq.; A. G. COLOMER in Case C-228/07, *Petersen* [2008] ECR I-6989, paras 25 et seq.

“civis europaeus sum” and to invoke European fundamental rights.<sup>26</sup> Initially, the CJEU did not follow this approach and decided the case on the basis of the freedom of establishment.<sup>27</sup> However, somewhat ironically both protagonists seem to have changed their views over time: In a recent scholarly piece Jacobs argued for a careful separation between Union citizenship and fundamental rights.<sup>28</sup> On the other hand, the CJEU in many of its citizenship cases seemed to be driven by a fundamental rights discourse in all but name.<sup>29</sup> Often this can be traced back to the respective conclusions by the Court’s Advocates General that exposed the fundamental rights background of what sometimes seemed to be rather technical cases<sup>30</sup> or to references by national courts pointing in that direction.<sup>31</sup> As a consequence, ECtHR jurisprudence, inter alia on the right to family life or the right to a name, openly or covertly found its way into the CJEU’s case-law on Union citizenship.<sup>32</sup> The *Ruiz Zambrano* case also was centred on fundamental rights questions although the CJEU avoided making this explicit.<sup>33</sup>

Does that, however, mean that any fundamental rights issue can be reformulated as a “serious inconvenience” with regard to movement and residence or as an infringement upon the “substance” of Union citizenship?<sup>34</sup> A negative answer can be drawn from the recent judgment *McCarthy*.<sup>35</sup> On its face the case concerned a “purely internal situation” without a link to EU law. At the same time, the facts resembled *Ruiz Zambrano* in that the only way for

<sup>26</sup> A.G. JACOBS in C-168/91, *Konstantinidis*, [1993] ECR I-1191, para 46. This has met with divided reactions. See for an affirmation Reich/ Harbacevica, “Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with regard to free Movement of Persons”, 40 CML Rev. (2003), 615, 634 et seq.; Scheuing, “Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten”, 40 EuR (2005), 162, 179; for a critique HALTERN: *Europarecht und das Politische* (Mohr Siebeck, 2005), 372 et seq.; Wolenschläger, *Grundfreiheit ohne Markt* (Mohr Siebeck, 2007), 353 et seq.

<sup>27</sup> CJEU Case C-168/91, *Konstantinidis*, [1993] ECR I-1191.

<sup>28</sup> JACOBS: Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law. In MADURO–AZOULAI (eds.): *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010, 138.

<sup>29</sup> But see BAUMBAST: *supra* note 15, para 91, where the Court held that limitations of rights granted by Union citizenship must be applied in conformity with the general principles of Community law.

<sup>30</sup> See for example A.G. JACOBS’ Opinion. In GARCIA AVELLO, *supra* note 18, para 27, who assessed the dispute about the composition of a surname in light of the right to a personal identity. Cf. further A.G. Geelhoed’s Opinion. In BAUMBAST, *supra* note 15, para 58; A.G. TIZZANO in *Zhu and Chen*, *supra* note 18, para 94; A.G. Sharpston in *Sayn-Witgenstein*, *supra* note 17, para 3.

<sup>31</sup> See for a recent example the reference in the pending CJEU Case C-40/11, *Iida*.

<sup>32</sup> A fine example is SAYN-WITGENSTEIN, *supra* note 17, which explicitly relies on ECtHR case-law pertaining to Art. 8 ECHR.

<sup>33</sup> See the Opinion by A.G. SHARPSTON. In RUIZ ZAMBRANO, *supra* note 10, paras 54 et seq. and 81 et seq. But see for a reading limited to the right of residence Haibronner/Thym, *supra* note 22.

<sup>34</sup> For this concern Graf Vitzthum, “Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger”, 46 EuR (2011), 550, 557 et seq.

<sup>35</sup> CJEU Case C-434/09, *McCarthy*, [2011] ECR I-0000. The applicant was both a national of the UK and of Ireland but had never left Britain. As English law barred family reunification with her Jamaican husband, she invoked Union citizenship in order to obtain a derivative right of residence for her spouse.

Mrs McCarthy to live together with her husband, might eventually mean leaving the territory of the EU. However, the CJEU held that unlike the Ruiz Zambrano children the applicant was not *factually obliged* to leave the Union's territory and therefore not deprived of the "substance" of Union citizenship; that there was a right to family life question lingering was not addressed by the Court.<sup>36</sup>

Some have criticised this differentiation between children and spouses.<sup>37</sup> In light of our argument it seems defensible. Accordingly our doctrinal starting point says: Even in seemingly internal situations Union citizenship precludes violations of fundamental rights that amount to emptying the "fundamental status" of its meaning or practical effect. By contrast, 'ordinary' fundamental rights issues, such as family reunification, are to be left to national law and the ECHR.<sup>38</sup>

### 3. Our Proposal: Reverse *Solange*

In the previous section we have shown that the Treaties and the respective jurisprudence of the CJEU offer a basis for providing Union citizens with a remedy to challenge fundamental rights deficits which threaten their "fundamental status".<sup>39</sup> In the following we propose to frame this in terms inspired by the German Federal Constitutional Court's *Solange*-doctrine. As is well known, the Karlsruhe Court no longer exercises its competence to control EU secondary law as long as the Union ensures "essentially similar" fundamental rights protection as the German Grundgesetz, i.e. "generally safeguard[s] the essential content of fundamental rights".<sup>40</sup> We argue that this

<sup>36</sup> Ibid., paras 49 et seq.

<sup>37</sup> See for critique KOCHENOV, *supra* note 18; LANSBERGEN-MILLER: European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? 7 EuConst (2011), 287, 297; for approval Van Elsuwege, *supra* note 24, 319.

<sup>38</sup> See in this vein A.G. KOKOTT'S Opinion. In MCCARTHY, *supra* note 35, paras 59 et seq.; Van Elsuwege, *supra* note 24, 322 et seq.

<sup>39</sup> The German Bundesverfassungsgericht follows a similar idea on the national level by interpreting the right to vote in Art. 38(1) Basic Law to give the individual a right to challenge "the relevant deficits in the democratic legitimation of the European Union" (Decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfGE) 123, 267, 331 (English translation at:

<[http://www.bverfg.de/en/decisions/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bverfg.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html)>) (2009) (*Lisbon*) (last visited 30 Sep. 2011).

In contrast to the Bundesverfassungsgericht, we focus on fundamental rights, leaving the question if this approach can be extended to other values of Article 2 TEU for another contribution.

<sup>40</sup> See BVerfGE 73, 339, 376 (1986) (*Solange II*); BVerfGE 89, 155, 174 et seq. (*Maastricht*); BVerfGE 102, 147, 164 (2000) (*Banana*); BVerfGE 125, 260, 306 (*Data Retention*). A different formula is used only in BVerfGE 123, 267, 335 (2009) (*Lisbon*). As is equally well known, the Court had initially claimed that competence as long as fundamental rights protection in the EU had not reached such a level. See BVerfGE 37, 271, 280 (1974) (*Solange I*).

should be taken up by the CJEU and turned towards the Member States:<sup>41</sup> Outside the Charter's scope of application a Union citizen cannot rely on EU fundamental rights as long as their respective *essence* is generally safeguarded in the Member State concerned. However, should this presumption be rebutted, the "substance" of Union citizenship – within the meaning of *Ruiz Zambrano* – is infringed.

The essence of fundamental rights, we argue, is set out in Art 2 TEU as one basic condition for the exercise of public authority in the European legal space and can be drawn inductively from the jurisprudence of the ECtHR, the CJEU and national constitutional courts (1). The basis for the second prong of our reverse *Solange*-test are the principles of subsidiarity and respect for national identities (Articles 4(2) and 5(1) TEU): In general it should be assumed that national law and national courts comply with Article 2 TEU. However this presumption can be rebutted and consequently Union citizenship comes into play if it can be shown that there is a systemic violation of that standard (2).

### 3.1. Article 2 TEU and the Essence of Fundamental Rights

In the words of Art 2 TEU the Union "is founded on" inter alia "respect for human rights". According to a systematic assessment, this standard not only binds the Union itself, but also candidate countries (cf. Art. 49 TEU) and actual Member States (cf. Art. 7 TEU). With regard to the latter Article 2 TEU is not limited to measures "implementing Union law", in contrast to Article 51(1) CFREU.<sup>42</sup> But what does "respect for human rights" entail? Obviously, as concrete legal consequences are attached to its non-respect, it cannot simply command adherence to an abstract *idea* of human rights protection.<sup>43</sup> On the other hand, this cannot mean that the Member States are comprehensively bound by the full *acquis* of EU fundamental rights which, according to Ar-

<sup>41</sup> Similar proposals are made by A.G. MADURO in C-380/05, *Centro Europa 7* [2008] ECR I-349, paras 17 et seq.; CRUZ VILLALÓN: All the Guidance', ERT and Wachauf. In MADURO-AZOUZAI (eds.), *supra* note 28, 162, 168.

<sup>42</sup> See HILF-SCHORKOPF. In GRABITZ-HILF (Eds.): *Das Recht der EU*. (C. H. Beck, looseleaf, last update July 2010), Art. 2 EU para 18; RUFFERT, in CALLIESS/id. (eds.), *EUV/AEUV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, (C. H. Beck, 2011), Art. 7 EU para 4; SCHMAHL: Die Reaktion auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett – Eine europa- und völkerrechtliche Analyse. 5 *Europarecht* (2000), 819, 822; SCHORKOPF: *Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV* (2000) 69 et seq., 99 et seq.; VERHOEVEN: How Democratic Need European Union Members Be? 23 *EL Rev.* (1998), 217, 222–224, 234; Declaration of the Presidency of the Convention, 6 Februar 2003, CONV 528/03, 11; European Commission, COM(2003) 606, at 5.

<sup>43</sup> HILF-SCHORKOPF, *supra* note 42, Art. 2 EU, para 36.

ticle 51(1) CFREU, is binding on the Member States “only when they are implementing Union law”.

In order to define its content, a first hint can be drawn from its very wording: While the specific mode of fundamental rights protection is conditioned by the different legal, political and cultural characteristics of each Member State,<sup>44</sup> the principles protected by Article 2 TEU are said to be “common to the Member States”. In our view, the best way to find such a common denominator is to cling to the concept of the *essence of fundamental rights*. This notion features both longstanding tradition and widespread recognition.<sup>45</sup> Not only is it laid down in Article 52 (1) CFREU and numerous constitutions of EU Member States,<sup>46</sup> it is also used by several constitutional courts as a yardstick for European integration. As such it has become part of an *ordre public* in the European legal space.<sup>47</sup> It also underlies the jurisprudence of the ECtHR.<sup>48</sup>

There are various methods to make up this essence. With regard to the ECtHR’s jurisprudence it should be safe to state that the rights which are non-derogable by virtue of Article 15(2) ECHR by and in itself are “essential”.<sup>49</sup> This is a very small group of rights indeed. But the concept is applied by the ECtHR to other rights as well, though not in a fully consistent manner.<sup>50</sup> For our purpose, two patterns can be pointed out that can help to identify in a concrete situation whether Article 2 TEU is infringed: Firstly, sometimes the Court refers to the notion of essence as an absolute limit

<sup>44</sup> See *supra* II 2.

<sup>45</sup> By this we do not claim that there is a fixed or universally valid essence which can be defined *a priori*. However a ‘European essence’ can be approached inductively in that certain infringements upon certain rights cannot be justified. See in detail von Bernstorff, “Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen”, 50 *Der Staat* (2011), 165, 167 et seq.

<sup>46</sup> Art. 4(4) Czech Fundamental Rights Charta; Art. 19(2) German Basic Law; Art. 8(2) Hungarian Constitution; Art. 30(3) Polish Constitution; Art. 18(3) Portuguese Constitution; Art. 49(2) Rumanian Constitution; Art. 13(4) Slovakian Constitution; Art. 53(1) Spanish Constitution.

<sup>47</sup> BVerfGE 37, 271, 280 (1974) (*Solange I*); BVerfGE 58, 1, 40 (1981) (*Eurocontrol*); BVerfGE 73, 339, 376 (1986) (*Solange II*); Polish Constitutional Court, Case K 18/04, Judgment of 11 May 2005, 41 *EuR* (2006), 236, 239 et seq.; Danish Supreme Court, Case I 361/1997, Judgment of 6 April 1998, 26 *EuGRZ* (1999), 49, 50; Spanish Constitutional Court, Case 1/2004, Judgment of 13 December 2004, 40 *EuR* (2005), 339, 343; Italian Constitutional Court, Case 183/1973, Judgment of 18 December 1973, 1/2 *EuGRZ* (1975), 311, 315; Italian Constitutional Court, Case 170/84, Judgment of 8 June 1984 (*Granital*), in Oppenheimer, *The Relationship between European Community Law and National Law*, Vol. I (Cambridge University Press, 1994), 643, 651; Italian Constitutional Court, Case 232/1989, Judgment of 13/21 April 1989 (*Fragd*), in Oppenheimer, *ibid.*, 653, 657; Czech Constitutional Court, Case Pl ÚS 19/08, Judgment of 22 November 2008, paras 110 and 196.

<sup>48</sup> See in detail von BERNSTORFF, *supra* note 45, 169 et seq.

<sup>49</sup> See with regard to Art. 3 ECHR, ECtHR (GC) App No 22978/05, *Gäfgen v Germany*, 1 Juin 2010 (not yet reported), para 87.

<sup>50</sup> In some cases the concept is devoid of self-standing content and used as a mere rhetorical device or equated with proportionality balancing. Yet, this kind of use is not fruitful for our purpose it is not further addressed here. See in detail von BERNSTORFF, *supra* note 45, 171.

to balancing, i.e. to underline that a certain interference actually “destroys” a certain right or strips it of any content.<sup>51</sup> Secondly, if the essence is at stake a Member State’s margin of appreciation is reduced.<sup>52</sup> Finally, even where the term is not explicitly used, an implicit differentiation between the ‘essence’ and the ‘periphery’ of a right can be drawn from the ECtHR’s jurisprudence: In the field most interesting for this contribution the Court constantly holds that “there is little scope [...] for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest”.<sup>53</sup> This means that in such cases the Member States’ margin of appreciation is severely limited unless there is public “incitement to violence”.<sup>54</sup> On this basis the Court, without entering into a balancing test, repeatedly held that e.g. a “blanket ban” on certain media or “draconian” measures that dissuaded from reporting on certain topics could not be justified.<sup>55</sup> Outside that ‘political’ sphere it is much easier to justify interferences in media freedom.<sup>56</sup>

This jurisprudence of the ECtHR informs that of the CJEU.<sup>57</sup> To apply such a differentiating approach to Article 2 TEU is also confirmed by a contextual assessment: Firstly, freedom of political expression falls under Article 2 TEU not only because it enters in the category of “respect for human rights” but also as it is indispensable for another European “value”: it is a “fundamental pillar of a democratic society”.<sup>58</sup> Secondly, the practice of the European Commission which actually applies Article 2 TEU in accession procedures, points in the same direction in that it focuses on deficits threatening the democratic function of the media.<sup>59</sup>

<sup>51</sup> See ECtHR App No 11209/84, *Brogan v UK* ECHR Series A 44, para 55; ECtHR (GC) App No 35014/97, *Hutten-Czapska v Poland* ECHR 2006-VIII, paras 202 et seq. This approach can also be found in the jurisprudence of the UN Human Rights Committee, see Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, 2<sup>nd</sup> ed. (Engel, 2005), Art. 5 para 6.

<sup>52</sup> See ECtHR, App No 11329/85, *F v Switzerland* ECHR Series A 128, para 32.

<sup>53</sup> ECtHR (GC) Joined App No 23927/94 and 24277/94, *Sürek and Özdemir v Turkey*, 8 July 1999, available at: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>, para 46; ECtHR App No 17419/90, *Wingrove v. the United Kingdom* ECHR 1996-V, para 58.

<sup>54</sup> ECtHR *Sürek and Özdemir v Turkey*, *supra* note 53, para 46; ECtHR App No 14526/07, *Ürper v Turkey*, 20 October 2009 (not yet reported), para 35; ECtHR App No 11976/03, *Demirel v Turkey*, 9 December 2008, (not yet reported), para 27.

<sup>55</sup> ECtHR *Demirel v Turkey*, *ibid.*; ECtHR *Ürper v Turkey*, *supra* note 54, paras 38 et seq.

<sup>56</sup> See ECtHR App No 39394/98, *Schorsch v Austria* ECHR 2003-XI, para 30; in detail Frowein/Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3<sup>rd</sup> ed. (Engel, 2009), Art. 10 para 27.

<sup>57</sup> See CJEU Case C-71/02, *Karner*, [2004] ECR I-3025, para 51; CJEU Case C-380/03, *Germany v Parliament and Council*, [2006] ECR I-11573, paras 155 et seq., which distinguish between a ‘political’ essence and an ‘economic’ periphery of media freedom.

<sup>58</sup> *Supra* note 1.

<sup>59</sup> See European Commission, Turkey 2010 Progress Report, 9 November 2010, COM(2010) 660, 20 et seq.; European Commission, FYROM 2010 Progress Report, 9 November October 2010, COM(2010) 660, 17; both expressing “serious concern” about intimidation and pressure on the media.

To sum up the first prong of our proposal: It is possible to designate an EU-specific essence of fundamental rights enshrined in Article 2 TEU. With regard to media freedom it precludes measures inhibiting public debate on questions of the *res publica*.<sup>60</sup>

### 3.2. General Compliance with Article 2 TEU – a Presumption

The second prong of our proposal is made up by the presumption that in the fields autonomous from EU law the Member States respect the essence of fundamental rights enshrined in Article 2 TEU. Therefore a Union citizen cannot rely on Article 20 TFEU to invoke a violation of Article 2 TEU unless this presumption is rebutted.

Such a presumption is crucial to the Federal Constitutional Court's *Solange* doctrine.<sup>61</sup> The ECtHR and several national constitutional courts have adopted similar stances.<sup>62</sup> If one is to assess both its rationale and its consequences one cannot but conclude that it has played a pivotal role in European integration: On the one hand it has upheld the threat to review EU legislation on fundamental rights grounds. Arguably, this might have pushed the CJEU ever to refine its respective jurisprudence and lately even to resist great political pressure on the part of EU institutions and Member States governments in the *Kadi* case.<sup>63</sup> On the other hand the presumption has made clear that no review of EU acts would take place on a day-to-day basis. This has enabled the EU to develop an autonomous standard of fundamental rights protection which, for good reasons, might differ in individual cases from e.g. the one adopted by the German Grundgesetz.<sup>64</sup> Thereby, the *Solange* doctrine is a cornerstone of European constitutional pluralism.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> See also KÜHLING: Fundamental Rights. In von BOGDANDY–BAST (Eds.), *supra* note 14, 509; similarly Weiler, "Fundamental Rights and Fundamental Boundaries", *supra* note 6, 102, 105, who points out that the European conception is probably more restrictive than the American.

<sup>61</sup> See *supra* note 40.

<sup>62</sup> See ECtHR (GC) App No 45036/98, *Bosphorus v. Ireland* ECHR 2005-VI, paras 149 et seq.; for an overview over national jurisprudence see HUBER: Offene Staatlichkeit: Vergleich.. In von BOGDANDY–CRUZ VILLALÓN–HUBER (Eds.): *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. Vol. II (C. F. Müller, 2008), § 26 paras 34 et seq.; SADURSKI : *Solange*, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe–Democracy–European Union, 14 ELJ (2008), 1.

<sup>63</sup> See HALBERSTAM–STEIN: The UN, the EU and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order. 46 CML Rev. (2009), 13, 63.

<sup>64</sup> This is expressly underlined by the Federal Constitutional Court. See *Solange II*, *supra* note 40, para 116.

<sup>65</sup> See for this concept according to which the relationship between national and European constitutional law is not to be understood in hierarchical terms: MACCORMICK: Beyond the Sovereign State. 56 *Modern Law Review* (MLR) (1993), 1, 6, 9; MADURO: Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. In WALKER (ed.): *Sovereignty in Transition*. Hart, 2003, 501; WALKER: The Idea of Constitutional Pluralism. 65 MLR (2002), 317; KUMM: Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?:

This makes the presumption of compliance an ideal component of our proposal: Respect for national identities (Article 4(2) TEU) commands that outside the scope of the CFREU the EU refrains from individually superseding the delicate balance between fundamental rights and general interests enshrined in national constitutions. In light of the subsidiarity principle (Article 5(1) TEU) EU law must limit itself in this respect to only spanning a basic safety net and leave the main part to national law and (constitutional) courts. Finally, such restraint is also in line with a concept of Union citizenship that “shall be additional to and not replace national citizenship” (Article 20(1) TEU).<sup>66</sup>

How then, could the presumption of compliance be rebutted? In light of what has just been said, not by an isolated fundamental rights infringement.<sup>67</sup> Instead, one is to look for *systemic* deficiencies with regard to the rights enshrined in Article 2 TEU. Such deficiencies not only put into question the basics of the European legal space, they also pose a direct threat to the idea of Union citizenship.<sup>68</sup> In this respect, inspiration can be drawn from the interpretation given to the criterion of a “serious and persistent breach” in Article 7(2). Conceivable examples therefore include the refusal to abide by a final judgment of the ECtHR in a domain that touches upon the essence of fundamental rights,<sup>69</sup> the defiance, bypassing or intimidating of domestic courts in such cases<sup>70</sup> or intentional, reckless or evidently illicit conduct of highest state authorities.<sup>71</sup>

Put into practice our proposal could then work as follows: If a national of a Member State feels that her rights have been violated she would turn to the national judge. In court she could rely on the domestic (and possibly ECHR) standard of fundamental rights protection. Outside the scope of the CFREU she could not invoke EU fundamental rights, nor could she rely on Union citizenship to claim a violation of Article 2 TEU unless the presumption of compliance was rebutted. However, in case of systemic violation of the essence of fundamental rights the “substance” of Union citizenship, within the

---

Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice. 36 CML Rev. (1999), 351. From a comparative perspective with the constitutional order of the United States HALBERSTAM: *Constitutional Hierarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*. In DUNOFF–TRACHTMAN (eds.): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge University Press, 2009, 326.

<sup>66</sup> Similarly A.G. SHARPSTON. In RUIZ ZAMBRANO, *supra* note 10, para 148.

<sup>67</sup> But see SCHORKOPF: *Homogenität in der Europäischen Union*. Duncker & Humblot, 2000, 150, who argues that violations of Art. 2 TEU can be presumed to be serious.

<sup>68</sup> See in the same vein A.G. MADURO. In *Centro Europa* 7, *supra* note 41, para 22.

<sup>69</sup> See COM (2003) 606, 9; Ruffert *supra* note 42, para 6.

<sup>70</sup> In both cases the violation of the rule of law principle in Art. 2 would aggravate the fundamental rights infringement. See for this interplay also COM (2003) 606, 9.

<sup>71</sup> See with regard to this and to further categories SCHMITT VON SYDOW. In VON DER GROEBEN–SCHWARZE (eds.): *Kommentar zum EUV und EGV*, 6<sup>th</sup> ed. (Nomos, 2003), Art. 7 EU, paras 20 et seq.



meaning of *Ruiz Zambrano*, would be activated as a basis for her redress. First of all it would be up to the national court to establish the facts and to apply the respective provisions of Union law. Yet, according to Article 267 TFEU the latter would be enabled and, in a case of last instance, by and large obliged to refer to the CJEU for a preliminary ruling on the interpretation of Articles 2 TEU and 20 TFEU. This mechanism not only has the well-known advantage of combining the interpretative rulings of the CJEU with the authority and enforceability of domestic court decisions.<sup>72</sup> Arguably, it can also provide national judges with some backing from the side of Union law and the voice of the CJEU speaking on behalf of a Union founded on respect for human rights.<sup>73</sup> Hence, it could be said that our proposal ultimately aims at strengthening domestic courts in critical situations.

#### 4. Conclusion: Between *Scylla* and *Charybdis*

Any approach to fundamental rights protection in the EU has to find a way between the *Scylla* of a dysfunctional Union and the *Charybdis* of fundamental rights based centralization.<sup>74</sup> With regard to the latter challenge it is important to stress that our approach does not extend the scope of EU fundamental rights to the detriment of Member States powers, which would be outruled by Article 51 CFREU: It is beyond question that “respect for human rights” in the sense of Article 2 TEU binds *any* exercise of public authority by the Member States and can be enforced by the EU under Article 7 TEU. Consequently, our proposal does not affect the *Verbandskompetenz* of the EU,<sup>75</sup> but only the *Organkompetenz* of the CJEU. Insofar it simply follows constitutional changes introduced by the “Masters of the Treaties”: While the Treaty of Nice has kept the EU’s foundational principles out of the reach of the CJEU<sup>76</sup> the Lisbon Treaty subjects Article 2 TEU to the Court’s jurisdiction

<sup>72</sup> See WEILER: The Least Dangerous Branch. In *The Constitution of Europe*. Cambridge University Press, 1999, 188, 192 et seq.; ALTER: *Establishing the Supremacy of European Law*. Oxford University Press, 2001.

<sup>73</sup> Here the example of the Hungarian Constitutional Court, which has recently been stripped off some competences and packed with judges appointed by the governments majority, comes into mind. See European Commission for Democracy through law (Venice Commission), Opinion on the New Constitution of Hungary, Opinion No 618/2011 of 20 June 2001, CDL-AD(2011)016, paras 91 et seq.

<sup>74</sup> For the centralizing potential of fundamental rights, see Frowein–Schulhofer–Shapiro: The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration. In Cappelletti–Seccombe–Weiler (eds.): *Integration Through Law*, Vol 1, (de Gruyter, 1986), 231; HUBER: Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte. 64 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) (2011), 2385, 2386.

<sup>75</sup> For limits to judicial lawmaking that shifts the federal balance of powers, see BVerfGE 126, 286, 306 (*Honeywell*).

<sup>76</sup> According to Art. 46 lit d TEU (Nice) the CJEU was only competent for what was then Art 6(2) TEU (Nice) but not for the values laid down in Art 6(1) TEU (Nice).

and thus to its mandate to ensure that “the law is observed” [Article 19(1) TEU]. Seen in this way, our proposal is in fact nothing new to European law: As early as *Van Gend en Loos* the CJEU enabled individual legal actions based on directly effective Treaty provisions to complement the centralized infringement procedure.<sup>77</sup> This has become an accepted feature of the EU law *acquis* ever since.

With regard to the former challenge our vision is to take European constitutional pluralism to the next step: EU and national systems of fundamental rights protection would coexist symbiotically like good friends: respectful of each other’s specificities, but mutually vigilant and helpful in order to preserve shared foundational principles. Media freedom, “one of the fundamental pillars of a democratic society”, is worth a try. To implement this, what is needed above all are judges with a mindset and ethos of László Sólyom. The authors of this contribution wish him to live this example for many years to come.

<sup>77</sup> CJEU, *Van Gend en Loos*, *supra* note 9; see further STEIN: Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution. 75 *AJIL* (1981), 1, 4.

GIANNI BUQUICCHIO<sup>1</sup> – SCHNUTZ RUDOLF DÜRR<sup>2</sup>

**EUROPEAN STANDARDS FOR AN INDEPENDENT  
JUDICIARY IN A DEMOCRATIC STATE  
– CONTRIBUTION OF THE VENICE COMMISSION<sup>3</sup>**

Contribution to the *Mélanges*  
for Prof. LÁSZLÓ SÓLYOM, former President of Hungary

**1. Introduction**

Until he was elected President of Hungary, Prof. László Sólyom was one of the most eminent members of the Venice Commission of the Council of Europe (6 October 1998 to 2 August 2005) and was known worldwide as the first President of the Constitutional Court of Hungary forging leading case-law in the field of human rights. The ground-breaking decision abolishing the death penalty in Hungary inspired other Constitutional Courts in South Africa, Albania, Ukraine and Lithuania to follow lead.

Unfortunately, his new position as Hungary's Head of State and his membership in the Venice Commission were incompatible, but he very much regretted having to leave the Commission, which he found intellectually stimulating. However, even after his membership in the Venice Commission, he continued to follow the Commission's work and we had both the honour and the pleasure of being received by him as the newly elected President of Hungary on the occasion of the 5<sup>th</sup> meeting of the Venice Commission's Joint Council on Constitutional Justice in 2005 in Budapest and of hosting him as the keynote speaker at the celebration of the 20<sup>th</sup> anniversary of the Commission in Venice in 2010.

During his time as member of the Venice Commission, László Sólyom was particularly active in the constitutional justice field and held the position of President of the Sub-Commission on Constitutional Justice and the Joint Council on Constitutional Justice. As a member of the Commission,

<sup>1</sup> President of the Venice Commission.

<sup>2</sup> Head of the Constitutional Justice Division of the Venice Commission, also in charge of opinions and reports on the ordinary judiciary. President of the Venice Commission.

<sup>3</sup> This article reflects the views of the authors only and does in no way engage the Council of Europe or the Venice Commission.

he worked on opinions relating to Albania<sup>4</sup>, Georgia<sup>5</sup>, Moldova<sup>6</sup> and Latvia<sup>7</sup> and as a member of the working group on the execution of decisions of Constitutional Courts.

László Sólyom's interest was not limited to specialised constitutional justice. His previous legal work related to the protection of the environment and to personal data. These collective and individual rights cannot be ensured without independent courts. Therefore, we would like to present the present article on a topic, which is relevant for old and new democracies alike: the development of European standards in the field of judicial independence and the Venice Commission's participation in this process.

The Venice Commission, its real name being the European Commission for Democracy through Law, is an advisory body of the Council of Europe, composed of "independent experts who have achieved eminence through their experience in democratic institutions or by their contribution to the enhancement of law and political science"<sup>8</sup>. László Sólyom undoubtedly is endowed with such eminence.

Being the result of an Italian initiative within the Council of Europe, the Commission has its seat in Venice, Italy, which explains why it is usually referred to as the Venice Commission. It advises its 57 member States in Europe and beyond<sup>9</sup> in matters of constitutional and international law. Upon request by the states and the organs of the Council of Europe, it adopts opinions relating to individual states and reports of a general nature.

## 2. A doctrine developed on country-related opinions

The Venice Commission built the key elements of its doctrine on the judiciary through opinions on draft constitutions<sup>10</sup>, constitutional amendments and later in opinions on laws on the judiciary.

In addition to principles expressed in Recommendation 94(12) of the Committee of Ministers of the Council of Europe, the Commission was able

<sup>4</sup> CDL(1999)055 and CDL(2004)012, CDL-AD(2004)009.

<sup>5</sup> CDL(1999)023.

<sup>6</sup> CDL(2002)102, CDL(2004)012.

<sup>7</sup> CDL(1999)071.

<sup>8</sup> Resolution(2002)3, Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (adopted by the Committee of Ministers on 21 February 2002 at the 784<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies).

<sup>9</sup> Belarus is associate member, while Argentina, Canada, the Holy See, Japan, Kazakhstan, the United States and Uruguay are observers. South Africa and Palestinian National Authority have a special co-operation status similar to that of the observers.

<sup>10</sup> For example CDL(1995)044, Opinion on the provisions concerning the organisation of the judiciary contained in the Transitional Constitution of the Republic of Albania and on related provisions (G. Malinverni).

to base itself on the common European constitutional heritage and the standards set out in Article 6 of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the Strasbourg Court.

As a consequence of moving from the constitutional to the legislative level, the Commission was called upon to comment not only on constitutional aspects of judicial independence, but, in addition, it had to provide advice on more practical issues. To name only a few of the major topics which the Commission covered in opinions on individual countries, we refer to the status of prosecutors and especially their relations with courts<sup>11</sup>, judicial councils<sup>12</sup>, the status of judges<sup>13</sup>, their disciplinary liability<sup>14</sup> and even criminal procedure<sup>15</sup>. In 2008, the Commission gave an opinion on the Constitutional Law of Court Juries of Kyrgyzstan.<sup>16</sup>

In its series of opinions on the judiciary of Bulgaria<sup>17</sup>, the Venice Commission regretted the complete replacement of the “parliamentary component” of the Supreme Judicial Council (11 out of the 25 members) after each change of parliamentary majority by simple majority vote. The Commission consequently called for an election of the parliamentary component of the judicial council by a qualified majority. The composition of judicial councils became

<sup>11</sup> CDL-AD(2008)019, Opinion on the draft Law on the Public Prosecutors’ service of Moldova adopted by the Venice Commission at its 75<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 13-14 June 2008); CDL-AD(2008)005, Opinion on the Draft Amendments to the Law on the State Prosecutor of Montenegro adopted by the Venice Commission at its 74<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 14-15 March 2008).

<sup>12</sup> CDL-AD(2008)006, Opinion on the Draft Law on the High Judicial Council of the Republic of Serbia adopted by the Venice Commission at its 74<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 14-15 March 2008).

<sup>13</sup> CDL-AD(2008)007, Opinion on the Draft laws on Judges and the Organisation of Courts of the Republic of Serbia adopted by the Venice Commission at its 74<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 14-15 March 2008); CDL-AD(2007)003, Opinion on the Draft Law on the Judiciary and the Draft Law on the Status of Judges of Ukraine adopted by the Venice Commission at its 70<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 16-17 March 2007).

<sup>14</sup> CDL-AD(2007)009, Opinion on the Law on Disciplinary Responsibility and Disciplinary Prosecution of Judges of Common Courts of Georgia adopted by the Venice Commission at its 70<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 16-17 March 2007).

<sup>15</sup> CDL(2000)013, Revised comments on the amendments to the Bulgarian Penal Procedure Code (J. Hamilton).

<sup>16</sup> CDL-AD(2008)038, Opinion on the Constitutional Law on Court Juries of Kyrgyzstan adopted by the Venice Commission at its 77<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 12-13 December 2008).

<sup>17</sup> CDL-INF(1999)005, Opinion on the Reform of the Judiciary in Bulgaria; CDL-AD(2002)015, Opinion on the Draft Law on Amendments to the Judicial System Act of Bulgaria, adopted by the Commission at its 51<sup>st</sup> Plenary Session (Venice, 5-6 July 2002); CDL-AD(2003)016, Opinion on the Constitutional Amendments reforming the Judicial System in Bulgaria adopted by the Venice Commission at its 56<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 17-18 October 2003); CDL-AD(2008)009 Opinion on the Constitution of Bulgaria adopted by the Venice Commission at its 74<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 14-15 March 2008); CDL-AD(2009)011, Opinion on the Draft Law amending and supplementing the Law on Judicial Power of Bulgaria, adopted by the Venice Commission at its 78<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 13-14 March 2009); CDL-AD(2010)041, Opinion on the Draft Law amending the Law on Judicial Power and the Draft Law amending the Criminal Procedure Code of Bulgaria, adopted by the Venice Commission at its 85<sup>th</sup> Plenary Session, Venice (17-18 December 2010).

one of the Commission's recurrent topics in the field of judicial independence (see further below).

Another issue, which the Commission had to address in its series of Bulgarian opinions, was judicial immunity. The Bulgarian Judiciary was rattled by allegations of corruption in the three branches of its magistracy: judges, prosecutors and investigators. Their immunity, similar to that of the members of Parliament, was deemed to be too wide. The Commission affirmed its position that judges should benefit only from functional immunity for acts performed in their judicial activity. Immunity should not shield them against intentional crimes such as taking bribes for handing down a favourable judgment.

### 3. General report – judicial appointments

These positions were always based on a coherent view of the role of the independence of the judges as the central element of the rule of law in a democratic state. However, opinions on individual countries did not provide the Commission with an opportunity to express its views in an abstract and comprehensive manner. This changed in 2007, when the Committee of Ministers of the Council of Europe gave a mandate to the Consultative Council of European Judges (CCJE) to prepare an opinion on judicial appointments and to consult the Venice Commission on this issue. As opposed to expert committees composed of government representatives from the respective ministries, which usually prepare draft recommendations and conventions for the Committee of (foreign) Ministers of the Council of Europe, the consultative Council of European Judges is an advisory body to the Council of Europe, composed exclusively of judges.<sup>18</sup>

The CCJE invited the Venice Commission to its meetings<sup>19</sup> dedicated to the preparation of what later would become "Opinion No. 10 of the Consultative Council of European Judges to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society"<sup>20</sup>.

The co-operation with the CCJE was the welcome occasion for the Commission to prepare its own Report on Judicial Appointments<sup>21</sup>, which

<sup>18</sup> Terms of reference of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for 2010 and 2011, Decisions adopted at the 1075<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies, 20 January 2010, Appendix 3 (Item 10.1).

<sup>19</sup> Meetings of the Working Party of the CCJE (CCJE-GT) in Rome (28-29 March 2007) and in Graz (25-26 June 2007).

<sup>20</sup> Adopted by the CCJE at its 8<sup>th</sup> meeting (Strasbourg, 21-23 November 2007).

<sup>21</sup> CDL-AD(2008)028, adopted by the Commission at its 70<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 16-17 March 2007).

took up ideas and principles already expressed in previous country opinions. However, the more abstract approach allowed the Commission to prepare a coherent text on an essential part of judicial independence, that is judicial appointments.

### *3.1. Appointment system*

The Commission distinguished two major types of appointments – elective systems and direct appointment systems and warned against the dangers of the former. In particular, the Venice Commission was of the opinion that ordinary judges should not be elected by Parliament, because there was a great danger that “political consideration prevail over objective merits of a candidate”<sup>22</sup>.

The Commission preferred that the appointment of judges be made by an independent judicial council.<sup>23</sup> Appointments by the Head of State were however found to be acceptable, as long as he or she was bound by the decisions of an independent judicial council.<sup>24</sup> Such a Council should have a “decisive influence on the appointment and promotion of a judge and [...] on disciplinary measures brought against them”<sup>25</sup>.

### *3.2. Judicial councils*

A central point of the Report dealt with the composition of judicial councils. While accepting that there is no standard model for such councils, the Commission recommended that they should have a mixed composition, with a “substantial element or a majority” of judges and other “members elected by Parliament among persons with appropriate legal qualification taking into account conflicts of interest.”<sup>26</sup> With this formula, the Commission tried to combine two conflicting principles. Judicial independence might be best served by a judicial council composed only of judges, but experience had shown that such councils tended to be lenient, especially in the field of judicial discipline, and when only judges appointed judges there was a danger of corporatism within a judicial caste, unaccountable to the public.

The other principle pursued was that of the uninterrupted chain of democratic legitimacy, developed in the German constitutional doctrine. According

<sup>22</sup> CDL-AD(2007)028, paragraphs 9-12.

<sup>23</sup> However, the Commission was of the opinion that such a council should not be burdened with administrative organisation of the judiciary.

<sup>24</sup> CDL-AD(2007)028, paragraph 14.

<sup>25</sup> CDL-AD(2007)028, paragraph 25.

<sup>26</sup> CDL-AD(2007)028, paragraph 29.

to this doctrine, all state bodies should have a direct or indirect link to the will of the sovereign people. By recommending to have part of the judicial council elected by Parliament, the Venice Commission sought to achieve a compromise between full judicial independence and democratic legitimacy of judicial appointments. The Commission limited the scope of Parliament's influence right away by insisting that active members of Parliament not be eligible. Moreover, a qualified majority vote should oblige the parliamentary majority to seek a compromise with opposition. Ideally, they could settle on neutral candidates but – political life often is intricate – at least they would have to accept a balanced composition of the parliamentary component of the judicial council, which would include members close to the majority and others close to the opposition. On this point, ideas that were developed over the years in country opinions found their way into the general report on judicial appointments.

Another issue that had come up in previous opinions was the participation of the minister of justice in the judicial council and whether he or she should preside it *ex officio*. Not least because of the responsibility of the minister towards parliament, the Commission did not exclude the minister's participation in the council. Often, as a member he or she might be an instigator of reform, which would have to be implemented by the judicial council. However, because of his or her political mandate, the minister of justice should not participate in certain decisions, especially on judicial discipline. The Commission, however, preferred the chair of the council to be elected by the council from among the non-judicial members. In expressing this view, the Commission explicitly referred to the need to avoid "corporatist tendencies within the council".<sup>27</sup>

### 3.3. Probationary periods

Finally, the report on judicial appointments takes a clear stance against probationary periods for judges, because the Commission found that probation can "undermine the independence of judges". In its country related opinions, the Commission often had been confronted with constitutional provisions providing for such probationary periods. The last such opinion relates to Ukraine and was adopted in October 2011, just at the moment when the former Prime Minister of Ukraine, Ms Tymoshenko, was condemned to a seven year prison sentence by a judge under probationary period. The Commission was of the opinion that "it should be ensured that judges in these temporary

<sup>27</sup> CDL-AD(2007)028, paragraph 35.



positions cannot be appointed to deal with major cases with strong political implications”<sup>28</sup>.

In order to overcome the problem that the laws, which the Commission assessed, could not contradict the constitution, the report recommended to quasi assimilate the non-confirmation of a judge in a probationary period to dismissal and called for the same guarantees as those against dismissal: citing its opinion on Macedonia, the report states that a “refusal to confirm a judge in office should be made according to objective criteria and with the same procedural safeguards as apply where a judge is removed from office”.<sup>29</sup>

### *3.4. Answer to the CCJE’s draft opinion*

Right after its adoption, the Report on Judicial Appointments was transmitted to the Consultative Council of European Judges (CCJE) and the Commission presented its contents at CCJE-GT meetings in Rome, Graz and Strasbourg. In most points, the Venice Commission and the CCJE fully agreed on standards required to guarantee judicial independence. However, already in October 2007 and before the adoption of Opinion no. 10, it became clear that the CCJE was likely to disagree on a few points with the Report of the Venice Commission. In order to identify these points and to assist the CCJE in making an informed decision, the Venice Commission adopted Ms Suchocka’s Comments on the Draft Opinion of the Consultative Council of European Judges on Judicial Councils.<sup>30</sup>

In her comments, Ms Suchocka raised the following points, which distinguished the CCJE from the Venice Commission: the Venice Commission had opted for the formula of “a substantial element or a majority” of judges as members of a judicial council. The substantial element clause was intended to accept even slightly less than half of the members as judges. The CCJE however envisaged 75 per cent of judges as a minimum and admitted even judicial councils composed only of judges. In her comments pointing out this difference, Ms Suchocka explicitly referred to democratic legitimacy as the argument supporting a lower number of judges.

<sup>28</sup> CDL-AD(2011)033, Joint Opinion on the Draft Law amending the Law on the Judiciary and the Status of Judges and other Legislative Acts of Ukraine by the Venice Commission and the Directorate of Justice and Human Dignity within the Directorate General of Human Rights and Rule of Law of the Council of Europe adopted by the Venice Commission at its 88<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 14–15 October 2011), paragraph 49. See also ECtHR, case of Mirosław Garlicki v. Poland (application no. 36921/07).

<sup>29</sup> CDL-AD(2007)028, paragraph 41, referring to CDL-AD(2005)038, Opinion on Draft Constitutional Amendments concerning the reform of the Judicial System in ‘the Former Yugoslav Republic of Macedonia’, paragraph 23.

<sup>30</sup> CDL-AD(2007)032.

The CCJE also had ruled out the participation of the Minister of Justice in the Council, admitted by the Venice Commission. For the CCJE, the president of the judicial council should be elected by its members from among the judicial members, whereas the Commission had preferred a non-judicial member as the council's president.<sup>31</sup>

Finally, the CCJE had opted for disciplinary measures to be adopted by a judicial council in its membership reduced to judges only. Here, the Venice Commission had a different approach. Because of the perceived leniency of 'judges-only' disciplinary boards, the Commission was of the opinion that disciplinary measures should be adopted in a mixed composition. The idea was that non-judicial members were more likely to hold a judge accountable than his or her peers. However, the judge sanctioned should have a possibility to appeal against these measures to a court.<sup>32</sup>

From this highly interesting dialogue between two independent bodies of the Council of Europe, we may conclude that for the CCJE, the main concern seems to have been the protection of judicial independence at its highest possible level. The Venice Commission however favoured an approach based on judicial independence, but also placed significant emphasis on the accountability of judges.

#### **4. The Venice Commission's Report on Judicial Independence and Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers**

In 2008, it was the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe which triggered a further development of the Commission's judiciary doctrine. Its President requested an opinion on "European standards as regards the independence of the judicial system". The most challenging aspect of this request was to present not only the existing *acquis*, but also proposals for future development.

Within the framework of its Sub-Commission on the Judiciary, the Commission prepared two partial reports, the first on the independence of judges<sup>33</sup> and the second on the prosecution service<sup>34</sup>. In the present article, we cannot deal with the second report on the prosecution service, although it contains many interesting aspects (the variety of models of organisation of the pro-

<sup>31</sup> CDL-AD(2007)032, paragraphs 11 and 13.

<sup>32</sup> CDL-AD(2008)028, paragraph 14.

<sup>33</sup> CDL-AD(2010)004, adopted by the Venice Commission at its 82<sup>nd</sup> plenary session (Venice, 12-13 March 2010).

<sup>34</sup> CDL-AD(2010)040, adopted by the Venice Commission at its 85<sup>th</sup> plenary session (Venice, 17-18 December 2010).

secution service, the incidence of mandatory or discretionary prosecution, appointments, discipline, external and internal independence, including the possibility for an effective appeal against illegal instructions, public accountability and finally a warning against excessive powers of the prosecutor outside the criminal law field).<sup>35</sup>

The Commission started by systematising all its previous opinions in the draft *Vademecum* on the Judiciary.<sup>36</sup> This *Vademecum*<sup>37</sup> provides an overview of the opinions adopted in the field of the ordinary justice (as opposed to constitutional justice) by presenting citations from the opinions in a systematic manner. On the basis of the *Vademecum*, the Commission examined various topics linked to judicial independence, following the structure of Opinion no. 1 of the CCJE<sup>38</sup>.

The Report was prepared, taking into account Recommendation (94)12 of the Committee of Ministers, then still in force. In addition to providing an overview of European Standards to the Parliamentary Assembly, the Venice Commission's Report was also designed to provide input to the work of the Committee of Ministers of the Council of Europe in revising its recommendation, which resulted in the adoption of the excellent Recommendation CM/Rec(2010)12<sup>39</sup>. Below, we will therefore present a comparison between the Venice Commission's report and the new recommendation, where this is of special interest, without trying to be exhaustive.

#### 4.1. Scope – constitutional justice

The first question is whether constitutional justice should be covered by the standards on the judiciary in general. Recommendation (2010)12 says so in its paragraph 1. The Venice Commission says the opposite in paragraph 11 of its Report: "it should be noted that some principles are applicable only to the ordinary judiciary at the national level but not to constitutional courts or international judges, which are outside the scope of the present report." What

<sup>35</sup> We also cannot refer here to the OSCE/ODIHR's Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia, which were a point of reference for the Venice Commission in its Joint Opinion with ODIHR on the Constitutional Law on the Judicial System and Status of Judges of Kazakhstan adopted by the Venice Commission at its 87<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011, CDL-AD(2011)012).

<sup>36</sup> CDL-JD(2008)001.

<sup>37</sup> Since 2011, the Venice Commission calls its overviews of opinions and reports "Compilations" (e.g. on Constitutional Justice – CDL(2011)048 or on Minorities – CDL(2011)018).

<sup>38</sup> Opinion No. 1 of the Consultative Council of European Judges on Standards concerning the Independence of the Judiciary and the Irremovability of Judges.

<sup>39</sup> Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098<sup>th</sup> meeting of the Minister's Deputies.

the Venice Commission wanted to avoid by not referring to constitutional courts was a recommendation calling for the process of selection of constitutional judges to be identical to that of ordinary judges. Constitutional courts do not have a judicial “career” and most European constitutions establish those courts as separate bodies outside the judiciary. In view of their special powers as “negative legislator” conceived by Hans Kelsen, they are appointed in a special manner, different from the ordinary judiciary (typically either all elected by Parliament with a qualified majority or one third of the members is designated by each of the three branches of power – Parliament, Government and the Judiciary<sup>40</sup>).

The Recommendation of the Committee of Ministers focuses on other elements, which are of course also applicable to constitutional judges (e.g. external and internal<sup>41</sup> independence, removability) and does not refer to special types of appointment. It admits that judges are appointed by Parliament, but insists that an “independent and competent authority drawn in substantial part from the judiciary [...] should be authorised to make recommendations or express opinions which the relevant appointing authority follows in practice”<sup>42</sup>. Such an input in the procedure of appointing judges of the constitutional court is not common practice and many European states would have to amend their constitution to introduce it.

#### 4.2. Level of regulation

In most other areas there is convergence between the Recommendation and the Report: like the Recommendation<sup>43</sup>, the Venice Commission’s Report insists that the basic principles ensuring the independence of the judiciary should be set out in the Constitution or equivalent texts<sup>44</sup>. The Recommendation<sup>45</sup> and the Report set out that “all decisions concerning appointment and the professional career of judges should be based on merit, applying objective criteria within the framework of the law”<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> For an overview on this topic see the Commission’s Report on the Composition of Constitutional Courts – Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), CDL-STD(1997)020.

<sup>41</sup> Both the Recommendation and the Report insist on internal independence of the judge: “In their decision making judge should be independent and impartial and able to act without any restriction, improper influence, pressure threat or interference, direct or indirect, from any authority, *including authorities internal to the judiciary*”, Recommendation CM/Rec(2010)12, paragraph 22 (emphasis added) and “the independence of each individual judge is incompatible with a relationship of subordination in their judicial decision making-activity”, CDL-AD(2010)004, paragraph 72.

<sup>42</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12, paragraph 47.

<sup>43</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12, paragraph 7.

<sup>44</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 22.

<sup>45</sup> CM/Rec(2010)12, paragraph 44.

<sup>46</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 27.

### 4.3. *Judicial councils*

Referring only to the ordinary judiciary, the Venice Commission is of the opinion that an independent judicial council should have a “decisive influence on decisions on the appointment and the career of judges”<sup>47</sup>. As set out above, the Recommendation accepts that decisions are taken by the head of state, the government or the legislative power, but calls for input from an independent and competent authority.

The Commission goes further than that by recommending that “states which have not yet done so consider the establishment of an independent judicial council or similar body. In all cases the council should have a pluralistic composition with a substantial part, if not the majority, of members being judges. With the exception of ex-officio members these judges should be elected or appointed by their peers.”<sup>48</sup> The Commission wants these judicial councils to take the final decision in judicial appointments, not limit them to making recommendations.

### 4.4. *Probationary periods*

The Committee of Ministers Recommendation demands that decisions on probationary periods for judges “be based on objective criteria pre-established by law or by the competent authorities”<sup>49</sup>. The Venice Commission has an even stronger view on this point and recommends that judges be appointed permanently because probationary periods are “problematic from the view of independence”<sup>50</sup>.

### 4.5. *Accountability*

Following its line developed in country opinions, the Commission held that judges “should enjoy functional – but only functional – immunity (immunity from prosecution for acts performed in the exercise of their functions, with the exception of intentional crimes, e.g. taking bribes)”<sup>51</sup>. Without referring to immunity as such, the Committee of Ministers comes to a similar result when it states that the “interpretation of the law, assessment of facts or weighing of evidence carried out by judges to determine cases should not

<sup>47</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 32.

<sup>48</sup> *idem*.

<sup>49</sup> CM/Rec(2010)12, paragraphs 51 and 44.

<sup>50</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 38.

<sup>51</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 61.

give rise to criminal liability, except in cases of malice”<sup>52</sup>, read together with paragraph 71 of the Recommendation, which reads: “[w]hen not exercising judicial functions, judges are liable under civil, criminal and administrative law in the same way as any other citizen”.

As concerns disciplinary proceedings, the Report confirms the position of the Venice Commission that decisions should be made by an appeal to a court against decisions of disciplinary bodies.<sup>53</sup> Without explicitly referring to a court, the Committee of Ministers also recommends to “provide the judge with the right to challenge the decision and sanction”<sup>54</sup>. The Committee of Ministers also insists that such proceedings be conducted with all the guarantees of a fair trial and that sanctions be proportionate.

#### *4.6. Budget and remuneration*

While the Committee of Ministers calls upon member states to allocate adequate resources, facilities and equipment to the courts<sup>55</sup>, the Commission goes a step further by recommending that “the judiciary should have an opportunity to express its views about the proposed budget to parliament, possibly through the judicial council”.<sup>56</sup>

A major point of the Report deals with bonuses for judges. Based on the experience in some Eastern European countries, the Venice Commission feared that bonuses and the allocation of housing could be abused in order to influence a judge. Therefore, the Commission recommends that bonuses and non-financial benefits, which involve a discretionary element, be phased out.<sup>57</sup> The Committee of Ministers recommends that “[s]ystems making judges’ core remuneration dependent on performance should be avoided as they could create difficulties for the independence of the judges”.<sup>58</sup> The reference to “core remuneration” seems to allow some performance based bonuses as long as they do not constitute a major part of the revenue.

<sup>52</sup> CM/Rec(2010)12, paragraph 68.

<sup>53</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 43.

<sup>54</sup> CM/Rec(2010)12, paragraph 69.

<sup>55</sup> CM/Rec(2010)12, paragraph 33.

<sup>56</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 55.

<sup>57</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 51.

<sup>58</sup> CM/Rec(2010)12, paragraph 55.

#### 4.7. Case allocation

On the basis of Article 6 of the European Convention on Human Rights and the right to a lawful judge found in many constitutions, the Commission came to the conclusion that possible abuse of the allocation of sensitive cases to compliant judges by court presidents, which had been observed in some countries, should be avoided by introducing automatic case-allocation systems. The Commission discussed in detail whether such systems should be recommended to all states, how such systems could be established and under which conditions exceptions were permissible. As a result of these discussions, the Commission “strongly recommends that the allocation of cases to individual judges should be based to the maximum extent possible on objective and transparent criteria established in advance by the law or by special regulations on the basis of the law, e.g. in court regulations.”<sup>59</sup> While the term “to the maximum extent possible” admittedly weakens the recommendation, the Commission strengthened it by adding that: “Exceptions should be motivated”. In a similar vein, the Recommendation sets out that the “allocation of cases within a court should follow objective pre-established criteria in order to safeguard the right to an independent and impartial judge.”<sup>60</sup>

### 5. Conclusion

The Venice Commission found that in the new democracies which it assists, the establishment of an independent judiciary often proved to be more difficult than setting up other democratic institutions such as a pluralistic parliament or a functioning electoral system. The reasons for these problems are manifold, starting with a low esteem of the profession of judges in some countries, underfunding of the judicial system and problems of corruption as a consequence and the continued attempt of the executive to control judges in politically sensitive cases.

In its opinions, the Commission had to try to provide answers to these problems, based on European standards. The doctrine of the Venice Commission in the field of judicial independence evolved from country-related opinions on specific topics, to a general approach, first on judicial appointments only and then covering a wider range of issues. This evolution was both gradual and coherent as from the outset it was based on the European constitutional heritage and applicable international standards. In all case, the Commission always tried to find a reasonable balance between judicial in-

<sup>59</sup> CDL-AD(2010)004, paragraph 81.

<sup>60</sup> CM/Rec(2010)12, paragraph 24.

dependence and the accountability of judges. As set out in the present article, in a number of areas, the Commission made recommendations which went further than existing international texts or provided an interpretation which extended the scope of existing legislation.

While the Venice Commission did not cover all aspects of the life of the judiciary, its recommendations were always geared towards assisting its member states – old and new democracies alike – in establishing a judiciary that is independent and provides an impartial service to all individuals and which is a centrepiece of any democracy.

We are grateful to László Sólyom for his contribution to the work of the Venice Commission in promoting democracy, the protection of human rights and the rule of law throughout Europe and beyond.



CHRISTOPH GRABENWARTER

## SEPARATION OF POWERS AND THE INDEPENDENCE OF CONSTITUTIONAL COURTS

### 1. Introduction

Separation of powers is one of the basic structural principles of democratic societies. It was already discussed by ancient philosophers; deep analysis can be found in medieval political and philosophical scientific work. We base our contemporary discussion on legal theory that has been developed in parallel to the emergence of democratic systems in Northern America and in Europe in the 18<sup>th</sup> century.

Separation of powers is not an end in itself, nor is it a simple tool for legal theorists or political scientists. It is a basic principle in every democratic society that serves other purposes such as freedom, legality of state acts and independence of certain organs that exercise power delegated to them by a specific constitutional rule.

When we combine the concept of the separation of powers with the independence of constitutional courts, we address two different aspects. The first aspect has just been mentioned. The independence of constitutional courts is an objective of the separation of powers; independence is its result. This is the first aspect and perhaps the aspect which first occurs to most of us.

The second aspect deals with the reverse relationship: independence of constitutional courts as a precondition for the separation of powers. Independence enables constitutional courts to effectively control the respect for the separation of powers.

Against this background I would like to take this opportunity to discuss certain questions on the relationship between the constitutional principle of the separation of powers and the independence of constitutional judges; questions that have to a large extent already been discussed by *László Sólyom* in his scientific work. In particular, I refer to his contributions on to the role of Constitutional Courts in transitional systems.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> SÓLYOM L.: *The Hungarian Constitutional Court and Social Change*. Yale JIL, 1994, 223–237.; SÓLYOM: *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy*. International Sociology, 2003, 133–161.

## 2. Two preliminary remarks on the scope of the topic

Before I begin my analysis, I should make two preliminary remarks that are necessary for a proper discussion of the topic. The first remark deals with the definition of what is a constitutional court. The second remark is directed at the differences in the constitutional system in which a constitutional court develops its case-law.

### *a) The European and the American type of Constitutional Courts*

When we talk about “European type” Constitutional Courts, I am fully aware of the fact that there is no monopoly of any region of the world on a certain solution in construing constitutional justice. However, for the sake of classification, I make reference to the historical roots of constitutional justice in 20<sup>th</sup>-century Europe. After establishment of a Constitutional Court in Austria in 1920, which did not exist between 1934 and 1945, and of the Constitutional Court of Czechoslovakia in 1920, which never became effective, European States have established Constitutional Courts in two waves after 1945 and after 1989. These have a number of common features, which distinguish them from other systems, such as the system of the US Supreme Court, which I will call the American type of constitutional justice.

For our topic, there are fundamental differences in the functions with a view to the constitution, which have to be mentioned here in order to get an accurate answer to the question of the separation of powers. The European type constitutional courts are judicial organs that were entrusted with ensuring normative superiority of the constitution over the remainder of the legal order. Fundamental rights form an integral part of the legal body of constitutional law. In many European systems, individuals are entitled to file applications in order to enforce their rights. At the same time, international human rights were made effective. They have been increasingly influencing the domestic practice over the last six decades.

In *Kelsenian* constitutional thinking, the ordinary (criminal, civil or administrative) judge had no power at all to decide on the conformity of a law with the constitution. The task of defending the integrity of the hierarchy of norms is in the exclusive competence of the constitutional court. This is called the “monopoly to annul laws” (*“Normvervetfungsmonopol”*). On the other hand, constitutional courts are limited to deciding constitutional disputes and constitutional questions in disputes involving various questions.

### b) “Younger” and “older” democracies

It is a commonplace among all experts on constitutional justice as well as insiders that the social contexts in which a particular constitutional court has been instituted and continues to operate vary to a large extent.

A rough division into two groups of constitutional courts takes account of this context: Courts in young democracies and courts in democracies with a longer democratic tradition. In this second group, we find a commitment to functional separation of powers, a certain constitutional culture and especially a high convergence of constitutional law and constitutional practice. Questions to both groups may be the same on an abstract level, but they must be put in different ways. The answers must be different anyway.

An overview shows that competences of constitutional courts vary considerably. We still find that a number of courts have a limited scope of jurisdiction. In the long run, a limited scope of the constitutional court will hinder it from becoming an effective guarantor of the supremacy of the constitution. The ex post-control of the conformity of laws with the constitution together with the power to set aside laws found unconstitutional may be seen as the “Archimedean point” for effective constitutional justice.

A second point is decisive: the access of the individual to the constitutional court. This right has proven to be the most important ingredient for successful constitutional justice; examples of young democracies show this, as do established democracies such as Germany, which have demonstrated it in the second half of the 20<sup>th</sup> Century.

### 3. Separation of powers – a valid concept in today’s constitutional theory

Modern legal theory takes due account of what *John Locke* has formulated in Book II of *Two treatises on Government* and *Montesquieu* has established in *De l’Esprit des Lois (The Spirit of Laws)*. However, the ideal of checks and balances and of three equivalent powers had to be adjusted in view of the developments that occurred during the 20<sup>th</sup> century. Separation has always been more than drawing borders; it was the distribution of powers and it was the intertwining or joining of powers.

When we talk about the separation of powers, it is also clear that it comprises functional, institutional and personal separation. The degree and the quality of separation of powers in a particular constitutional system can only be measured if one assesses the extent to which functional separation corresponds to institutional separation, i.e. whether different functions are fulfilled

by different institutions and persons that are not directly dependent on organs of other institutions.

In modern constitutionalism, there is a tendency to consider the complexity of inter-organ relations within one state power. This tendency takes due account of the contribution of the distribution of competences (powers) within a certain state power to the overall quality of the separation of powers. Such a contribution exists for instance if, in a system of a two chamber parliament, both chambers have the right to elect a certain number of constitutional judges.

Above all, it was the judicial power that has given rise to much discussion within the separation of powers doctrine. It was held, by Montesquieu and others, that the judiciary had no limiting function *vis-à-vis* the legislator. This is true, as far as the ordinary judge is concerned, who is strictly bound by law and who is not empowered to decide on the constitutionality of laws. However, this is not true for American-type supreme courts and for the constitutional courts to the extent that they can effectively limit the power of legislation to the boundaries of the constitution.

The separation of powers does not, however, create the independence of courts in general and of the constitutional court in particular. The material requirement of independence is not replaced by an abstract principle. Its function is limited to assisting the material guarantee of independence. We can see this relationship more clearly if we imagine the following: if there were mixed powers of legislation and executive and both were under the effective control of an independent constitutional court, we would find the power of government limited, although there was no classical separation of powers in the triadic sense of Montesquieu.

#### **4. Independence of Constitutional Courts and the Legislature**

As constitutional courts are empowered to set aside laws and statutes, legal theory describes them as “negative legislators”. Legal theory has done so since the early 20<sup>th</sup> century. However, this is only one aspect of the influence of constitutional courts on the legislative power:

The constitutional judge is inevitably and on a permanent basis close to the powers of the legislator in a “positive” sense as well. Let me enumerate three features of a possible positive interference of constitutional courts with the legislative power.

**a) “*Interpretation in conformity with the constitution*”**

In many systems, constitutional courts have a certain discretion when they make a decision during norm control proceedings concerning the constitutionality of a legal rule on whether to annul the law or to interpret it in a way that makes it conform to the constitution. While at first sight they preserve the integrity of the law, it is not always an act of judicial self-restraint. Especially in cases where the legislature has obviously intended a solution that the constitutional court found unconstitutional, the court substitutes the original meaning with a new one; it is materially “amending” the law. In cases where the legislator could have chosen another solution that was also in line with the constitution and taking into account the fact that the majority in parliament would have opted for a different solution, the approach may limit the legislature *de facto* in its range of action.

**b) *Guidelines for new legislation***

Sometimes constitutional courts do not restrict themselves to just saying what is absolutely necessary in giving the grounds for the annulment of a law. In fact, they go further in their reasoning and present to the parties of the proceedings – and above all to the legislature – guidelines for future legislation. In systems, where the constitutional court is commonly accepted by all political parties and has gained high authority, such guidelines may have a considerable impact on the legislative process following the annulment of a legal rule.

**c) *Constitutional courts supplementing Parliament***

There may be situations where legislation was necessary according to the constitution or simply for practical reasons, but there was no consensus in Parliament for a solution. Under such circumstances, it is possible for one of the conflicting parties to submit a more or less political question to the constitutional court, which is often willing to decide that question by means of constitutional law.

Constitutional courts regularly come close to the boundary between judicial power and legislative power – that boundary being neither straight nor clear. And there may be situations in a constitutional system where a constitutional court oversteps this line without being accused of abusing its power.

If we are aware of that matter, we are also conscious of the legislature’s political discretion; it enjoys a “margin of appreciation” especially in complex situations involving technical questions of any kind where the *ex ante* view

of the legislature is necessarily different from the *ex post* view of the constitutional judge. Constitutional courts will also take into account the strong material democratic legitimacy of a decision of a parliament, which the court will not replace with its own assessment in situations of political discretion.

The extent of the judicial self-restraint will vary from country to country and from one field of legislation to another. Nevertheless, there are common lines in a comparative perspective, common lines that are drawn by international courts, especially regional courts such as the European Court of Human Rights or the Inter-American Court of Human Rights. Such courts have set standards in the past with respect to many human rights guarantees and have defined areas where the member states enjoy a larger margin of appreciation and situations where there must be a stricter control by the international judge. It may well be held that this theory of “margin of appreciation” has some impact also on the separation of powers in the internal constitutional system.

It is not a coincidence that the question of margin of appreciation – and with it a special feature of the separation of power – has appeared in the field of human rights. Decisions on human rights questions often entail defining public and private interests, balancing these interests and making a choice of preference for one or the other. In a number of cases in which human rights decisions reflect a social change, answers given by the legislature and ultimately by the constitutional court reviewing the legislation are in a certain sense “political answers”.

Another phenomenon highlights the political role of the constitutional court *vis-à-vis* the legislature. In a number of constitutions, we find special contents that may be called “supra-constitutional” contents of constitutional law. This part of constitutional law cannot be altered by parliament, not even by the majority (usually a two-thirds majority) and the proceedings for “ordinary” amendments of the constitution. If the constitutional court is competent to define the content of “supranational” law and its limits, it decides directly on the field of action of the *pouvoir constitué*, which means not only the “ordinary” legislator but also the legislator competent to amend the constitution.

The famous phrase “constitution is what the constitutional/supreme court says it is” seems to describe the reality in some of the countries where the constitutional courts enjoy a strong position. From a theoretical separation of powers perspective, however, this is not a fully adequate description of the separation of powers: parliament remains in charge – with the exception of “supra-constitutional law” – because it can change the constitution when it is of the opinion that the constitutional court has interpreted the constitution in a way that was not intended. In other words, with respect to constitutional law, it is not the constitutional court but parliament that has the “last word”,

although the requirement of a two-thirds majority will usually – if the government does not have such a majority in parliament – not lead to a reaction by the legislature.

Powerful reactions to a court's case-law may be appeased by nominating judges that are closer to prevailing politics. The effect and the possibilities in this respect depend largely on the national rules on nominating judges. The reports to the conference show a wide range of requirements, procedures and other criteria, and one of the working groups will deal with this question in detail. From a general perspective, professional requirements, long terms of office and a fixed age-limit, the division of rights to present candidates among various state organs and qualified majorities in election proceedings will reduce the possibilities of influencing the composition of a constitutional court as a reaction to certain case-law. A developed constitutional culture will provide additional safeguards against any discretionary reaction by government or parliament.

This leads me to the final point in this part. The constitutional judge who respects the separation of powers between legislation and the judicial control of legislation will take due account of the margin of appreciation, of political questions and of the democratic legitimacy of decisions of parliament. In turn, he or she may expect the unlimited respect of parliament for its own decisions, which aim to enforce the supremacy of the constitution over legislation and the executive.

## **5. Independence and Separation of Powers – General conditions of an effective constitutional control in transitional systems**

The situation is, of course, different in transitional societies where this respect must sometimes still be attained. Here, we need conditions that cannot be created by the constitutional courts; they can only contribute to a step-by-step development of the legal system and the societal environment. They have to be a role model for other constitutional organs in using the legal method when interpreting the constitution, maintaining strict obedience of rules of conduct, taking account of international standards and thereby giving support to individuals seeking the protection of their fundamental rights. A number of constitutions of transitional systems might still need some clarification in defining the powers of the state and their relationship to each other. Above all, discrepancies between the texts of the constitutions and constitutional reality must be reduced, and constitutional culture must break ground in all spheres of exercising state powers.

Today, constitutions and constitutional courts in transitional systems have much less time to develop and reach certain standards in comparison to the time institutions had in the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries. However, from an international and a comparative perspective, today we find a rich experience of how to implement constitutional judicial review in situations of transition. A few observations of possibilities and risks constitutional courts face in transitional systems shall be mentioned:

- First, if we look at older systems, we can see that the current standard was not reached in an instant. A number of steps needed to be taken, sometimes in difficult situations. The step-by-step approach has proven to be the best way to improve judicial standards.
- A second point is the role of human rights today, both on an international and on a national level. We find a body of case-law of regional human rights courts, practice of UN institutions and case-law of national constitutional courts that is exchanged between the courts on a bilateral and on a multilateral basis. Learning from the experience of others and learning from each other's contributions to the quality of constitutional justice all over the world and in many fields of constitutional law, above all in the field of human rights, has become a decisive factor of success.
- Third, it seems that constitutional courts have to gain faith, trust and self-confidence over a certain period of time. Trust by society and legal experts is gained by a predictable practice, case-law with a clear methodological basis, where former decisions are quoted to show a consistent "line".
- It is one of the most important tasks of constitutional courts to develop values behind the provisions of the constitution. In doing so, the constitutional court also has the possibility of establishing the consensus in a young democracy, which might not have existed when the State was founded.
- It seems that the range of competencies must not be too small for a while and it must not be too large at the very beginning.
- Judicial courts that have a procedural law where the court was a neutral arbitrator between parties have proven to be successful. For this reason, adversarial proceedings tend to strengthen independence. In such a system, the constitutional judge is not a public prosecutor in charge of defending the constitution; he or she should be the neutral guardian. Against this background, the competence to institute proceedings *ex officio* has to be seen with scepticism.
- A court that is not in the position to work efficiently will not be an effective guardian of the supremacy of the constitution. It is therefore a danger when a constitutional court is confronted with an enormous workload from the very beginning, producing a backlog of cases that increases from year to year.



- In traditional systems, the role of international courts cannot be estimated high enough. International and regional courts strengthen internal independence, especially in systems of transition. Where there is still a lack of internal consensus, the authority of a long existing international institution accepted by the large majority of states concerned will help to stabilize the system in general and the constitutional court in particular.

## **6. Five factors determining and supporting independence of constitutional courts**

Let me return to the general perspective and include the topic of our conference in the following question: what factors may – if they work or are used in a positive manner – strengthen independence of constitutional courts in modern democratic societies governed by the rule of law or in conditions of societal transformation? Five factors seem to be of particular importance: ethical standards for and of constitutional judges, a constitutional culture of respect for co-justice, a well-balanced role of the use of mass media, the protection of individual rights, and international cooperation between constitutional courts.

### *a) Ethical standards of judges*

In countries where the constitutional court is an effective organ, it follows from the competencies of the court that it deals with questions of a “political” nature. Human rights, disputes on competencies of the highest organs under a constitution, the annulment of a government decision or the annulment or setting aside of a law very often entail “political” questions. It is therefore not excluded that the single judge or the court as a whole comes under political pressure in certain circumstances. Sometimes the legislative rules on the court reflect this danger and they address this danger with specific and concrete safeguards. Sometimes they do not. It would not be appropriate to draw conclusions from the extent of legal regulation about the quality of independence of constitutional courts for the following reasons.

The extent to which independence of constitutional courts is respected by government and parliament highly depends on the political and constitutional culture of a given state. Very detailed regulations may not be worth much where there are subtle mechanisms of influencing judges or where pressure is actually exercised on them. Rather vague rules may be sufficient where the court and its judges are respected as ultimate guarantors of the constitutions.

### *b) Constitutional Culture*

Having said as much, I must add that constitutional culture is not a thing which exists without an alternative and that cannot be influenced. Admittedly, the starting point for one constitutional court may be more difficult than that of another, taking into account the history of a state and the history of its constitution. However, in every situation it is in the hands of Government, civil society (e.g., the media) and the judges themselves to enhance the respect for the constitutional court and thereby its independence. On the other hand, even under “mature democracies, where the constitutional court has reached a strong position, confidence and independence may be in danger and may be hampered by government, the media or the judges themselves. Two factors of culture may be seen as particularly important:

*Election process.* Comparative analysis shows that most constitutions have more or less similar criteria for the election of constitutional judges. One feature shared by quite a number of constitutions are clear criteria for the qualifications and rules that anticipate that a single political party may not decide on the composition of the courts. This procedure produces plurality in the court, and plurality is an important factor, if not a legal precondition for the independence of constitutional courts. On this basis, transparency in electing constitutional judges and choosing women and men that have gained respect in their former professional life, irrespective of their political beliefs, enhances the independence of courts. Self-restraint of the political class in electing new judges that have spent most of their former professional life in politics is important as well.

*A proper balance between confidentiality and transparency:* confidentiality of court deliberations is common practice all over the world – and also with respect to constitutional justice. The extent to which the public is informed about what is going on in the courtroom differs from country to country, and there are different traditions all over the world and even in Europe. Systems with individual reasoning provided by each judge or in mitigated versions with the possibility of concurring and dissenting opinions make it possible for the general public or legal experts to discern “groups of judges”, tendencies, sociological analysis, et cetera. On the other end, we find systems – most of them European – where even the number of votes supporting a judgment is not published. The quite obvious result of that are the numerous books on the functioning of the US Supreme Court whereas especially American legal publicists quite often deplore the lack of publicity in Europe in this respect, which makes it nearly impossible to do research in a certain direction.

In continental Europe, however, there is a certain transfer of knowledge from inside the constitutional court at least to the legal experts. This transfer

takes place in at least two ways. First, the judges themselves sometimes have the tendency to explain their decisions when they are invited to scientific conferences, and it happens regularly that they do not simply tell what can be read in the judgment.

The second means of transfer are assistants to constitutional judges, who are highly qualified, leave the court after a few years in order to continue their legal career in a public authority, as a judge, as a private lawyer or as an academic. In their daily work or even in scientific publications, they will of course never tell the public details of discussions. Nevertheless, they work on legal cases that may ultimately come before the court with the understanding and the background of a former "insider". Quite often they stay in contact with their former colleagues, in some cases this forum is "semi-institutionalised". This "how the court works" knowledge used outside the constitutional court reduces, to some extent, the confidentiality in a strict sense; in the end, it helps the constitutional court to be an organ of effective control.

Beyond this point, however, good reasons call for a stricter view on confidentiality. There are, of course, various reasons for confidentiality of court deliberations. For today's topic of independence, it is the aspect of independence of the single judge and the court as a whole that may be in conflict with the disclosure of the personal opinion and voting behaviour of a particular judge. Let us think of fictitious examples of a government or powerful groups in civil society putting pressure on certain judges for a certain opinion held in court deliberations or mass media disclosing internal proceedings of deliberations. Most constitutions provide for a certain number of judges that sit in the plenary or a chamber when they decide important cases. In general, this number is not below seven or eight and sometimes reaches the number of 14 or 15 judges. A certain size of a court reduces the risks of pressure exercised on individual judges. The personal opinion then disappears behind the decision of the court.

### *c) The Role of the media*

The media have a role that should not be underestimated. In modern society, the publication of decisions in official collections of judgments or in law journals is still important, but it is not decisive for the overall perception of the performance of a court. Long before these publications appear, there is a public debate in the media on the content of decisions, its reasoning and its consequences. In this situation, the media bear responsibility for the proper perception of court decisions, and it is a common feature in democratic societies that the media strengthen and support the independence of constitutional courts by giving them a voice in the public debate.

Having said this, I turn to the dangers of the relationship between the courts and the media and to the duties of the constitutional court. The courts must be aware that their decisions may be perceived differently in a general political debate than in the circles of specialized (constitutional) lawyers. That means that a judge drafting a decision must bear in mind that it will be read by non-lawyers while keeping the standards of legal reasoning. Sometimes, a “translation” of a judgment for the public may be required – for instance by means of press releases. The European Court of Human Rights gives us an example of good practice in informing the European public and the public of the Member State concerned. Beyond this task of “translation”, the Court and its judges should refrain from “interpreting” the judgments. In any event, it shows that there is a fine line between, on the one hand, informing and translating a judgment and, on the other, interpreting or even commenting on it.

#### *d) Judicial Protection of individual rights*

The independence of constitutional courts is supported if the court has a larger scale of competences. One crucial competence is the control of conformity of all state acts, especially those of the legislature, with fundamental rights of individuals. To be effective, the access to the court must be wide enough. In a comparative perspective, constitutional courts that have become strong and independent institutions in their countries have the competence to set aside or leave unapplied, official acts (judgments by ordinary courts, administrative decisions or laws) conflicting with the requirements of human rights, be it directly on individual application or following the referral by a court. The reasons for this are both legal and factual:

The legal reason is that only individual applicants put the constitutional court in a position to review constitutionality on a larger scale. Reduction to abstract norm control proceedings makes the constitutional court dependent on political opportunity, on whether an opposition group or a government decides to appeal to the constitutional court. If constitutional review is open to individuals, there is a certain guarantee that every conflict with the constitution will come before the constitutional court. Citizens who are aware of their constitutional rights became “quasi-organs” in service of the constitution.

The factual reason is a consequence of the legal one. A court that decides on conflicts between individuals and the state will, to a certain extent, decide in favour of the applicant. Even if the percentage of successful applications is low, the public perception will be that the constitutional court is an effective instrument for protecting fundamental rights. This is favoured by the reality

of the modern media society; one spectacular case won by the applicant may be in the headlines of the press and the electronic media for weeks, whereas no one takes notice of the thousands of rejected applications. For this reason, the constitutional court very often has the public opinion on its side. The role of the media is also decisive in this respect.

### *e) International Cooperation of Courts*

The final aspect concerns the international dimension. Independence of constitutional courts may be assisted by international cooperation. In my view, there are three important ways of cooperating:

- cooperation between constitutional courts and international courts;
- bilateral cooperation between constitutional courts;
- multilateral cooperation between constitutional courts.

aa) *Cooperation between constitutional courts and international courts.* In the modern world, the national level takes account of the international developments in various aspects. This is also true for constitutional justice. Constitutional judges are increasingly faced with situations involving questions of international law. In such cases, they will search for solutions found by international organs and, above all, international courts and take account of their decisions even in cases where the state is not legally bound by a treaty. The most significant example is, again, the protection of human rights. In cases where international organs of the UN charged with the protection of human rights and regional courts dealing with human rights have developed a practice or a certain case-law, a constitutional judge is likely to take it into account when interpreting a constitutional fundamental right that corresponds to the international right.

Sometimes, the relationship is even more complex: a regional human rights court may quote UN practice and the national judge may include the reasoning of the regional court in his or her judgment. Things are even more complex in Europe: with the European Court of Justice in Luxemburg and its EU Fundamental Rights Charter; the Strasbourg ECtHR with the EU as a future Member and the national constitutional courts obliged to take into account both legal jurisdictions. However, this form of cooperation is not a one-way relationship. Cooperation means that international courts need the national constitutional courts at least in a twofold manner.

First, the case-law of the national courts gives the international case-law a firmer basis for its own judgments. If a number of national courts have developed similar solutions, this may serve as an argument supporting the solution

reached by the international court. This is also not only a factual relationship. Depending on the respective treaty, there may also be a legal obligation to take into account the internal practice of courts.

Second, the authority of the international courts and of their case law depends on the "translation work" of the constitutional courts. Again "translation" has two dimensions: first, literal translation to bring legal arguments in the language(s) of a state, because most of the individuals and also many lawyers will not understand the language of the international court; second, a translation into the legal world of the constitutional system of a country. This task becomes more and more important with the increase of international court decisions. The dramatic increase of numbers of judgments of the European Court of Human Rights may serve as a good example.

The decisive point for our topic is the following: in systems that are open to international law, and I assume that all democratic systems are, reference to international court decisions will enhance or at least confirm the authority of a judgment of the constitutional court. In this sense, the international courts are able to strengthen the authority and thereby the internal independence of the constitutional court.

There is a "but": this effect is jeopardized when the solutions reached on an international level cannot be understood on the national level. Interpreting human rights means dealing with very broad concepts referring to values and calling for balancing interests. It has been accepted for years that international human rights instruments have, to some extent, been the *avant garde* in the protection of human rights. In recent years, however, we are facing a development that is dangerous. The *avant garde* aspect has become stronger in some parts of the world, and the constitutional courts are less willing to follow the interpretation of the international court. This situation calls for a very careful examination on both sides. We must not squander a common good of high quality protection of human rights by doing too much of seemingly good things.

*bb) Bilateral cooperation between constitutional courts.* Bilateral cooperation is often underestimated because it is only partly visible to the public. It is visible as far as constitutional courts refer to similar decisions of foreign constitutional courts, usually to decisions of courts of neighbouring countries or important constitutional courts in a region, such as the German Federal Constitutional Court or the US Supreme Court. The invisible part is informal cooperation between courts, which takes place through mutual visits, talks and common seminars on recent problems in jurisprudence of two constitutional courts. Often new solutions are developed in such talks or solutions of one court are presented to the other, which might adopt the approach in its own case law.

*cc) Multilateral co-operation has been developed on different levels:* this form of cooperation takes place on three levels. First, we find cooperation on an in-

formal basis by opening bilateral meetings to (often neighbouring) states. Quite often, the common language leads to a circle of courts meeting regularly.

The next step are then regional organizations comprising a certain number of constitutional courts defined by geographical criteria or again by the common language. Regular conferences and meetings on certain topics enable the constitutional courts to have an exchange of answers to questions relating to common problems. An elaborate system of regional cooperation can be found within the Council of Europe and its satellites. The Venice Commission offers an effective system of exchange of views in case of a particular problem in a certain case within the Venice Forum. Moreover, the Venice Commission has a sub-commission on Constitutional Justice. Its members are also members of the Joint Council on Constitutional Justice, which is constituted by the Venice Commission and the constitutional courts and equivalent bodies in its member and observer states. The Venice Commission also supports the Conference of European Constitutional Courts, which is however organised by the courts themselves. The other regional organizations, such as the ACCPUF or the Ibero-American Association have the same significance and function at this level.

And third, on a worldwide basis, we have the World Conference on Constitutional Justice that organizes a congress every three years, again with the support of the Venice Commission.

These forums have a twofold significance. First, they support the exchange of views on common problems of constitutional justice. Second, these initiatives assist the constitutional court to hold an independent position in the internal separation of powers.

## 7. Conclusion

The rich experience that is reflected by the national reports is not adequately dealt with if one reduces them to the pure legal perspective. For this reason, I had to depart from the legal perspective and leave it sometimes behind me in order to complete the picture – which is a picture of comparative public law – of a crucial institution in democratic legal systems governed by the rule of law. *László Sólyom*, throughout his whole professional life as a judge, as a scientist and as a politician, has always been able to combine both perspectives.

DIETER GRIMM

## DIE BEDEUTUNG DER GRUNDRECHTE NACH 60 JAHREN VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG IN DEUTSCHLAND

*Als das ungarische Verfassungsgericht im Herbst 1989 errichtet wurde, hatte die Bundesrepublik Deutschland gerade das 40-jährige Jubiläum des Grundgesetzes gefeiert. Das Bundesverfassungsgericht bestand seit 38 Jahren. Im Jubiläumsjahr des Grundgesetzes erschien der 79. Band seiner Entscheidungen. Die Zahl der Verfahren war von 478 im Jahr 1951 auf 3.758 gestiegen. Das ungarische Verfassungsgericht musste schon im ersten vollen Jahr seiner Tätigkeit 1.625 Fälle bewältigen. An eigene Verfassungstraditionen konnte man nicht anknüpfen. Wie László Sólyom, der am 30. Juli 1990 zum Präsidenten gewählt worden war, selbst schreibt, spielten ausländische Vorbilder für die Entscheidungspraxis des ungarischen Gerichts in der Frühphase eine beträchtliche Rolle. Den Einfluss der deutschen Verfassungsrechtsprechung bezeichnet er als „nearly overwhelming“.<sup>1</sup> Da nach vielen Jahren totalitärer und autoritärer Herrschaft die Grundrechte eine besondere Rolle spielten, mag der Einfluss der deutschen Judikatur besonders an der hochentwickelten Grundrechtsdogmatik gelegen haben, die auch auf viele andere neu errichtete Verfassungsgerichte anregend gewirkt hat. Sie war zu dieser Zeit weitgehend abgeschlossen und soll hier im Rückblick auf 60 Jahre deutsche Verfassungsrechtsprechung im Zusammenhang betrachtet werden.*

### 1. Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Geschichte der Grundrechte in Deutschland beginnt nicht erst mit dem Grundgesetz. Im Grundgesetz haben sie aber eine beispiellose Aufwertung erfahren, die wiederum nur aus der Vorgeschichte erklärlich wird. Die Aufwertung betraf weniger den Inhalt als die Geltungskraft der Grundrechte, die in den vorangegangenen 150 Jahren gering gewesen und zeitweilig sogar völlig beseitigt worden war. Sie wurde zudem institutionell durch die Einrichtung eines Verfassungsgerichts abgesichert, wie es schon in der Paulskirchen-Verfassung vorgesehen war, wegen des Scheiterns der Revolution von 1848 aber nicht verwirklicht wurde, während die Weimarer Verfassung auf ein solches Gericht aus demokratischen Bedenken verzichtet hatte. Die Be-

<sup>1</sup> SÓLYOM L. – GEORG BRUNNER: *Constitutional Judiciary in a New Democracy*. Ann Arbor 2000, S. 5.



deutung, die den Grundrechten heute zukommt, wäre ohne das Bundesverfassungsgericht undenkbar gewesen<sup>2</sup>. Seine Rechtsprechung ist zum Modell für zahlreiche Staaten geworden, die sich nach der Überwindung totalitärer Regime der verschiedensten Art freiheitliche Verfassungen gegeben haben. Allerdings ist die Einrichtung des Verfassungsgerichts allein noch keine hinreichende Erklärung für die gesteigerte Bedeutung der Grundrechte. Hinzutreten mussten eine anspruchsvolle Vorstellung von Sinn und Funktion der Grundrechte sowie Gelegenheiten, diese anhand konkreter Streitfälle auszubilden und zu entwickeln, ferner die Bereitschaft der Grundrechtsadressaten, die Entscheidungen des Verfassungsgerichts zu befolgen. Darum soll es nach einem Blick auf die zum Verständnis dieser Entwicklung unerlässliche Vorgeschichte im Folgenden gehen.

## 2. Grundrechtsentwicklung vor dem Grundgesetz

Bereits die meisten Verfassungen deutscher Staaten im Vormärz enthielten Grundrechtskataloge. Sie unterschieden sich aber von den Grundrechten in den Ursprungsländern des modernen Konstitutionalismus, Nordamerika und Frankreich<sup>3</sup>. Der wichtigste Grund für die Unterschiede liegt in ihrer Genese. Während die amerikanischen und französischen Verfassungen gegen die angestammte Staatsgewalt unter Berufung auf naturrechtliche Grundsätze revolutionär durchgesetzt worden waren, ging den deutschen Verfassungen keine Revolution voran. Sie wurden vielmehr von den Fürsten der deutschen Staaten freiwillig gewährt, allerdings nicht aus konstitutioneller Gesinnung, sondern aus dynastischem Selbsterhaltungsinteresse. Die deutschen Grundrechte verleugneten daher den naturrechtlichen Ursprung der Grundrechtsidee, welcher der amerikanischen und der französischen Revolution als Legitimation gedient hatte, und wurden auch nicht als Menschenrechte angesehen. Sie gaben sich vielmehr als positivrechtliche Garantien, die der Fürst seinen Staatsbürgern gewährte und mit denen er seine konsensunabhängige, der Verfassung vorausliegende Staatsgewalt freiwillig beschränkte. Sie begannen folglich mit Bestimmungen über Erwerb und Verlust der Staatsbürgerschaft und blieben auch inhaltlich hinter den revolutionär durchgesetzten Grundrechten Amerikas und Frankreichs zurück. Sie beschränkten sich weithin auf eine Zusicherung privater Freiheit, während die politischen Freiheiten mit Ausnahme der Pressefreiheit fehlten.

<sup>2</sup> Einen Gesamtüberblick gibt die Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, hg. von PETER BADURA und HORST DREIER, Tübingen 2001.

<sup>3</sup> Vgl. DIETER GRIMM: *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776 bis 1866*. 3. Aufl. Frankfurt 1995, S. 110 ff.

Aber selbst in dieser, am Standard des modernen Konstitutionalismus gemessen, verkürzten Form blieb ihre Wirksamkeit begrenzt. Das hing vor allem damit zusammen, dass ihnen keine derogierende Kraft gegenüber vorkonstitutionellem Recht beigelegt war. Zwar durften nach dem Inkrafttreten der Verfassungen Eingriffe des Staates in Freiheit und Eigentum der Bürger nur noch erfolgen, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage existierte. Solche Gesetze waren aber vorhanden, nur eben aus einer polizeistaatlichen Ära und also nicht dem liberalen Gedankengut verpflichtet, aus dem die Grundrechte sich speisten. Die Gesetze konnten freilich geändert werden, und darauf drängten die von den Verfassungen ins Leben gerufenen Volksvertretungen unablässig. Gesetzgebung war aber nicht allein ihre Sache. Sie setzte die Zustimmung der aus den privilegierten Ständen gebildeten Ersten Kammer und des Fürsten voraus, der anfangs sogar allein das Initiativrecht besaß. Das Verlangen der gewählten Volkvertretungen nach "Verwirklichung" der Grundrechte, wie man sich gern ausdrückte, scheiterte daher fast durchweg am Widerspruch der Ersten Kammern und der Fürsten. Die Grundrechte blieben weithin Verheißungen. In Teilen wurden sie zudem bald von den Karlsbader Beschlüssen des Deutschen Bundes überlagert, die von der Pressefreiheit nichts mehr übrig ließen. Die überwiegend liberale Staatsrechtslehre fuhr zwar fort, sie kontrafaktisch im liberalen Sinn zu deuten, und schuf so eine Basis für die Kritik der herrschenden Zustände, vermochte diese aber nicht zu ändern.

Eine Änderung trat vielmehr erst mit der Paulskirchen-Verfassung ein, an deren Ausarbeitung zahlreiche Leidtragende der Karlsbader Beschlüsse beteiligt waren. Die Nationalversammlung hatte ihre Arbeit mit der Ausarbeitung eines Grundrechtskatalogs begonnen und diesen bereits im Dezember 1848 vor Verabschiedung der vollständigen Verfassung in Kraft gesetzt. Wie die amerikanischen und französischen Verfassungen war die Paulskirchen-Verfassung erstritten und auf das Prinzip der Volkssouveränität gegründet. Ihr Grundrechtsverständnis reflektierte daher die Interessen des Bürgertums, nicht die des Herrschers. Dementsprechend weitete sich der Grundrechtskatalog gegenüber den vormärzlichen Grundrechten inhaltlich aus und wurde mit Vorrang gegenüber dem Gesetzesrecht ausgestattet. Zudem war ein „Reichsgericht“ genanntes Verfassungsgericht vorgesehen und ermächtigt, Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit, namentlich ihre Übereinstimmung mit den Grundrechten, zu überprüfen und verfassungswidrige Gesetze zu annullieren. Auch den Paulskirchen-Grundrechten fehlte aber der naturrechtliche Hintergrund. Angesichts der zweiten Revolutionswelle, die über die bürgerlichen Reforminteressen hinausgriff und egalitäre und soziale Forderungen erhob, scheute die Mehrheit der Nationalversammlung das revolutionäre Potential, das in naturrechtlich begründeten Grundrechten lag. Desgleichen scheiterte der Antrag, auch soziale Grundrechte in die Verfassung aufzunehmen.

Die Paulskirchen-Verfassung trat nicht in Kraft, das geplante Verfassungsgericht wurde nicht errichtet, der Grundrechtskatalog 1851 nach dem Sieg der Restauration wieder aufgehoben. Das Grundrechtsthema erledigte sich damit allerdings nicht, denn die einzelstaatlichen Verfassungen, die im Zuge der Revolution geändert oder erstmals entstanden waren, enthielten Grundrechtskataloge, die sich inhaltlich an die Paulskirchen-Grundrechte anschlossen, jedoch nicht durch Verfassungsgerichte gesichert waren, weil diese als unvereinbar mit dem monarchischen Prinzip galten, das mit dem Wiederaufleben des Deutschen Bundes für alle Mitgliedstaaten erneut verbindlich wurde. Doch schwand nun im Bürgertum, ebenfalls durch die Revolutionserfahrung und die unerfüllten Forderungen des Vierten Standes genährt, das Interesse an Grundrechten, zumal in den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts eine Liberalisierung der Gesetze begann, die viele der mit Grundrechten verbundenen Hoffnungen erfüllte. Das schwindende Interesse fand bald auch einen Niederschlag in der Interpretation der Grundrechte. Mit der Gründung des Deutschen Reiches, dessen Verfassung gar keine Grundrechte enthielt, fasste eine minimalistische Deutung auch der Landesgrundrechte Fuß. Sie verloren dadurch nicht nur ihren liberalen Geist, sondern büßten am Ende sogar ihre rechtliche Wirksamkeit weitgehend ein<sup>4</sup>.

Die Staatsrechtslehre des Kaiserreichs ging bei ihrer Interpretation der Grundrechte von dem Umstand aus, dass die Grundrechte gesetzlich beschränkt werden durften. Daraus leitete sie den Schluss ab, dass sie nicht über, sondern unter dem Gesetz stünden. Allerdings konnten die Grundrechte nicht durch Gesetz aufgehoben werden. Das war allein im Weg von Verfassungsänderungen möglich. Es blieb also wie schon im Vormärz dabei, dass Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage bedurften. Bei deren Schaffung war der Gesetzgeber aber von grundrechtlichen Bindungen frei. Die Wirkung der Grundrechte erschöpfte sich also darin, dass sie Eingriffe der Exekutive verhinderten, denen eine gesetzliche Ermächtigung fehlte. Das, so wurde nun angenommen, sei aber bereits eine Konsequenz des Rechtsstaatsprinzips, dem sich alle damaligen Verfassungen verpflichtet wussten. Grundrechte schienen dafür nicht nötig. Man kam deswegen zu dem Schluss, dass sie nur ein Relikt aus einer Zeit seien, die das Rechtsstaatsprinzip noch nicht in vollem Umfang erfasst hatte, gewissermaßen eine altmodisch kasuistische Formulierung des Rechtsstaatsprinzips. Als solche, hieß es, liefen die Grundrechte leer. Sie konnten auch fehlen, ohne dass sich am Rechtszustand des Einzelnen etwas änderte.

Die Nationalversammlung, die nach dem Sturz der Monarchie in der Revolution von 1918 eine neue Verfassung auf demokratischer Grundlage aus-

<sup>4</sup> Vgl. DIETER GRIMM: Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts. In ders., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt 1987, S. 308; WALTER PAULY: *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*. Tübingen 1993.

arbeitete, ließ sich dadurch aber nicht von der Formulierung eines Grundrechtskatalogs abschrecken. Sie maß ihm vielmehr erhebliche Bedeutung bei und ergänzte die liberalen Freiheitsrechte um eine Reihe sozialer Grundrechte. Gleichwohl fuhr die Staatsrechtslehre fort, die neuen Grundrechte in der alten Weise zu interpretieren.<sup>5</sup> Nicht galten die Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte, sondern die Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze. Den sozialen Grundrechten wurde die Rechtsgeltung sogar vollständig bestritten, weil sie keine unmittelbaren Rechtsansprüche der Bürger enthielten, sondern erst durch den Gesetzgeber konkretisiert werden mussten. Sie wurden deswegen trotz ihrer Aufnahme in den Verfassungstext lediglich als politische Absichtserklärungen ohne rechtliche Verbindlichkeit betrachtet. Die jüngere Generation Weimarer Staatsrechtslehrer, die dem ein materiales Verständnis der Grundrechte entgegensetzte, das nicht vor dem Gesetzgeber halt machte, konnte sich damit vor dem Zusammenbruch der Weimarer Republik nicht mehr durchsetzen. Die nationalsozialistische Herrschaft entledigte sich sämtlicher Verfassungsbindungen.

### 3. Rang und Wirkung der Grundrechte im Grundgesetz

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs standen die Autoren des Grundgesetzes vor allem unter dem Eindruck der totalen Missachtung von Grundrechten durch das nationalsozialistische Regime. Sie hatten aber auch die geringfügige Bedeutung der Grundrechte im 19. Jahrhundert und noch in der Weimarer Republik vor Augen. Grundrechtsschutz war für sie ein Anliegen von höchstem Rang. Daher der feste Vorsatz, einer Wiederholung von Weimar und Drittem Reich durch verfassungsrechtliche Kautelen vorzubeugen. Im Grundgesetz von 1949 schlug sich dies in zahlreichen Neuerungen nieder. Symbolisch äußerte sich die Bedeutung, die der Parlamentarische Rat den Grundrechten beimaß, daran, dass sie vom Ende der Verfassung an den Anfang gerückt wurden. Nicht nur symbolisch, sondern unmittelbar rechtlich wirksam war die Entscheidung für eine Norm, die den einzelnen Grundrechten ein Fundament und eine Sinnrichtung geben sollte: die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG. Sie wurde für „unantastbar“ erklärt, ein Ausdruck, der an keiner anderen Stelle des Grundgesetzes wiederkehrt, und sollte vom Staat nicht nur geachtet, sondern auch gegen Angriffe von Seiten Dritter geschützt werden. Zum ersten Mal gelangte auch ein Hauch naturrechtlichen Pathos' in einen deutschen Grundrechtskatalog, wenn es in Art. 1 Abs. 2 GG hieß, dass sich das deutsche Volk darum, nämlich wegen

<sup>5</sup> CHRISTOPH GUSY: Die Grundrechte in der Weimarer Republik. In Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 1993, S. 163.

der Menschenwürde, „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ bekenne.

Ferner wurden die Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich zu unmittelbar geltendem Recht erklärt und für sämtliche Staatsorgane verbindlich gemacht, dies gegen die ältere Vorstellung, dass einige Grundrechte gar keinen Rechtscharakter hatten und auch diejenigen, welche Rechtsgeltung besaßen, jedenfalls nicht den Gesetzgeber banden. Dagegen wiederholte der Parlamentarische Rat nicht den Weimarer Versuch mit sozialen Grundrechten, sondern entschied sich für die klassisch-liberalen Grundrechte, jedoch gepaart mit einer allgemeinen Staatszielbestimmung, derzufolge die Bundesrepublik ein sozialer Staat ist. Die gesetzliche Beschränkbarkeit der Grundrechte wurde ihrerseits wieder durch die Bestimmung in Art. 19 Abs. 2 GG eingeschränkt, dass in keinem Fall der „Wesensgehalt“ eines Grundrechts berührt werden darf. Art. 79 Abs. 3 GG nahm die in Art. 1 und 20 GG aufgestellten Grundsätze von jeder Verfassungsänderung aus und sicherte damit mittelbar auch die Existenz von Grundrechten. Schliesslich richtete der Parlamentarische Rat in Gestalt des Bundesverfassungsgerichts eine Institution ein, die alle Staatsakte, auch diejenigen des Gesetzgebers, auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen und im Fall des Verstoßes gegen das Grundgesetz aufheben kann. Das Weitere lag von nun an bei diesem Gericht, das dabei freilich von den Forschungen der Staatsrechtslehre zehren konnte.

Als das Grundgesetz im Mai 1949 in Kraft trat, wurde das außerhalb des Parlamentarischen Rats weder als erhabener Moment deutscher Geschichte empfunden noch verbunden sich mit ihm Erwartungen einer glücklicheren Zukunft. Die westdeutschen Politiker hatten das Verfassungswerk nur widerwillig in Angriff genommen, weil sie fürchteten, mit der Gründung eines westdeutschen Teilstaats die Teilung des Landes zu zementieren. Die Bevölkerung des besiegten, zerstörten und geteilten Landes nahm an den Verfassungsberatungen in Bonn nur wenig Anteil. Publizisten und Experten stellten dem Grundgesetz ungünstige Prognosen, als es schließlich fertig vorlag. Sechzig Jahre später steht das Grundgesetz als erfolgreichste deutsche Verfassung da. Keine deutsche Verfassung galt länger. Keine erlangte eine ähnlich hohe Relevanz für den politischen Prozess und die gesellschaftliche Ordnung. Keine genoss eine derartige Wertschätzung im Publikum. Keine wurde so oft zum Modell für ausländische Staaten, die sich von diktatorischen Regimen befreit hatten und eine demokratische Ordnung errichten wollten. In der ungewöhnlichen Wortkombination „Verfassungspatriotismus“ ist das gebündelt<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. JAN-WERNER MÜLLER: *Verfassungspatriotismus*. Frankfurt 2010; DIETER GRIMM: *Verfassungspatriotismus nach der Wiedervereinigung*. In ders., *Die Verfassung und die Politik*. München, 2001, S. 107; ders., *Identität und Wandel. Das Grundgesetz 1949 und heute*, in *Leviathan* 37 2009, S. 603.

Vom Grundgesetz heißt es deswegen in der Rückschau, wie sie gerade in Jubiläumjahren gern angestellt wird, es habe sich bewährt. Dabei fällt stets auch ein Seitenblick auf die Weimarer Verfassung, der dieses Prädikat gerade nicht zuteil wird. Wenn von der Bewährung einer Verfassung die Rede ist, wird damit allerdings nicht allein ein Urteil über die Qualität ihres Textes gefällt. Zwar ist es unwahrscheinlich, dass eine „schlechte“ Verfassung sich bewährt. Aber einer „guten“ Verfassung ist die Bewährung nicht schon wegen ihrer juristischen Qualität sicher. „Bewährung“ ist ein Urteil über eine Verfassung in ihrer Wirkungsdimension. Wie sie wirkt, ist aber nicht allein durch ihren Text determiniert. Grundvoraussetzung der Wirkung ist, dass sie befolgt wird, und zwar nicht nur in dem vordergründigen Sinn, dass der Organisationsplan für die Staatsgewalt, den jede Verfassung enthält, verwirklicht wird, sondern auch in dem weiterreichenden Sinn, dass die von der Verfassung vorgesehenen Organe ihr Handeln an den verfassungsrechtlichen Maßstäben formeller und materieller Art ausrichten. Wie zahlreiche Beispiele in Vergangenheit und Gegenwart zeigen, ist das alles andere als selbstverständlich.

Die Bewährung einer Verfassung hängt aber überdies von den Herausforderungen ab, die im Lauf der Zeit an sie herantreten, und nicht weniger von den Antworten, die ihr in Reaktion auf die Herausforderungen entnommen werden. Die Antworten sind zwar nicht unabhängig von dem Text der Verfassung, werden von ihm aber auch nicht abschließend determiniert. Was eine Verfassungsnorm angesichts eines konkreten Problems bedeutet, muss durch Interpretation des Textes ermittelt werden, also auf den Text rückführbar sein, unter Umständen aber in langen Begründungsketten, und zwar desto mehr, je häufiger Herausforderungen auftreten, die für die Autoren des Textes nicht vorhersehbar waren und deswegen bei der Formulierung des Normtextes auch nicht bedacht werden konnten. Es gibt keine Normanwendung auf konkrete Fälle ohne vorgängige Interpretation. Die Kluft zwischen der generell-abstrakten Formulierung von Rechtsnormen und der konkreten Situation, die anhand der Normen beurteilt werden soll, kann nur durch Interpretation überbrückt werden. Angesichts der Kluft zwischen abstrakter Norm und konkretem Fall fließt in die Norminterpretation aber unvermeidlich ein Stück Normschöpfung ein.

Juristische Interpretation ist freilich keine Sache der Intuition, sondern ein methodengeleiteter Vorgang. Die Methode ist jedoch nicht verbindlich vorgegeben. Auch eine Vorschrift, die sich dazu unterfinge, wäre ihrerseits wieder interpretationsbedürftig. Daher sind zwar normative Anhaltspunkte für die Interpretation von Rechtstexten möglich, aber keine autoritativen Festlegungen einer Methode. Es gibt vielmehr immer konkurrierende methodologische Vorstellungen, unter denen sich zeitweilig eine als vorherrschend herausstellen, eine andere zeitweilig in Vergessenheit oder Verruf geraten kann. Es gibt sogar Methodenstreit, der zuweilen heftiger entbrennt als der

Streit um die inhaltlich richtige Deutung von Normen. Die Weimarer Staatsrechtslehre bietet dafür reiches Anschauungsmaterial.<sup>7</sup> Der Grund liegt darin, dass die juristische Auslegungsmethode nicht ein neutrales Instrument zur Ermittlung eines im Normtext vorgegeben Sinns in Bezug auf ein konkretes Problem ist. Interpretationsmethoden entfalten vielmehr ihre eigene Selektivität und präjudizieren damit die inhaltlichen Ergebnisse.<sup>8</sup> Für die Bewährung einer Verfassung ist es deswegen von Gewicht, wer abschließend über die „richtige“ Interpretation bestimmen darf und auf welche Methode dabei zurückgegriffen wird. Die verfassungsrechtliche Entscheidung für oder gegen Verfassungsgerichtsbarkeit spielt hierfür eine beträchtliche Rolle.

Es wäre allerdings verfehlt zu glauben, ein Verfassungsgericht nehme seine Arbeit im Besitz einer Gesamtvorstellung von der anzuwendenden Verfassung und eines fertigen Methodenkanons auf. Gerichte sind Entscheidungsgremien mit wechselnder personeller Zusammensetzung und in ihrer Tätigkeit abhängig von den Fällen, die an sie herangetragen werden. Ihre Aufgabe ist die Entscheidung von Fällen, nicht die Erarbeitung einer Verfassungstheorie oder einer Methodenlehre. Damit ist nicht gesagt, dass sie bei der Entscheidung von Fällen nicht theorie- oder methodengeleitet wären. Im Gegenteil sind es Theorie und Methode, die auch ohne eine formelle Präjudizienbindung, wie sie das angelsächsische Recht kennt, für Konstistenz in der Grundrechtsauslegung und –anwendung sorgen. Aber theoretische und methodologische Annahmen werden eher als Vorverständnisse an die Falllösungen herangetragen, als dass sie selbständig thematisiert oder gar förmlich festgelegt würden. Erst aus der Fülle der entschiedenen Fälle lässt sich in der Retrospektive rekonstruieren, welche Theorieannahmen und Methodenpraktiken die Rechtsprechung eines Gerichtes bestimmen.

#### 4. Normenstruktur und Theoriebedarf von Grundrechten

Bei der Grundrechtsinterpretation spielen Theorie und Methode eine größere Rolle als bei der Interpretation der Organisations- und Verfahrensvorschriften der Verfassung oder gar der Normen eines Privatrechtsgesetzbuches oder einer Zivilprozessordnung.<sup>9</sup> Das hängt mit der Eigenart der Grundrechte zusammen. Sie unterscheiden sich von den typischen Rechtsnormen in einer Weise, die für Auslegung und Anwendung relevant ist.

<sup>7</sup> Vgl. MICHAEL STOLLEIS: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. III, München, 1999, S. 153 ff.

<sup>8</sup> Vgl. DIETER GRIMM: *Methode als Machtfaktor*. In ders., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt, 1987, S. 347.

<sup>9</sup> Vgl. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*. In *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, S. 1529.

Die typischen Rechtsnormen beschreiben in ihrem „Tatbestand“ genannten Teil generalisierend und abstrakt Zustände, Vorgänge oder Verhaltensweisen und ordnen für den Fall, dass die Tatbestandsmerkmale vorliegen, eine Rechtsfolge an. Wenn jemand einem anderen eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, sich diese rechtswidrig zuzueignen, dann wird er wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft. Wenn jemand einem anderen vorsätzlich oder fahrlässig Schaden zugefügt hat, dann muss er diesen ersetzen. Wenn jemand beim Vertragsschluss nicht zurechnungsfähig war, ist der Vertrag nicht wirksam zustande gekommen. Wenn sich die Eltern über den Namen ihres Kindes nicht einigen, wird er vom Vormundschaftsrichter bestimmt. Wenn ein Haus einzustürzen droht, darf es von der Polizei geräumt werden, usw. Die klassische Rechtsnorm folgt also dem Wenn-Dann-Schema, sie enthält ein Konditionalprogramm. Normen dieses Typs finden sich auch auf der Verfassungsebene. Wenn die Vertrauensfrage des Bundeskanzlers keine Mehrheit gefunden hat, darf der Bundespräsident den Bundestag auflösen.

Anders aber die Grundrechte. Sie erreichen weder den gewöhnlichen Konkretionsgrad der typischen Rechtsnormen noch folgen sie dem dort üblichen Wenn-Dann-Schema. Sie sind keine Konditionalprogramme. Die typische Grundrechtsnorm erklärt ein bestimmtes Verhalten (das Äußern einer Meinung) oder einen bestimmten Zustand (die körperliche Unversehrtheit) oder einen bestimmten Sachbereich (die Medien, die Wissenschaft, die Kunst) für frei und ermächtigt sodann den Gesetzgeber, diese Freiheit zu beschränken. In den Grundrechten ist also der erwünschte Rechtszustand, anders als in typischen Rechtsnormen, nicht abschließend festgelegt. Sie versprechen mehr, als sie am Ende halten. Wie weit die Freiheit reicht, weiss man erst, wenn man die freiheitsbeschränkenden Gesetze kennt. Aber auch die Bestimmung dessen, was im Prinzip (vorbehaltlich der gesetzlichen Beschränkung) frei sein soll, ist in hohem Grad interpretationsbedürftig, weil die Gegenstände der Freiheitsverbürgung lapidar, meist nur mit einem Wort: Presse, Religion, Kunst, Beruf, Eigentum, bezeichnet sind, so dass die Definition und die Subsumtion konkreter Streitobjekte dem Rechtsanwender überlassen bleiben. Aber auch die Beschränkungsermächtigungen sind, anders als die Rechtsfolgen typischer Normen, hochgradig offen. Stets bedarf eine Grundrechtsbeschränkung einer gesetzlichen Grundlage, aber was der Gesetzgeber darf, ist nur schwach umrissen.

Die Rechtsanwendung verlangt deswegen nicht allein eine Bestimmung des Schutzgegenstands und des Schutzzumfangs sowie des von Beschränkungen ausgenommenen Wesensgehalts. Sie setzt auch voraus, dass feststeht, wer in den Genuss dieses Schutzes kommt, wem gegenüber er besteht, wie weit er reicht, wie er wirkt, ferner was als Eingriff in die gewährleistete Freiheit anzusehen ist, der dann die Schutzmechanismen auslöst, und welche Art von Beschränkungen statthaft sind, welche nicht. Diese Fragen können im Ver-



fassungstext beantwortet sein, sind es aber nicht notwendig und kaum je vollständig. Aus diesen Gründen ist Grundrechtsanwendung in erheblich größerem Umfang als die Anwendung anderer Rechtsnormen von vorgängigen Annahmen über ihren Sinn und ihre Funktion, ihre Geltungsweise und ihren Geltungsumfang, ihre Geltungsintensität und Geltungsrichtung abhängig. Die Summe dieser Annahmen, die freilich mit dem Verfassungstext kompatibel sein müssen, werden gewöhnlich als Grundrechtstheorie bezeichnet. Sie kann schlicht sein oder hochdifferenziert, kohärent oder bruchstückhaft. Niemand hat sie in Kraft gesetzt. Sie "gilt" daher auch nicht, wie Rechtsnormen "gelten", leitet aber bewusst oder unbewusst die Anwendung der Grundrechte und ist für ihre praktische Bedeutung von größtem Gewicht.

Einen wesentlichen theoretischen Beitrag dazu hat Robert Alexy in seiner „Theorie der Grundrechte“ geliefert.<sup>10</sup> Er unterscheidet zwischen zwei Normtypen: Prinzipien und Regeln. Die Differenz zwischen ihnen sieht er im Unterschied zu einer gängigen Annahme nicht in dem Grad an Allgemeinheit oder Vagheit einer Norm. Vielmehr versteht er Prinzipien als Optimierungsgebote, die sich in mehr oder weniger großem Umfang erfüllen lassen, je nachdem was andere Normen oder tatsächliche Gegebenheiten zulassen. Regeln können dagegen nur erfüllt oder nicht erfüllt werden. Kollidieren Regeln, muss folglich entschieden werden, welche zur Anwendung kommt (wofür es Metaregeln gibt). Ist eine Regel anwendbar, hat genau das zu geschehen, was sie anordnet. Kollidieren Prinzipien, kann zwischen ihnen abgewogen werden, so dass beide ihre Geltung behalten und lediglich je nach Problemlage in dem einen Fall vorgehen und in dem anderen zurücktreten. Grundrechte sind keine Regeln, sondern Prinzipien.

Wie gezeigt, hat das Grundgesetz den Grundrechten mehr Bestimmungen über ihre Geltungsweise beigelegt als ältere Verfassungen, und zwar gerade in der Absicht, eine frühere theoriegeleitete Praxis (wie zum Beispiel die Annahme, die Grundrechte stünden unter dem Gesetz oder liefen gar leer) auszuschließen. Es beantwortet aber bei weitem nicht alle Fragen, die sich bei der Anwendung stellen. Deren Beantwortung ist dann auf der theoretischen Ebene Sache der Rechtswissenschaft, die in ihrer Unabhängigkeit von Fallengängen und Entscheidungszwängen eine Vordenkerfunktion für die Praxis erfüllen kann, auf der praktischen Ebene Sache der entscheidungsbefugten Staatsorgane, in Systemen mit Verfassungsgerichtsbarkeit letztlich des Verfassungsgerichts. Die Antworten auf die vom Grundgesetz offen gelassenen Fragen, die im Lauf der Zeit vom Bundesverfassungsgericht gegeben worden sind, fügen sich zu einem bemerkenswerten Gebäude zusammen und haben die deutsche Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik zu einer, wenn

<sup>10</sup> ROBERT ALEXY: *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985, S. 71 ff.

nicht der führenden in der Welt gemacht. Lediglich die USA mit ihrer wesentlich älteren Verfassungsrechtsprechung zeigt sich weitgehend unbeeinflusst von der deutschen Nachkriegsentwicklung.

## 5. Grundrechtsentfaltung in der Rechtsprechung

Das Gericht ist relativ früh zu seinen Grundannahmen gelangt und hat über beinahe sechs Jahrzehnte bemerkenswert konstant an ihnen festgehalten.

### 5.1. *Weiter Schutzbereich*

Von Anfang an hat es die Schutzgegenstände der Grundrechte weitherzig ausgelegt, weil daran die Wirkung der spezifisch grundrechtlichen Schutzmechanismen hängt. Was nicht in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, kommt auch nicht in den Genuss des Grundrechtsschutzes. Das fiel dem Gericht allerdings leicht, weil die Feststellung, dass ein individuelles Verhalten vom Schutz eines Grundrechts umfasst ist, noch nichts darüber aussagt, ob es erlaubt ist oder nicht. Diese Frage entscheidet sich erst auf den folgenden Prüfungsstufen, wo geklärt wird, ob die grundrechtsbeschränkende staatliche Maßnahme verfassungsrechtlich gerechtfertigt war. Die Gegenprobe zeigt das besonders eindringlich. Der Umstand, dass die Menschenwürde vom Grundgesetz für „unantastbar“ erklärt wird, ist von Staatsrechtslehre und Verfassungsgericht so verstanden worden, dass in sie überhaupt nicht eingegriffen werden darf, jeder Eingriff also bereits Verletzung ist. Unter diesen Umständen blieb aber nichts anderes übrig, als den Schutzbereich der Menschenwürde sehr eng zu ziehen und alle übrigen Fragen den konkreten Grundrechten zuzuweisen.

### 5.2. *Weiter Eingriffsbegriff*

Weit wurde auch der Eingriffsbegriff ausgelegt. Der Grund war derselbe. Fehlt einem staatlichen Akt der Eingriffscharakter, kann sich auch keine Prüfung anschließen, ob er das Grundrecht in seiner Abwehrfunktion verletzt. Anfänglich galt nur ein staatlicher Akt als Eingriff, der rechtsförmig erging und in imperativer und finaler Weise zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Guts führte. All diese Merkmale sind aufgeweicht worden. Als Eingriffe, die den Schutzmechanismus auslösen, gelten heute sämtliche staatlichen Akte, die den Gebrauch eines Grundrechts unmöglich machen oder nicht ganz unerheblich erschweren. Auch Realakte, nicht imperative Maßnahmen, unbeabsichtigte Folgen staatlichen Handelns

und mittelbare Grundrechtsbeschränkungen unterfallen dem Eingriffsbegriff. Zuletzt ist auch staatlichen Warnungen oder Empfehlungen Eingriffscharakter zugesprochen worden.<sup>11</sup> Die Grundrechtsinterpretation schließt damit zu der veränderten Staatstätigkeit und den erweiterten staatlichen Handlungsformen im Wohlfahrtsstaat auf.

### 5.3. *Verhältnismäßigkeit*

Die Entscheidung in Grundrechtsfällen hängt also letztlich davon ab, ob die staatliche Maßnahme, die der Prüfung unterzogen wird, verfassungsmäßig ist oder nicht. Manche Verfassungen stellen dafür eine Regelung auf, die sich auf sämtliche Grundrechte erstreckt (zum Beispiel nur solche Einschränkungen, die in einer freien und demokratischen Ordnung gerechtfertigt erscheinen). Das Grundgesetz enthält einige wenige Regelungen, die für alle Grundrechte gelten, wie zum Beispiel die Wesensgehaltssperre, und zusätzlich Regelungen, die sich auf einzelne Grundrechte beziehen. Bei manchen Grundrechten fehlen auch spezifische Schrankenregelungen. Bei anderen Grundrechten beschränkt sich der Verfassungstext auf die Bestimmung, dass in das Grundrecht nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, ohne an das eingreifende Gesetz nähere Anforderungen zu stellen. Zu dieser Gruppe von Grundrechten gehören so elementare wie das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG. Hätte es mit dem Text sein Bewenden, so wäre der Grundrechtsschutz wegen Art. 19 Abs. 2 GG zwar immer noch stärker als unter früheren Verfassungen, aber doch nicht sehr stark. Der Gesetzgeber dürfte bei Grundrechtsbeschränkungen bis an die Grenze des Wesensgehalts gehen.

Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht frühzeitig damit begonnen, eine zusätzliche Schranke für die Beschränkung von Grundrechten aufzurichten, also gewissermaßen eine Schranken-Schranke, indem es den geschriebenen Schranken den Vorbehalt hinzufügte, dass nur verhältnismäßige Beschränkungen mit dem Grundgesetz vereinbar seien. Für die Prüfung, ob das der Fall ist, hat es ein vierstufiges Verfahren entwickelt. Auf der ersten Stufe muss der Zweck der gesetzlichen Beschränkung ermittelt und auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz untersucht werden. Ein verfassungsrechtlich verbotener Zweck kann keine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen. Auf den beiden folgenden Stufen geht es um eine Zweck-Mittel-Relation. Zunächst wird gefragt, ob das gesetzliche Mittel zur Zweckerreichung tauglich ist. Auch ein untaugliches Mittel kann keine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen. Sodann wird gefragt, ob das Mittel zur Zweckerreichung

<sup>11</sup> BVerfGE 105, 252 und 279 (2002).

erforderlich war oder ob ein weniger empfindliches Mittel den Zweck ebenso erreichen könnte. Übermäßige Grundrechtsbeschränkungen sind verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Auf der letzten Stufe löst sich die Prüfung von der Zweck-Mittel-Relation. Hier wird gefragt, ob die Beschränkung angemessen ist, ob also der Nachteil für das Grundrecht von dem Vorteil für das Rechtsgut, in dessen Interesse die Beschränkung erfolgt, aufgewogen wird.

Dieser Test war im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts vom Preußischen Oberverwaltungsgericht für die Prüfung polizeilicher Maßnahmen entwickelt worden, die rechtlich nur schwach determiniert waren oder der Polizei Ermessen einräumten. Das Bundesverfassungsgericht hob das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf die verfassungsrechtliche Ebene und wandte es auf die Gesetzgebung an. Es begann unspektakulär mit der lapidaren Feststellung, dass Gesetze verhältnismäßig zu sein hätten, und verdichtete sich erst allmählich zu dem dogmatischen Gebäude, das eben beschrieben worden ist.<sup>12</sup> Das mag erklären, warum das Bundesverfassungsgericht nicht angab, inwiefern und auf welche Weise sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus dem Grundgesetz ergibt. Erst auf kritische Vorbehalte in der Rechtswissenschaft nannte es die verfassungsrechtliche Grundlage: das Rechtsstaatsprinzip oder die Grundrechte selber, wiederum ohne mitzuteilen, wie es aus diesen Bestimmungen folgte. Es ist von höchster Bedeutung und trägt heute die Hauptlast des Freiheitsschutzes. Wenn Gesetze vor dem Bundesverfassungsgericht scheitern, dann in der großen Mehrzahl der Fälle an einem Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Im selben Maß schrumpft der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers. Unter der Geltung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit ist ihm erheblich weniger gestattet als vorher.

#### *5.4. Lückenlosigkeit des Schutzes*

Handelte es sich hier um eine Vertiefung des Grundrechtsschutzes, so bewirkte der nächste Schritt, den die Rechtsprechung tat, eine Erweiterung. Wie seit den Ursprungsverfassungen üblich, gibt das Grundgesetz keine allgemeine Freiheitsgarantie, sondern versieht nur bestimmte Verhaltensweisen oder Lebensbereiche mit der Zusicherung, dass sie "frei" sein sollen. In der Regel handelt es sich um Bereiche, die in der Vergangenheit Gegenstand staatlicher Unterdrückung oder Gängelung waren und nach wie vor für staatlichen Machtmissbrauch anfällig sind, obwohl sie nach heutiger Auffassung in die Verantwortung der Individuen oder der gesellschaftlich gesteuerten

<sup>12</sup> Erste Erwähnung in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 3, 383 (1954); weitere Verfestigung in BVerfGE 7, 377 (1958); 13, 97 (1961); 16, 194 (1963); 19, 342 (1965); seitdem ständige Rechtsprechung.

Prozesse entlassen werden sollen. Von Ausnahmen in einigen Staaten abgesehen (die brasilianische Verfassung etwa enthält rund 150 Grundrechte), sind es stets vergleichsweise wenige Gegenstände, die in den Genuss dieses besonderen Schutzes kommen. Grundrechte sind spezifische Garantien und beziehen sich auf Bereiche, die für die Persönlichkeitsentfaltung und die dafür notwendigen gesellschaftlichen Voraussetzungen besonders wichtig sind, nicht Allerweltsgarantien.

Konfrontiert mit einem Fall, in dem es um die Freiheit der Ausreise aus der Bundesrepublik ging, stand das Bundesverfassungsgericht vor der Frage, ob es dem Beschwerdeführer Elfes, einem ehemaligen CDU-Politiker, der nunmehr die Politik der CDU-geführten Bundesregierung bei Auslandsreisen, vor allem in den Ostblock, bitter kritisierte und deswegen keinen Reisepass mehr erhielt, Grundrechtsschutz gewähren könne, denn im Unterschied zum Grundrecht auf Freizügigkeit im Bundesgebiet gab es kein Grundrecht auf Ausreisefreiheit aus dem Bundesgebiet. Das Gericht fand aber einen Ausweg, indem es das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG so interpretierte, dass es alles erdenkliche menschliche Verhalten schütze, das nicht Gegenstand einer speziellen grundrechtlichen Garantie geworden sei.<sup>13</sup> Der Grundrechtsschutz wurde dadurch lückenlos. Jede staatliche Einschränkung einer individuellen Willensbetätigung löst seitdem den Grundrechtsschutz aus und kann folglich vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen werden. Ob eine derartige Ausweitung dem Sinn der Grundrechte entspricht, ist eine andere Frage.<sup>14</sup> Trotz Widerspruchs hat das Gericht bis heute an ihr festgehalten.

### 5.5. Grundrechte als Werte

Der nächste Schritt, ein Jahr nach dem Fall Elfes, war der bedeutendste, den das Bundesverfassungsgericht getan hat. Der Vorsitzende des Hamburger Presseclubs und engagierte Verfechter einer deutsch-jüdischen Aussöhnung Erich Lüth, hatte zum Boykott des ersten Nachkriegsfilms von Veit Harlan, dem einstigen Starregisseur des Nationalsozialismus, aufgerufen. Die betroffenen Filmgesellschaften verklagten ihn daraufhin vor den Hamburger Zivilgerichten auf Unterlassung der Äußerung. Die Zivilgerichte verurteilten Lüth, gestützt auf § 826 BGB, der denjenigen zum Schadensersatz verpflichtet, welcher einen anderen in sittenwidriger Weise schädigt. Dass Boykottaufrufe ein Fall sittenwidriger Schädigung seien, war damals allgemein geteilte Auffassung im Zivilrecht. Lüth legte daraufhin Verfassungsbeschwerde

<sup>13</sup> BVerfGE 6, 32 (1957).

<sup>14</sup> Vgl. meine Abweichende Meinung zur Entscheidung "Reiten im Walde", BVerfGE 80, 137 (1989).

ein und machte geltend, die Urteile verletzen ihn in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit. Auf Art. 5 Abs. 1 GG hatte er sich bereits vor den Zivilgerichten berufen, war aber darauf hingewiesen worden, dass Grundrechte nur im Verhältnis von Staat und Bürger zur Anwendung kämen, in einem Privatrechtsstreit zweier Privatrechtssubjekte untereinander daher unbeachtlich seien. Auch das entsprach der damals herrschenden Auffassung über die Wirkung von Grundrechten.

In der Tat ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 GG, dass die Grundrechte zwar die gesamte Staatsgewalt, aber auch nur die Staatsgewalt binden, nicht Privatpersonen. Grundrechte begründen ein asymmetrisches Rechtsverhältnis. Berechtigt sind die Einzelnen, verpflichtet ist der Staat. Für diesen bilden die Grundrechte Handlungsschranken, für jene Abwehrrechte. Der Umstand, dass ein einziges Grundrecht, Art. 9 Abs. 3 GG, davon ausdrücklich eine Ausnahme macht, bestätigt die Regel. Allgemein gilt im Recht, dass auf Ausnahmen keine Analogieschlüsse gestützt werden dürfen. Zwar sind die Gerichte Teil der Staatsgewalt, aber ob sie die Grundrechte auf die Rechtsbeziehungen von Privatleuten anwenden dürfen, hängt von der vorgängigen Frage ab, ob sie für solche Rechtsverhältnisse überhaupt Bedeutung haben. Immerhin gab es in der rechtswissenschaftlichen Literatur einzelne Stimmen, die diese Auffassung wegen der gesteigerten Bedeutung der Grundrechte seit 1949 vertraten, und auch Gerichte hatten bereits vereinzelt Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen angewandt, etwa den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG im Arbeitsrecht.

Das Bundesverfassungsgericht griff zur Entscheidung dieser erstmals auftauchenden Frage weit aus und untersuchte die Eigenart der Grundrechte, um von daher die Lösung des Falles zu erschließen.<sup>15</sup> Es setzte beim Unstrittigen an: Gewiss seien sie in erster Linie subjektive Rechte des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt. Es fuhr dann aber fort, darin erschöpften sie sich nicht. Sie seien überdies juristischer Ausdruck von Werten, welche die Gesellschaft für ihre soziale und politische Ordnung als maßgeblich anerkannt habe, und als solche objektive Rechtsprinzipien höchsten Ranges. In ihrer Eigenschaft als objektive Prinzipien sei ihre Wirkung aber nicht auf das Staat-Bürger-Verhältnis begrenzt. Sie durchdrängen die gesamte Rechtsordnung und machten auch vor dem Privatrecht nicht halt. Die Frage war dann nur noch, wie sie sich im Privatrecht auswirkten. Angesichts der klaren Regelung im Grundgesetz, wonach die Grundrechte sich an den Staat richten, sah sich das Bundesverfassungsgericht gehindert, ihnen direkte Wirkung unter Privatleuten zuzubilligen. Deren Rechtsverhältnisse blieben durch privatrechtliche Normen geregelt, die freilich verfassungsmäßig sein müssen.

<sup>15</sup> BVerfGE 7, 198 (1958). Zur Bedeutung der Entscheidung siehe: Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, hg. von Thomas Henne und Arne Riedlinger, Berlin 2005.

Die in den Grundrechten zum Ausdruck kommende objektive Wertentscheidung verschafft sich nach Auffassung des Gerichts in Privatrechtsverhältnissen aber dadurch Geltung, dass die privatrechtlichen Normen, wenn ihre Anwendung grundrechtsbeschränkende Wirkung hat, wie das bei Lüth der Fall war, "im Lichte" des betroffenen Grundrechts ausgelegt werden müssen. Das Grundrecht "strahlt" auf das einfache Recht aus. Diese Ausstrahlungswirkung äußert sich darin, dass bei der Interpretation der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Privatrechtsnorm zwischen der Bedeutung des betroffenen Grundrechts und der Bedeutung des Rechtsguts, welches die privatrechtliche Norm schützen will, unter Berücksichtigung der konkreten Fallumstände abgewogen werden muss. Im Lüth-Fall war das auslegungsfähige und -bedürftige Tatbestandsmerkmal in § 826 BGB das Wort "sittenwidrig". Gemessen an der Bedeutung von Lüths Aufrufs, mit dem er keine egoistischen Interessen verfolgte, sondern eine Frage von öffentlichem Gewicht anschnitt, überwog nach Ansicht des Gerichts hier die Meinungsfreiheit die von § 826 BGB geschützten wirtschaftlichen Interessen der Filmgesellschaften, so dass der Boykottaufruf nicht als sittenwidrig qualifiziert werden durfte. In anderen Fallkonstellationen kann das anders sein.<sup>16</sup>

Das Lüth-Urteil revolutionierte das Verständnis der Grundrechte in mehrfacher Hinsicht. Bis dahin waren sie als subjektive Abwehrrechte gegen den Staat verstanden worden. Nun wurden sie auch als objektive Prinzipien betrachtet. Zudem entfalteten sie ihre Wirkung nicht mehr nur vertikal in der Staatsrichtung, sondern auch horizontal in der gesellschaftlichen Richtung, hier allerdings nicht direkt, sondern indirekt durch grundrechtsgeleitete Interpretation des Privatrechts. Es dauerte nur kurze Zeit, bis diese „Ausstrahlung“ auf das gesamte Gesetzesrecht ausgeweitet wurde. Wo immer ein grundrechtsbeschränkendes Gesetz oder ein Gesetz, dessen Anwendung im konkreten Fall grundrechtsbeschränkende Wirkung hat, angewandt wird, muss bei seiner Auslegung das betroffene Grundrecht berücksichtigt werden. Das war insbesondere deswegen folgenreich, weil die grossen Kodifikationen, das BGB, HGB, StGB, die ZPO, noch aus vordemokratischer Zeit stammten. So wie diese Gesetzbücher unter Grundrechtseinfluss kamen, kam auch die gesamte Gerichtsbarkeit unter die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts, jedenfalls soweit der grundrechtliche Einfluss auf das Gesetzesrecht reichte. Die Konsequenz war eine Modernisierung der Rechtsordnung auch ohne förmliche Gesetzesänderungen, die daneben natürlich ebenfalls erfolgten.

<sup>16</sup> Vgl. etwa den am selben Tag entschiedenen Fall zur gleichen Grundrechtskonstellation, BVerfGE 7, 230.

### *5.6. Grundrechte als Basis für Leistungsansprüche*

Offen geblieben war dagegen die Frage, ob die nicht mehr nur als subjektive Rechte, sondern auch als objektive Prinzipien verstandenen Grundrechte weiterhin nur negative, staatsabwehrende Wirkung hatten oder ob sie in ihrer Eigenschaft als Werte auch positive Ansprüche an den Staat begründen konnten. Der Lüth-Fall erzwang keine Aussage dazu, denn er bewegte sich im abwehrrechtlichen Bereich. Lüth wollte einen Eingriff in sein Grundrecht auf Meinungsfreiheit durch die staatlichen Gerichte abwehren. Dafür genügte die Feststellung, dass die Zivilgerichte auch bei privatrechtlichen Streitigkeiten Grundrechte zu beachten hatten, wenn ihre Entscheidung zu einer Grundrechtsbeschränkung führte. Seit der *numerus-clausus*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist aber anerkannt, dass aus der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte auch Leistungsverpflichtungen des Staates folgen können.<sup>17</sup> Die Einführung des *numerus clausus* an den deutschen Universitäten hatte dazu geführt, dass zeitweilig die Hälfte aller Bewerber um einen Studienplatz in den medizinischen Fakultäten abgelehnt wurden. Die Grundrechte als Abwehrrechte hätten hier versagt. Denn selbst wenn der Ablehnungsbescheid als grundrechtswidrig aufgehoben worden wäre, hätten die Bewerber damit noch keinen Studienplatz gehabt. Das Bundesverfassungsgericht machte einerseits klar, dass der Staat auch eine Verantwortung für die Voraussetzungen des Grundrechtsgebrauchs trägt, jedenfalls soweit sie in seiner Macht stehen, ließ andererseits aber keinen Zweifel daran, dass damit keine Maximalforderungen verfolgt werden können.

### *5.7. Grundrechtliche Schutzpflichten*

Die folgenreichste Konsequenz aus der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte wurde 1975 in der Entscheidung über die Reform des § 218 StGB gezogen. Abtreibungen sollten danach in den ersten drei Monaten der Schwangerschaft straffrei bleiben. Juristisch war zwar weithin unbestritten, dass das Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 GG sich auch auf den Fötus erstreckte. Bei einem rein negatorischen Grundrechtsverständnis hätte die Gesetzesänderung aber kein grundrechtliches Problem aufgeworfen. Weder nahm der Staat selbst Abtreibungen vor noch zwang er andere, Abtreibungen auszuführen oder zuzulassen. Er erklärte nur, Abtreibungen, die Private aus eigenem Entschluss innerhalb der Frist vornahmen, nicht mehr unter Strafe zu stellen. Eben aus diesem Grund entschied der österreichische Verfassungsgerichtshof, dass eine ähnliche Reform des österreichischen Strafrechts ver-

<sup>17</sup> BVerfGE 33, 303 (1972).



fassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>18</sup> Die Grundrechte der österreichischen Verfassung stammten von 1867 und seien damals ausschließlich als Abwehrrechte gegenüber dem Staat verstanden worden. Da der Staat niemandem das Leben nehme, berühre die Gesetzesänderung kein Grundrecht.

Dagegen stützte sich das Bundesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung darauf, dass die Grundrechte eben nicht nur negatorisch wirkten, sondern auch objektive Prinzipien bildeten.<sup>19</sup> Daraus wurde nun der Schluss abgeleitet, dass der Staat die grundrechtlich garantierten Werte nicht nur selbst zu respektieren, sondern auch vor Gefährdungen durch Dritte zu schützen habe. Diese Doppelwirkung hatten die Autoren des Grundgesetzes dem obersten aller Grundsätze, der Menschenwürde, ausdrücklich zugesprochen, aber nicht auf die folgenden Grundrechte erstreckt. Das Gericht entnahm sie nun unter Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG aus Art. 2 Abs. 2 GG. Im Fristenlösungsurteil, in dem die grundrechtliche Schutzpflicht nach früheren Anklängen erstmals förmlich in Erscheinung trat, ging das Gericht so weit, dem Gesetzgeber auch das Mittel vorzuschreiben, das er zum Schutz des ungeborenen Lebens einsetzen musste: Da das Recht auf Leben das elementarste Grundrecht und die Basis aller anderen Grundrechte sei, müsse es auch mit dem stärksten Mittel geschützt werden, das dem Staat zur Verfügung stehe, dem Strafrecht.

Während die grundrechtliche Schutzpflicht als solche unter den Richtern nicht umstritten war und auch in der Rechtswissenschaft schnell Beifall fand, wurde die Festlegung des Gesetzgebers auf ein bestimmtes Mittel sowohl im Gericht wie in der Literatur heftig kritisiert. Grundrechte in ihrer Eigenschaft als Abwehrrechte können nur auf eine Weise erfüllt werden, nämlich durch Unterlassung des grundrechtswidrigen Aktes. Im Unterschied dazu können Grundrechte in ihrer Eigenschaft als Schutzpflichten auf verschiedene, gleichermaßen verfassungsmäßige Weisen erfüllt werden. Welche von diesen Möglichkeiten vorzuziehen ist, ergibt sich aus der Verfassung nicht. Die Auswahl bleibt der politischen Entscheidung überlassen. Das Gericht hat an diesem Teil der Entscheidungsbegründung daher nicht festgehalten. Heute gilt, dass der Gesetzgeber nur verpflichtet ist, ein geeignetes und der Bedeutung des Grundrechts sowie dem Grad und der Wahrscheinlichkeit seiner Bedrohung angemessenes Mittel zu ergreifen. Das erinnert an das früher erörterte Prinzip der Verhältnismäßigkeit, und in der Tat tritt nun neben das Übermaßverbot bei Grundrechtseingriffen ein Untermaßverbot bei der Erfüllung von Schutzpflichten. Ein Gesetz ist nicht mehr nur verfassungswidrig, wenn es ein Grundrecht zu weitgehend einschränkt, sondern auch,

<sup>18</sup> Österreichischer Verfassungsgerichtshof, VfSlg. 7400 (1974), auch in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1975, S. 74 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 39, 1 (1975).

wenn es ein Grundrecht zu wenig schützt. Zwischen dem „zu weitgehend“ und dem „zu wenig“ liegt der Spielraum für politische Präferenzen.

Auslöser des Abtreibungsurteils war die Abschaffung eines seit langem bestehenden Schutzes. Wie die weitere Entwicklung zeigte, fand der Schutzpflichtgedanke sein Hauptanwendungsfeld aber an ganz anderer Stelle, nämlich dort, wo der Gesetzgeber es unterlässt, ausreichende Schutzvorkehrungen für ein bedrohtes grundrechtlich garantiertes Gut zu treffen. Dazu kommt es insbesondere angesichts der Risiken, die gewöhnlich mit wissenschaftlich-technischem Fortschritt einhergehen. Die Promotoren dieses Fortschritts, die Forscher ebenso wie die kommerziellen Verwerter, sträuben sich gewöhnlich gegen staatliche Regulierungen und führen dabei selber Grundrechte ins Feld. An Einfluss übertreffen sie oft diejenigen, welche dem Risiko ausgesetzt sind. Namentlich das Argument des Standortnachteils durch Regulierung ist wohlfeil. Die Parlamente sind nicht selten geneigt, dem nachzugeben. Staatliche Untätigkeit ist unter diesen Umständen aber nicht ein Ausdruck von Neutralität, sondern von Parteinahme für die Grundrechte der Risikoverursacher. Es ist dieses Problem, dessen sich die Schutzpflicht annimmt. Das Verfassungsgericht musste sich beispielsweise aus Anlass der Kernkraftnutzung damit beschäftigen und verlangte vom Gesetzgeber Risikovorkehrungen, die der Größe und Wahrscheinlichkeit der potentiellen Schäden entsprechen.<sup>20</sup>

Schon bevor die Schutzpflicht im Abtreibungsurteil geboren worden war, hatte das Bundesverfassungsgericht auf der Basis seiner Vorstellung von den Grundrechten als juristischem Ausdruck von Werten entschieden, dass Grundrechte wie die Presse- oder die Rundfunkfreiheit nicht allein die im Medienwesen Tätigen schützen, sondern auch die Freiheitlichkeit des Medienwesens insgesamt. In dieser Eigenschaft garantieren sie dem gesellschaftlichen Subsystem die Möglichkeit, sich an den ihm eigenen publizistischen Kriterien zu orientieren und nicht für außerpublizistische Zwecke instrumentalisiert zu werden.<sup>21</sup> Die so verstandene Freiheit kann freilich nicht nur von außen, sondern auch von innen, also von den im Medienwesen Tätigen, Eigentümern, Verlegern, Journalisten, selbst gefährdet werden. Geschieht das, geraten die subjektivrechtliche und die objektivrechtliche Dimension ein und desselben Grundrechts in Konflikt miteinander. Die objektivrechtliche Freiheitsgarantie für das Mediensystem insgesamt rechtfertigt dann Beschränkungen der subjektivrechtlichen Freiheit. Auch diese, ursprünglich als institutioneller Grundrechtsschutz verstandene Wirkung würde heute als An-

<sup>20</sup> BVerfGE 49, 89 (1978).

<sup>21</sup> BVerfGE 20, 162 (1966); ferner die Serie der Fernseh-Urteile BVerfGE 12, 205 (1961); 31, 314 (1971); 57, 295 (1981); 73, 118 (1986); 74, 297 (1987); 83, 238 (1991); 90, 60 (1994); 97, 228 (1998); 119, 181 (2007).

wendungsfall der Schutzpflicht betrachtet, die vom Staat Vorkehrungen gegen eine Auszehrung der Freiheit durch die Grundrechtsträger selbst fordert.

Die Schutzpflicht ändert also nichts daran, dass Grundrechtsverpflichteter allein der Staat ist. Dieser erfüllt seine Pflicht aber nicht mehr nur dadurch, dass er selber Grundrechtsbeeinträchtigungen unterlässt. Das war ausreichend, solange Gefahren für die grundrechtlich gesicherten Freiheiten nur vom Staat erwartet wurden. Inzwischen ist jedoch unverkennbar geworden, dass grundrechtlich gesicherte Freiheiten ebenfalls und bisweilen intensiver aus der Gesellschaft gefährdet werden können. Diesen Gefährdungen kann aber niemand anders als der Staat wirksam begegnen. Die Grundrechte verlangen daher von ihm nicht mehr nur ein Unterlassen, sondern auch ein Handeln. Der Staat gerät dadurch in eine Doppelrolle. Einerseits bildet er mit seinem Machtpotential nach wie vor eine Gefahr für die grundrechtlich gesicherte Freiheit, die mit Hilfe der negativen Dimension der Grundrechte eingegrenzt wird. Andererseits kann aber nur er die Gesellschaft vor Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Dritte schützen. Dazu hält ihn die positive Dimension der Grundrechte an. Er ist gleichermaßen Freund und Feind der Grundrechte.

Da die Gefahren für grundrechtliche Freiheiten von privater Seite in der Regel selbst das Ergebnis grundrechtsgeschützten Handelns sind, der Wissenschaftsfreiheit, der Berufsfreiheit, der Eigentumsfreiheit, geht die Bekämpfung dieser Gefahren nicht ohne Grundrechtsbeschränkungen auf Seiten der Gefahrenverursacher ab: Freiheitsschutz der einen durch Freiheitsbeschränkung der anderen. Auf beiden Seiten stehen einander also grundrechtliche Positionen gegenüber, die nicht hierarchisch gestuft sind, sondern gleichen Rang innehaben. Sie können daher nur durch Abwägung zum Ausgleich gebracht werden. Abwägung, die durch die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bereits zum Paradigma für die Behandlung von Grundrechtseingriffen geworden ist, wird damit auch das wichtigste Mittel zur Lösung von Grundrechtskonflikten. Grundrechte in diesem Verständnis verlangen geradezu nach Abwägung. Erst nach einer Abwägung kann gesagt werden, welches der abstrakt gleichrangigen Grundrechte im konkreten Fall die Oberhand behält.

### ***5.8. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren***

Angesichts des Wandels der Staatsaufgaben reichen allerdings die traditionellen Mittel der Grundrechtssicherung oft nicht mehr aus. Das ist besonders fühlbar bei der wachsenden Zahl von staatlichen Aktivitäten, die Planungs- und Entwicklungsaufgaben verfolgen oder der Risikoprävention dienen. Im Unterschied zu der traditionellen Staatsaufgabe der Ordnungswahrung und -wiederherstellung nach einer Störung, die punktueller und retroaktiver Art

sind und sich deswegen gesetzlich verhältnismäßig dicht determinieren lassen, sind die neuen Aktivitäten flächendeckend und prospektiv. Sie entziehen sich wegen ihrer Zukunftsoffenheit, Situationsgebundenheit und Ressourcennabhängigkeit einer Normierung nach dem Wenn-Dann-Schema. Dieses wird vielmehr durch eine finale Programmierung ersetzt, bei welcher der staatlichen Verwaltung bestimmte Ziele vorgegeben und im übrigen nur Gesichtspunkte genannt werden, die bei der Zielverfolgung zu berücksichtigen sind. In diesem weiten Rahmen entscheiden die Verwaltungen aber im Vollzug selbständig Schritt für Schritt über ihr Vorgehen.

Dem Einzelnen, der von solchen Maßnahmen in grundrechtlich geschützten Positionen betroffen wird, ist deswegen nicht geholfen, wenn er darauf verwiesen wird, gegen das Endergebnis der Verwaltungstätigkeit: die erfolgte Stadtsanierung, den fertigen Flughafen, das errichtete Atomendlager, vorzugehen. Sein Rechtsschutzbegehren erfasst dann die selbständigen Zwischenscheidungen nicht, obwohl diese häufig nicht mehr rückgängig zu machen sind, und kommt für eine wirksame Abhilfe zu spät. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb entschieden, dass in solchen Fällen der Grundrechtsschutz vorverlagert werden muss, wenn er weiterhin effektiv sein soll.<sup>22</sup> Daraus ist die Rechtsfigur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren entstanden. Nicht erst das Endergebnis des Verwaltungsverfahrens wird an den Grundrechten gemessen, sondern schon das Verfahren selbst muss so ausgestaltet sein, dass in ihm Grundrechtspositionen aussichtsreich geltend gemacht werden können, am besten durch Einbeziehung der Betroffenen in das staatliche Verfahren und die Einräumung von Informations- und Antragsrechten. Ähnlich muss dort, wo Grundrechte in komplexen Organisationen wie etwa Rundfunkanstalten oder Hochschulen wahrgenommen werden, die Organisation so beschaffen sein muss, dass die grundrechtlichen Anforderungen Aussicht auf Beachtung haben. Parallel zum Grundrechtsschutz durch Verfahren gibt es einen Grundrechtsschutz durch Organisation.<sup>23</sup>

### *5.9. Interpretation der Einzelgrundrechte*

Alle genannten Neuerungen, mit denen die Grundrechte durch Interpretation auf veränderte Verwirklichungsbedingungen von Freiheit eingestellt werden, betreffen die Grundrechte in ihrer Gesamtheit. Hier ist nicht die Rede von der interpretatorischen Entwicklung der einzelnen Grundrechte gewesen. Für jedes Grundrecht könnte man eine ähnliche Darstellung wiederholen.

<sup>22</sup> BVerfGE 53, 30 (1979).

<sup>23</sup> Vgl. die in Anm. 21 genannten Fernsehurteile, ferner BVerfGE 35, 79 (1973) zur Wissenschaftsfreiheit.

Als besonders fruchtbar hat sich dabei das äußerst offen formulierte Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG erwiesen. Mehrfach hat es dem Bundesverfassungsgericht dazu gedient, den grundrechtlichen Schutz auf Bereiche auszudehnen, die von ihrer Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung der Individuen und die Freiheitlichkeit der Sozialordnung insgesamt von ähnlichem Gewicht sind wie die ausdrücklich geschützten Rechtsgüter. Das gilt vor allem für den Schutz der Privatsphäre und hat besonders sichtbaren Ausdruck in zwei Schritten gefunden, die formell Konkretisierungen von Art. 2 Abs. 1 GG, materiell betrachtet aber neue Grundrechtsgarantien für Gegenstände sind, die bei Entstehung des Grundgesetzes noch unbekannt waren: das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf die Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikationssysteme.<sup>24</sup> All das kann hier nicht zur Sprache kommen.

## 6. Methode der Grundrechtsinterpretation

Der Unterschied zu früheren deutschen Verfassungsordnungen ist also unübersehbar. Die Grundrechte sind heute in der Rechtsordnung und im politischen und gesellschaftlichen Leben omnipräsent. Das wäre ohne das Bundesverfassungsgericht nicht möglich gewesen. Es wäre aber auch nicht möglich gewesen, wenn das Verfassungsgericht das Methodenarsenal früherer Zeiten weiter verwendet hätte. Indessen sind auch hier die Unterschiede beträchtlich. Der rechtswissenschaftliche Positivismus, der die Staatsrechtslehre und die juristische Praxis des Kaiserreichs beherrscht hatte und sich in der Weimarer Republik, wenn auch nicht mehr unangefochten, fortsetzte, fand nach der Erfahrung mit der nationalsozialistischen Herrschaft keine Resonanz mehr. Zwar wird der Maßstab für verfassungsrechtliche Entscheidungen nach wie vor im Text der Verfassung gesucht. Doch hat das Bundesverfassungsgericht von Anfang an klargestellt, dass die einschlägigen Vorschriften nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern aus dem Gesamtinhalt der Verfassung zu deuten sind. Fern von einer engen Wortlautinterpretation werden die Verfassungsnormen als Ausdruck von Werten betrachtet. Aufgabe der Verfassungsinterpretation ist es dann, den im Text positivierten Werten sowie der Funktion, die sie in der Gesellschaft erfüllen sollen, zu größtmöglicher Wirksamkeit in dem Segment der sozialen Wirklichkeit zu verhelfen, auf das sie sich regelnd beziehen.

Dieses Postulat lässt sich freilich nicht ohne Wirklichkeitskenntnis erfüllen. Neben dem Wertbezug ist deswegen der Realitätsbezug ein Charakteristikum der verfassungsgerichtlichen Methode. Er zwingt die Rechtsprechung

<sup>24</sup> BVerfGE 65, 1 (1983); 120, 274 (2008).

zu Reanalysen und macht sie gleichzeitig offen für die Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften. Da die soziale Wirklichkeit, auf die sich die Verfassungsnormen beziehen, in ständigem Wandel begriffen ist, kann nur eine Interpretation, die diesen Wandel zu verarbeiten vermag, der Verfassung ihre Gegenwartsrelevanz erhalten. Das Bundesverfassungsgericht untersucht daher regelmässig, ob im Regelungsbereich einer Norm ein Wirklichkeitswandel eingetreten ist, der die Wirkung der Norm herabzusetzen oder ihre Funktion zu gefährden drohte, wenn sie nicht interpretatorisch auf die neue Situation eingestellt würde. Das verlangt auch eine Abschätzung der Folgen verschiedener Interpretationsvarianten für die Erreichung des Normzwecks. Eine normgeleitete Folgenberücksichtigung ist daher in der Verfassungsrechtsprechung gang und gäbe.<sup>25</sup> Die Verfassung wurde durch diese Rechtsprechung auf der Höhe der Zeit gehalten und zugleich täglich von Neuem als maßgeblich erlebbar. Sie stärkte so wiederum die Autorität des Bundesverfassungsgericht beim Publikum. Die hohe Folgebereitschaft der Politik findet darin eine Erklärung.

<sup>25</sup> Vgl. DIETER GRIMM: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts. In G. TEUBNER (Hg.): Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Baden-Baden, 1995, S. 139.

RAINER HOFMANN<sup>1</sup>

**PROMOTION OF STATE LANGUAGE  
VERSUS PROTECTION FOR MINORITY LANGUAGES  
THE 2009 SLOVAK LAW ON THE STATE LANGUAGE  
AND THE COUNCIL OF EUROPE FRAMEWORK  
CONVENTION FOR THE PROTECTION  
OF NATIONAL MINORITIES**

**1. Introduction**

On 30 June 2009, the Slovak Parliament adopted several amendments to the 1995 Law on the State Language.<sup>2</sup> According to the Government of the Slovak Republic, the purpose of the amendments was to promote the use of the State language in official communications. These amendments entered into force on 1 September 2009 notwithstanding serious concerns, expressed, in particular, by persons belonging to the Hungarian minority in the Slovak Republic and protests formulated by highest officials of the Republic of Hungary, including the recipient of this *Festschrift*, László Sólyom, then President of the Republic of Hungary. This law, and its disputed compatibility with international law norms, has been commented upon by a number of international actors, including the OSCE High Commissioner on National Minorities, Knut Vollebaek,<sup>3</sup> and the European Commission for Democracy through Law (the *Venice Commission*) of the Council of Europe.<sup>4</sup> Moreover, it has been examined by a Council of Europe treaty monitoring body, the Advisory Committee (ACFC) on the Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM): The pertinent Opinion was adopted on 28 May 2010 and made public, together with the comments by the Slovak Govern-

<sup>1</sup> Professor of (German) Public Law, Public International Law and European Union Law, Goethe-University, Frankfurt am Main; President of the Advisory Committee on the Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities. The views expressed in this contribution are solely those of the author.

<sup>2</sup> Law No. 357/2009 Coll., revised Law No. 270/1995 Coll. on the State Language of the Slovak Republic.

<sup>3</sup> See, e.g., Press Release of 3 September 2009, available at <http://www.osce.org/hcnm/51194>.

<sup>4</sup> See Opinion No 555/2009, published on 21 October 2010, available at [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)035-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)035-e.pdf).

ment, on 18 January 2011.<sup>5</sup> On 6 July 2011, the Committee of Ministers adopted its pertinent Resolution and, thus, concluded the third cycle of monitoring on the implementation of the FCNM by the Slovak Republic.<sup>6</sup>

This dispute between Hungary and Slovakia can and should be in the wider context of a general issue which has become of increasing relevance to the monitoring work of the ACFC during the last ten years: The necessity to strike an appropriate balance, acceptable to all parties concerned, between what is continuously referred to as the legitimate objective of promoting the knowledge of the State language(s) and the right to use minority languages, as provided for in the FCNM. In this context, the outcome of the dispute as to the compatibility between some provisions of the 2009 Slovak Law on the State Language with, in particular, Article 10 (1) FCNM<sup>7</sup> is of general relevance. Therefore, the first section of this contribution, presents and assesses the above-mentioned Opinion of the ACFC and the Resolution of the Committee of Ministers; the second section will then place this Opinion in the wider context of the work of the ACFC on developing and identifying criteria for striking an appropriate balance between the legitimate objective of strengthening the State language(s) and the (equally legitimate) objective of protecting and promoting of the use of minority languages.

## **2. The ACFC Opinion on the 2009 Slovak Law on the State Language**

Before the relevant parts of this opinion are presented and assessed, it seems advisable to summarize briefly the main facts concerning the monitoring of States Parties obligations under the FCNM.

### ***2.1. Monitoring States Parties Obligations under the FCNM***

Mainly in response to the armed conflicts in the former Yugoslavia and other parts of Europe as well as threats of violent developments elsewhere in Europe in the early 1990s, the then Council of Europe Member States decided at the

<sup>5</sup> See ACFC, Third Opinion of the Slovak Republic, adopted on 28 May 2010, made public on 18 January 2011, ACFC/OP/III(2010)004; and Comments of the Government of the Slovak Republic, GV/COM/III(2011)001; both documents are available at [http://www.coe.int/T/E/human\\_rights/minorities/](http://www.coe.int/T/E/human_rights/minorities/)

<sup>6</sup> See Resolution CM/ResCMN(2011)15, available at [http://www.coe.int/T/E/human\\_rights/minorities/](http://www.coe.int/T/E/human_rights/minorities/)

<sup>7</sup> Article 10 (1) FCNM reads as follows: "The Parties undertake to recognise that every person belonging to national minority has the right to use freely and without interference his or her minority language, in private and in public, orally and in writing."



Vienna Summit in 1993 to draft a Framework Convention on the Protection of National Minorities.<sup>8</sup> It was adopted by the Committee of Ministers on 10 November 1994, opened for signature on 1 February 1995 and entered into force on 1 February 1998. As of 1 December 2011, it has been ratified by 39 Council of Europe Member States<sup>9</sup> and is also applicable, on the basis of a specific Agreement between UNMIK and the Council of Europe, in Kosovo.<sup>10</sup>

According to Articles 24 and 26 FCNM, the ultimate evaluation of the implementation of the FCNM by the States Parties is entrusted to the Committee of Ministers, assisted by an Advisory Committee. Under Article 25 FCNM, the States Parties are required to submit a Report giving full information on legislative and other measures taken to give effect to the principles of the FCNM, within one year of its entry into force for the respective State Party. Further Reports are due on a five-yearly basis or at the Committee of Ministers' request. This means that, presently, most States Parties are in the third cycle of monitoring.

Immediately after receipt of a State Report<sup>11</sup> by the Secretariat of the Council of Europe, it is transmitted to all members of the ACFC. Based on information contained in the State report and received from governmental and other sources before and during a visit to the respective country, at the end of such country visits the members of the specific working group set up within the ACFC with respect to the country concerned identify the essential aspects of its draft opinion, which is then transmitted to the plenary for a first reading and, with the amendments agreed, put to a vote. It should be stressed that the Opinions were and are always adopted with overwhelming majorities, quite often unanimously; as of 1 December 2011, the ACFC has adopted 97 Opinions.<sup>12</sup> The Opinions are then transmitted to the Governments concerned and the Committee of Ministers, which, in fact, means the Ministries of Foreign Affairs of all Member States of the Council of Europe. The actual

<sup>8</sup> On the drafting of the FCNM, see, e.g., Rainer Hofmann, *The Framework Convention for the Protection of National Minorities. An Introduction*, in: Marc Weller (ed.), *The Rights of Minorities* (Oxford, Oxford University Press 2005), pp.1–24.

<sup>9</sup> Albania, Armenia, Austria, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Georgia, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Malta, Moldova, Montenegro, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, San Marino, Serbia, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Ukraine and the United Kingdom. Belgium, Greece, Iceland and Luxembourg have signed, but not yet ratified the FCNM; Andorra, France, Monaco and Turkey have not signed it.

<sup>10</sup> See e.g. RAINER HOFMANN: *Protecting Minority Rights in Kosovo*. In KLAUS DICKE et al. (eds): *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, 347–370; see also the ACFC Opinions of 25 November 2005 and 5 November 2009, respectively, available at

[http://www.coe.int/T/E/human\\_rights/minorities/](http://www.coe.int/T/E/human_rights/minorities/)

<sup>11</sup> All State reports are available at [http://www.coe.int/T/E/human\\_rights/minorities/](http://www.coe.int/T/E/human_rights/minorities/).

<sup>12</sup> All Opinions are available at [http://www.coe.int/T/E/human\\_rights/minorities/](http://www.coe.int/T/E/human_rights/minorities/).

discussion of the Opinions of the ACFC as well as of the comments which both the Government of the respective State Party and other Governments wish to submit, takes place in the Rapporteur Group on Human Rights (GR-H), a sub-body of the Committee of Ministers. The opinions are introduced by representatives of the ACFC, who are also invited to be available for an ensuing exchange of views with the members of GR-H.

It is clear from the conclusions and recommendations in the Resolutions finally adopted that the Committee of Ministers was – and continues to be – particularly guided by the Opinions of the ACFC. Thus, it is important to stress that all 80 Resolutions<sup>13</sup> so far adopted by the Committee of Ministers clearly reflect the pertinent findings of the ACFC. In fact, it must be emphasized that all the issues which the ACFC identified in its Opinions as being most relevant are also addressed in the conclusions of the Committee of Ministers. This, taken together with the fact that the Committee of Ministers consistently recommends to States that they take appropriate account of the various findings of the ACFC, continue their dialogue in progress with it and keep it regularly informed of new developments, not only shows the importance that the Committee of Ministers attaches to the ACFC in the context of the monitoring of the implementation of the State obligations flowing from the FCNM, but also justifies the conclusion that the findings of the ACFC might be regarded as being central in interpreting the substantive provisions of the FCNM. They might, indeed, be considered as soft jurisprudence based on hard law.

## *2.2. The 2010 Opinion of the ACFC on the Slovak Republic*

The findings of the ACFC contained in its Opinion on the Slovak Republic are based on information contained in the third State Report, due on 1 February 2009 and received on 22 July 2009, and other written sources and information obtained by the ACFC from governmental and other sources during its country visit from 30 November to 4 December 2009.

The section of the Opinion dealing with the 2009 amendment to the Law on the State Language<sup>14</sup> begins with noting that the legislative framework pertaining to the use of the State language has been reinforced by the adoption of the above-mentioned amendments to the 1995 Law on the State Language. The ACFC reports that, according to the Government of the Slovak Republic, the purpose of the amendments was to promote and strengthen the use of the State language in official communication; that the law stresses the im-

<sup>13</sup> All Resolutions are available at [http://www.coe.int/T/E/human\\_rights/minorities/](http://www.coe.int/T/E/human_rights/minorities/).

<sup>14</sup> See paras. 115–124 of the Opinion.

portance of the Slovak language for the preservation of the identity and cultural heritage of the Slovak nation, the State's sovereignty and communication within society; and that it also confirms that the Slovak language is the State language in the Slovak Republic and has priority over other languages used on the territory.<sup>15</sup> It also informs that, according to Article 1 (5), the 2009 State Language Law applies to "State authorities, territorial self-government authorities, other bodies of public administration, legal persons, self-employed natural persons and natural persons to the extent and under the conditions set forth herein".<sup>16</sup>

The ACFC continues by stating that, at the same time, the law recognises in its Article 1 (4) that, apart from exceptions within the 2009 State Language Law, the use of minority languages is regulated by other sets of rules. It also notes that, pursuant to Article 1 (3), the law does not regulate the use of liturgical languages. It further reports that, under Article 6 (1) and (2) of the law, all service communications among members of the armed forces, police, including municipal police corps, and fire brigades must be in the State Language. Finally, it notes that the law also introduces in Article 3 (5) a notable exception, according to which persons with knowledge of a language that meets the criterion of basic comprehensibility in relation to the Slovak language, such as the Czech language, may use their mother tongue in writing and orally in official communication.

Then, the ACFC introduces the most controversial provisions of the law, Articles 9 and 9 a, according to which the Ministry of Culture is not only entrusted with the supervision of the implementation of the law but also empowered to impose fines on public officials, legal persons and natural persons in case of a breach of the provisions concerned.

In its next step, the ACFC notes the concerns which had been raised by persons belonging to national minorities, in particular the Hungarians, about the implementation of the 2009 State Language Law and its possible negative impact on the level of protection of minority language rights. According to

<sup>15</sup> The ACFC refers to the Preamble (Introductory Provisions) which stipulates that "bearing in mind that the Slovak language is the most important attribute of the Slovak nation's specificity and the most precious value of its cultural heritage, as well as an expression of sovereignty of the Slovak Republic and a general vehicle of communication for all its citizens, which secures their freedom and equality in dignity and rights in the territory of the Slovak Republic, the National Council of the Slovak Republic has resolved to adopt the Act"; and to Article 1(1) and (2) according to which "the Slovak language shall be the State language in the territory of the Slovak Republic. The State language shall have priority over other languages used in the territory of the Slovak Republic".

<sup>16</sup> See also Article 3(1) which states that "the State authorities, territorial self-government authorities, other bodies of public administration, the legal persons established by such public authorities and legal persons established by law shall use the State language in their official communication; this provision shall be without prejudice to the use of the languages of national minorities in official communication pursuant to a separate regulation and the use of other languages in official international communication in accordance with the established international practice".

them, some provisions of the law lacked clarity and could therefore be subject to broad interpretation by civil servants. In addition, they held that the interrelation between the 2009 State Language Law and the legislation governing the protection on national minorities is not clearly specified and, therefore, could result in diverging interpretations and difficulties as regards the legislation applicable to specific situations.

Furthermore, the ACFC reports that, on 16 December 2009, the Government of the Slovak Republic had adopted the Government Principles (*Zásady*); their declared aim is to unify the interpretation of the provisions of the 2009 State Language Law pertaining to three specific areas: the supervision of its application, the imposition of fines and the co-operation with relevant Slovak language institutions. The ACFC welcomes the fact that Article 1 of the Government Principles, while recalling the constitutional basis of the government policy for promoting the use of the State language, makes specific reference also to the need to respect the minority language-related rights as they result from international conventions. It also welcomes the fact that, according to Article 2 of the Principles, the interpretation of the 2009 State Language Law shall be in line with the spirit and the provisions of the FCNM and the provisions of the 1998 European Charter for Regional or Minority Languages that apply in the Slovak Republic. The ACFC finds it commendable that, in the process of elaboration of the aforementioned Government Principles, the Government had consulted the Office of the OSCE High Commissioner on National Minorities.<sup>17</sup> Moreover, the Venice Commission was requested to provide the Government of the Slovak Republic with legal assistance in this respect.

As regards these Government Principles, the ACFC notes that they are not a binding document with regard to the general public.<sup>18</sup> They are an internal normative act binding only upon public servants. The authorities have indicated to the ACFC that, in order to strengthen their legal status, the Government Principles were exceptionally published in the (official) Collection of Laws. Nevertheless, they are not implementing regulations and are not enforceable before courts. While acknowledging that the Government Principles contain a number of clarifications on certain provisions of the 2009 State Language Law, the ACFC Committee finds that their legal position is problematic with regard to the requirements of foreseeability, legal certainty and enforceability, which are fundamental aspects of the rule of law. The ACFC therefore regrets that the authorities have not opted for a legally bind-

<sup>17</sup> See Press Release of 4 January 2010, available at <http://www.osce.org/hcnm/51811>.

<sup>18</sup> The Government Principles were issued in accordance with Article 119 (i) of the Constitution of the Slovak Republic, which empowers the Government to take decisions on crucial issues in domestic and international policy.

ing document which would have provided increased clarity in the implementation of the 2009 State Language Law.

In this context, the ACFC indicates that, while the rules governing the use of the State language are spelled out in the aforementioned 2009 State Language Law as complemented by the related Government Principles, the use of minority languages is regulated by the 1999 Law on the Use of Minority Languages. Article 34 of the Constitution guarantees the right for persons belonging to national minorities to use their languages in municipalities where citizens belonging to a national minority constitute 20% or more of the population. This legislation affects predominantly persons belonging to the Hungarian minority, but also those belonging to the Roma, Ruthenian and Ukrainian minorities in municipalities where persons belonging to the minorities concerned reside in substantial numbers. The Advisory Committee considers that the interrelation between these two pieces of legislation – the 1999 Law on the Use of Minority Languages and the 2009 State Language Law – is essential in order to strike the right balance between the legitimate aim of promotion of the State language and the right to use minority languages.

The ACFC further notes that, again according to the Government Principles, “all previously adopted laws permitting the use of the languages of national minorities, in particular Act No. 184/1999 Coll. on the use of the languages of national minorities, as amended by Act No. 318/2009 Coll. have the status of special law (*lex specialis derogat generali*) in relation to the State Language Act insofar as the State Language Act recognises this status.” It also draws attention to the fact that, according to Article 1(2) of the 2009 State Language Law, “the State language shall have priority over other languages used in the territory of the Slovak Republic.” Article 1(4) states that “unless this Act provides otherwise, the use of the languages of national minorities and ethnic groups are governed by separate regulations”. The ACFC points to the complex interrelation between the two laws, and is concerned that, in the absence of consolidated comprehensive legal provisions, the identification of the provisions to be applied in specific situations might be difficult to determine both for public authorities and the persons concerned.

The ACFC continues by stating that, in addition to the central and local authorities, the 2009 State Language Law also applies to other bodies of public administration, legal persons, self-employed natural persons and private individuals.<sup>19</sup> The Government Principles further enumerate subjects concerned by the implementation of the Law. For example, Article 15 of the Govern-

<sup>19</sup> Article 1(5) states that “the Act shall apply to State authorities, territorial self-government authorities, other bodies of public administration, legal persons, self-employed natural persons and private individuals to the extent and under the conditions set forth herein”.

ment Principles provides a list of subjects, among which legal persons and self-employed persons, on whom fines can be imposed for the infringement of the various provisions of the Law. This possibility of imposing fines for the use of other languages than Slovak was one of, if not the most controversial issue in the debates concerning the amendments to the State Language Law. Insofar, the ACFC notes, first, that it is not clear as to what extent the law applies to the use of minority languages in the private sphere; and recalls, second, that under Article 10 FCNM, State Parties undertake to recognise that every person belonging to a national minority “has the right to use freely and without interference his or her minority language in private and in public, orally and in writing”. The ACFC therefore concludes that interference in the use of minority languages in the private sphere would be incompatible with the principles enshrined in the Framework Convention.

Finally, the ACFC addresses more in detail the most controversial issue of possible fines for “illegal” uses of minority languages: It recalls that the 2009 State Language Law provides for fines to be imposed on legal persons as well as self-employed natural persons who violate its provisions and notes that the Government Principles regulate in detail the modalities in which fines may be imposed. Then the ACFC arrives at its final conclusion: “It considers, however, that a mere legal possibility of imposing fines, whether on legal persons or self-employed natural persons, for using their minority language is not compatible with the provisions of the Framework Convention. The Advisory Committee is deeply concerned by this situation and considers it of key importance that, in line with the spirit of the Framework Convention, the authorities pursue a policy of incentives rather than of a punitive nature in order to carry out, in a positive and constructive manner, the legitimate objective of promoting the knowledge and use of the State language (see also comments under Article 6 of the Framework Convention above).”<sup>20</sup>

Based on these findings, the ACFC proceeds to formulate the following four recommendations:

“125. Considering the impact of the 2009 State Language Law on the use of minority languages, the Advisory Committee urges the authorities to take all necessary measures to ensure, in its application, an appropriate balance between the strengthening of the State language and the right to use minority languages, as provided for in the Framework Convention.

126. The Advisory Committee urges the authorities to ensure that the right of persons belonging to national minorities to use freely and without interference their languages in the private sphere is fully guaranteed.

<sup>20</sup> See para. 124 of the Opinion.

127. The Advisory Committee strongly encourages the authorities to refrain from imposing fines on legal individuals and self-employed natural persons for violation of the 2009 State Language Law. The authorities should pursue a policy of positive incentives rather than a punitive approach through incentive-based and voluntary methods.

128. The authorities should consider the adoption of a more comprehensive legislation that clarifies in detail the right to use minority languages in the Slovak Republic.”

These findings and recommendations are then reflected in the sections on *Main findings*<sup>21</sup> and *Issues of concern*.<sup>22</sup> They are summarized in the *Executive Summary* as follows:

“The authorities have strengthened the use of the Slovak language through amendments to the State Language Law adopted in 2009. Notwithstanding the efforts made through the adoption of Government Principles to provide guidance on the interpretation and implementation of the 2009 State Language Law, there is still a need to clarify a number of its provisions. This includes the extent of its application in the private sphere and its inter-relation with the 1999 Law on the Use of Minority Languages and other relevant legislative provisions. An adequate balance should be maintained between the legitimate promotion and strengthening of the State language and the right to use minority languages in private and public life, as protected by the Framework Convention. The imposition of fines, in case of a violation of the 2009 State Language Law, raises an issue of compatibility with the Framework Convention.”

Consequently, the first (of altogether three) *Issues for immediate action* reads as follows:

“Take adequate legislative steps to adopt a more comprehensive legislation on minority languages in order to ensure an appropriate balance between the legitimate promotion of the State language and the right to use minority languages, as provided in the Framework Convention; favour a policy of incentives over a punitive approach in relation to the implementation of the 2009 State Language Law, both in the public and private sphere;”.

<sup>21</sup> Paras. 21–23 of the Opinion.

<sup>22</sup> Paras. 209–211 of the Opinion.

### 2.3. Additional steps in the third monitoring cycle

On 18 January 2011, the Slovak Government submitted its written Comments on the Opinion.<sup>23</sup> It must be noted that, as a result of the Parliamentary elections held on 12 June 2010, a new coalition government, including a party representing to a very large extent persons belonging to the Hungarian minority, had been formed under Prime Minister *Iveta Radičová*. Amongst its legislative initiatives were substantial changes to the 2009 State Language Law which are detailed in the Comments.<sup>24</sup> The Government points out that the proposed changes to the State Language Law pursue the objective of making this law capable of meeting its basic goal, i.e. the protection of the State language and, at the same time, guaranteeing the right of members of national minorities to use their own language. The Government also stresses that the amendments would repeal several obligations introduced under the 2009 amendments, *inter alia*, it would annul the obligatory use of the State language in official communications in case of municipal police and of transport, post and telecommunications employees. As most important change is identified the amendment concerning the imposition of fines: Under the proposed legislation, “no fine can be imposed on a legal person, a self-employed natural person or on other natural person for breaching the provisions of the Law, except where a person discloses important information about endangerment of lives, health or property of citizens without making this information available also in the State language. Besides these extreme cases, it will be possible to impose fines only on public administrative bodies, but even there only when a public administration body fails to publish information designed for the public also in the State language and refuses to respect the instruction from the Ministry of Culture to publish important information concerning all inhabitants also in the State language”.

The proposed amendments finally went into force after the Slovak Parliament had overridden the veto introduced by President *Ivan Gašparovič*. These developments surely contributed to the fact that the above-mentioned Resolution of the Council of Europe on the implementation of the FCNM by the Slovak Republic could be adopted within a relatively short period of time, namely on 6 July 2011, notwithstanding the fact that the amendments to the Law on the Use of Minority Languages which had entered into force on 1 July 2011 after the Slovak Parliament had, once again, overridden, on 28 June 2011, a veto by President *Gašparovič*, met with some criticism by some Hungarian politicians. It seems that both the Hungarian and Slovak Governments were prepared to settle their dispute on the present Slovak State

<sup>23</sup> See *supra* note 5.

<sup>24</sup> See para. 9 of the Comments.



Language legislation, at least as far as its compatibility with the FCNM was concerned.

It is important to stress that the Resolution repeats, almost *verbatim*, the findings of the ACFC. It recognises that the Slovak authorities had devoted efforts in recent years to strengthen the use of the Slovak language, and that – as a result – amendments to the State Language Law were adopted in 2009 and subsequently complemented by the Government Principles aiming to provide guidance on the interpretation and implementation of this law. The Resolution stresses, however, that there is still a need for clarification of a number of provisions of the law and its interrelation with the 1999 Law on the Use of Minority Languages. It continues by stating that the possibility of imposing fines in case of a breach of certain provisions of the law, even if not applied in practice, also raises an issue of compatibility with the FCNM. It added that there is still a lack of clarity as to what extent the law applies to the private sphere.

The Resolution goes on to state that “the legal force and status of the Government Principles in the Slovak legal order are problematic with regard to the requirements of foreseeability, legal certainty and enforceability”. Then the Resolution concludes this issue by stressing: “While acknowledging the legitimate aim of protection and promotion of the state language, it is also important to stress that, in order to ensure full and effective implementation of minority rights in the Slovak Republic, an adequate balance should be maintained between the promotion of the state language and the right to use minority languages in private and in public life, as protected by the Framework Convention”.

On this basis, the Committee of Ministers adopted the following recommendation as an issue for immediate action:

“Take adequate legislative steps to adopt more comprehensive legislation on minority languages in order to ensure an appropriate balance between the legitimate promotion of the state language and the right to use minority languages, as provided for in the Framework Convention; favour a policy of incentives over a punitive approach in relation to the implementation of the 2009 State Language Law, both in the public and private sphere;”.

This is the exact wording of the pertinent recommendation of the ACFC, reproduced above.

#### 2.4. Assessment of the Opinion

In order to assess the Opinion, two points should be kept in mind: First, the actual assessment as to the compatibility (or in-compatibility) of a specific legal norm or administrative or judicial practice is most often spelled out in the article-by-article findings of the Opinion whereas the wording of the recommendation(s) usually does not contain any such assessment but is rather limited to proposing specific measures to be adopted by the State Party concerned. It is clear that the ACFC followed this well-established practice in its Opinion on the Slovak Republic.

Second, it must be seen that the ACFC was confronted with a situation characterized by quite inconsistent, even contradictory and often highly controversial information; in particular, there remained quite a far-reaching lack of clarity as to the actual practice of the Slovak authorities, more specifically concerning the question as to whether and to what extent fines actually had been imposed for (alleged) violations of provisions of the State Language Law.

In this situation, the ACFC adopted what might be considered a prudent approach – maybe too prudent in the view of some stakeholders – but fully in line with its preceding and well-established practice. It decided to present, in quite a detailed way, the relevant provisions of the law and the reasons for its first assessment concerning the lack of clarity which persisted notwithstanding the adoption, on 16 December 2009, of the above-discussed Government Principles. Adopting the language used by the European Court of Human Rights when assessing whether a domestic law fulfils the criteria of the term *necessary in a democratic society* as a pre-condition for the compatibility, with the European Convention on Human Rights, of a limitation of a human right guaranteed in that Convention, the ACFC came to its first substantive conclusion, or assessment, namely that the legal position “is problematic with regard to the requirements of foreseeability, legal certainty and enforceability, which are fundamental aspects of the rule of law.”<sup>25</sup> This is a clear message.

In the same vein, pointing at a lack of clarity which is particularly problematic under a rule of law perspective, the ACFC voiced its concern that, due to the unclear interrelation between the State Language Law and the Law on the Use of Minority Languages, the “identification of the provisions to be applied in specific situations might be difficult to determine both for public authorities and the persons concerned”.<sup>26</sup> Again, this is a relatively strong criticism as to the compatibility of the situation with respect to the fundamental

<sup>25</sup> See para. 120 of the Opinion.

<sup>26</sup> See para. 122 of the Opinion.

principle of the rule of law inherent in all human rights treaties, including the FCNM.

The lack of entirely clear information is well reflected in the third substantive assessment made by the ACFC. Indeed, there was contradictory information as to what extent the State Language Law, including its provision on the possible imposition of fines, would also apply to natural persons for the non-use of the State Language in the *private* sphere. Referring to the wording of Article 10 FCNM, the ACFC unambiguously concludes: "Interference in the use of minority languages in the private sphere would therefore be incompatible with the principles enshrined in the Framework Convention".<sup>27</sup> In this context, it must be seen that the ACFC has established a continuous practice to be rather reluctant in coming to any such conclusion of incompatibility – usually not more than twice or three times in an Opinion. Therefore, such a clear statement should be taken most seriously by the authorities concerned which must absolutely refrain from applying restrictions on the use of minority languages in the private sphere.

The fourth (and final) substantive assessment concerns the possibility of imposing fines on legal persons as well as self-employed natural persons for using minority languages in contravention of the provisions of the State Language Law. Again, it must be seen that it is clear from the context that this paragraph addresses the use of such languages in the *public* sphere as its use in the *private* sphere had been dealt with in the preceding paragraph of the Opinion which has just been discussed. So, with respect to the use of minority languages in the *public* sphere, the ACFC considers "that a mere legal possibility of imposing fines, whether on legal persons or on self-employed natural persons, for using their minority language is not compatible with the provisions of the Framework Convention". The ACFC "is deeply concerned by this situation and considers it of key importance that, in line with the spirit of the Framework Convention, the authorities pursue a policy of incentives rather than of a punitive nature in order to carry out, in a positive and constructive manner, the legitimate objective of promoting the knowledge and use of the State language (see also comments under Article 6 of the Framework Convention above)."<sup>28</sup> This is indeed very strong language to be used by an advisory – and not a judicial – body of the Council of Europe. Such language is also to be welcomed since, indeed, the mere possibility of the imposition of fines carries a kind of "chilling effect" which will (or might) result in persons belonging to national minorities refraining from using their own language – irrespective of whether such fines are actually imposed.

<sup>27</sup> See para. 123 of the Opinion.

<sup>28</sup> See para. 124 of the Opinion.

By way of conclusion, it can be stated that the ACFC considers the situation concerning the Slovak Language Legislation as problematic under a rule of law-perspective; it holds that any restriction on the use of minority languages in the *private* sphere is incompatible with Article 10 FCNM; Article 10 FCNM allows certain restrictions on the use of minority languages in the *public* sphere but not the imposition of fines. It should also be seen that the ACFC clearly advises States to adopt a policy of incentives rather than of a punitive nature in order to implement the – legitimate – objective of promoting the knowledge and use of the State language.

### 3. Promotion of the State Language and Protection of Minority Languages

This brings us to the final issue to be – briefly – addressed in this contribution: the approach taken by the ACFC in its task to assist States in their obligation, resulting from their membership in the FCNM, to strike an adequate balance between policies aimed at promoting the knowledge and use of the State language and policies aimed at preserving and promoting such knowledge and use also of minority languages.

At the outset, it should be stressed that this issue is not a pan-European one. It is, for obvious historical reasons, of particular relevance for the *post-Soviet space*, or, more precisely, for (most of) the successor States to the Soviet Union with, however, the exception of Russia. It is generally acknowledged that, during the Soviet period, the use of the Russian language was clearly supported by the authorities in all (or at least most) Soviet Republics, and strengthened by other factors such as the internal migration of Russian speakers, and the factual influence of state institutions, such as the armed forces, or the media. So, in quite a number of the Soviet Republics, the “autochthonous” language of the titular nation had come under siege – at least this seemed to have been an assessment which was rather wide-spread among persons belonging to such nations. Therefore, upon independence, practically all States concerned introduced policies with the objective of promoting the knowledge and use of what had been become the State Language. Among the speakers of, in particular, the Russian language but also among speakers of other minority languages such policies raised concerns as to their right, enshrined *inter alia* in the FCNM, to use their own languages.

Outside the former Soviet Union, the – at least perceived – need to devise and implement similar policies seems to be limited to the Slovak Republic, and possibly, but if so to a clearly much lesser extent, to some of the successor States to the former Yugoslavia. Indeed, it makes sense that the need for such a policy would be particularly strong in a newly independent country

– and not so much in countries which had lived through a fundamental change of their governmental system but remained the State which they had been before. Here, like in almost all Western European countries,<sup>29</sup> there might be concerns stemming from the ever-increasing relevance of English and the impact this development might have on the respective State languages, but this is clearly not a problem of finding a balance between promoting the State language while fully protecting minority languages.

An analysis of all Opinions of the ACFC reveals that this issue has been addressed for the first time in the first Opinion on Estonia, adopted on 14 September 2001. Presenting the various initiatives taken by the Estonian authorities to promote the Estonian language, including the establishment of a Language Inspectorate empowered to impose fines in cases of violations of the State language legislation, the ACFC chose a formulation which has been, with minor changes, repeated in several Opinions subsequently adopted: “While recognizing the legitimacy of the aim to protect the State language, the Advisory Committee considers that this protection should be carried out in a manner that fully protects the rights contained in Articles 10, 11 and in other provisions of the Framework Convention”.<sup>30</sup> It concluded that the applicable Estonian legislation suffered from a lack of clarity and voiced its serious concerns as to the practice of imposing fines for the use of minority languages, mainly Russian, in private settings with a public sector relevance. It might be interesting to note that the first Opinion on the Slovak Republic, adopted on 22 September 2000, had noted only the recent entry into force of the 1999 Law on the Use of Minority Languages, identified a certain lack of clarity in respect of its relation with the State Language Law and called on the authorities to clarify this situation. Whereas the first Opinion on Moldova, adopted on 1 March 2002, spent much time on the very specific Moldovan-Russian bilingualism which might have negative effects on other (minority) languages but did not mention any policy of promoting the State language, the first Opinion on Ukraine, also adopted on 1 March 2002, used similar language as the one used in the Opinion on Estonia by recognizing, on the one hand, the legitimate aim of promoting the State language and by insisting, on the other hand, on the protection of the rights connected with the use of minority languages.<sup>31</sup> In contrast thereto, the first Opinion on Lithuania,

<sup>29</sup> The only Western European State with similar language policies seems to be Spain but here the driving forces behind such policies are the authorities of some of the Autonomous Communities, in particular in the Basque Country and Catalonia, which seek to promote the knowledge and use of the regional languages Basque and Catalanian. This, however, is not an issue under the FCNM as the only national minorities recognised by Spain as such, for the purposes of the FCNM, are the Roma and the numerically small Occitan-speaking population of the Valle d’Aran in the Pyrenees.

<sup>30</sup> See Para. 39 of the Opinion.

<sup>31</sup> See para. 50 of the Opinion.

adopted on 21 February 2003 while detailing the various measures taken to promote the use and knowledge of Lithuanian as the State language, did not refer to the need to strike a balance between this aim and the obligation to respect the rights linked with minority languages; interestingly enough – and somewhat surprisingly – the same assessment applies with respect to the second Opinion on Lithuania, adopted on 28 February 2008. The next Opinion to refer to this need of striking a balance was the first Opinion on Azerbaijan, adopted on 22 May 2003 which used similar language as in the first Opinion on Estonia and identified as an issue of serious concern the obligation of all organizations, including all kind of non-governmental organizations, to keep their records in the Azeri language.<sup>32</sup>

In its second Opinion on Estonia, adopted on 24 February 2005, the ACFC stressed in various instances the need to adopt a balanced approach when promoting the State language. The ACFC considered that the legitimate objective of the protection and the promotion of the State language should not “be pursued through an overly regulative approach and not at the expense of the protection of national minorities and their languages.”<sup>33</sup> Similar language was also used in the second Opinion on Azerbaijan, adopted on 9 November 2007.<sup>34</sup> In light of several incidents in some parts of Ukraine directed against the use of the Russian language in public settings, the second Opinion on Ukraine, adopted on 30 May 2008, while fully recognizing the legitimacy of promoting the State language, stressed the need to balance this objective with the obligation to respect the rights connected with minority languages.<sup>35</sup> In its first Opinion on Latvia, adopted on 9 October 2008,<sup>36</sup> the ACFC continued its practice of calling for the need to strike a fair balance between the various interests and added, for the first time, that States should give “preference to promotional measures over those of a punitive nature”.<sup>37</sup>

In the present (third) cycle of monitoring, the ACFC has so far only adopted two Opinions in which it addressed the issue of balancing the legitimate objective of promoting the State Language while fully respecting the linguistic rights of persons belonging to national minorities: the above discussed third Opinion on the Slovak Republic<sup>38</sup> and the third Opinion on Estonia, adopted on 1 April 2011. This Opinion builds, to a very large extent, on the findings

<sup>32</sup> See para. 53 of the Opinion.

<sup>33</sup> See para. 93 of the Opinion.

<sup>34</sup> See para. 113 of the Opinion.

<sup>35</sup> See para. 149 of the Opinion.

<sup>36</sup> As a result of Latvia's late ratification, the FCNM entered into force only on 1 October 2005.

<sup>37</sup> See para. 109 of the Opinion.

<sup>38</sup> The second Opinion on the Slovak Republic, adopted on 26 May 2005, dealt at length with problems related to the use of minority languages but did not address this issue of striking an adequate balance between the various interests and rights at stake.

of the Opinion on the Slovak Republic<sup>39</sup> which is very well reflected in the first *issue for immediate action* the wording of which is clearly influenced by the Opinion on the Slovak Republic. Indeed, the Estonian authorities are invited to

“Take a more balanced approach towards the legitimate aim of promoting the State language while ensuring the rights of persons belonging to national minorities to speak and use their language in public, also in relation with local authorities; favour a policy of incentives over punitive methods with respect to the implementation of the Language Act, as amended in February 2011.”

On the basis of the foregoing analysis, it seems justified to state that the ACFC is indeed aware of the necessity to strike such an appropriate balance. It is also clear that States must not interfere with the right of persons belonging to national minorities to use their own language in full freedom in the *private* sphere. Restrictions on the right to use one’s language in the *public* sphere are compatible with the provisions of the FCNM if they comply with the basic requirements of the principle of proportionality as an essential element of the rule of law, i.e. such restrictions must be necessary in a democratic society in order to achieve a legitimate objective. It is also important to note that the ACFC clearly favours a policy based on incentives over punitive methods. It is to be expected that this approach will be continued in the upcoming Opinions on Azerbaijan, Latvia, Lithuania, and Ukraine.

#### 4. Concluding Remarks

By way of conclusion it is important to note that the dispute over the Slovak State language legislation enabled the ACFC to develop further its position with respect to the issue of balancing the potentially conflicting interests between some States to promote their State language and those of its citizens who belong to national minorities and wish to have their linguistic rights fully respected. In an ideal world, there should be only a few problems: As regards the learning and teaching of languages, every reasonable person should be aware of the necessity to have full command over the State language – in addition, where appropriate, to full command over one’s own language. There can also be no doubt that every State is, in principle, entitled to introduce, for a number of activities and situations, language proficiency requirements –

<sup>39</sup> See paras. 101–110 of the Opinion.

as long as they fully comply with the principle of proportionality. On the other hand, it is equally undisputed that in contemporary Europe no State may interfere with the right of every person to use one's language in the private sphere without any restriction whatsoever. The decision as to the conditions under which minority languages can be used in contacts with administrative authorities and the courts must be taken by the States in such a way as to comply with their legal obligations flowing from the FCNM and should take into account its spirit which calls for an extensive and generous interpretation and application of its provisions. This should imply not only the abstract right to use one's own language but also the factual possibility to do so, i.e. to have interlocutors fluent not only in the State language but also in the relevant minority language. By implementing such policies, States will considerably contribute to the full integration of all citizens while entirely respecting and promoting their diversity – which, to be stressed once again, must be seen as an element of enrichment of every society and not of division within a society.



GERHART HOLZINGER

## GEDANKEN ZUR KOOPERATION ZWISCHEN VERFASSUNGSGERICHTEN

### 1.

Die jüngere ungarische Verfassungsgeschichte ist untrennbar mit dem Namen László Sólyom verbunden, der am 3. Jänner 2012 sein siebzigstes Lebensjahr vollenden wird. Er hat sich um die Entwicklung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in Ungarn hohe Verdienste erworben, die europaweite Anerkennung erfahren haben. László Sólyom war einer der Wegbereiter des Übergangs Ungarns von der kommunistischen Diktatur zur rechtsstaatlichen Demokratie.

Als Mitglied des Verfassungsgerichts der ungarischen Republik von seiner Gründung 1989 an und als dessen Präsident von 1990 bis 1998 setzte er in den Jahren des Aufbaus der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa Maßstäbe, die weit über Ungarn hinaus wirksam geworden sind. Wichtige Entscheidungen des ungarischen Verfassungsgerichts, die unter seiner Präsidentschaft gefällt worden sind – etwa zur Abschaffung der Todesstrafe, zum Prinzip „Entschädigung statt Rückgabe“ und zur Stärkung der Meinungsfreiheit – zeugen davon. Unter seiner Leitung veranstaltete das ungarische Verfassungsgericht 1996 den X. Kongress der Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte in Budapest und leistete damit einen wesentlichen Beitrag zur Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen den traditionellen, schon durch Jahrzehnte hindurch bestehenden Verfassungsgerichten und jenen, die im Zuge der politischen Wende in Mittel- und Osteuropa entstanden sind.

In seiner späteren Funktion als Staatspräsident (2005–2009) war ihm, wie viele seiner damaligen Äußerungen belegen, Rechtsstaatlichkeit und der Schutz der Grundrechte, aber auch der Minderheitenrechte und des Umweltschutzes, stets ein besonderes Anliegen.

Besonders hervorzuheben ist seine herausragende und bemerkenswert universelle juristische Qualifikation und Bildung, die vom bürgerlichen Recht bis hin zum Staats- und Verfassungsrecht reicht. Darüber hinaus zeugen von seiner hohen Sprachkompetenz zahlreiche seiner Werke in vielen Rechtsgebieten, die er nicht nur in seiner Muttersprache, sondern auch in Deutsch und Englisch verfasst hat.

Am 30. September 2011 hielt László Sólyom auf meine Einladung hin den Festvortrag bei dem jährlich vom österreichischen Verfassungsgerichtshof (öVfGH) veranstalteten „Verfassungstag“. Zu diesem seit 1990 jeweils am 1. Oktober stattfindenden Festakt gedenkt der öVfGH – in Anwesenheit des Bundespräsidenten und zahlreicher Festgäste aus Politik, Wissenschaft und Beamtenschaft – der Beschlussfassung der konstituierenden Nationalversammlung über das Bundes-Verfassungsgesetz am 1. Oktober 1920 und im Besonderen an die damit verbundene Schaffung des öVfGH selbst. Der in deutscher Sprache gehaltene Vortrag zum Thema „Mythen und Wirklichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit – am Beispiel ihrer Entwicklung in Mittel-, Süd- und Südosteuropa“ stellte die Entwicklung der Verbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere in den letzten zwanzig Jahren, sowie die großen Leistungen der in dieser Zeit gegründeten Verfassungsgerichte anschaulich, facettenreich und zukunftsweisend optimistisch dar. Der Vortrag ist auf der Website des öVfGH ([www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at)) veröffentlicht.

Dass László Sólyom meiner Einladung nach Wien gefolgt ist, war nicht nur eine große Auszeichnung und Freude für den öVfGH, sondern zeigte einmal mehr seine stete Verbundenheit mit der Verfassungsgerichtsbarkeit. Ich danke ihm sehr herzlich dafür.

Die Kürze der Zeit für die Vorbereitung dieses Beitrages hat es mir nicht erlaubt, eine fundierte wissenschaftliche Arbeit zu verfassen. Die langjährigen ausgezeichneten Kontakte zwischen Verfassungsgerichten Österreichs und Ungarns auf bilateraler sowie multilateraler Ebene haben mich veranlasst, dem Jubilar die folgenden – nichtjuristischen – Gedanken zur Kooperation zwischen Verfassungsgerichten zu widmen.

## **2. Die Beziehungen zwischen dem öVfGH und dem Verfassungsgericht der Republik Ungarn**

Der öVfGH betrachtet die Kooperation mit den Verfassungsgerichten der Nachbarstaaten Österreichs als Schwerpunkt seiner internationalen Kontaktpflege. Zweifellos haben sich die Beziehungen zum ungarischen Verfassungsgericht – neben denen zum deutschen Bundesverfassungsgericht – am intensivsten entwickelt. Sie reichen bis in die Zeit seines Entstehens, ja sogar in die Jahre davor zurück.

Bereits in den Jahren 1988 und 1989 nahmen Mitglieder des öVfGH an Veranstaltungen und internationalen Konferenzen in Ungarn teil, anlässlich derer die Vorbereitung einer neuen Verfassung und unterschiedliche Modelle zum Schutz derselben sowie die mögliche Schaffung einer Verfassungsgerichtsbarkeit diskutiert wurden.

Der erste offizielle Besuch einer Delegation des öVfGH nach der Gründung des Verfassungsgerichts der Republik Ungarn fand bereits im Jahre 1991 unter der Leitung des damaligen Präsidenten Ludwig Adamovich in Budapest statt, an dem von Seiten des ungarischen Verfassungsgerichts Präsident László Sólyom und alle Richter dieses Gerichts teilnahmen. Diskutiert wurde damals ein Thema, das an Aktualität bis heute nicht verloren hat, nämlich, die steigende Arbeitslast bei beiden Gerichten, deren Ursache beim ungarischen Verfassungsgericht auf die Einführung einer der Popularklage ähnlichen Form der Verfassungsbeschwerde zurückzuführen war. Die Fachgespräche anlässlich des Gegenbesuchs in Wien im Jahr 1992 waren der Stellung der beiden Gerichte im Staatsgefüge und aktuellen Problemen der jeweiligen Rechtsprechung gewidmet.

Im September 1994 ergaben sich anlässlich der Vorbereitungskonferenz für den vom ungarischen Verfassungsgericht veranstalteten X. Kongress der Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte in Budapest auf Präsidenten- und Richterebene erneute bilaterale Kontakte, ebenso anlässlich des Kongresses selbst im Jahr 1996.

In den Jahren 1997 und 1998 folgte László Sólyom als Präsident des Verfassungsgerichts eines Nachbarstaates Österreichs den Einladungen des öVfGH zum so genannten „Verfassungstag“ nach Wien. Die Festvorträge hielten 1997 Robert Walter zum Thema „Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933“ und 1998 der damalige Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts Peter Alexander Müller zum Thema „150 Jahre Bundesstaat Schweiz – Justizverfassung – Aufgabe und Verpflichtung, Chancen und Gefahren“.

Die Amtszeit von László Sólyom endete am 23. November 1998. János Németh folgte ihm in dieser Funktion nach und setzte die Kontakte zwischen den beiden Gerichten – sogar in weiter intensivierter Form – fort:

Über Ersuchen des ungarischen Verfassungsgerichts veranstaltete der öVfGH im September 1999 ein Seminar über verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsrecht, an dem auch der derzeitige Präsident des ungarischen Verfassungsgerichts Péter Paczolay, damals in seiner Funktion als Generalsekretär dieses Gerichts, teilnahmen.

In den darauffolgenden Jahren kam es zu Fachgesprächen bei bilateralen Treffen 2000 in Nagycenk, 2001 in Illmitz (Burgenland) zum Thema „Territoriale Selbstverwaltung“, 2002 in Istvánpuszta zum Thema „Verfassungsänderung – Beitritt zur Europäischen Union“. 2004 wurden in Wien die Themenbereiche „Normenprüfung“, „Vorrang des Gemeinschaftsrechts“ und die Erfahrungen des öVfGH im Zusammenhang mit Vorabentscheidungsverfahren vor dem damaligen Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften diskutiert. Die Delegationen wurden von den Präsidenten András Holló und Karl Korinek geleitet. Aus Anlass dieses Treffens wurde dem

– zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im Amt befindlichen – Präsidenten János Németh das Große Goldene Ehrenzeichen am Bande für Verdienste um die Republik Österreich verliehen.

Im selben Jahr veranstaltete der öVfGH ein „Round Table Gespräch“ zu gemeinschaftsrechtlichen Themen von allgemeinem Interesse, an dem Vertreter der Verfassungsgerichte Ungarns, Polens, der Slowakei, Sloweniens und der österreichischen Richter am damaligen Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) teilnahmen.

Ein Vertreter des öVfGH nahm 2005 an einer internationalen Konferenz in Budapest teil, die das Verhältnis des EuGH zu den nationalen Verfassungsgerichten behandelte. Die Fachgespräche eines bilateralen Treffens im selben Jahr fanden in Kőszeg statt und waren den Themen „Normenprüfung“, Ungültigkeit der Rechtsnormen in materieller und formeller Hinsicht“ sowie dem „Verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde“ gewidmet. Aus Anlass dieses Treffens wurde der frühere Präsident des öVfGH Ludwig Adamovich mit dem Orden für Verdienste um die Republik Ungarn ausgezeichnet.

Im Jahr 2006 fand in Wien ein weiteres „Round Table Gespräch“ mit ungarischer Beteiligung zu gemeinschaftsrechtlichen Themen und ein weiteres Treffen zwischen den beiden Verfassungsgerichten statt, bei dem die Diskussion zu den 2005 erörterten Fachthemen fortgesetzt wurde.

2007 trafen sich beide Verfassungsgerichte in Szombathely. Die Delegationen unter der Leitung der Präsidenten Mihály Bihari und Karl Korinek diskutierten im Rahmen der Fachgespräche die Themen „Grundrechtseinschränkungen durch neue Technologien“, „Die europäischen Gerichte und ihr Verhältnis zu nationalen Verfassungsgerichten“ sowie „Österreichischer Verfassungsgerichtshof und Wahlrechtsprechung“.

Das 2008 in Rust (Burgenland) stattfindende bilaterale Treffen war den Themen „Verfassungsgericht und Verwaltungsgerichtsbarkeit“ und „Art. 6 und Art. 13 EMRK im verfassungsgerichtlichen Verfahren“ gewidmet.

Die bislang letzte Zusammenkunft der beiden Verfassungsgerichte fand 2011 in Sopron statt, zu einem Zeitpunkt, der unmittelbar vor der Beschlussfassung der neuen Verfassung lag. Die erörterten Themen waren „Tätigkeit des Verfassungsgerichts bei einer Zweidrittelmehrheit im Parlament“ und „Das Verhältnis des Verfassungsgerichts zum europäischen Recht“. Die Delegationen wurden – wie schon 2008 – von Péter Pazcolay und mir als Präsidenten geleitet.

### 3. Die Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte

Im Jänner 1972 traten die Verfassungsgerichte der Bundesrepublik Deutschlands, Italiens, der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawiens und Österreichs in Dubrovnik erstmals zu einer „Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte“ zusammen.

Nach 1972 haben vierzehn weitere Kongresse der Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte – zunächst im Zweijahresrhythmus, dann in Dreijahresabständen – stattgefunden. Eine Übersicht über die Kongressorte, die behandelten Themen und die bis zu den jeweiligen Konferenzen als Vollmitglieder aufgenommenen Gerichte ist diesem Beitrag angeschlossen.

Die Entwicklung nach 1972 zeigt folgendes Bild: Mit dem Eintritt des Schweizerischen Bundesgerichts 1978 wurde erstmals ein nach dem US-amerikanischen System geschaffenes Gericht in die Konferenz aufgenommen. Nach dem Zusammenbruch ihrer diktatorischen Regime schufen Spanien und Portugal mit neuen Verfassungen Verfassungsgerichte, die 1981 bzw. 1984 Mitglieder der Konferenz wurden. 1987 folgten der französische Conseil constitutionnel und das türkische Verfassungsgericht. Neben der damaligen belgischen Cour d'Arbitrage wurden 1990 das polnische und 1992 das ungarische Verfassungsgericht als Vollmitglieder der Konferenz aufgenommen.

Die folgende Entwicklung wird gerne als „Siegeszug“ der Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnet: Der Zusammenbruch der kommunistischen Weltordnung und die politische Wende in Mittel-, Ost- und Südosteuropa hatte das Entstehen von zahlreichen Verfassungsgerichten in nahezu allen Staaten des ehemaligen Ostblocks und den Nachfolgestaaten der Sowjetunion zur Folge. Diese – demokratiepolitisch überaus begrüßenswerte – Entwicklung brachte es mit sich, dass viele der neu gegründeten Verfassungsgerichte die Aufnahme als Vollmitglieder der Konferenz anstrebten.

Umfasste die Konferenz 1993 anlässlich des Kongresses in Paris – also etwa zur Halbzeit ihres Bestehens – gerade elf Vollmitglieder (nämlich die Verfassungsgerichte der BRD, Italiens, Österreichs, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, Belgiens, Polens und Ungarns), wuchs die Mitgliederzahl in den folgenden knapp zwanzig Jahren auf nahezu das Vierfache an. Heute zählt die Konferenz vierzig Vollmitglieder.

Mit der Aufnahme der Verfassungsgerichte oder ähnlicher Institutionen Andorras, Kroatiens, Rumäniens, Sloweniens und Zyperns 1994, der Russischen Föderation 1996, Bulgariens, des Fürstentums Liechtenstein, Litauens, Maltas, der Slowakei und der Tschechischen Republik 1997, Mazedoniens 1999, Albanien, Armeniens, Aserbaidschans, Bosnien-Herzegovinas, Georgiens, Lettlands, der Republik Moldau und der Ukraine 2000, Luxemburgs 2002, Estlands, Irlands und Norwegens 2003, Dänemarks, Montenegros und

Serbiens 2006 und zuletzt des Fürstentums Monaco 2008 erreicht die Konferenz heute eine wahrhaft pan-europäische Dimension.

Die massive Erweiterung des Kreises der Mitglieder, die Entwicklung von einer freundschaftlichen Gesprächsrunde im kleinen Kreis zu einer Konferenz mit großer Teilnehmerzahl führte Mitte der Neunzigerjahre natürlich auch zu Problemen. Es bestand die Gefahr einer gewissen herablassenden Haltung der schon länger bestehenden Gerichte gegenüber den neu geschaffenen. In seiner Eröffnungsrede anlässlich des Kongresses in Budapest 1996 befürchtete László Sólyom das Entstehen einer Bruchlinie zwischen den Verfassungsgerichten der postkommunistischen und der westeuropäischen Länder innerhalb der Konferenz.

Die stetig wachsende Zahl der Teilnehmer ließ darüber hinaus auch die Schwächen der organisatorischen Strukturen der Konferenz deutlich werden.

Im Jahr 1999 gelang der „Präsidentenrunde“, dem zentralen Initiativ- und Beschlussorgan der Konferenz, die Verabschiedung eines Statuts, das im Wesentlichen die bisher geltenden Spielregeln und Konventionen schriftlich festlegte. 2002 folgte eine – das Statut präzisierende – Konferenzordnung. Beide Regelwerke bilden eine exzellente Basis für die Arbeit der Konferenz und sind seit ihrem Inkrafttreten unverändert geblieben.

Das Statut änderte nichts an der Rechtsnatur der Konferenz, die auf einer gemeinsamen Absichtserklärung der Präsidenten europäischer Verfassungsgerichte und ähnlicher Institutionen beruht und keine rechtsverbindlichen Außenwirkungen entfaltet, insbesondere keine Rechtspersönlichkeit besitzt.

Ziel der Konferenz ist es, Information über Arbeitsweise und Rechtsprechung der Mitgliedergerichte zu fördern, verbunden mit einem Gedankenaustausch über institutionelle, strukturelle und materielle Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Konferenz ist ferner von dem Bestreben getragen, die Unabhängigkeit von Verfassungsgerichten als wesentlichen Bestandteil zur Wahrung und Durchsetzung von Demokratie und Rechtsstaat zu fördern.

Von besonderer Bedeutung war die schriftliche Festlegung der Kriterien für die Aufnahme neuer Mitglieder. Aus gutem Grund beschränkte man sich dabei auf formale Kriterien, da eine Bewertung der Judikatur der um Aufnahme werbenden Gerichte als anmaßend und praktisch undurchführbar angesehen wurde.

Das Statut löste weiters die – davor wiederholt und intensiv diskutierte – „Sprachenfrage“, in dem es Deutsch, Englisch, Französisch und Russisch zu offiziellen Konferenzsprachen erklärte.

Von der Einrichtung eines ständigen Sekretariats der Konferenz wurde Abstand genommen. Diese Funktion führt nach wie vor jenes Verfassungsgericht aus, das als Veranstalter des nächsten Kongresses fungiert.

Die Mitte der Neunzigerjahre befürchtete Spaltung der Konferenz in länger etablierte Verfassungsgerichte und jene, die nach der politischen Wende

entstanden sind, ist nicht eingetreten. Neue Technologien, die raschere Kommunikation und effiziente Informationsgewinnung ermöglichen, aber vor allem großartige und mutige Leistungen vieler „jungen“ Verfassungsgerichte führten schon sehr bald zu einem Dialog „auf Augenhöhe“.

Die zunehmende Internationalisierung des Verfassungsrechts, der Dialog mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, aber auch die – für mehr als die Hälfte der Konferenzmitglieder überaus bedeutsame – zunehmende Konstitutionalisierung des Unionsrechts stellen Praxis und Wissenschaft vor immer neue Herausforderungen. Der Methode der Verfassungsvergleichung kommt dabei wachsende Bedeutung zu.

Die Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte bildet ein eminent wichtiges Forum für einen breiten inhaltlichen multilateralen Meinungs-, Gedanken- und Erfahrungsaustausch und trägt der Notwendigkeit des in ihrem Rahmen ermöglichten „networking“ der nationalen Verfassungsgerichte in hohem Maße Rechnung.

Diese Überlegungen haben den öVfGH veranlasst, den nächsten Kongress der Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte, der im Jahr 2014 stattfinden wird, in Wien zu veranstalten. Hier hat dieses Zusammentreffen zuletzt 1978, also vor mehr als 30 Jahren, in einem noch sehr kleinen Kreis stattgefunden. Es ist daher an der Zeit, seitens des öVfGH wieder ein deutliches Signal in Richtung dieser wichtigen gesamteuropäischen Plattform zu setzen. Wir freuen uns auf diese Herausforderung und sind zuversichtlich im Rahmen dieses wichtigen Forums der Verfassungsgerichtsbarkeit neue Maßstäbe setzen zu können.

## Anhang

Überblick über die Themen der Kongresse der Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte und die bis zu den jeweiligen Kongressen aufgenommenen Vollmitglieder

### I. Konferenz: 1972 Dubrovnik

1. „Die Zuständigkeiten der Verfassungsgerichte und der mit der Wahrung von Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit betrauten Institutionen“ und
2. „Die rechtliche Wirkung der Entscheidungen der Verfassungsgerichte und der mit der Wahrung von Verfassungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit betrauten Institutionen“

Vollmitglieder (4): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien

## II. Konferenz: 1974 Baden-Baden

1. „Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung“
2. „Initiative für die verfassungsmäßige Prüfung von Rechtsnormen“
3. „Die Überprüfung völkerrechtlicher Verträge durch das Verfassungsgericht“

Vollmitglieder (4): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens und *der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*

## III. Konferenz: 1976 Rom

1. „Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt unter den Gesichtspunkten
  - a) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Parlament und
  - b) Verhalten des Parlaments gegenüber den Entscheidungen des Verfassungsgerichts“
2. „Verfassungsgerichtsbarkeit und dezentralisierte Gesetzgebungsgewalt“

Vollmitglieder (4): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens und *der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*

## IV. Konferenz: 1978 Wien

„Bestand und Bedeutung der Grundrechte“

Vollmitglieder (5): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, *der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*, und *der Schweiz*

## V. Konferenz: 1981 Lausanne

„Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Bildungsbereich“

Vollmitglieder (6): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, *der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*, *der Schweiz* und *Spaniens*

## VI. Konferenz: 1984 Madrid

„Die Beziehungen zwischen der Zentralgewalt und den territorialen Gewalten in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte“

Vollmitglieder (7): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens und *der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*, *der Schweiz*, *Spaniens* und *Portugals*



**VII. Konferenz: 1987 Lissabon**

„Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen in bezug auf Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen“

Vollmitglieder (9): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, *der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*, der Schweiz, Spaniens, Portugals sowie *Frankreichs und der Türkei*

**VIII. Konferenz: 1990 Ankara**

„Die Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Grundrechte“

Vollmitglieder (11): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, *der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, *Belgiens und Polens*

**IX. Konferenz: 1993 Paris**

„Verfassungsrechtlicher und internationaler Schutz der Menschenrechte – Konkurrenz oder Ergänzung?“

Vollmitglieder (11): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, Belgiens, Polens und *Ungarns*

**X. Konferenz: 1996 Budapest**

1. „Gewaltenteilung – unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsgerichtsbarkeit“
2. „Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte, mit besonderem Blick auf die Massenmedien“

Vollmitglieder (17): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, Belgiens, Polens, Ungarns, *Kroatiens, Zyperns, Rumäniens, Sloweniens, Andorras und Russlands*

**XI. Konferenz: 1999 Warschau**

„Rechtsprechung der Verfassungsgerichte auf dem Gebiet der Glaubens- und Gewissensfreiheit“

Vollmitglieder (24): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, Belgiens, Polens, Ungarns, Kroatiens, Zyperns, Rumäniens, Sloweniens, Andorras,

Russlands, der Tschechischen Republik, Litauens, Bulgariens, der Slowakei, Maltas, Liechtensteins und Mazedoniens

## **XII. Konferenz: 2002 Brüssel**

„Die Beziehungen zwischen den Verfassungsgerichtshöfen und den übrigen einzelstaatlichen Rechtsprechungsorganen, einschließlich der diesbezüglichen Interferenz des Handelns der europäischen Rechtsprechungsorgane“

Vollmitglieder (33): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, Belgiens, Polens, Ungarns, Kroatiens, Zyperns, Rumäniens, Sloweniens, Andorras, Russlands, der Tschechischen Republik, Litauens, Bulgariens, der Slowakei, Maltas, Liechtensteins, Mazedoniens, *Albaniens, Armeniens, Aserbaidshans, Bosnien-Herzegowinas, Georgiens, Lettlands, Moldawiens, der Ukraine und Luxemburgs*

## **XIII. Konferenz: 2005 Nikosia**

„Kriterien der Einschränkung der Menschenrechte in der Ausübung der Verfassungsjustiz“

Vollmitglieder (36): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, Belgiens, Polens, Ungarns, Kroatiens, Zyperns, Rumäniens, Sloweniens, Andorras, Russlands, der Tschechischen Republik, Litauens, Bulgariens, der Slowakei, Maltas, Liechtensteins, Mazedoniens, Albaniens, Armeniens, Aserbaidshans, Bosnien-Herzegowinas, Georgiens, Lettlands, Moldawiens, der Ukraine, Luxemburgs, *Estlands, Irlands und Norwegens*

## **XIV. Konferenz: 2008 Vilnius**

„Probleme der legislativen Unterlassung in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung“

Vollmitglieder (40): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, Belgiens, Polens, Ungarns, Kroatiens, Zyperns, Rumäniens, Sloweniens, Andorras, Russlands, der Tschechischen Republik, Litauens, Bulgariens, der Slowakei, Maltas, Liechtensteins, Mazedoniens, Albaniens, Armeniens, Aserbaidshans, Bosnien-Herzegowinas, Georgiens, Lettlands, Moldawiens, der Ukraine, Luxemburgs, Estlands, Irlands, Norwegens, *Dänemarks, Montenegros, Serbiens und Monacos*

**XV. Konferenz: 2011 Bukarest**

„Verfassungsgerichtsbarkeit: Funktionen und Beziehungen zu anderen öffentlichen Institutionen“

Vollmitglieder (40): Verfassungsgerichte Deutschlands, Österreichs, Italiens, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Frankreichs, der Türkei, Belgiens, Polens, Ungarns, Kroatiens, Zyperns, Rumäniens, Sloweniens, Andorras, Russlands, der Tschechischen Republik, Litauens, Bulgariens, der Slowakei, Maltas, Liechtensteins, Mazedoniens, Albaniens, Armeniens, Aserbaidschans, Bosnien-Herzegowinas, Georgiens, Lettlands, Moldawiens, der Ukraine, Luxemburgs, Estlands, Irlands, Norwegens, Dänemarks, Montenegros, Serbiens und Monacos

ANDRÁS JAKAB\*

## FULL PARLIAMENTARISATION OF THE EU WITHOUT CHANGING THE TREATIES

Why We Should Aim for It  
and How Easily It Can be Achieved

“La démocratie est aujourd’hui une philosophie, une manière de vivre, une religion et, presque accessoirement, une forme de gouvernement.”<sup>1</sup>

*Abstract:* The two main reasons why democracy won the contest for the leading legitimacy claim in the modern world are its capacity to generate loyalty and its self-correction potential. In order to use these virtues, the European Commission (conceptualised as the government of the EU) should be elected solely by the European Parliament. According to the general perception, a modification of the treaties would be inevitable in order to achieve such a change. The paper attempts to show that this perception is wrong: there is another (currently more viable) way to achieve this outcome, which was successfully used a long time ago to reform the British constitutional system on a step by step basis. In the U.K., there is currently (and there was) no legal rule prescribing that the monarch has to appoint as Prime Minister the person who commands the majority support of the House of Commons. It is happening though, by a (legally non-binding) constitutional convention. After analysing the concept of constitutional conventions and its applicability to the EU, the paper reaches the conclusion that we can achieve a parliamentary system under the current legal regime, if politicians in the European Parliament have the ambition to take the necessary steps. If it happened, then the EU government system would become similar to some extent to today’s German system, where a party coalition in the lower chamber supports the government, and the upper chamber takes part substantively only in the legislation but not in the formation of the government.

\* Associate Professor, Pázmány Péter Catholic University Budapest.

<sup>1</sup> “Democracy is today a philosophy, a way of life, a religion, and – almost accessorially – a form of government.” Georges Burdeau, *La démocratie*, Paris, Le Seuil, 1956, 8.

## 1. Why does a successful EU have to be democratic?

There are two main strategies to justify democracy.<sup>2</sup> One is to try to show that it is superior to contending theories because it fits better to the *moral* nature of human beings, as e.g. it is based on equal dignity or equal freedom of the people. Iranian religious fundamentalists or European xenophobic-fascist parties, however, definitely have a different view on what is the moral nature of human beings, and beyond the mere assertion that they are wrong it is difficult to argue against them. They simply have a different source of legitimacy (a divine one, or the 'nation' as defined by culture, history and language), which can be internally as coherent as the best democratic theories (even if they are scary in some elements to our sensitive democratic ears).<sup>3</sup> A moral justification for democracy is thus mostly unable to convince anyone who is not a democrat anyway.

The other option is to choose a more neutral language (even if we know that it is never fully neutral, but at least less directly value laden), and to concentrate on *why* democracy won the contest for the leading source of legitimacy in the modern world (and why it changed its *precise* meaning in political discourse in a Proteus-like manner). So we look at democracy's story from a more realistic, outsider or even pragmatic perspective. In this way its virtues will become more convincing (for non-democrats) and its dead ends more instructive (for democrats).<sup>4</sup> Such an approach has less normative (moral philosophical) assumptions as a starting point (in this sense it is a minimalist approach and is thus less vulnerable to competing normative theories), it looks rather for explanations for the success of the democratic legitimacy claim. One of the points of the first part of the paper is that the success can be explained by two features of democracy, namely its capability to induce lo-

<sup>2</sup> For valuable criticism and useful remarks I am grateful to Krisztina Arató, Armin von Bogdandy, Jürgen Bast, Paul Behrens, Carlos Closa, Philipp Dann, Sergio Dellavalle, Zsolt Enyedi, Lisa Giles, Gábor Hamza, Ferenc Hörcher, Elena Jileva, Miodrag A. Jovanović, Stephan Kirste, András Köröscényi, Mária Ludassy, Enric Martínez Herrera, Zoltán Pállinger, Theodor Schilling, Allan F. Tatham, Szilárd Tattay, Ingo Venzke, Robert Zbiral, further to the participants of the research seminars held on 20–21 May 2010 in Oñati (Spain), on 24 August 2010 in Heidelberg (Germany), on 12 October 2010 in Budapest (Hungary) and on 8 December 2010 in Mexico City (IACL World Congress workshop).

<sup>3</sup> Cf. KARL DOEHRING: *Allgemeine Staatslehre*. Heidelberg, CF Müller, <sup>2</sup>2000, 142. pointing at the fact that democracy is based on the fiction that citizens are both morally (except for criminals) and intellectually (except for minors and insane people) qualified to decide about the country's future. But factually untrue starting points are not necessarily a problem for political philosophies. Similarly to ancient gods, people (and politicians) adhere to political philosophies primarily *not* for their intellectual coherence ('intellectual potency'), but for their capability of emotional identification and for their long term practical achievements in society ('political potency'). Cf. JOHN DUNN: *Setting the People Free. The Story of Democracy*. London: Atlantic Books, 2005, 17.

<sup>4</sup> Cf. FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK: *Die Verfassung der Freiheit* 1971 (1960), 129. on the issue that democracy is not an end in itself but a means to achieve goals.

yalty and its potential for self-correction. The paper then becomes normative only in its second part, when it shows that *if we want to enjoy these two features* (the normative presupposition will be that we do), then we have to have a certain understanding and institutional structure, namely a parliamentary system at EU level.

### 1.1. *The success story of democracy or the strength of the claim for democracy*

There is a nice myth, which traces today's democracy back to ancient Greece.<sup>5</sup> As a matter of fact, the Athenians themselves borrowed it from Asia: its origins are to be found rather in today's Syria, Iraq and Iran where the 'inhabitants' (in Sumerian: the *dumu*) decided the important issues in assemblies. The idea has been carried to the West, to Phoenician cities (Byblos, Sidon) which set up similar governmental systems, and then picked up by the Athenians (who were in intensive maritime commercial contact with the Phoenicians).<sup>6</sup> As for the survival after ancient Greece, we have to differentiate between three different issues: (A) the survival of the word 'democracy', (B) the institutional setting of ancient Athens and today's democracies, (C) the idea of popular self-rule or the idea that "it ought to be ordinary people (the adult citizen) and not extra-ordinary people who rule".<sup>7</sup>

Ad A) We still use the Greek word (δημοκρατία – *dēmokratía*), simply because we know this form of government from the (translated)<sup>8</sup> descriptions by Plato, Aristotle, Aeschylus or Demosthenes, and not because they invented it. As in Athens the system miserably failed (i.e., it led to a military catastrophe similar to the German catastrophe in WWII and occasionally also, again similarly, to the persecution of its own elite, the most notable case of which was the death penalty being given to one of its leading intellectuals, Socrates), in the next two thousand years 'democracy' was used in a strongly pejorative sense.<sup>9</sup> The Greek 'democracy' (meant as direct democracy for everybody, or

<sup>5</sup> E.g., ROBERT A. DAHL: *Democracy and its Critics*. New Haven and London: Yale Univ. Press 1989, 1.

<sup>6</sup> JOHN KEANE: *The Life and Death of Democracy*. London e.a., Simon & Schuster 2009, xi; Simon Hornblower, Democratic Institutions in Ancient Greece, in JOHN DUNN (ed.): *Democracy. The Unfinished Journey 508 BC to AD 1993*, Oxford, OUP 1992, 4.

<sup>7</sup> DUNN (n. 6) Preface, p. v. The definition of who are 'ordinary people' has gone through several changes in the history of democracy.

<sup>8</sup> In his Latin translation of Aristotle's *Politics*, William of Moerbeke in the middle of 13<sup>th</sup> century did not translate the Greek word to 'populi potentia', but rather kept the original word *demokratia*, and so determined today's terminology. See Quentin Skinner, The Italian City-Republics, in DUNN (n. 6) 59.

<sup>9</sup> The good and successful example from the antiquity was rather Rome. Partly with its imperial tradition; partly with its republican tradition, where the unit of political authority was *Senatus Populusque Romanus* in which notably the Senate came first. DUNN (n. 3) 54.

at least all male adult citizens) was rather explicitly rejected in the name of the 'republic' (in today's terminology: 'representative democracy' for the white, male and rich electorate).<sup>10</sup> In the US, the term was not used to describe the own system of government (only as a party-political direction, often in a pejorative sense) until a foreigner, the French aristocrat Alexis de Tocqueville, used it for the American form of government.<sup>11</sup> In Europe it appeared earlier as self-description by certain political forces (first in today's Holland and Belgium, in the 1780s),<sup>12</sup> not, however, because these forces happened to be fascinated by the Greeks, but out of rhetorical reasons. We will come back to this later.

Ad B) The core institution of modern representative democracy, the parliament, has its institutional origins in feudalistic Europe, in which the estates were represented. In some countries on a careful step by step basis, in others rather abruptly the general suffrage was widened to today's size comprising all (in cases limited to sane and non-criminal) adult citizens, which is neither Greek, nor feudalistic in origin. It is simply new.

Ad C) Today's idea of popular self-rule is indeed similar to the ancient Greek one, but also to old European (German) tribal traditions.<sup>13</sup> Sporadic Greek inspirations are possible (e.g., through Marsilius of Padua, though even these cases are rather debatable),<sup>14</sup> but none of these can actually be proved to have essentially influenced the 18<sup>th</sup> century re-emergence of popular self-rule. As an idea it was based rather on eventually secularised but originally biblical Christian ideas of equality in their protestant interpretation,<sup>15</sup> and

<sup>10</sup> JAMES MADISON: *The Federalist* Nr. 61, 63 and 65. Also the Italian city-republics in the 12<sup>th</sup> – 18<sup>th</sup> century never described themselves as democracies, and when the first Italian city-republics began to exist, the relevant Greek classics had not yet even been translated into Latin. See SKINNER (n. 8) 57–59. Italian city-republics all failed (partly because they were meant to be both institutionally and ideologically just small-size states) and were often (similarly to their Greek predecessors) referred to as an example of chaos, see *ibid.* 59, 63.

<sup>11</sup> DUNN (n. 3) 72–73. ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique*. vols I–II, Paris 1835–40 (the first volume was translated into English as early as 1839 by Henry Reeve).

<sup>12</sup> DUNN (n. 3) 84–88; JOHN MARKOFF: *Waves of Democracy. Social Movements and Political Change*. London e.a., Pine Forge, 1996, 2.

<sup>13</sup> REINHOLD ZIPPELIUS: *Geschichte der Staatsideen*. München, Beck 10<sup>th</sup> ed. 2003, 97; DAHL (n. 5) 32.

<sup>14</sup> For a convincing critique of the view that Marsilius was an early 'democrat' see Hans Leo Reimann, *Überlieferung und Rezeption im Mittelalter [der Demokratie]*, in OTTO BRUNNER – WERNER CONZE – REINHART KOSSELACK (eds): *Geschichtliche Grundbegriffe*. Stuttgart: Klett-Cotta, 4<sup>th</sup> ed. 1992, 836/837 with further references.

<sup>15</sup> DAVID WOOTTON: The Levellers, in Dunn (n. 6) 71–90. The leveller idea of giving suffrage to every male adult proved to be too radical in the 17<sup>th</sup> century and has been successfully oppressed. Even though democratic claims were not totally unknown in Catholic theology (Francisco Suárez, 1548–1617), in practice Catholicism stood for a long time clearly on the traditionalist hierarchic anti-democratic side. The American Revolution in the 18<sup>th</sup> century used later similar justifications (with eventually tamed claims on suffrage) see the *Declaration of Independence* 1776: 'all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights'. The French *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* (1789) became slightly less directly Christian, but the origins are even obvious here: '...the National Assembly recognizes and proclaims, in the presence and under the auspices of the Supreme Being, the fol-

on the feudal idea of basing authority on contract (between the liege and his vassals).<sup>16</sup> To emphasise these origins would have, however, been unwise, as the idea of popular self-rule as a source of legitimacy was directed against the divine legitimacy of feudal monarchs. To mask it *ex post facto* as a revival of some old Ancient Greek truth (which was prestigious enough but evidently different from the rejected feudalism) was rhetorically much more effective. And so it happened: they began to call it democracy – after they invented it without the Greeks.

But even if we see, that the idea is based on a certain interpretation of Christianity and on feudalistic contractualism, it still remains unclear, (1) *why* it emerged exactly in the 18<sup>th</sup> century (and not e.g. in the 14<sup>th</sup>), and (2) *why* it became stronger than the traditional hierarchical conceptions of (monarchical) authority which were equally based in (a different interpretation of) the very same ideas.

Ad (1) The social and political situation for successful democratic claims became ripe first in the 18<sup>th</sup> century.

a) The main reason for that is *secularisation* (not to be confused with atheism which remained rare even during this period), meaning here the declining explanatory and justificatory force of religion in politics. Secularisation also meant a growing acceptance of social changes: the static nature of law and society of the Middle Ages was based on the pre-given order by the infallible divine will, and as the order was losing its religious side, it was also losing its unchangeable and sacred nature.<sup>17</sup> In the language of politics, theological divine will has been substituted by the legal will of the sovereign or by the will of the legislator.<sup>18</sup> It was caused by a unique constellation of European developments. (a/1) Early feudal monarchs used the church as a legitimacy-supporting organisation for the kingdom or the empire, which was in theory ('spiritually') subordinated to an independent pope, but in practice served the sta-

---

lowing rights of man and of the citizen: Article 1. Men are born and remain free and equal in rights.' Besides the biblical equality idea, the institution of medieval towns (*universitas civium*) in which the community members (city-members, or 'citizens') were free and equal should be mentioned as a predecessor of modern citizens' equality. RANDALL LESAFFER: *European Legal History*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2009, 226.

<sup>16</sup> The feudal contract was developed from Germanic tribal traditions, and included *mutual* rights and obligations. See LESAFFER (n. 15) 151. Also the *Magna Carta* of 1215 was contractual in nature, even if the text seems a one-sided grant of freedoms: the barons (who were vassals of the King) were expected to be loyal and to accept royal authority in exchange for the King's signing (or rather: sealing) of the document. The prime example of modern constitutions, the US Constitution is contractual even in its text ('We the people... in order to form a more perfect union...').

<sup>17</sup> ANTÓNIO MANUAL HESPANHA: *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, 59–66.

<sup>18</sup> HESPANHA (n. 17) 71, 105–106.



bility of the respective monarchy.<sup>19</sup> The Investiture Controversy (11<sup>th</sup> – 12<sup>th</sup> centuries) as an independence struggle of the church against secular authority or even as a fight for taking over the leading role in the Christian world led, however, to a certain distance between religious and political authority (Concordat of Worms, 1122).<sup>20</sup> The ongoing legal quest between the pope and the emperor and the attempt of these powers to strengthen their internal hierarchical administration by legal rules made more lawyers necessary on both sides: canonists (or decretists, experts in church laws) and legists (experts in secular Roman law).<sup>21</sup> This growing amount of legal knowledge and the finding of a remaining copy of Justinian's *Digesta* (i.e., a vast secular but extremely prestigious body of law) at the end of the 11<sup>th</sup> century contributed eventually also to the autonomy of legal science from theology (so resulting in separate faculties of law at the early universities).<sup>22</sup> (a/2) Based on the actual political practice of Italian city-republics in the 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> centuries (which did not claim any divine legitimacy), Machiavelli described the internal logic of politics in his *Il principe* and the *Discorsi*. Even though it outraged most of Europe, it also contributed considerably to thinking about public authority in a secular way.<sup>23</sup> (a/3) Even more importantly, the reformation and the following religious wars in the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> centuries have shaken the force of the church (or from then on: the churches) even in the spiritual arena. The struggle between Catholicism and Protestantism ended undecided (Peace of Augsburg, 1555; Peace of Westphalia, 1648): both continued to exist in a Europe which was from now on recognised to consist of equally sovereign states. It also meant that claims for universal (papal or imperial) authority have been rejected. But by shaking the unified religious authority, monarchical (divine) legitimacy was also weakened, and needed additional (secular) support. As basing their authority on the assent of aristocrats (which would actually have been a historically more appropriate explanation of the

<sup>19</sup> For the justification of this situation, the 'two swords doctrine' of Pope Gelasius I (492–96) was used, according to which the secular ('temporal') sword also stems from the church (the pope), but it is used by secular monarchs (the emperor) for secular government, but the spiritual sword remains with the pope. GERHARD KÖBLER: *Deutsche Rechtsgeschichte*. München, Franz Vahlen, 5<sup>th</sup> ed. 1996, 109. It is based on Luke 22:38, where the disciples tell the arrested Jesus: "Lord, behold, here are two swords." The re-interpretation of this passage and of this doctrine was itself part of the Investiture Controversy.

<sup>20</sup> LESAFFER (n. 15) 212–216.

<sup>21</sup> Roman law was especially used by the secular side as a pool of argument, especially the phrases by Ulpian 'quod principi placuit, legis habet vigorem' ('what pleases the emperor, has the force of law') and 'princeps legibus solutus est' ('the emperor is not bound by the law'). D. 1.4.1 and D. 1.3.31. It was used later by other secular powers (kings, princes) against the emperor himself. For more detail see Piper Gilmore, *Arguments from Roman Law in Political Thought, 1220–1600*. Cambridge, Mass., 1941; Jacques Krynen – Albert Rigaudière (eds), *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir, 11e–15e siècles*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux 1992.

<sup>22</sup> LESAFFER (n. 15) 236, 243, 253–254.

<sup>23</sup> LESAFFER (n. 15) 313.

original emergence of their power) would have weakened their internal situation, it was not an attractive option. They needed a new doctrine: the doctrine of sovereignty.<sup>24</sup> One of the leading figures of sovereignty doctrine, Hobbes explained monarchical power by two contracts: the people first make a contract with each other and then with the monarch making him sovereign. From this, it was only a small (but important) intellectual step to leave aside the second contract, i.e. to keep the sovereignty with the people itself (Locke, Rousseau).

b) Another reason for the success of the democratic idea based on equal freedom of individuals was *individualism*.<sup>25</sup> The corporatist (in which rights and duties depended on belonging to a social-juridical group, like an estate) and hierarchic picture of society faded away. (b/1) European states chased each other through constant wars into becoming more centralised, militarily and financially more efficient states (those which were unable to take up this path, like Poland, disappeared). The new absolutistic states subdued traditional aristocracies, what led the people living on the territory of the aristocrats to considering themselves rather as direct subjects of the king, than belonging to the aristocrat. Instead of group or collectivistic logic, they became in the new constellation simply *individual* subjects of the central monarchical power.<sup>26</sup> (b/2) Self-governing commercial city republics in Italy with their necessarily more open mentality social structure were also more open to new ideas, to critical thinking and to reasoning instead of authority, thus preparing the landscape for renaissance humanism (instead of scholasticism) which then spread throughout Europe. (b/3) Johannes Guttenberg's inventing the printing machine around 1440 not only contributed to the success of the above mentioned reformation, but it also made possible the existence of printed newspapers. For the 18<sup>th</sup> century, in England, France, certain parts of the Holy Roman Empire, the Netherlands and British colonies of North America (today's US East Coast), the number of literate people and the connecting journalism reached a critical mass. Public opinion was considerably formed by newspapers, and for a printed text it was less important, who said it in which pompous palace. The argument itself became more important, about which each reader formed his opinion *individually*.<sup>27</sup> (b/4) The weakening of general religious spiritual authority (i.e., secularisation) led to

<sup>24</sup> For more details see András Jakab, Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before European Integration and since, *European Constitutional Law Review* 2006/3, 375–397, 375–378, 383–384.

<sup>25</sup> Some authors trace back individualism to John Duns Scotus (1266–1308) or to William of Ockham (1300–c.1350). HESPANHA (n. 17) 70. It might be true as a germinal anticipation of the epistemological individualism, but definitely untrue as a political idea.

<sup>26</sup> MARKOFF (n. 12) 43–45.

<sup>27</sup> MARKOFF (n. 12) 46.

a certain extent being 'lonely' intellectually, without the former unquestionable truths. One had to believe in his or her own (individual) reason, which served as the epistemological starting point for the Enlightenment that eventually promoted on the political level equality and freedom.

c) Due to developing trade and demographic growth, commercialised agriculture gained terrain. In countries where it meant also a strong bourgeoisie (and due to political contingencies a balance between the monarch and the land-owner aristocracy), hierarchical feudalistic social structures became more likely to get weaker and to give way to democratisation.<sup>28</sup> Capitalism also meant relatively autonomous firms and an economic growth, the latter of which had the consequence that politics was not a zero-sum game, so it was in the interest of different social groups within the state to agree to compromise solutions with political opponents.<sup>29</sup>

d) Changes in military organisation and technique made the sheer number of foot soldiers with relatively cheap equipment the decisive factor in winning wars in the 17<sup>th</sup> century.<sup>30</sup> With the appearance of heavy artillery, mortars, machine guns, tanks, and air power, this factor is not any more existent, but at the birth of modern political democracy it did play an essential role.<sup>31</sup>

All these factors (but none of them alone decisively) contributed to a certain structural probability for the success of democratic arguments. It did not make the re-emergence of the democratic idea a 'historical necessity', but it made concrete democratic actions and movements likelier to succeed.

Ad (2) *Why* did democracy become in the following 250 years so successful? *Why* has this legitimacy claim proved in practice stronger than other claims? The strength of the democratic argument lies in its capacity to widen the circle of political actors. So whoever needs 'outsider' support in a political chess game, new figures can be placed on the chess board with reference to democracy.<sup>32</sup> This is why intellectually different social movements fought

<sup>28</sup> BARRINGTON MOORE, JR.: *Social Origins of Dictatorship and Democracy*. Boston: Beacon Press, 1966, 3–155, 413–422.

<sup>29</sup> DAHL (n. 5) 252.

<sup>30</sup> DAHL (n. 5) 245–248. One of the factors in democratizing ancient Athens was also the change in military technique (instead of expensive cavalry rather hoplites and rower galleys). On the topic in general see STANISLAV ANDRESKI: *Military Organization and Society*. Berkeley: Univ. of California Press, 1968.

<sup>31</sup> DAHL (n. 5) 248.

<sup>32</sup> It is extremely difficult (mostly possible only through violence) to reverse democratisation: with the exception of some short-lived and tragic exceptions, it is a one-way street. Dunn (n. 3) 154 talks about 'the political logic of ever-widening representation'. Any claim to narrow democracy would automatically make the claimer into an open enemy of all those who would lose their political rights, so it is a risk which a rational politician is normally not willing to take.

under the guise of democracy and this is why the democrats of the 18<sup>th</sup> or even of the 19<sup>th</sup> century would count today as blatant antidemocrats.<sup>33</sup> In the name of democracy the suffrage was broadened from white rich males to the poor and to women. In the name of democracy, slavery and feudalistic dependencies were abolished. In the name of democracy, the power of the elected representative body (parliament) gained competences and control over the executive. In the name of democracy, a struggle was fought for honest electoral counts and secret voting in order to obtain the real will of the electorate. And in the name of democracy, organised political parties gained acceptance as legitimate social actors. It was not obvious at all that whoever fought for one these goals also agreed with the others.

Through these struggles with respectively different stakeholders and with considerably different political ideas, democracy has been redefined again and again, either by the people challenging powerholders in the streets and fields, or by the powerholders themselves writing new laws and constitutional documents.<sup>34</sup> Whether a specific struggle was motivated cynically by self-interest,<sup>35</sup> or whether it happened out of a deep and honest moral conviction, varied. The two motivations could even reinforce each other, like in the case of women's right to vote. After WWI, the suffragette movement received support from archconservative circles who wanted to have some counterweight after the right to vote was broadened to the poor male (due to the need for their support as soldiers in WWI or due to fear from the returning veterans after the war), as conservatives hoped that the females being rather religious would impede or at least slow down a radical left turn in politics.<sup>36</sup> Similarly, for the 19<sup>th</sup> century step by step suffrage broadening in Britain, the main motive of the elite was to divide the poorer, in order to avoid a revolutionary explosion similar to France.<sup>37</sup> The social (financial, human resources or popular support) costs of counterbalancing a democratic claim with another one seemed to be smaller than the costs of oppressing all democratic claims.

If democratic claims emerge, even anti-democrats tend to be forced to do at least lip-service to democracy. As the political sociologist John Markoff convincingly puts it:<sup>38</sup>

<sup>33</sup> MARKOFF (n. 12) 3–4.

<sup>34</sup> MARKOFF (n. 12) xvi.

<sup>35</sup> According to Herodotus, even the Athenian origins can be explained rather by the self-interest of a certain part of the elite: Kleisthenes adopted democracy not because of personal conviction, but because he needed help for his fight against rival aristocrats and their Spartan supporters. Herodotus, *History*, tr. AD Godley (Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1922) V,66, 2: 72–73. Cf. Mogens H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*. Oxford: Blackwell, 1991, 33–34.

<sup>36</sup> MARKOFF (n. 12) 86.

<sup>37</sup> Thomas Babington Macaulay, speech of 2 March 1831, in JAMES B. CONACHER: *The Emergence of British Parliamentary Democracy in the Nineteenth Century*. New York: Wiley, 1971, 25.

<sup>38</sup> MARKOFF (n. 12) 49 (footnote in original).

Before the end of the [18<sup>th</sup>] century, the future Pope Pius VII, in his Christmas talk, was saying that 'democratic government' was compatible with the Gospel.<sup>39</sup> Such developments were to a significant degree stimulated by the French events. But even after the French defeat, countries that had experienced French rule could not restore the previous divine-right hierarchy. To match the French achievement, France's enemies had to build enormous armies. To do so, many of them needed to court the ordinary people who would fill the ranks and supply the armies. Even governments with no wish to give real power to those below were beginning to find essential the claim to be doing so.

And once you open up the gates rhetorically, you make it more difficult to oppress democratic claims than before.

But democratic movements not only proved to be successful for the power-contest within a state, also already established democratic states showed impressive power in international conflicts. So democracy was not simply an epidemic which unavoidably caught some countries and then doomed them, but rather the opposite: it helped them to become considerably stronger. This was for two main reasons: (a) it was able to produce loyalty and (b) it had a remarkable capacity for self-correction.

Ad a) On the one hand, it strengthened the loyalty of their respective political community-members by giving them a voice in what was happening (or at least it gave them the impression that they had it).<sup>40</sup> This was especially important during times of crisis or even war.<sup>41</sup>

Ad b) On the other hand, it seemed to be an efficient procedural solution to promote the citizens' interests through the possibility of making elected officials responsible for not promoting these interests (by not re-electing them, i.e. by making them compete on the basis of who can promote the citizens' interests best).<sup>42</sup> Governments could be forced by their electorate to change measures harmful to its interests (trial and error).<sup>43</sup> This eventually made these communities also economically stronger, what was necessary for

<sup>39</sup> ROBERT R. PALMER: *The Age of Democratic Revolution: A Political History of Europe and America, 1760–1800*. vol. 1 (Princeton, NJ, Princeton Univ. Press, 1959) 18.

<sup>40</sup> ROBERT C. COOTER: *The Strategic Constitution*. Princeton: NJ, Princeton Univ. Press, 2000, 144.

<sup>41</sup> ALBERT O. HIRSCHMAN: *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press 1970.

<sup>42</sup> COOTER (n. 40) 4, 11, 13, 17, 359–360, 373–374. Cf. AMARTYA SEN: *Development as Freedom*. New York: Knopf, 1999, 152: 'no substantial fanune has ever occurred in any independent country with a democratic form of government and a relatively free press.'

<sup>43</sup> KARL RAIMUND POPPER: *The Open Society and Its Enemies*. Routledge, 2006, vol. I, 163, 167, vol. II, 90, 143, 434; CHRISTOPH MÖLLERS: *Demokratie. Zumutungen und Versprechen*. Berlin, Klaus Wagenbach, 2008, 11, 13.

successfully fighting international conflicts.<sup>44</sup> Empirical studies have confirmed that (except for extremely poor countries) democracy makes economic growth more likely (all other factors being equal).<sup>45</sup>

Since the end of 18<sup>th</sup> century, democratisation succeeded in its above mentioned struggles in the world through different transnational or even multicontinental waves, in which one country's experience often helped the other ones, resulting in 'democratic waves' – the latest one after the fall of communism.<sup>46</sup> Sometimes democracy (in its then understood form) was directly imposed by an army (the French in the 1790s in Europe, the US after WWII, or lately in Haiti and Iraq), sometimes it was followed by respective elites as a model of success (especially after winning major international conflicts, like WWI, WWII or the Cold War),<sup>47</sup> sometimes by power contenders as a strong tool to challenge existing power structures, or sometimes simply by offering students fellowships after which they return to their home country to spread their newly learned ideas (all major western democracies follow this latter practice).<sup>48</sup> These mechanisms contribute to the fact that generally only a limited number of political models are followed in the world, and that changes in the political model are rather wave-like than sporadic.<sup>49</sup> As for now, neither a new major democratic wave (not many countries remain to be democratised with our current concept of democracy, only a few island-like countries resist to accept the democratic claim), nor antidemocratic waves are to be seen. Democracy seems to have acquired a quasi-monopoly as today's political legitimacy claim.<sup>50</sup>

Also the EU itself claims democratic legitimacy in the Preamble, further in Art. 2 and 10 TEU. The question is, however, whether it has any other choice, or whether it could base itself on another form of legitimacy. In the

<sup>44</sup> The idea of equal freedom itself has also economic implications, as it helps competition. Non-discrimination means that the most capable should do the job, only his or her individual achievements count. Protection of private property is necessary for capitalist economic growth. Protection of privacy and freedom of thought contribute to a fearless and creative working environment. Political freedoms ensure democracy, so their economic impact is more indirect than the one of the latter. For a deep analysis of these questions with further references see COOTER (n. 40) 241–357.

<sup>45</sup> ELIAS PAPAIOANNOU – GREGORIOS SIOUROUNIS: Democratization and Growth. *CEDI Working Papers* 2007–13, available at <http://ideas.repec.org/p/edb/cedidp/07-13.html>.

<sup>46</sup> Improving communication and transportation contributed to the spreading of broad ideas, forms of public action (e.g., strike, demonstration, non-violent resistance), organisational vehicles, symbols or slogans. Waves became in this manner faster and more effective. MARKOFF (n. 12) 25–28.

<sup>47</sup> The US and the French revolutions proved also the power of democratic states and their ability to mobilize masses. MARKOFF (n. 12) 50; DUNN (n. 3) 91.

<sup>48</sup> MARKOFF (n. 12) 32–34.

<sup>49</sup> Through these mechanisms, antidemocratic waves are also possible: in the 1920s and 1930s, most of the newly established European democracies swapped side to authoritarian or even totalitarian regimes.

<sup>50</sup> Cf. FRANCIS FUKUYAMA: *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 1992. When communism fell, also the justification for some right wing dictatorships fell, as they could not point at the enemy anymore, so it also accelerated their democratisation. MARKOFF (n. 12) 97.

light of the above, the answer seems to be in the negative, but as in the literature the alternative option of 'output legitimacy' is sometimes mentioned,<sup>51</sup> we have to deal with it here too.

### 1.2. *Is output legitimacy an alternative?*

Output legitimacy means that an authority has to be obeyed because its decisions lead to good (acceptable) results.<sup>52</sup> So it is not about the source of the authority but about its use and result. To a certain degree, this enlightened technocratic idea served historically as the base of the EU.<sup>53</sup> A similar argument is, when the EU (EC, EEC) is described as exercising rather a technical-regulatory expert type of legislation, than a political one, which for this reason does not even need a democratic legitimacy.<sup>54</sup> The latter (i.e. non-political) argument is becoming weaker by every revision of the founding treaties, but even from the beginning there was potential for a democratic institutional system in European integration.<sup>55</sup>

The above explanation of the success of democracy was itself partly output-oriented, as its success (besides structural features of politics) was partly explained by its results. But it is quite a different thing to rely explicitly and directly in the discourse on the output without the bridging element of a moralistic or emotional rhetoric. That is happening, however, in the case of what we call 'output legitimacy'.

<sup>51</sup> E.g., FRITZ SCHARPF: *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*. Konstanz, 1970, 21–28; GIANDOMENICO MAJONE: *Regulating Europe*. London ea 1996; DANIEL WINCOTT: Does the European Union pervert democracy? Questions of Democracy in New Constitutionalist Thought on the Future of Europe. *European Law Journal*, 1998, 414.

<sup>52</sup> FRITZ SCHARPF: *Regieren in Europa*. Frankfurt aM, 1999, 16–28; MARCUS HÖRETH: *Die Europäische Union im Legitimationstrilemma*. Baden-Baden, Nomos, 1999, 82–87.

<sup>53</sup> On Jean Monnet's approach see ERNST HAAS: *The Uniting of Europe*. Stanford: Stanford Univ. Press, 1958, 456; KEVIN FEATHERSTONE: Jean Monnet and the democratic deficit in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, 1994, 149–170. For further details on neo-functional approaches of legitimacy (i.e. concentrating on economic, rationality-driven integration instead of political identity) see AMARYLLIS VERHOEVEN: *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*. Kluwer Law International, The Hague e.a., 2002, 14, 65.

<sup>54</sup> Hans Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 1044; HANS PETER IPSEN: *Fusionsverfassung Europäische Gemeinschaften*, BAD HOMBURG e.a.: Gehlen, 1969, 64–66. Cf. Giandomenico Majone, Europe's "Democratic Deficit". The Question of Standards, *European Law Journal*, 1998, 8–10. The danger of legitimacy based on expert knowledge is that it does not possess a well-defined procedural solution of self-correction, see DAHL (n. 5) 76. On self-interest of experts, on necessary moral implications of expert-decisions and on disagreement amongst experts see *ibid.* 61–62, 74, 76.

<sup>55</sup> „Indeed, it made little sense to provide for the future elections of a Common Assembly responsible under the terms of the ECSC Treaty only for debating coal and steel policy, unless such a body were to evolve into something more far reaching.” Richard Corbett, Francis Jacobs, Michael Shackleton, *The European Parliament*, London, Catermill, 3<sup>rd</sup> ed. 1995, 8.

Output legitimacy has two main weaknesses. (1) The first is that such an approach is unlikely to survive crisis situations. If the reason for obeying an authority is that it is successful, then in lack of success the political community dissolves very quickly. As opposed to the emotional loyalty produced by democratic procedures ("voice"), there is no motivation to stand up for a struggling authority based on output legitimacy. Output legitimacy's survival probability is thus lower than that of democratic legitimacy. (2) The second is that output legitimacy does not counterbalance democratic claims. Democratic claims (as we have seen in its history) can be counterbalanced only by other democratic claims. So what output legitimacy claims do, is simply postponing the question to a later occasion, when a democratic claim turns up. To sum up, output legitimacy is simply fragile, and due to its too concrete promises it cannot guarantee to keep communities emotionally together in crisis situations.

Today, both in political scientific and legal analysis, the requirement of a democratic legitimacy for the EU is absolutely dominant. So the question is not whether the authority of the EU has to be democratically legitimised, but *how* we achieve it, i.e. what kind of conceptual, procedural and infra-structural solution we need to achieve that.

## 2. Criteria for the well-functioning of democracy and their fulfilment in the EU

In the first part of the article we have seen how democracy can be approached by looking at its history in a rather pragmatic way, and we also have seen which two virtues explain its success. In the second part, we are going to sophisticate this picture in order to gain a more accurate view of the kind of democracy that we could aim for in the EU. We need this more accurate or sophisticated view because the concrete implementation of the general idea of democracy (i.e., popular self-rule) can blatantly contradict the moral aspirations of the framers and devastate political unity,<sup>56</sup> or it can even economically ruin the country.<sup>57</sup> If we want to run a well-functioning democracy, i.e. if we want to achieve or keep the competitive advantages of democracy (loyalty and economic growth through self-correction of mistaken decisions), then we have to fulfil some further criteria.

<sup>56</sup> On the fear from 'elective despotism' see THOMAS JEFFERSON: *Notes on the State of Virginia*. New York: Harper, 1964, 113–124.

<sup>57</sup> On populist welfare states see MARKOFF (n. 12) 93, DUNN (n. 3) 149–150.



### 2.1. A technical-procedural issue: direct or representative democracy

If we conceive the virtue of democracy as expressing the will of the people (the 'general will'), then direct democracy seems superior to representative democracy.<sup>58</sup> But if we think of democracy as an instrument to achieve loyalty and economic growth through self-correction of mistaken decisions, like we did above, then the choice seems to be a mere technical one, as representative democracy can ensure these achievements.

In large democracies (nation-states) it is physically impossible to let the people vote on all important questions (even with the use of Internet, it would be at least impractical for citizens because of the constant research for the information needed for the decisions). Citizens cannot devote all their time to public affairs (in lack of slaves working for them), so they have to elect representatives.<sup>59</sup> Political decisions become in modern times complicated, for which we need full-time expert politicians (or even teams of politicians); the task of the voter will be to choose the right person(s) who will make the right substantive decisions for him or her.<sup>60</sup> Even if we have referenda, they are normally under the influence of party-politics, as the necessary financial and infrastructural background for successful referendum campaigns lies with political parties.<sup>61</sup> With the exotic *half*-exemptions of Switzerland (or as a US member state, California) today's political democracies are representative democracies, where referenda are rarely or even never used.

The EU itself makes the right choice in this matter when Art. 10(1) TEU states that "The functioning of the Union shall be founded on representative democracy."<sup>62</sup> As a nice jewel with limited practical relevance, in Art. 11(4) TEU, also the direct democratic institution of the citizens' initiative has been

<sup>58</sup> Following ROUSSEAU e.g. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot 9th ed. 2003, 221–359.

<sup>59</sup> Benjamin Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* [1819], in *Œuvres politiques*, Paris: Gallimard/Folio, 1997, 591–619.

<sup>60</sup> JOSEPH A. SCHUMPETER: *Capitalism, Socialism, and Democracy*. (London, 3rd ed. 1950) 269–283. This structural feature necessarily leads to campaign-financing issues. See COOTER (n. 40) 15: "Politics has a large effect on citizens, whereas each individual citizen has a small effect on politics. Since ordinary citizens gain little for themselves by participating in democracy, few citizens invest the time and energy needed to obtain detailed information about electoral candidates and issues. When citizens remain rationally ignorant, politicians need costly campaigns to influence citizens and win votes. To finance campaigns, politicians trade political influence for money from lobbyists."

<sup>61</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie*. Bemerkungen zu Begriff und Verwirklichungsproblemen der Demokratie als Staats- und Regierungsform, in: GEORG MÜLLER e.a. (eds): *Festschrift Kurt Eichenberge*. Basel, Frankfurt aM, Helbing & Lichtenhahn, 1982, 301–328.

<sup>62</sup> The principle of democracy (as many other later treaty provisions) came up first in the case-law of the ECJ. See Case 138/79, *Roquette Frères v. Council* 1980 ECR 3333, para 33: "the fundamental democratic principle that the peoples should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly"; similarly in Case 139/79, *Mařžena v. Council* [1980] ECR 3393 para 34.

introduced by the Treaty of Lisbon, with no legal binding force concerning the actual decision.<sup>63</sup>

## 2.2. Political freedoms and access to information on government

Democracy without political freedoms is unlikely to sustain itself. The institutional system of even voting procedures (i.e., regular elections) might be similar to functioning democracies, but once someone gets into power (either democratically or through violence) s/he is unlikely to get voted out of it. So self-correction mechanisms cannot work efficiently;<sup>64</sup> textbook examples of this were formerly the socialist states (democratic centralism), today such states are called in the literature 'illiberal democracies'.<sup>65</sup> Even though in every country there might be doubts about certain part-aspects of some political freedoms, this is probably one of the least problematic issues in the EU as a whole. Not only because the Charter of Fundamental Rights of the European Union has full legal binding force after the Treaty of Lisbon, but also because the constitutional systems of the member states all ensure these rights.

But political freedoms can be used effectively only if we know what the government did, so if its work is transparent enough. Otherwise we cannot measure whether they deserve to be voted out of power, i.e. the self-correction mechanism cannot work either. Traditionally, the EU was criticised much more (and for good reasons) on this base.<sup>66</sup> After the Treaty of Lisbon the situation is, however, probably not worse than in most European states.<sup>67</sup> both the meetings of the Council and the European Parliament are now open, also a general right to access to EU documents is enshrined in Art. 15 TFEU. A further general clause on the principle of transparency is now contained in Art. 11 TEU.

<sup>63</sup> "Not less than one million citizens who are nationals of a significant number of Member States may take the initiative of inviting the European Commission, within the framework of its powers, to submit any appropriate proposal on matters where citizens consider that a legal act of the Union is required for the purpose of implementing the Treaties. (...)"

<sup>64</sup> Oppression and the lack of political freedoms can even lead to the loss of loyalty (i.e., the other virtue of democracies besides the self-correction capacity), especially in those parts of society (e.g., minorities) which suffer from it.

<sup>65</sup> FAREED ZAKARIA: *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*. New York: W. W. Norton & Company, 2007.

<sup>66</sup> E.g., FIONA HAYES-RENSHAW – HELEN WALLACE: Executive Power in the European Union: The Functions and limits of the Council of Ministers. *Journal of European Public Policy* 1995, 559–582; MICHAEL NEWMAN: *Democracy, Sovereignty and the European Union*. London: C. Hurst and Co. Publishing, 1996, 198; Kieran St C. Bradley, La transparence de l'Union Européenne, *Cahiers de droit européen*, N° 3–4 (1999) 285–362.

<sup>67</sup> STEPHEN C. SIEBERSON: The Treaty of Lisbon and its Impact on the European Union's Democratic Deficit. *Columbia Journal of European Law*, 2007–2008, 453–454.

### 2.3. Statehood

Traditionally, democracy has been conceived as the form of government within the state.<sup>68</sup> One of the usual objections against the EU is, that it cannot be democratic as it is not a state, so EU competences are not simply opposed to national sovereignty but they are opposed (conceptually) to popular sovereignty and democracy.<sup>69</sup> On its own, the statement is a mere assertion without much convincing power,<sup>70</sup> but sometimes these objections come up mixed together with the arguments that 'there is no homogeneous European demos' or that 'there is no European national identity'. Without these non-legal factors – so the critics – a democracy on EU level can have similar legal institutions as on national level, but it won't really work. In the following we turn to these criticisms.

### 2.4. Non-legal political and social infrastructure

#### 2.4.1. A homogeneous demos

A usual topic in the debate on EU democracy is whether there is a European demos which could be the bearer of EU popular sovereignty.<sup>71</sup> The argument has two forms: 1. it can concern the factual homogeneity of the EU, and 2. it

<sup>68</sup> VERHOEVEN (n. 53) xi.

<sup>69</sup> DIETER GRIMM: Does Europe need a constitution? *European Law Journal*, 1995, 282; JEAN-MARIE GUÉHENNO: *La fin de la démocratie*. Paris: Flammarion, 1993; FRITZ W. SCHARPF: Democratic polity in Europe. *European Law Journal*, 1996, 136; CLAUS OFFE: Homogeneity and constitutional democracy: coping with identity conflicts through group rights. *The Journal of Political Philosophy*, 1998, 113–141; PAUL KIRCHHOF: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration. In JOSEF ISENSEE – PAUL KIRCHHOF (eds): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Vol. VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen*, Heidelberg, CF Müller, 1992, marginal number 33, 53; UDO DIE FABIO: Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, *Der Staat* 1993, 200–201, 206. The argument is especially strong in Germany, with its etatistic public law scholarship tradition. Cf. ANDRÁS JAKAB: Two Opposing Paradigms of Continental European Constitutional Thinking: Austria and Germany. *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, 933–955.

<sup>70</sup> For an impressive demonstration see DEIRDRE M. CURTIN: *Postnational Democracy. The European Union in Search of a Political Philosophy*, Kluwer Law International, 1997. Cf. ROBERT A. DAHL – EDWARD R. TUFTE: *Size and Democracy*. Stanford University Press, Stanford 1973, 135: "Today and in the foreseeable future, people will live in a multiplicity of political units. (...) Rather than conceiving democracy as located in a particular kind of inclusive, sovereign unit, we must learn to conceive of democracy spreading through a set of interrelated political systems, sometimes though not always arranged like Chinese boxes, the smaller nesting in the larger. The central theoretical problem is no longer to find suitable rules, like the majority principle, to apply within a sovereign unit, but to find suitable rules to apply among a variety of units, none of which is sovereign."

<sup>71</sup> Answering in the positive: VERHOEVEN (n. 53) 159–189. Opposing the idea of a European demos: Winfried Veil. *Volkssouveränität und Völkersouveränität in der EU*, Baden-Baden, Nomos, 2007, 77–104; MARCEL KAUFMANN: *Europäische Integration und Demokratieprinzip*. Baden-Baden, Nomos, 1997; JOSEPH H.H. WEILER: European Democracy and its Critics: Polity and System. In *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1999, 265; ALBRECHT RANDELZHOFFER: *Souveränität und Rechts-*

can concern the feeling of togetherness (national identity) of the European citizens.<sup>72</sup> The latter will be dealt with in the next subsection, here we are analysing only the former.

The worry about the value and the survival capacity of democracy in view of social inequalities is a well-known classic topic (Thomas Jefferson, Anatole France), and in the light of some recent South-American or African developments still an appropriate one, but in the EU the homogeneity concern is of different nature. It is about *cultural homogeneity*.<sup>73</sup>

There are numerous counterarguments against this approach. (1) According to a well-known classic argument, it is not homogeneity, but rather the opposite *heterogeneity* that is necessary for democracy. In Madison's faction theory (Federalist Nr. 10) different social factions are the guarantee that none of them will have full power and none of them will be oppressed. (2) Another argument goes along the line that not heterogeneity itself can be the problem, but only if the heterogeneous groups are fixed (e.g. along national or religious lines).<sup>74</sup> In this case elections are not elections, but only population censuses. But European elections did not seem to move towards this dead-end yet, so a fear from it would be premature. (3) A third counterargument emphasises that not even European nation states are any more as homogeneous as some want to see them. We are currently living in multicultural societies (not only in the US or in Switzerland, but in most EU member states).<sup>75</sup> The requirement of homogeneity (if it goes further than the requirement to accept the rule of law and democracy) would bring up the danger of assimilation and exclusion, or even a friend-enemy distinction within the society.<sup>76</sup> (4) A fourth argument is based on history stating that most of today's nation states have not been formed along ethnic lines: it was rather the other way around. First there was the political unit, and it formed the popu-

---

staat: Anforderungen an eine Europäische Verfassung. In HEINER NOSKE (ed): *Der Rechtsstaat am Ende?* München: Olzog, 1995, 130–131; FRITZ OSSENBUHL: Maastricht und das Grundgesetz. *Deutsches Verwaltungsblatt* 1993, 634; GRIMM (n. 69) 295.

<sup>72</sup> Both arguments have a soft ('not yet') and a radical ('there will never be a European demos') version. Cf. CARLOS CLOSA: Some Foundations for the Normative Discussion on Supranational Citizenship and Democracy. In ULRICH K. PREUSS – FERRÁN ROQUEJO (eds.): *European Citizenship, multiculturalism and the State*. Baden-Baden, Nomos, 1998, 113.

<sup>73</sup> Linguistic heterogeneity will be dealt with below at 2.4.4 *Interested public opinion and media coverage*. The question of exactly how much homogeneity is necessary (and of how we actually measure it), is mostly not explained. What is mostly stated is simply that 'it is not homogeneous enough (yet)'. A modified argument is also possible by stating the EU cannot ever be homogeneous enough, because it is just too big. The last argument can easily be countered by a reference to the US or to India. See DAHL (n. 5) 217.

<sup>74</sup> CHRISTOPH GUSY: Demokratiedefizite postnationaler Gemeinschaften unter Berücksichtigung der EU. *Zeitschrift für Politik*, 1998, 279, PETERS (n. 100) 712.

<sup>75</sup> VERHOEVEN (n. 53) xi.

<sup>76</sup> PETERS (n. 100) 704.

lation to one cultural and linguistic unit.<sup>77</sup> At the time of the French Revolution (1789) half of the population of France did not speak French (but Italian, German, Breton, English, Occitan, Catalan, Basque, Dutch), and only 12–13% spoke it correctly. At the time of the Italian unification (1861) only 2.5% (!) of the population spoke the Italian we call today Italian.<sup>78</sup> (5) A fifth argument concentrates on the logic of democracy: it is based on *individuals* (and not on collectivist units) and the popular unity will be formed first by the democratic procedure itself.<sup>79</sup> So *ethnos* and *demos* are analytically different.<sup>80</sup>

In the light of the above arguments it is very difficult to say that it is conceptually impossible to have a democracy on EU level because of cultural differences.<sup>81</sup> But we can still state that practically it would not work... the main reason being that the European peoples just do not want it, they do not have the feeling of togetherness with other European peoples.

#### 2.4.2. Political identity or the European 'nation'

The critics of the idea of a European demos as formed by procedures can easily point out that separatist Catalan or Scottish nationalists were not impressed by the Spanish or British procedures either, and national identity in general does not necessarily flow from procedures. So the problem is not factual similarity or dissimilarity, but rather the identity.<sup>82</sup> And identity still primarily belongs to the nation states.<sup>83</sup>

It is all very true. (1) One possible counterargument is that national identity is fading in general in the world,<sup>84</sup> so in time the feeling of togetherness will lose its relevance. This would be, however, a weak counterargument. We do not have exact and convincing empirical data about fading national identities, and examples of the opposite can also be brought. But even if we

<sup>77</sup> The traditional opposing idea originates e.g. from Herder, Savigny, Meinecke based on the rather peculiar German case, where actually common identity was first and then came the political unity. See PETERS (n. 100) 653. In public law scholarship for an early formulation of the necessity of a pre-legal cultural unit of people for the state-forming see GEORG JELLINEK: *Die Lehre von den Staatenverbindungen*. Wien: Hölder, 1882, 263. For a contemporary formulation in the context of the EU see Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Welchen Weg geht Europa?*, München: Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, 1997, 40–41.

<sup>78</sup> ERIC J. HOBSBAWM: *Nations and nationalism since 1780. Programme, myth, reality*. Cambridge: Univ. Press, 1990, 60–61.

<sup>79</sup> PETERS (n. 100) 649 n. 86, 704, 707. A classic form of this idea is to be found in Emmanuel-Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789) and remained strong in the French republican tradition.

<sup>80</sup> EMERICH K. FRANCIS: *Ethnos und Demos*. Berlin, Duncker & Humblot, 1965, 77.

<sup>81</sup> We can reason though that a simple Westminster style majoritarian parliamentarism would not be the right choice for the pluralist EU, but a consensus coalition style parliamentarism is better. On the difference between majoritarian and consensus government see AREND LIJPHART: *Democracies*. New Haven and London: Yale Univ. Press, 1984, esp. 1–36.

<sup>82</sup> GRIMM (n. 69) 297.

<sup>83</sup> For an empirical survey proving this see MATTHIEU DEFLEM – FRED C. PAMPEL: The myth of post-national identity: popular support for European unification. *Social Forces*, vol. 75, 1996, 119–143.

<sup>84</sup> MICHAEL SANDEL: *Democracy's Discontent*. Cambridge: Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1996, 344.

had data for it, it would be very difficult to project a certain level of fading to the future as a continuous development. (2) A more convincing argument says that even in the US, when the famous words „We the people” have been put on paper, it was nothing more than wishful thinking, or rather political manipulation. So we could give it a go similarly in the EU.<sup>85</sup> We can also point out that nations are imagined or even mythical communities, so it is not a fixed fact, it can even change by time (as it is happening when an ethnic minority assimilates into the majority).<sup>86</sup> Peaceful methods of identity building are possible (like having EU sport teams competing against the Americans or the Chinese), which could be used in the future. I have some doubts whether it can work in the foreseeable future. But it is less relevant here, as my actual point would be that national identity in this strong substantive sense is not absolutely necessary. (3) What we need is only a loyalty towards the system, towards the procedures of democracy (such a loyalty is possible only of course, if the procedures work).<sup>87</sup> It helps the effectivity of law (so the rule of law), and with the adherence to these basic constitutional values (and the connecting emotional identification) it can survive crisis situations too. Nationalism can be indeed a centrifugal force in the integration, but it did not lead in Western Europe to any secession until now. As a matter of fact, one of the reasons it did not happen until now is exactly the fear of secessionists that they might get rid of the oppressive (normally majority) nation, but they might find themselves also outside of the EU, which none of them really wants. As for now, independence of these countries (Flanders, Scotland, Catalonia or the Basque Country) is unsure, but even if they reach it, it is likely to happen within the frame of the EU. Nationalism can rather lead to explosions if a basic democratic mentality is missing (as we have seen in former socialist countries).

#### 2.4.3. *Democratic mentality*

If citizens talk about politics, they very often switch into an irrational and emotional way of arguing.<sup>88</sup> It is more or less natural, as (in lack of expertise

<sup>85</sup> MANFRED ZULEEG: What holds a nation together? Cohesion and democracy in the United States of America and in the European Union. *American Journal of Comparative Law*, 1997, 526.

<sup>86</sup> Shown on the example of France by Eugen Weber, *From Peasants into Frenchmen: The Modernization of Rural France, 1880–1914*, Stanford University Press, 1976.

<sup>87</sup> To name national identity as a precondition for democracy is methodologically biased, as it reconstructs the concept of democracy along the concrete sociological features of some democracies. See JÜRGEN HABERMAS: Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe need a Constitution?' *European Law Journal*, 1995, 303–307.

<sup>88</sup> SCHUMPETER (n. 60) 262 “Thus the typical citizen drops down to a lower level of mental performance as soon as he enters the political field. He argues and analyzes in a way which he would readily recognize as infantile within the sphere of his real interests. He becomes a primitive again. His thinking becomes associative and affective.”

and time) we cannot judge exactly the actions by politicians (we have only sporadic factual impressions, which do not have to be underestimated either though), we can only promote our own mentality (i.e., vote for politicians with similar mentality), which is necessarily based partly on emotions. So to a certain extent, it is rational for citizens to be emotional. Citizens are not political philosophers.

But we have a real problem from the point of view of democracy only if the democratic struggle for the power evolves into a general distinction between friend and enemy ('cold civil war' or 'life or death fight'), and if the struggle steps over the limits of law. In a democracy we need a minimum level of brotherhood,<sup>89</sup> where we suppose that the other party is not going to devastate deliberately (or betray) the country or to destroy our basic values.<sup>90</sup> We need citizens who are able and willing to accept that they can lose in elections. A democracy needs democrats.<sup>91</sup>

We can have doubts about the democratic nature of the EU, but it would be farfetched to think in general that European citizens living under domestic democracies are lacking this mentality. Democratic procedures formed their mentality, in some fortunate countries for centuries, in others for decades.<sup>92</sup> What in the EU as a whole the problem could be is not really an overheated antidemocratic politics, but rather the opposite: the lack of interest.<sup>93</sup>

#### 2.4.4. Interested public opinion and media coverage

The lack of interest can be explained by different factors. One is that there is no unified media coverage due to linguistic heterogeneity. Consequently, public opinion is focusing dominantly on domestic issues.<sup>94</sup>

The real problem is, however, not the linguistic heterogeneity. It is possible to have relevant public opinion in multilingual societies (even if practically more difficult than in a unilingual society),<sup>95</sup> as it is shown in Finland, Canada, Switzerland, or India.<sup>96</sup> And also the other way around: the same

<sup>89</sup> MÖLLERS (n. 43) 19.

<sup>90</sup> DAHL (n. 5) 255.

<sup>91</sup> MARTIN KRIELE: *Einführung in die Staatslehre*. Stuttgart e.a., Kohlhammer, 6th ed 2003, 268. For an explanation of the failure of the Weimar Republic on these grounds see GEORG LUKACS: *Die Zerstörung der Vernunft*. (Aufbau Verlag, Berlin 1955), 61: 'Thus the Weimar Republic was basically a republic without republicans, a democracy without democrats.' (translation mine).

<sup>92</sup> Institutions form mentalities, see KRIELE (n. 91) 268.

<sup>93</sup> As further non-legal preconditions we can name the non-tribal social structure, the lack of a dominant theocratic religion, and the existence of a developed school system. See ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: *Demokratie als Verfassungsprinzip*. In *ibid. Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt aM, Suhrkamp, 1991, 345–346, 351–352. All these seem to be given in the whole of the EU.

<sup>94</sup> ALEXANDER VON BRÜNNECK: *Die öffentliche Meinung in der EG als Verfassungsproblem*. *Europarecht*, 1989, 251–252.

<sup>95</sup> ELISABETH BAKKE: *Towards a European Identity?* Oslo: ARENA Working Paper, 10/95.

<sup>96</sup> PETERS (n. 100) 706.

language does not result automatically in unified media coverage either, Austrian and German newspapers write about very different issues. So the link between language and unified media coverage (which is the actual problem from the point of view of building a relevant public opinion)<sup>97</sup> is not automatic. But if we want to have a unified discourse space forming a public opinion,<sup>98</sup> we need questions which might be relevant for all the readers as voters. We do not even need the exact same information (e.g., in the form of translated news, like Euronews) reaching readers. We just need more or less overlapping relevant information potentially reaching them what is arguably given even now. But the electorate are just not really interested in such news.

So the real issue is rather that readers (as voters) have to see that they will be able to decide about the direction of (EU) government power at the next EU election, so they will need information for that decision. The EU would thus not be any more a necessary evil, some kind of *vis maior*, which we cannot influence, but it would be our (democratically elected) government. It is the case if there is a direct link between election and political responsibility of the EU government, i.e. the Commission.<sup>99</sup>

### **2.5. The direct link between election and responsibility: the effectiveness of popular will**

Where the actual problem lies, is rather what Anne Peters calls 'the missing correlation between election and responsibility'.<sup>100</sup> I.e., there are elections, and also a new government (Commission) will be set up, but the direct link

<sup>97</sup> INGOLF PERNICE: Maastricht, Staat und Demokratie, *Die Verwaltung* 1993, 479–481; MANFRED ZULEEG: Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft. *Juristen-Zeitung*, 1993, 1073–1074; CLAUS DIETER CLASSEN: Europäische Integration und demokratische Legitimation. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1994, 255–257; JOCHEN A. FROWEIN: Die verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten. *Europarecht*, 1995, 324; SIEGFRIED MAGIERA: Das Europäische Parlament als Garant der demokratischen Legitimation in der Europäischen Union. In OLE DUE – MARCUS LUTTE – JÜRGEN SCHWARZE (eds): *Festschrift Ulrich Everling*. Baden-Baden, Nomos, 1995, vol. I. 797–798; Christian Tomuschat, *Das Endziel der europäischen Integration*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, 1079 n. 29.

<sup>98</sup> It is debatable that even within one country, how far discourse spaces are entirely unified. Readers of the Sun and of the Guardian might have indeed very different perceptions what is happening in the UK, but their discourse space is at least partly the same.

<sup>99</sup> The Commission can be conceptualised as the government of the EU, the European Parliament as the lower chamber, the Council as the upper chamber of the legislative branch (even if the latter has some limited executive functions). See SIMON HIX: Legislative behaviour and party competition in the European Parliament. *Journal of Common Market Studies* 2001, 663–688; ANDREAS MAURER – WOLFGANG WESSELS: *Das Europäische Parlament nach Amsterdam und Nizza: Akteur, Arena oder Alibi?* Baden-Baden, 2003, 213. For a different conceptualisation see PHILIPP DANN: *Parlamente im Exekutivföderalismus* (Berlin e.a., Springer 2004) 316–321.

<sup>100</sup> ANNE PETERS: *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin: Duncker & Humblot 2001, 627: 'mangelnde Korrelation zwischen Wahl und Verantwortung'.



between the two acts is missing.<sup>101</sup> There seem to be only two institutional solutions to ensure the virtues of democracy (both loyalty and self-correction): one possibility would be to transform the EU into a presidential system (similar to the US), the other would be to parliamentarize it.<sup>102</sup> The latter seems to be a more viable option, as the current system is much nearer to the parliamentary system, i.e. only minor institutional changes would be necessary to achieve it.<sup>103</sup> The solution would be thus to make only the European Parliament responsible for the election of the Commission, whereas the European Council could have a ceremonial role similar to monarchs or presidents in parliamentary systems.<sup>104</sup> The possible answers to counter this idea are fourfold. In the following we are going to analyse them.

2.5.1. *'The current system is democratic enough,  
as we have democratic empowerment chains leading to the people'*

The answer, according to which the Commission has a dual democratic legitimacy,<sup>105</sup> as the European Council is democratically legitimised on a national level, and the European Parliament is legitimised on a European level, misses the point. We can of course trace back on a long chain (or rather on separate

<sup>101</sup> Some authors criticise not only the election of the Commission, but also that a complicated regulatory network with independent (i.e., not accountable) authorities have the power. See ANDRÁS SAJÓ: EU Networks under the New Constitution, Impact on Domestic Constitutional Structures, in Ingolf Pernice – Jiri Zemanek (eds.): *A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond*. Baden-Baden, Nomos 2005, 183–198; JOSEPH WEILER: To Be a European Citizen: Eros and Civilization. In *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1999, 349. This is a general problem of supranational influence in domestic affairs (OECD, WTO, World Bank), which we cannot deal with in this paper.

<sup>102</sup> Different institutional sub- and in-between types are considered with their advantages by WERNER VAN GERVEN: *The European Union: A Polity of States and Peoples*. (Oxford, Portland: Hart 2005) 318–332.

<sup>103</sup> See van GERVEN (n. 102) 344–345.

<sup>104</sup> For a similar approach see Francesca E. Bignani, The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology, *Harvard International Law Journal*, 1999, 463; van GERVEN (n. 102) 350. The idea goes back almost to the beginning of the EEC, see WALTER HALLSTEIN: the first president of the Commission on this issue: „[a]s a parliamentary democracy, the Community is still imperfect [...] because the European Parliament has not yet acquired its full role”. Walter Hallstein, *Europe in the Making*, London: Allen & Unwin, 1972, 40–41. Jean Monnet had a different view on the issue, see above n. 53.

<sup>105</sup> On the idea of dual democratic legitimacy of EU institutions and legislation see WINFRIED KLUTH: *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, 87; KARL-PETER SOMMERMANN: Verfassungsperspektiven für die Demokratie in der erweiterten Europäischen Union: Gefahr der Entdemokratisierung oder Fortentwicklung im Rahmen europäischer Supranationalität? *Die öffentliche Verwaltung* 2003, 1009–1017. The idea has even been codified in Art. 10(2) TEU. There is a third option (besides the dual legitimacy and purely European legitimacy): legitimacy based purely on national parliaments. In an old fashioned etatistic and radical reasoning, in a surprising manner of *Begriffsjurisprudenz*, the German Federal Constitutional Court followed this approach in its Lisbon Decision. BVerfG, 2 BvE 2/08, of June 30, 2009. For one of the many convincing criticisms on the judgments see CHRISTOPH SCHÖNBERGER: Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea, *German Law Journal*, 2009, 1201–1218.

several chains)<sup>106</sup> the Commission's authority to ordinary citizens. But the nice metaphysical picture about the "source of power" being the people is simply a metaphor which cuts short the debate about the reasons for having a democracy. This shortcut works normally pretty well, except if we take too seriously the metaphor itself and try to analyse it too much. This is happening, however, unfortunately often in the discourse about democracy in the EU. We should concentrate rather on the two keys for its international success mentioned above: 1. loyalty, 2. self-correction.

What we need for that (at this point) is to have a system where the citizens (in our case: the European citizens) can vote out one government and vote in another (the Commission). The Lisbon Treaty did not change much on this issue either (cf. Art. 17(7) TEU).<sup>107</sup> In the current situation, the European Parliament has only a veto as to the President and the other members of the Commission. This is probably one of the major reasons for having a low turnout at European polls and for having in general a low interest of citizens in EU politics.<sup>108</sup>

### 2.5.2. 'The EU has democratic origins, so its functioning must be democratic'

We could refer to the fact that the Founding Treaties and all their modifications were democratically legitimised, as they have been ratified by their respective democratically elected bodies or organs.<sup>109</sup> This is very true. But this is unfortunately not the issue here. The actual issue is whether *currently* the EU is running democratically. The origin of a system does not say much of its current functioning. As a matter of fact, democracies are normally born non-democratically.<sup>110</sup> The example of modern constitutions, the US Constitution's birth was blatantly non-democratic, even a clear breach of the democratic procedures of the then constitution, the Articles of Confederation:<sup>111</sup>

<sup>106</sup> The chain theory is especially vivid in German constitutional doctrine. See BÖCKENFÖRDE (n. 93) 300–311, also BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 66f.

<sup>107</sup> The only relevant change is a vague statement in Art. 17(7) that the European Council has to take „into account the elections to the European Parliament” when choosing the candidate for the President of the Commission.

<sup>108</sup> Cf. MATTIAS KUMM: Why Europeans will not embrace constitutional patriotism. *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 130: „The fact that citizens turn out for [European Parliament] elections at all, knowing that their vote is practically not to change anything, has long puzzled public choice theorists.”

<sup>109</sup> PETER BADURA: Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1966, 72; PIERRE PESCATORE: Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne, *Cahiers de droit européen*, 1974, 508–509; JOSEPH WEILER: The Transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, 1991, 2472; HANS HEINRICH RUPP: Europäische "Verfassung" und demokratische Legitimation. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995, 271; ARMIN VON BOGDANDY: *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*. Baden-Baden: Nomos, 1999, 56; THOMAS W. POGGE: How to Create Supra-National Institutions Democratically. In ANDREAS FOLLESDAHL – PETER KOSLOWSKI (eds), *Democracy and the European Union*. Berlin: Springer, 1998, 160–185.

<sup>110</sup> MÖLLERS (n. 43) 20.

'We the People of the United States...' Begin with the remarkable act involved in writing these opening words. Only six years before, all thirteen states had unanimously agreed on the Articles of Confederation, which they solemnly proclaimed the basis of 'perpetual Union.' Now, after a short summer of top secret meetings, thirty-nine 'patriots' at the Convention were not only proposing to destroy this initial hard-won effort. They were also claiming authority, in the name of the People, to ignore the rules that the Articles themselves laid out to govern their own revision. The Articles explicitly required the agreement of all thirteen states before any constitutional change was enacted; yet the Founders declared that their new Constitution spoke for 'We the People' if only nine states give their assent. This revolutionary redefinition of the rules of the game extended further—to the manner in which the nine states were to signify their approval. As the Convention looked ahead to the struggle over ratification, it refused to permit existing state governments to veto its authority to speak for the People. Only special 'constitutional conventions' would be allowed to determine the fate of the new Constitution. What [in the world] justified the Federalists in asserting that this end run around legal forms gave them a *better* claim to represent the People than the standing government of the day?

Probably the most influential and (at least in Europe) most copied European constitution, the German *Grundgesetz* has similarly dubious origins, where even foreign military pressure can be proven.<sup>112</sup> A democratic origin can have some role in ensuring the loyalty of the population, but long term (as shown in the US or in Germany) it loses its relevance. And about the functioning of the self-correction mechanisms, which would be the other reason for having a democracy, the origin does not say anything.

So the democratic origin of EU cannot satisfy the requirement for its *current* democratic running. The question about the democratic origins is a different and clearly secondary one.

### 2.5.3. 'We should rather make national parliaments stronger'

A usual claim is that the EU can be made more democratic by making national parliaments stronger. Even Art. 12 TEU emphasises the role of national parliaments in the EU. This is a serious misunderstanding and definitely the wrong direction to take. The definition of fundamental legal concepts, such as that of democracy, is a conceptual game which should be played out in a manner which leads to practically (morally or economically) acceptable results.

<sup>111</sup> BRUCE ACKERMAN: *We the People. 1: Foundations*. Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1991, 167–168.

<sup>112</sup> CARLO SCHMID: *Erinnerungen*. Bern–München: Scherz, 1979, 370.

Efficient control by national parliaments is primarily possible, if decisions in the Council are made by unanimity.<sup>113</sup> But this is less and less the case. Democratic control through a bunch of national parliaments is not only inefficient,<sup>114</sup> but it also misses the point, which would be to have a clear and efficient procedure whereby voters can vote out one and vote in another government. This self-correction mechanism can work efficiently *only* if voters receive the direct question whether they want to keep a team of politicians (a Commission) in power or not. But the question cannot be put in this direct way right now, as the European Parliament just does not have the right to choose (on its own) the members of the Commission.

Emphasising the role of national parliaments is simply a civilised (because democratic) rhetorical form of expressing nationalism.<sup>115</sup> It is the strongest argument to counter the claim for a parliamentary system on EU level,<sup>116</sup> or to counter European integration in general.<sup>117</sup>

But the question is not any more whether we would like to have a deep European integration, or whether we want to see public authority in Brussels deciding about policy issues in Europe. It is already there. The question is rather whether we want to use those democratic mechanisms to run it,<sup>118</sup> which made democratic countries so powerful. If we decide that a parliamentary system is not desirable on an EU level, we are still going to deal with

<sup>113</sup> CLOSA (n. 72) 109. National parliaments controlling European institutions (i.e. not their own government) would be either procedurally cumbersome (why not the European Parliament?), or it would invite national veto players to block EU legislation. Cf. for (fortunately shy) misplaced attempts in this direction *Protocol on the role of national parliaments in the European Union* and *Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality*.

<sup>114</sup> JOSEPH WEILER: Does Europe Need a Constitution? *European Law Journal* 1995, 232: „national procedures to ensure democratic control over international treaties of the State are clearly ill-suited and woefully inadequate to address the problems posed by the European Union”. EU negotiations force national governments to act quickly (to accept or to refuse unforeseeable compromises) in the Council, and afterwards their actions will simply be accepted by national parliaments, where they normally have the majority anyway.

<sup>115</sup> Those who stick to the idea of national states, normally see the democratic deficit in the weakness of national parliaments, those who support a European federal state see the democratic deficit in the weakness of the European Parliament. STEPHEN C. SIEBERSON: The Treaty of Lisbon and its Impact on the European Union's Democratic Deficit. *Columbia Journal of European Law*, 2007–2008, 447.

<sup>116</sup> It makes sense only as long as there is a possibility of veto in the Council. „So long as each Member Government can veto a Council decision, if it wants to, there is a sense in which each Member Government [can] be held to account for them by its Parliament. If national vetoes disappear this will no longer be true [...] The resulting 'democratic deficit' would not be acceptable in a Community committed to democratic principles. Yet such a deficit would be inevitable unless the gap were somehow to be filled by the European Parliament” DAVID MARQUAND: *Parliament for Europe*, London, Jonathan Cape Ltd 1979, p. 65. For a similar argument (the turn to majority voting unleashed legitimacy problems, veto is democratic), see JOSEPH WEILER: Problems of legitimacy in post-1992 Europe. *Außenwirtschaft*, 1991, 411–437.

<sup>117</sup> Cf. the heavily criticised Lisbon decision of the German Federal Constitutional Court: BVerfG, 2 BvE 2/08, of June 30, 2009. See SCHÖNBERGER (n. 105).

<sup>118</sup> On the dilemma see THOMAS D. ZWEIFEL: *Democratic Deficit; Institutions and Regulation in the European Union, Switzerland and the United States*. Lanham ea, Lexington, 2002, 142.

the EU's authority, but this authority will be less efficient and useful for us in the long term.<sup>119</sup> If we think, however, that in the light of the above a parliamentary system is desirable (as I do), then we have to answer the practical question of how to introduce it.

#### 2.5.4. 'It is practically impossible, as member state politicians would not allow it'

The claim for introducing a parliamentary system can be countered by saying that it would be nice, but it is an unrealistic dream, as member state governments (or at least some of them) would never give up such a power (i.e., to choose the members of the Commission).<sup>120</sup> It is all very true. But if they have to follow rules which tell them to do so, then they will be forced to do so. We can think of three different types of rules: a) explicit treaty rules, b) a tricky lawyerly interpretation of some treaty rules which implies an obligation to leave the choice of Commission members to the European Parliament and to have simply a ceremonial role by the European Council, c) constitutional conventions.

Ad a) If we want to have explicit treaty rules, then we have to modify the TEU. For that purpose we need the ratification of all member states. Having seen the miserable struggle with Draft Constitution and then with the Lisbon Treaty, it is unlikely that in the foreseeable future such an attempt could be successful.<sup>121</sup> So this is not an option.

Ad b) We could try to argue that the passage introduced by the Lisbon Treaty saying that the candidate for the president of the Commission has to be chosen by the European Parliament „taking into account the elections to the European Parliament and after having held the appropriate consultations” (Art. 17(7) TEU) actually means (in the light of the general democratic principle underlying the EU), that *legally* the decisive organ in choosing the Commission members *is* the European Parliament and the European Council actually has only a ceremonial role. Such an interpretation would clearly contradict the text of TEU, what on itself does not make it impossible that the ECJ (in a procedure of art. 263(1) TEU when the “act” would be the appointment of the president and other members of the Commission) would venture such a revolutionary move. Such *contra legem* move already happened

<sup>119</sup> Intergovernmental package deals tend to favour partial bureaucratic interests in an intransparent and uncontrollable way, see STEFAN OETER: Souveränität und Demokratie in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1995, 699.

<sup>120</sup> SIMON HIX: *The Political System of the European Union*. New York, Palgrave Macmillan, 2<sup>nd</sup> ed. 2005, 62.

<sup>121</sup> On this problem see JULIO BAQUERO CRUZ: Alternativas a las condiciones de revisión y entrada en vigor. In INIGO MÉNDEZ DE VIGO (ed.): *¿Qué fue de la Constitución Europea?* Rafael del Pino, 2007, 293–306; BRUNO de WITTE: The rules of change in the European Union. The lost balance between rigidity and flexibility. In CATHERINE MOURY – LUIS DE SOUSA (eds.): *Institutional Challenges in Post-Constitutional Europe* (London, New York: Routledge 2009) 33–42.

when the ECJ introduced the direct effect for directives. But to do the same in a politically so sensitive issue would probably go too far even for the ECJ. So we have to go for another option to parliamentarise the EU.

Ad c) The solution I am proposing is the following: we have to accept that the EU legally cannot become a parliamentary system, but the non-legal political structure can still be changed. For that purpose we first have to have a look at the concept of constitutional conventions as used in British constitutional doctrine and at one of its examples being the most relevant for us: the appointment of the PM.

Constitutional conventions can be defined as ‘understandings and practices that are not legally binding’,<sup>122</sup> as rules of ‘political morality’,<sup>123</sup> or as ‘rules of constitutional morality’.<sup>124</sup> They are something like constitutional soft law, but they are not: there was no law making procedure.<sup>125</sup> It is rather a habit, which is considered to be obligatory but not in a strict legal sense.<sup>126</sup> It is a certain type of self-restriction, but it can also be forced by other actors onto a constitutional organ.<sup>127</sup> Conventions cannot be enforced directly in a court,<sup>128</sup> but they have an indirect legal effect in interpreting legal rules.<sup>129</sup> Conventions may arise through a series of precedents, but they may arise much more quickly than this, without any previous history as usage.<sup>130</sup> ‘A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule.’<sup>131</sup>

Conventions are obeyed because they are part of a shared system of values<sup>132</sup> and because their breach would result in political consequences (such as the political blame of antidemocratic or unconstitutional behaviour). For our current topic, the most relevant example is that from a *legal* point of view, the Queen could choose anyone for the position of PM, but by *convention* she should choose as PM the person who can command a majority support in the House of Commons.<sup>133</sup> She does not breach any law by obeying

<sup>122</sup> JOHN ALDER: *Constitutional and Administrative Law*. New York: Palgrave Macmillan, 2005, 43.

<sup>123</sup> GEOFFREY MARSHALL: *Constitutional Theory*. Oxford Clarendon, 1971, 9.

<sup>124</sup> FREDERICK WILLIAM MAITLAND: *The Constitutional History of England*. Cambridge: Cambridge Univ. Press 1908, 398.

<sup>125</sup> GEOFFREY MARSHALL: *Constitutional Conventions*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1984, 216.

<sup>126</sup> KENNETH WHEARE: *Modern Constitutions*. London: Oxford Univ. Press, 1951, 179. On the legal or non-legal nature of conventions in detail see JOSEPH JACONELLI: Do constitutional conventions bind? *Cambridge Law Journal*, 2005, 149–176.

<sup>127</sup> COLIN TURPIN: *British Government and the Constitution*. London Butterworths, Lexis-Nexis, 2002, 15.

<sup>128</sup> ALBERT VENN DICEY: *An Introduction to the Study of the Constitution*. 10<sup>th</sup> ed. 1959, 24.

<sup>129</sup> MARSHALL (n. 125) 14.

<sup>130</sup> WHEARE (n. 126) 180.

<sup>131</sup> IVOR JENNINGS: *The Law and the Constitution*. 5<sup>th</sup> ed. London: Univ. of London Press, 1959, 136.

<sup>132</sup> COLIN R. MUNRO: *Studies in Constitutional Law*, London, Butterworths, 1999, 61.

<sup>133</sup> As a matter of fact, the office of PM itself is also based on constitutional convention, see Andrew Le Sueur – MAURICE SUNKIN: *Public Law*. London – New York, Longman, 1997, 56.

this convention, she just uses her powers in a way which *also* fits the conventions.<sup>134</sup>

This is exactly what we need now. The election of Commission members should depend on which MEP faction(s) have the most seats, and who they (in coalition) want to see in the seats of Commission members. But how can the European Council be forced to such a practice? The mere blame of anti-democratic behaviour can probably not force them, as they would refer to the text of TEU which favours a non-parliamentary solution. So the solution would simply be, that the European Parliament by using its veto possibilities (or to put it more bluntly: blackmailing capacity) only accepts those concretely (and before the relevant meeting of the European Council already) defined persons as candidates by the European Council, whom the majority of the European Parliament supports.<sup>135</sup> All other candidates will be refused.

The logic of such a change is not unknown to the EU institutions: before Mr. Barroso the first time became President of the Commission, the European Council intended to propose a person from the political left, even though the elections to the European Parliament have been won by the political right. The European Parliament vetoed the idea, and the European Council had to choose someone from the political right. It would be only one step in the same direction (an important and big step though), if the European Parliament announced that they will accept only one particular person for that position. Such a revolt by the European Parliament is most likely if the political colour of the European Council and of the European Parliament differ, as it happened in Mr. Barroso's case.

Once it happened,<sup>136</sup> the next elections to the European Parliament will already be with a much higher probability about concrete persons to be elected to the position, who would probably even work out some understandable and concrete policies to campaign for votes. These policies could be checked on at the following elections, and if unfulfilled, the Commission could be voted out. With such a transparent and direct link between election and responsibility, i.e., with an effectiveness of popular will, the turnout at European

<sup>134</sup> Conventions in this sense exist also in other countries, but they have their most prominent role in British constitutional life due to the rudimentary legal framework of the British constitution. Cf. JAMES G. WILSON: *American Constitutional Conventions*. *Buffalo Law Review*, 1992, 645–738; A HEARD: *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*. Toronto, 1991; GIUSEPPE UGO RESCIGNO: *Le convenzioni costituzionali*. Padua, 1972.

<sup>135</sup> This would not transform the EU into a majoritarian system (in Lijphart's terminology, see above n. 81) similar to the UK, as the majority support in the EU would still mean a party coalition, and the quasi-constitutional court control of the ECJ (based on the treaties) would strongly limit the Commission. It would become a parliamentary system similar to Germany.

<sup>136</sup> The first time it happens, we probably would not call it as a convention, but the second or third time it will become convention. See above n. 131 and the relevant main text.

Parliament elections would very probably rise,<sup>137</sup> the respective campaign would be much more about EU policies and with the growth of public interest the media would also cover EU affairs more thoroughly.<sup>138</sup> A real European party system would be likely to follow these changes, as the logic of powercontenders makes it necessary to build up the appropriate infrastructure to fight efficiently for power in the EU.<sup>139</sup> If it happened, then the EU government system would become similar to some extent to today's German system, where a party coalition in the lower chamber supports the government, and the upper chamber takes part substantively only in the legislation but not in the formation of the government.

### 3. What shall be done?

The above is a nice plan, but what actually should be done right now? First of all future MEPs have to be convinced that this is a viable way. Strong, willing and able politicians are needed in the European Parliament, who will have enough ambition to make this change. As politicians are mostly not lacking ambition, I am optimistic that soon or later they will make the steps as described above. The right moment when the political colour of the European Parliament and that of the Council will be different in order to play out this conflict will soon or later arrive.

With the words of John Markoff: "One might anticipate a recapitulation of Europe's nineteenth-century struggles over democratisation on a larger scale, in which the power of the European Parliament in Strasbourg in relation to the European bureaucracy becomes a central point of contention."<sup>140</sup> It is happening here and now, and the outcome is likely to be the same as in the 19<sup>th</sup> century. The sooner, the better.

<sup>137</sup> DANA SPINANT: How to make elections sexy: Give voters a say in Europe's top jobs. *European Voice* February 5–11, 2004, 12.

<sup>138</sup> For a mostly similar view see HIX (n. 120) 179–180, 203–204.

<sup>139</sup> The fact that MEPs cannot initiate legislation is not central from a democratic point of view. If their trustees are sitting in the Commission (which has the competence to initiate legislation), then the question who initiates legislation is merely a technical one. Also the fact that the Commission can be dismissed only by a two thirds majority is secondary (a simple majority would probably be healthier though), because democracy's self-correction mechanism at the latest at the next EP elections can work efficiently: for the new Commission only a simple majority is needed (Art. 17(7) TEU).

<sup>140</sup> MARKOFF (n. 12) 135.



HERBERT KÜPPER

**ZWISCHEN STAATSPATERNALISMUS,  
KOLLEKTIVISMUS UND LIBERALEM INDIVIDUALISMUS:  
NORMATIVE GRUNDLAGEN DES MENSCHENBILDS  
IM NEUEN UNGARISCHEN GRUNDGESETZ**

**1. Einleitung**

Dass Verfassungen mehr sind als eine Rechtsnorm, sondern zugleich mindestens auch eine Wertordnung, ist eine Weisheit, die in den letzten Jahrzehnten zum Allgemeingut geworden ist. Nicht zuletzt dank der wissenschaftlichen und verfassungsrichterlichen Tätigkeit des Jubilars hat sich diese Erkenntnis nach der Wende auch in Ungarn durchgesetzt<sup>1</sup>.

Das gedankliche Fundament der Werteordnung einer Verfassung ist ihr Menschenbild, d. h. die Auffassung, die sie vom Einzelnen und seiner Einbettung in das soziale Ganze hat. Da die Verfassung aber auch eine Rechtsnorm ist, ist dieses Menschenbild kein rein philosophisches Gebilde, ist nicht losgelöst von der normativen Substanz der Verfassung, sondern in ihr verankert. Das gilt auch dann, wenn man akzeptiert, dass eine Verfassung auch „unsichtbare“ Teile haben kann<sup>2</sup>. Auch eine „unsichtbare Verfassung“ leitet ihren Geltungsanspruch aus dem Text der Verfassungsurkunde(n) ab.

Hier wird das neue ungarische Grundgesetz vom 25. April 2010 auf seine Aussagen zum Menschen und seiner Stellung in Gesellschaft und Staat hin untersucht. Gegenstand der Betrachtung ist das Grundgesetz als Normtext, sodass ideologisch-politische oder philosophisch-religiöse Kontexte ebenso wie der – mit wachsendem zeitlichem Abstand ohnehin immer unwichtiger werdende – Wille des konkreten historischen Gesetzgebers nur insoweit einbezogen werden, wie sie Niederschlag im Verfassungstext gefunden haben.

<sup>1</sup> ADÁM ANTAL: Az alkotmányi értékek értelmezéséről. *Jura*, 2/2010, S. 115–127; HALMAI GÁBOR: Alkotmányos értékek és demokratikus konszolidáció. *Fundamentum*, 2009/3, S. 31–48; SÓLYOM LÁSZLÓ: Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon. Budapest: Osiris, 2001, insbes. S. 141–156.

<sup>2</sup> Zur „unsichtbaren Verfassung“ als Argumentationstopos des vom Jubilar geleiteten Verfassungsgerichts s. Verfassungsgerichtsentscheidung 23/1990. (X. 31.) AB, Sondervotum von SÓLYOM LÁSZLÓ, ABH 1990, 88, 97; HERBERT KÜPPER: Die ungarische Verfassung nach zwei Jahrzehnten des Übergangs. Einführung mit Textübersetzung, Studien des Instituts für Ostrecht München Bd. 56, Peter Lang Verlag, München 2007, S. 58–59, 82; SÓLYOM op. cit. 117–119., 689–692.

## 2. Theoretische und dogmatische Orientierungspunkte

### 2.1. Die relevanten Akteure

Im Mittelpunkt der Betrachtung des Menschenbildes steht naturgemäß der Einzelne (das Individuum). Allerdings lebt der Mensch nicht isoliert für sich alleine, sondern als ζῷον πολιτικόν eingebettet in die Gemeinschaft mit anderen Menschen. Für Aussagen zum Menschenbild müssen daher drei Akteure unterschieden werden:

- das Individuum,
- die Gesellschaft und
- der Staat.

Ausgangspunkt ist der Mensch selbst. In Bezug auf das Individuum wird das Grundgesetz auf Aussagen über die Natur und das Wesen des Menschen hin untersucht: Wie sieht das Grundgesetz den Menschen als Individuum?

Daneben sind auch die sozialen Bezugspunkte des Menschen wichtig, d.h. Gesellschaft und Staat. Sowohl die Gesellschaft als auch der Staat sind keine dem Menschen vorgegebenen, sondern vom Menschen geschaffene und gestaltete Phänomene und weisen insofern wieder zum Menschen zurück. Dennoch greifen sowohl die Gesellschaft als auch der Staat über den Einzelnen hinaus und stellen ihn in Beziehung zu den anderen Menschen. Da der Staat über das Gewaltmonopol verfügt<sup>3</sup>, steht ihm der Einzelne in einem Über- und Unterordnungsverhältnis gegenüber, d.h. die Beziehung zwischen Einzelem und Staat verläuft in der Vertikalen. Demgegenüber hat die Gesellschaft keine rechtlich institutionalisierten Zwangsmittel<sup>4</sup>, und der Einzelne ist mit den übrigen Einzelnen, die die Gesellschaft ausmachen, im Prinzip gleichrangig. Beziehungen innerhalb der Gesellschaft verlaufen nicht vertikal, sondern horizontal. Daher gehört jedenfalls in einer Marktwirtschaft<sup>5</sup> auch der Bereich der wirtschaftlichen Beziehungen zur Gesellschaft.

Das verfassungsimmanente Menschenbild kann daher mit den folgenden drei Fragestellungen aufgespürt werden:

- Wie sieht die Verfassung das Individuum?
- Wie verhalten sich der Einzelne und die öffentliche Gewalt zueinander?
- Wie verhalten sich der Einzelne und die Gesellschaft zueinander?

<sup>3</sup> Art. C) Abs. 3 Grundgesetz.

<sup>4</sup> Dass auch gesellschaftlicher Druck und Erwartungshaltungen das Verhalten des Einzelnen in hohem Maße beeinflussen können, soll nicht verkannt werden; aus rechtlicher Sicht sind dies jedoch informelle Einflüsse, die mit dem formellen Gewaltmonopol des Staates nicht verglichen werden können.

<sup>5</sup> Art. M) Grundgesetz sieht für Ungarn eine marktwirtschaftliche Ordnung vor, auch wenn das Wort „Marktwirtschaft“ – anders als in der alten Verfassung – nicht erwähnt wird.

Für das Menschenbild weniger aussagekräftig sind die Aussagen der Verfassung zum Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. Aber auch dieser Aspekt soll nicht völlig außer Acht gelassen werden.

## *2.2. Kategorien des Verhältnisses der Akteure zueinander*

Das Beziehungsgeflecht innerhalb des Akteursdreiecks Einzelner – Gesellschaft – Staat kann verschieden gedeutet werden. Unterschiede ergeben sich vor allem daraus, welcher der drei Akteure in den Vordergrund gerückt wird. In der Folge werden die möglichen Auffassungen Individualismus, Kollektivismus und Staatspaternalismus abstrakt vorgestellt. Hierbei wird zur Verdeutlichung die jeweilige Position überspitzt dargestellt; in der philosophischen ebenso wie in der verfassungsrechtlichen Realität herrschen Mischpositionen vor.

### *a) Individualismus*

Der Individualismus (den man in gewisser Weise auch als Liberalismus bezeichnen kann) stellt den Einzelnen mit seiner Freiheit und seinem freien Willen in das Zentrum aller sozialen Beziehungen. Im Konfliktfall genießen die Freiheit des Individuums und sein frei gebildeter Wille Vorrang vor dem Staat, dem staatlichen Willen sowie vor den Pflichten, die sich aus der gesellschaftlichen Einbettung des Einzelnen ergeben. Juristischer Ausdruck dieses Individualismus sind vor allem die Grundrechte.

Dem Menschenbild des Individualismus liegt die Annahme zugrunde, dass der Einzelne am besten weiß, was gut für ihn ist, und daher autonom über sein Leben bestimmen soll. Zudem ist der Einzelne fähig und willens, für sich und seine Handlungen die Verantwortung zu tragen und dabei auch das öffentliche Wohl zu berücksichtigen. Wenn das Individuum seinen Willen frei betätigen darf, garantiert dies für eben dieses Individuum die besten Lösungen. Das ist aber noch nicht alles: Das öffentliche Wohl wird als Summe allen individuellen Wohls gesehen, und je mehr individuelles Wohl jeder Einzelne kraft seiner Freiheit akkumulieren kann, desto mehr steigt auch das gesamtgesellschaftliche öffentliche Wohl. In diesem Gedankengang besteht die Gesellschaft aus einzelnen Individuen, sie schöpft ihre Existenz und auch ihren Wert ausschließlich aus der Existenz und dem Wert der sie konstituierenden Einzelmenschen. Deshalb kommt dem Einzelnen, seiner Freiheit und seinem freien Willen Vorrang zu.

### *b) Kollektivismus*

Der Kollektivismus geht von der Grundannahme aus, dass der Mensch ein soziales Wesen ist. Deshalb sind die Interessen der Gesamtheit der Menschen

wichtiger als das Interesse des Einzelnen. Ohne einen Vorrang der kollektiven Interessen ist ein menschliches Zusammenleben nicht möglich. Im Konfliktfall setzen sich daher die gesellschaftlichen – oder, im Sprachgebrauch des Grundgesetzes, die „gemeinschaftlichen“ (közösségi) – Interessen gegenüber der Freiheit des Einzelnen durch. Danach ist der Einzelne eher Inhaber von Pflichten und nicht so sehr Subjekt von Rechten. Juristischen Ausdruck findet diese Anschauung vor allem in den Grundrechtsschranken, v.a. in der Schranke der „Rechte anderer“. Auch Grundpflichten können Ausdruck eines kollektivistischen Menschenbilds sein.

Dem Menschenbild des Kollektivismus liegt die Anschauung zugrunde, dass die Gesellschaft oder Gemeinschaft wichtiger ist als der Einzelne. Diese Wertung wiederum beruht auf der Grundannahme, dass die Gemeinschaft mehr ist als die Summe der Individuen, aus denen sie besteht. Danach ist das Kollektiv eine von seinen Mitgliedern unabhängige Formation, die über eine eigene, nicht bloß von ihren Mitgliedern abgeleitete Existenz und Werthafteit verfügt.

### *c) Staatspaternalismus*

Der Staatspaternalismus, der den Staat in den Mittelpunkt des sozialen Beziehungssystems rückt, ist in gewisser Weise eine Spielart des Kollektivismus. Er unterscheidet sich allerdings so stark von dem soeben dargestellten Kollektivismus, dass eine eigene Kategorie sinnvoll ist. Die Interessen der Gesamtheit der Menschen, d.h. das öffentliche Wohl und das öffentliche Interesse, werden in dieser Variante durch den Staat vertreten. In einem demokratischen Staat ist es die Existenzaufgabe und Existenzberechtigung des Staates, das öffentliche Wohl zu definieren und durchzusetzen; zu diesem Zweck wählen die Bürger ein Parlament und wählen es auch wieder ab, wenn die Präferenzen wechseln. Das Parlament als Staatsorgan definiert entsprechend der Einstellung der Mehrheit das öffentliche Wohl und das öffentliche Interesse. Solange der Staat das „Instrument“ der einzelnen Wahlbürger ist, kann er legitimerweise das Gleichgewicht zwischen dem von ihm definierten öffentlichen Wohl und den von jedem Einzelnen selbst definierten individuellen Interessen suchen und durchsetzen. Juristischen Ausdruck gewinnt dies wiederum in den Grundrechtsschranken, hier wiederum v.a. in der Einschränkung von Grundrechten aus dem öffentlichen Wohl und zugunsten nicht-individueller Verfassungswerte, sowie in Schutzpflichten des Staates.

Aus dieser – in jedem demokratischen Rechtsstaat selbstverständlichen – staatlichen Ausgleichsrolle erwächst die Gefahr eines Staatspaternalismus, falls der Staat ein zu großes Gewicht erhält und ihm gestattet wird, die Freiheit des Einzelnen, aber auch die Entfaltung der Gesellschaft zu beschränken oder gar zu lenken. Ein extremes Beispiel hierfür ist der totalitäre Staat. Dieser hat

in Ostmitteleuropa aufgehört zu existieren, aber der Staatspaternalismus ist in dieser Region durchaus noch sehr aktiv.

Das Menschenbild des Staatspaternalismus beruht auf dem Gedanken, dass der Staat besser als der Einzelne weiß, was gut für den Einzelnen ist, und auch besser als die Gesellschaft und ihre Akteure weiß, was gut für die Gesellschaft ist. Der Einzelne ist unfähig oder unwillig, für sich und seine Handlungen die Verantwortung zu übernehmen, und ist erst recht mit der Verantwortung für das gemeinsame Ganze überfordert. Damit erwächst dem Staat die Aufgabe, nicht nur kollektive Werte und Interessen zu schützen, sondern ggf. auch den Einzelnen vor sich selbst und seiner „Dummheit“ in Schutz zu nehmen, sowie auch die Gesellschaft vor sich selbst zu schützen.

Anders als der liberale demokratische Rechtsstaat, der sich darauf beschränkt, das öffentliche Wohl zu definieren und dies mit den ihm seitens der Betroffenen vorgegebenen individuellen Interessen in Ausgleich zu bringen, definiert der paternalistische Staat auch die Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft. Er wird so zu einer Art Vormund des Einzelnen und der Gesellschaft als Ganzer. Diese Art der Entmündigung des Individuums und der Gesellschaft durch den Staat – der aufseiten des Einzelnen und der Gesellschaft eine große Bereitschaft zur Selbstentmündigung entspricht – hat in Ostmitteleuropa spätestens seit den Tagen des Habsburger Absolutismus Tradition<sup>6</sup>. Die kommunistische Diktatur verstärkte diese Tendenz noch.

#### d) *Zusammenschau*

Die zuvor in einer radikalen Einseitigkeit dargestellten Grundpositionen geben ein theoretisches Orientierungsmuster vor. In der Praxis bestehen regelmäßig Mischmodelle. Auch im ungarischen Grundgesetz finden sich Elemente aller drei Auffassungen.

### 3. Individualistische Elemente im Grundgesetz

Aussagen zum Einzelnen finden sich an mehreren Stellen im Grundgesetz. Sie beziehen sich auf die Verantwortung und damit auch auf die Verantwortungsfähigkeit des Menschen, auf seine persönliche Autonomie und sein Verhältnis zum Staat als institutionalisierter Machtorganisation des Kollektivs.

<sup>6</sup> HERBERT KÖPPER: Rechtliche Rahmenbedingungen zivilgesellschaftlicher Entwicklung in Südosteuropa. In ANTON STERBLING (Hrsg.): *Zivilgesellschaftliche Entwicklungen in Südosteuropa*. Südosteuropa-Jahrbuch Bd. 36, München: Verlag Otto Sagner, 2008, S. 65–94.

### 3.1. Der Einzelne als Subjekt von Verantwortung

Die Grundaussage zur Stellung des Einzelnen enthält Art. O): „Jeder ist für sich selbst verantwortlich und ist gemäß seinen Fähigkeiten und Möglichkeiten verpflichtet, zur Erfüllung der staatlichen und gemeinschaftlichen Aufgaben beizutragen.“. Danach soll sich das Individuum nicht auf Gesellschaft und Staat verlassen, sondern seinerseits eine Stütze für Staat und Gesellschaft sein: Ausgangspunkt des sozialen Zusammenlebens ist der seiner Verantwortung gerecht werdende Einzelne, nicht etwa das Kollektiv, weder als Gesellschaft noch als Staat. Hierin kommt die individualistische Grundauffassung deutlich zum Ausdruck, denn die Vorschrift zeigt, dass der Einzelne weder Staat noch andere Kollektive als Vormund braucht<sup>7</sup>.

In dieselbe Richtung wirkt die Überschrift zum Grundrechtekapitel: „Freiheit und Verantwortung“. Nicht nur die Freiheit drückt die Stellung des Individuums aus, sondern auch die Verantwortung. Dadurch zeigt das Grundgesetz, dass es den Einzelnen für fähig hält, Verantwortung zu übernehmen und ihr gerecht zu werden. Damit ist zwar auch eine Inpflichtnahme des Einzelnen verbunden, die zu Freiheitsbeschränkungen führen kann. Aber die Überschrift zeigt eben auch, dass Gesellschaft und Staat funktionieren können, wenn man die Verantwortung dem Einzelnen überlässt und nicht beim Staat oder gesellschaftlichen Einrichtungen ansiedelt. Die „Garantie“ für die Funktionsfähigkeit des zwischenmenschlichen Zusammenlebens liegt beim Einzelnen, nicht bei kollektiven Akteuren; der Einzelne wird nicht „entmündigt“. Dies spricht für eine individualistische Grundauffassung.

Neben diesen zwei allgemeinen Aussagen erinnert das Grundgesetz auch in manchen Einzelregelungen an die Verantwortung – und damit an die Verantwortungsfähigkeit – des mündigen Individuums. So verteilt Art. P) die Verantwortung für die Pflege und Bewahrung des natürlichen und kulturellen Erbes auf den Staat und den Einzelnen. Dies ist eine realistische Einschätzung, weil die natürliche und menschengemachte Umwelt nur bewahrt werden kann, wenn – zusätzlich zu den Anstrengungen des Staates – jeder Einzelne sein Verhalten daran ausrichtet. Dass das Grundgesetz die Aufgabe nicht alleine dem Staat überträgt, zeigt seinen Abschied von der paternalistischen Überschätzung der Möglichkeiten des Staates, vor allem im Kontrast zu der Vorgängernorm des § 18 Verfassung 1949, wonach es Aufgabe des Staates war, das Jedermann-Recht auf eine gesunde Umwelt zu verwirklichen. Parallel hierzu betont auch die Präambel in dem mit „vállaljuk“ be-

<sup>7</sup> Die Venedig-Kommission bemängelt in ihrer Stellungnahme zum ungarischen Grundgesetz CDL-AD(2011)016 vom 17.–18. Juni 2011, Rn. 52, dass diese Vorschrift sehr vage sei und wenig juristische Substanz habe. In ihrer Antwort, CDL(2011)058, verweist die Regierung darauf, dass Art. O) nicht gegen die menschenrechtlichen Verpflichtungen Ungarns verstoße.

ginnenden Satz<sup>8</sup> die Rolle und die Verantwortung jedes Einzelnen bei der Bewahrung des genannten Natur- und Kulturerbes.

Schließlich spiegelt sich die Verantwortung des Einzelnen auch in den sozialen Gewährleistungen des Art. XIX. Abs. 1 nieder. Bestimmte Risiken, die jeden treffen oder treffen können (Mutterschaft, Krankheit, Verlust von Ehegatten oder Eltern, Alter), werden ohne Weiteres erfasst und sozialisiert, während das individuelle Schicksal Arbeitslosigkeit nur ein Recht auf Versorgung gibt, falls sie „unverschuldet“ eintritt. Auch die Wortwahl der „Gefallenen“ in der Präambel, fünfter „valljuk“-Satz, spricht für eine Beschränkung auf Personen, die für ihre Lage nichts können. Bei Risiken, die der Einzelne beeinflussen kann, soll er nur Anspruch auf Unterstützung durch Staat und Gesellschaft haben, falls ihn am Eintritt des Risikos kein Verschulden trifft. Selbstverschuldete Risiken hingegen soll jeder selbst tragen; dies ist Ausdruck einer individualistischen Zuweisung von Lebensrisiken.

### 3.2. Die Selbstbestimmung des Einzelnen

Das zur Verantwortung fähige Individuum kann in Selbstbestimmung sein Verhalten steuern. Diese Selbstbestimmung sollen alle Grundrechte, insbesondere die Freiheitsrechte schützen.

#### a) Allgemeine Garantie der persönlichen Autonomie

Die allgemeine Garantie der persönlichen Autonomie ist die so genannte allgemeine Handlungsfreiheit, nach der der Einzelne alles tun kann, was nicht ausdrücklich verboten ist, und der Staat Verbote nur unter bestimmten Bedingungen aussprechen darf. Sie wird im Grundgesetz nicht wörtlich erwähnt, aber dies war bereits in der alten Verfassung von 1949/1990 nicht anders. Unter der alten Verfassung wurde die allgemeine Handlungsfreiheit aus der Menschenwürdegarantie in § 54 Abs. 1 abgeleitet<sup>9</sup>; dasselbe dogmatische Vorgehen ist in Bezug auf die Menschenwürdegarantie in Art. II. Grundgesetz möglich. Damit schützt das Grundgesetz ebenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit.

<sup>8</sup> Da die recht lange Präambel keine Untergliederungen aufweist, werden Zitatstellen aus der Präambel mit dem ersten Wort des jeweiligen Satzes nachgewiesen.

<sup>9</sup> GEORG BRUNNER – HERBERT KÖPPER: Der Einfluß des deutschen Rechts auf die Transformation des ungarischen Rechts nach der Wende durch Humboldt-Stipendiaten: Das Beispiel Verfassungsgericht. In HOLGER FISCHER (Hrsg.): *Wissenschaftsbeziehungen und ihr Beitrag zur Modernisierung*. Das deutsch-ungarische Beispiel. München: Oldenbourg Verlag, 2005, S. 421–449 (445); CATHERINE DUPRÉ: *Importing the Law in Post-Communist Transitions*. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity. Portland (Oregon): Hart Publishing, 2003; SÓLYOM op. cit. 452–460.; ZAKARIÁS KINGA, in JAKAB ANDRÁS (Hrsg.): *Az Alkotmány kommentárja*. Bd. II. Budapest: Századvég, 2009, § 54, insbes. Rn. 12.

Überhaupt spricht es für eine individualistische Auffassung, dass die Menschenwürde einen herausgehobenen Platz im Grundgesetz einnimmt. Sie ist das erste spezifisch genannte Grundrecht; alle anderen Grundrechte einschließlich des Lebens werden nach ihr geregelt. In der Präambel, erster „valljuk“-Satz, wird die Menschenwürde als „Grundlage der menschlichen Existenz“ bezeichnet. Gerade die Menschenwürde kann noch wesentlich besser als die Garantie des Lebens die Abkehr von einer totalitären Auffassung und die Hinwendung zum (einzelnen) Menschen als dem Zentrum allen menschlichen Zusammenlebens ausdrücken<sup>10</sup>.

Eine gewisse Infragestellung der Menschenwürde kann man aus dem besonderen Arbeitsethos herauslesen, der in der Präambel, 4. „valljuk“-Satz, und in Art. XIX. Abs. 3 angelegt ist<sup>11</sup>. Diese Bestimmungen gemahnen an die Einstellung der totalitären Ideologien des 20. Jh. – sowohl von links als auch von rechts – zur Arbeit. Danach waren der Wert und die Würde des Menschen nicht „angeboren“, sondern der Einzelne musste sich Würde und Wert erst verdienen, und zwar durch seine Arbeit: Er musste sich seine Position „erarbeiten“. Das widerspricht der individualistischen Auffassung, dass jedem Menschen Würde zukommt unabhängig davon, was er tut oder für die Gemeinschaft leistet. Daher haben die genannten Vorschriften zur Arbeit das Potenzial, im Wege der Auslegung die Menschenwürde zu relativieren, um illiberalen Ideologien Raum zu verschaffen.

#### *b) Spezielle Garantien der persönlichen Autonomie*

Neben der allgemeinen Menschenwürdegarantie werden einzelne Aspekte der persönlichen Autonomie durch besondere Vorschriften hervorgehoben. Das betrifft die Selbstbestimmung über den eigenen Körper in Art. III. Abs. 2, die genetische Identität und den Schutz gegen die Kommerzialisierung des Körpers (beide in Art. III. Abs. 3) sowie die Garantien gegen eine unverhältnismäßige Ausdehnung der lebenslangen Freiheitsstrafe in Art. IV. Abs. 2 Satz 2. Gerade die lebenslange Freiheitsstrafe birgt die Gefahr, dem Menschen seine Subjektqualität zu nehmen und zum reinen Objekt staatlichen Handelns zu machen, was gegen die Menschenwürde verstoßen würde.

<sup>10</sup> PHILIP KUNIG, in INGO von MÜNCH – PHILIPP KUNIG (Hrsg.): *Grundgesetz-Kommentar* Bd. 1, 5. Aufl. München: Beck, 2000, Art. 1 Rn. 6.

<sup>11</sup> Hierzu auch unten Punkt IV. 5. b).



### 3.3. Die Garantie der Selbstverteidigung

Ohne Vorläufer ist die nicht einfach zu handhabende Vorschrift des Art. V.: „Jeder hat gemäß den Bestimmungen in einem Gesetz das Recht auf die Abwehr rechtswidriger Angriffe, die gegen seine Person beziehungsweise sein Eigentum gerichtet sind oder diese unmittelbar bedrohen“. Dem Wortlaut nach sind zwei Auslegungen möglich:

- Der Einzelne hat das Recht auf Selbstverteidigung (individualistische Auffassung).
- Der Einzelne hat einen Anspruch darauf, dass der Staat ihn gegen rechtswidrige Angriffe verteidigt (staatspaternalistische Auffassung).

Die besseren Gründe sprechen für die erste Auslegung, wonach Art. V. eine Art Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol in Art. C) Abs. 3 ist.

Diese Interpretation des Art. V. stärkt die Autonomie des Einzelnen: Er braucht eben nicht zu warten, bis der Staat ihm hilft, sondern darf sich selbst helfen.

### 3.4. Der Staat im Dienste des Menschen

Dass die Präambel im siebten „valljuk“-Satz den Staat in den Dienst des Menschen stellt, stärkt die individualistische Substanz des Grundgesetzes. Der Einzelne wird gegen die „Verstaatlichung“, gegen seine Vereinnahmung durch den Staat geschützt. Dies ist ein klarer Gegenpol zum Staatspaternalismus, der den Einzelnen zum passiven Objekt staatlicher Fürsorge und Schutzgewährung machen will. Der vorangehende sechste „valljuk“-Satz kann allerdings je nach Auslegung in die entgegengesetzte Richtung wirken<sup>12</sup>.

Flankiert wird die individualstärkende Wirkung des siebten „valljuk“-Satzes durch das Recht auf gute Verwaltung gemäß Art. XXIV. Die rationale Verwaltung (Art. XXVI.) kann diese Tendenz noch verstärken.

## 4. Kollektivistische Elemente im Grundgesetz

Der Kollektivismus betont die Einbindung des Einzelnen in die Gesellschaft und die sich hieraus ergebenden Pflichten. Im Grundsätzlichen weist hierauf die Präambel in dem zweiten „valljuk“-Satz hin. Danach kann sich die individuelle Freiheit nur in Zusammenarbeit mit anderen entfalten. Der Einzelne wird eingebunden in die Gemeinschaft mit den anderen. Der Verweis auf die Zusammenarbeit oder das Zusammenwirken mit anderen zeigt, dass es

<sup>12</sup> Näher hierzu Punkt III. 4.

nicht nur um ein unverbundesenes Nebeneinander geht, sondern dass eine Einbindung des Einzelnen gemeint ist.

Nach dem die individualistischen Werte betonenden ersten „valljuk“-Satz bringt der zweite „valljuk“-Satz die Einbindung eines jeden in das Kollektiv zum Ausdruck. Beide Sätze sind zusammen zu lesen. Sie enthalten die alte Dichotomie von Individuum und Gesellschaft, deren Auflösung die europäische Philosophie bereits seit ihren Anfängen beschäftigt. Die beiden Sätze des Grundgesetzes gehen davon aus, dass das Individuum zwar der zentrale Wert der Verfassungsordnung, aber ohne Einbettung in gesellschaftliche Zusammenhänge nicht vorstellbar ist.

Neben dieser Generalklausel finden sich im Grundgesetz mehrere Vorschriften, die den Einzelnen jeweils in konkrete soziale Formationen einbinden.

#### **4.1. Einbindung in die Nation oder Nationalität**

Die wichtigste Einbindung des Einzelnen erfolgt in die Nation, die ihrerseits der höchste Wert der Verfassungsordnung ist und insbesondere in der Präambel, aber auch in den Grundlagenvorschriften stark betont wird.

Das Grundgesetz definiert „Nation“ nicht<sup>13</sup>. Insbesondere die Vorschriften zu den Minderheiten in Ungarn und den Ungarn jenseits der Grenzen zeigen aber, dass die Ethnonation gemeint ist, wie sie sich in Osteuropa im 19. Jh. herausgebildet hat. Mit der westeuropäischen Idee einer demokratischen Staatsbürgernation sind die Aussagen des Grundgesetzes zur Nation ebenso wenig vereinbar wie mit dem Konzept der Kulturnation, wie es im deutschen Sprachraum entwickelt wurde.

##### *a) Nation*

Die Einbindung des Einzelnen in die Nation wird an zahlreichen Stellen und unter mehreren Gesichtspunkten angesprochen.

Das grundlegende Verhältnis zwischen Nation und nationsangehörigem Einzelnen kommt im dritten „valljuk“-Satz der Präambel zum Ausdruck. Danach sind die beiden wichtigsten Rahmen des menschlichen Zusammenlebens die Nation und die Familie. Da die Familie in Art. L) Abs. 1 ihrerseits für die Nation instrumentalisiert wird, führt der Verweis auf die Familie indirekt wieder zur Nation zurück. Diese wird als wichtigster Bezugsrahmen für das Individuum festgeschrieben.

<sup>13</sup> Zum Nationsbegriff der alten Verfassung s. HELGE HORNBURG: A nemzet fogalma a magyar jogrendszerben, különös tekintettel a szomszédos államokban élő magyarokra. In JAKAB ANDRÁS-TAKÁCS PÉTER (szerk.): *A magyar jogrendszer átalakulása. 1985/1990–2005*. Budapest: Gondolat-ELTE, 2007, 2. Bd., S. 970–983.

Dieser Nation wird ein „Wille“ zugesprochen, wie aus dem letzten Abschnitt der Präambel hervorgeht: Die „Ungarn der Vergangenheit, der Gegenwart und der Zukunft“ schließen einen imaginären Vertrag in Gestalt des Grundgesetzes zur Gestaltung des Rahmens für das gemeinsame Leben. Diese Formulierung vereinnahmt alle „Ungarn“ für die Nation, ob sie wollen oder nicht. Der „Sozialvertrag“ als Grundlage des staatlichen Zusammenlebens wird uminterpretiert in einen „nationalen Vertrag“; die demokratische Substanz des Vertragsgedankens wird durch eine ethnische Substanz bestenfalls ergänzt, schlimmstenfalls ersetzt – je nach Auslegung. Neben diesem kollektivistischen Element enthält die Formulierung der Präambel aber auch eine individualistische Komponente: Sie macht klar, dass sich die Nation aus den einzelnen Menschen zusammensetzt, führt damit die Nation auf ihre Mitglieder zurück. Es entsteht eine Wechselwirkung aus kollektiver und individualistischer Anschauung: Die einzelnen ungarischen Menschen bilden die Nation, aber die Zugehörigkeit zu ihr und ihr „Wille“ binden jedes Mitglied der Nation – unabhängig von der Frage, wer berufen ist, den Willen einer „Nation“ zu erkennen und zu formulieren.

Damit erhebt sich die Frage, wer Mitglied der Nation ist. Wie bereits dargelegt, ist die Nation des Grundgesetzes eine Ethnonation. Mitglieder der Nation sind daher alle ethnischen Ungarn, egal ob sie in Ungarn oder außerhalb wohnen. Wenn man einen Widerspruch zwischen den übrigen Vorschriften, aus denen die Ethnonation hervorgeht, und dem letzten Abschnitt der Präambel vermeiden will, muss man auch die „Ungarn der Vergangenheit, der Gegenwart und der Zukunft“ als ethnische Ungarn auffassen. Nur so wird eine Deckungsgleichheit zwischen „Nation“ und der generationenübergreifenden Gesamtheit der Ungarn erreicht.

Die Verwendung eines ethnischen Nationsbegriffs führt dazu, dass dem Einzelnen seine nationale Zugehörigkeit zugeschrieben wird: Sie wird als „angeboren“ betrachtet, d.h. als eine pseudo-objektive „Tatsache“, weshalb der Einzelne nicht frei entscheiden kann, ob er der Nation angehören will; die Zugehörigkeit zur ungarischen Nation kann der Einzelne höchstens durch Assimilierung an eine andere Ethnizität und damit andere „Nation“ aufgeben. Diese staatliche Zuschreibung der nationalen Identität ist ein starkes kollektivistisches Element, da der Einzelne in eine Identität gezwungen wird, aus der er nur sehr schwer ausbrechen kann<sup>14</sup>.

Ebenfalls kollektivistisches Gedankengut trägt die an mehreren Stellen des Grundgesetzes ausgesprochene Betonung der „Einheit“ der Nation. Insbesondere die Präambel im „tiszteletben tartjuk“-Satz und Art. 9 erklären die Ein-

<sup>14</sup> Zur Problematik der staatlichen Zwangsdefinition oder -zuschreibung einer individuellen Identität s. JAKAB ANDRÁS: *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei*. Budapest: Hvg-Orac, 2011, S. 180–182.

heit der Nation zu einem unbedingt zu bewahrenden Wert. Die „Einheit der Nation“ lässt sich auf zwei Arten interpretieren:

– Die Nation orientiert sich nicht an Staatsgrenzen, sondern sie existiert einheitlich überall dort, wo ethnische Ungarn leben.

– Die Nation drückt sich in bestimmten Traditionen und Verhaltensmustern aus. Einheit der Nation bedeutet, dass die zur Nation gehörenden Individuen verpflichtet sind (oder es zumindest von ihnen erwartet wird), diese Traditionen und Verhaltensmuster zu pflegen. In dieser Interpretation würde die Zugehörigkeit zur Nation die Freiheit des Einzelnen stark einschränken, weil er in der Pflicht oder Erwartung steht, ein „nations-konformes“ Leben zu führen. Eine solche Auffassung von Nation übt eine stark homogenisierende Wirkung auf das soziale, kulturelle und sonstige Leben ihrer Mitglieder aus.

Welche der beiden Auffassungen der „Einheitlichkeit der Nation“ zugrunde liegt, ergibt sich teilweise aus dem „igérvük“-Satz der Präambel, wo von „unserer in den Stürmen des vergangenen Jahrhunderts in Teile zerbrochenen Nation“ die Rede ist. Dies ist eine Anspielung auf die Grenzziehung von Trianon, was auf die erste Interpretation verweist, wonach die Existenz der Nation nicht an den Staatsgrenzen Halt macht. Allerdings wird dieser Satz fortgeführt: Die „geistige und seelische Einheit“ eben dieser Nation muss bewahrt werden; Subjekt dieser Verpflichtung ist „wir“, d.h. die Mitglieder der Nation. Damit wird dem nationszugehörigen Einzelnen eine Pflicht des Bewahrens auferlegt. In dem genannten, auf die Grenzen von Trianon anspielenden Zusammenhang ist dies so zu verstehen, dass der Einzelne nicht vergessen soll, dass die ungarische Ethnonation teilweise im Ausland lebt; es bedeutet hingegen nicht, dass der Einzelne seine Lebensführung an als „national“ definierten Verhaltensmustern ausrichten muss.

Im Übrigen macht Art. D) es vor allem dem Staat zur Pflicht, den grenzüberschreitenden Zusammenhalt der Nation zu pflegen. Das Individuum hat keine Pflicht in diesem Zusammenhang. Bestimmte Bewahrenspflichten ergeben sich nur aus Art. P), wonach neben dem Staat auch „jeder“ – also nicht nur die Mitglieder der Nation – verpflichtet ist, das Natur- und Kulturerbe zu pflegen und zu bewahren<sup>15</sup>.

Exkursweise sei nur angedeutet, dass das Grundgesetz die Nation als so hohen Wert betrachtet, dass sie auch den Staat in den Dienst der Nation stellt; dies geht aus Art. D), Art. 38 und anderen Textstellen hervor. Das birgt einen gewissen Widerspruch zur Volkssouveränität gemäß Art. B) Abs. 4, denn das Volk als Summe aller Staatsangehörigen ist mit der Nation nur teilweise identisch – das macht die Präambel im „igérvük“-Satz klar, wo sie die

<sup>15</sup> Näher hierzu oben Punkt III. 1.

politische Rolle der Minderheiten in Ungarn definiert: Sie sind Teil des politischen Lebens, aber eben nicht der Nation. Die Präambel bezeichnet die Nationsangehörigen mit „wir“ und die Nationalitäten mit „sie“ und macht die Ausgrenzung so auch grammatisch deutlich<sup>16</sup>. Wenn nun der Staat in den Dienst einer Gruppe (in diesem Fall der Nation) gestellt wird, die mit dem Souverän, d.h. dem Volk, nur teilweise identisch ist, gefährdet dies die Volkssouveränität und damit auch die Demokratie und widerspricht zudem dem letzten Abschnitt der Präambel, wo der Staat in den Dienst der Staatsbürger – und eben nicht der Mitglieder der Nation – gestellt wird. Dieser Widerspruch ist im Text des Grundgesetzes angelegt und durch Interpretation kaum aufzulösen.

#### *b) Nationalität (Minderheit)*

Da die Nation im Sinne des Grundgesetzes nur die ethnischen Ungarn umfasst, bleibt ein Teil der Staatsbürger außerhalb der Nation und folglich auch außerhalb der Bindungen, die das Grundgesetz für die Angehörigen der Nation vorsieht<sup>17</sup>. Für diese Staatsbürger sieht das Grundgesetz allerdings die Einbindung in ein paralleles Kollektiv vor: das der Nationalität (ethnischen Minderheit). Sowohl die Nation als auch die Minderheit definieren sich durch Ethnizität, sie sind insofern zwei Seiten einer Medaille.

Auch zum Verhältnis Einzelner – Nationalität enthält das Grundgesetz Aussagen. Die Formulierung „Jeder ungarische Staatsbürger, der irgendeiner Nationalität angehört“ in Art. XXIX. Abs. 1 Satz 2 scheint darauf hinzuweisen, dass das Grundgesetz den Minderheitenangehörigen genauso wie den Angehörigen der Nation die Zugehörigkeit zum Kollektiv ungefragt zuordnet, d.h. als eine pseudo-objektive Kategorie unabhängig vom Willen des Betroffenen behandelt. Der zweite Teil des zitierten Satzes hingegen gewährt dem Einzelnen das Recht, seine Identität frei zu wählen; dieses Recht steht in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Minderheitenschutzinstrumenten, aber auch mit der Definition der Minderheit in § 1 Abs. 1 Minderheitengesetz<sup>18</sup>, der zufolge jemand einer Minderheit angehört, der sich „als irgendeiner nationalen oder ethnischen Minderheit zugehörig betrachtet“. Mithin ist die Zugehörigkeit zu einer Nationalität vom Willen und der freien Selbstdefinition des Einzelnen abhängig, während die Zugehörigkeit zur Nation so lange nicht aufgegeben werden kann, wie die ungarische Ethnizität besteht; sie ist von Verfassungs wegen zwingend und der freien Entscheidung des Individuums entzogen. Im Ergebnis erleichtert die

<sup>16</sup> JAKAB (Fn. 14), S. 180. Dies kritisiert die Venedig-Kommission in ihrer Stellungnahme (Fn. 7), Rn. 40, als undemokratisch.

<sup>17</sup> Zu diesen Bindungen zuvor Punkt a).

<sup>18</sup> Gesetz 1993LXXVII über die Rechte der nationalen und ethnischen Minderheiten.

freie Identitätswahl der Nationalitätenangehörigen und die Zwangszugehörigkeit zur Nation bei den Mehrheitsangehörigen die Assimilation der Minderheiten an die Mehrheit.

#### *4.2. Einbindung in die Familie*

Die zweite soziale Formation, in die das Individuum von dem Grundgesetz eingebunden wird, ist die Familie. Sie ist gemäß dem zweiten „valljuk“-Satz der Präambel neben der Nation der wichtigste soziale Bezugsrahmen des Einzelnen. Da die Familie gemäß Art. L) Abs. 1 nur in ihrer Funktion als „Grundlage des Fortbestehens der Nation“ staatlich geschützt ist, verweist auch die Einbindung in die Familie indirekt wieder auf die Einbindung in die Nation.

Anders als die Ehe ist die Familie kein primär rechtliches Institut, sondern ein soziales Phänomen, das dem Staat und dem Recht vorgegeben ist. Die Bedeutung der Familie und der Einbindung des Einzelnen in Familienverbände geht aus Art. XVI. hervor. Danach ist die Familie eine Einheit, die auf gegenseitiger Solidarität und der Übernahme von Verantwortung füreinander beruht.

#### *4.3. Einbindung in das Christentum*

Die Einbindung des Einzelnen in religiöse Kontexte ist nur schwach ausgeprägt. Die Garantie der Religionsfreiheit in Art. VII. umfasst auch die negative Religionsfreiheit und geht von der Gleichheit der Religionsgruppen aus.

Im Gegensatz hierzu wird im „elismerjük“-Satz der Präambel das Christentum gegenüber den übrigen Religionen hervorgehoben, zugleich aber auch auf die Nation bezogen: Gewürdigt wird seine „nationserhaltende Rolle“, insbesondere – aber vielleicht, je nach Auslegung, nicht ausschließlich – in historischer Perspektive<sup>19</sup>. Eine Pflicht der Mitglieder der Nation, dem Christentum anzugehören oder ihr Leben an christlichen Lehren auszurichten, ergibt sich angesichts der eindeutigen Garantie der Religionsfreiheit auch für die Mitglieder der Nation nicht. Für das Menschenbild des Grundgesetzes ist die Hervorhebung des Christentums daher wenig aussagekräftig.

<sup>19</sup> Nur eine solche historisierende Auslegung ist mit den völkerrechtlichen Pflichten Ungarns vereinbar: Stellungnahme der Venedig-Kommission (Fn. 7), R.n. 32, 71–73.

#### **4.4. Bindung an die kommenden Generationen**

Das Grundgesetz betont stark die kommenden Generationen (als Teil der Nation, wie aus der Präambel hervorgeht), ihre Interessen und Lebensgrundlagen. Der „vállaljuk“-Satz der Präambel legt eine Verantwortung des Einzelnen für die Nachfahren und deren Lebensumstände fest, was für den Einzelnen mit Pflichten einhergeht.

Eine nähere Konkretisierung dieser Pflichten enthält v.a. Art. P), der nicht nur dem Staat, sondern eben auch dem Einzelnen die Verantwortung für die Pflege des Natur- und Kulturerbes auferlegt. Das ist zum einen eine Anerkennung der Verantwortungsfähigkeit des mündigen Individuums<sup>20</sup>, zum anderen aber auch die Einbindung des Einzelnen in einen Pflichtenstatus. Aus der Sicht des Menschenbildes ist hierbei von Bedeutung, dass die Menschen der früheren, jetzigen und kommenden Generationen einen „Vertrag“ schließen, das Grundgesetz. Da das Grundgesetz diesen Vertrag auf die Nation bezieht, ist er bereits im Zusammenhang mit der Einbindung des Einzelnen in die Nation behandelt worden.

#### **4.5. Bindungen, die sich aus dem Zusammenleben der Menschen ergeben**

Wie bereits in der Präambel im zweiten „vállaljuk“-Satz angedeutet, betrachtet das Grundgesetz den Menschen als soziales Wesen, das zur Verwirklichung seiner Freiheit das Zusammenleben mit anderen braucht<sup>21</sup>. Die Einbettung des Individuums in das zwischenmenschliche Zusammenleben und die sich hieraus ergebenden Bindungen für den Einzelnen werden vom Grundgesetz darüber hinaus in mehrerer Hinsicht spezifiziert. Die wichtigste Spezifizierung erfolgt im Hinblick auf die Nation, den von der Verfassung sehr hoch gehaltenen Wert<sup>22</sup>. Auch weitere konkrete soziale Formationen wie die Familie wurden bereits behandelt.

An dieser Stelle seien auf zwei weitere Einbindungen des Einzelnen hingewiesen, die im Gegensatz zu dem unter Punkten 1. bis 4. Behandelten nicht auf konkrete soziale Formationen abzielen, sondern sich eher auf bestimmte Situationen oder Tätigkeiten beziehen: auf die Grundrechtsausübung und auf die Arbeit.

<sup>20</sup> Näher hierzu oben Punkt III. 1.

<sup>21</sup> Näher hierzu oben Punkt IV. am Anfang.

<sup>22</sup> Näher hierzu oben Punkt IV. 1.

### a) Grundrechtsausübung

In der europäischen Tradition sind Grundrechte Individualrechte. Einen spezifisch kollektivistischen Einschlag enthält das Grundgesetz im Zusammenhang mit kollektiven Grundrechten, die als „gemeinschaftliche Rechte“ (közösségi jogok) bezeichnet werden. Im Zusammenhang mit den Grund- und Menschenrechten stellt Art. I. Abs. 2 die gemeinschaftlichen Rechte gleichberechtigt neben die individuellen. Auch im Zusammenhang mit den Minderheiten kennt das Grundgesetz neben den Individualrechten weitere Kollektivrechte, in Bezug sowohl auf die Minderheiten in Ungarn in Art. XXIX. Abs. 1 Satz 2 als auch auf die ungarischen Minderheiten im Ausland in Art. D). Damit wird den herkömmlicherweise individualistischen Grundrechten eine kollektivistische Note verliehen, die der sozialen Einbettung des Einzelnen entspringt.

Angesichts der individualistischen Tradition der Grundrechte (und darüber hinaus aller subjektiven Rechte) sind kollektive Rechte dogmatisch kaum aufgearbeitet<sup>23</sup> und daher sowohl theoretisch als auch praktisch schwer zu handhaben. Im Grunde genommen weiß niemand genau, was kollektive (oder gemeinschaftliche) Rechte genau bedeuten.

Daher kommt es bei kollektiven Rechten sehr auf eine sorgfältige Normierung an: Weil es an einem wissenschaftlichen und an einem praktischen Fundament fehlt, muss der Normgeber selbst alle wesentlichen Fragen beantworten. Das tut das Grundgesetz allerdings nicht: Es beschränkt sich darauf, kollektive Rechte in einem Atemzug mit den individuellen Rechten zu benennen, macht aber keine weiteren Vorgaben.

Unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt des Menschenbildes und seiner normativen Grundlagen ist bei kollektiven Rechten auf Folgendes hinzuweisen: Sie bergen die Gefahr, dass mit ihnen individuelle Rechte beschränkt werden. Sie betonen die soziale Einbettung des Einzelnen in bestimmte Kollektive, und wenn dieses Kollektiv mit Rechten ausgestattet wird, muss sehr sorgfältig darauf geachtet werden, dass diese kollektiven Rechte sich nicht gegen die dem Kollektiv angehörigen Individuen richten und deren individuelle Rechtspositionen verkürzen<sup>24</sup>. Das deutlichste Beispiel einer Instrumentalisierung kollektiver Rechte mit dem Ziel, individuelle Rechte abzuschaffen, war der Nationalsozialismus: Er gewährte bestimmten Kollektiv-

<sup>23</sup> Zu einer Dogmatik der kollektiven Rechte im öffentlichen (deutschen) Recht s. *Küpper, Herbert*: Kollektive Rechte in der Wiedergutmachung von Systemunrecht, Studien des Instituts für Ostrecht München Bd. 52. Frankfurt/Main: Peter Lang Verlag, 2004.

<sup>24</sup> So dürfen kollektive Schulrechte einer Minderheit nicht dazu führen, dass die Minderheitenangehörigen gezwungen werden, ihre Kinder auf Minderheitenschulen zu schicken (Verletzung der individuellen Erziehungsfreiheit), kollektive Sprachrechte einer Minderheit dürfen den Minderheitenangehörigen nicht dazu zwingen, die Minderheitensprache zu gebrauchen, wenn er nicht will. (Verletzung der individuellen Sprachenfreiheit).



tiven (denen der Einzelne meist zwangsweise angehören musste) gewisse Rechte v.a. auch gegen ihre Angehörigen, um das Individuum auf diese Weise indirekt zu „verstaatlichen“ oder zu „vergesellschaftlichen“. Man denke nur an die Rolle des „Volksbunds“ in Ungarn.

Um aus diesem kollektivistischen Element der Grundrechtsgewährung keine Gefahr für die individuellen Rechte zu machen, muss bei der konkreten Ausgestaltung der kollektiven Rechte sehr auf die individuellen Rechte geachtet werden. Leider enthält das Grundgesetz keinerlei Garantien hierfür, sondern nennt individuelle und kollektive Elemente nebeneinander, ohne ihr Verhältnis zu klären.

#### *b) Arbeit*

Dem Grundgesetz liegt ein gewisser „Arbeitsethos“ zugrunde, der textlich in der Präambel im vierten „válljuk“-Satz und in Art. XIX. Abs. 3 zum Ausdruck kommt. Indem die Formulierung suggeriert, die Würde komme dem Einzelnen nicht kraft seines Mensch-Seins zu, sondern müsse durch Beiträge zum allgemeinen (kollektiven) Wohl „erarbeitet“ werden, erinnert sie an den Arbeitsethos der totalitären linken und rechten Ideologien<sup>25</sup>.

Aus der Sicht des Menschenbildes ist es ein starkes kollektivistisches Element, dass die Würde des Menschen daran gemessen wird, was der Einzelne für die Gemeinschaft tut. Der Einzelne verliert an Eigenwert, weil sein „Wert“ aus seinen Beiträgen für die Gesellschaft abgeleitet wird. Dies entspricht der kollektivistischen Grundannahme, dass die Gemeinschaft mehr ist als die Summe ihrer Individuen, dass sie über einen eigenen, nicht von ihren Mitgliedern abgeleiteten Wert verfügt und somit ihrerseits dem Einzelnen Wert und Sinn geben kann – den er im extremen Fall ohne die Gemeinschaft nicht hat.

### **5. Staatspaternalistische Elemente im Grundgesetz**

Da ein illiberaler Staatspaternalismus über lange Traditionen in der Region verfügt, ist in Bezug auf derartige Elemente im Grundgesetz eine besondere Vorsicht angeraten.

Allerdings darf diese Vorsicht auch nicht übertrieben werden. So mag die ausdrückliche Verankerung des staatlichen Gewaltmonopols in Art. C) Abs. 3 im internationalen Verfassungsvergleich ungewöhnlich sein, aber sie ist es deshalb, weil sie als überall vorhandene rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit keiner Normierung bedarf. Aus Art. C) Abs. 3 kann daher keine Aussage für einen paternalistischen Staat entnommen werden.

<sup>25</sup> Dazu oben Punkt III. 2. a).

Die Grundregel in der Präambel, letzter „valljuk“-Satz, dass der Staat dem Bürger dient und nicht umgekehrt, scheint einen Staatspaternalismus geradezu zu verbieten<sup>26</sup>. Jedenfalls macht sie den Einzelnen zum Maßstab für den Staat, was eine Gegenposition zu der paternalistischen Grundannahme darstellt, dass der Staat alles besser weiß und kann. Allerdings findet man im Grundgesetz nicht nur diese individualistische Grundaussage, sondern weitere Bestimmungen, die in die entgegengesetzte Richtung wirken und einen paternalistisch agierenden Staat fördern.

### 5.1. Die Definitionsmacht des Staates

Die Präambel definiert im siebten „valljuk“-Satz einige „gemeinsame Zwecke“ oder „gemeinsame Ziele“<sup>27</sup> von Einzelnem und Staat. Diese „gemeinsamen Ziele“ sind kraft definitorischer Anordnung in der Präambel für den Einzelnen verbindlich in dem Sinne, dass er sich nicht gegen ihre Verwirklichung wehren kann.

Ein Beispiel ist die „Sicherheit“: In ganz Europa und darüber hinaus findet eine kontinuierliche, teils heftige Debatte statt, inwieweit die Sicherheit geschützt werden muss, soll oder auch nur darf und wie viel Freiheit für die Sicherheit geopfert werden soll. In dieser Debatte gibt es durchaus den Standpunkt, dass gegenüber Freiheit und Rechtsstaat die Sicherheit ein Wert von deutlich niedrigerem Rang ist, der daher staatliche Freiheitsbeschränkungen oder Rechtsstaatsverkürzungen kaum rechtfertigen kann. Eine solche Haltung wäre in Ungarn grundgesetzwidrig; sie müsste in der öffentlichen Debatte wirkungslos bleiben, und den Vertretern dieser Ansicht zwingt das Grundgesetz seine – in gewisser Weise einseitige – Stellungnahme zugunsten der Sicherheit auf<sup>28</sup>.

In dem Maße, wie das Grundgesetz dem Einzelnen Ziele zwingend vorgibt, bindet es ihn an staatliche Vorgaben und schränkt seine persönliche Autonomie ein. Dies ist ein Vorgehen, wie es für eine staatspaternalistische Einstellung typisch ist: Der Staat bestimmt, was gut ist für den Einzelnen, und erwartet, dass der Einzelne der Zielvorgabe unkritisch folgt.

Eine Gefahr für die Freiheit und die Rechte des Einzelnen kann sich aus dieser Aufzählung „gemeinsamer Ziele“ ergeben, weil diese sehr allgemein gehalten sind. Falls der Staat diese Ziele umsetzen will, unterliegt er kaum

<sup>26</sup> Dazu oben Punkt III. 4.

<sup>27</sup> Das ungarische Wort „cél“ trägt beide deutsche Übersetzungen: Zweck und Ziel. Da der Mensch als solcher zweckfrei (oder jedenfalls Zweck in sich selbst, ohne externe Zweckgebung) ist, wird hier die Übersetzung „Ziel“ verwendet.

<sup>28</sup> Die Einseitigkeit wird allerdings dadurch gemildert, dass die Freiheit an anderer Stelle im Grundgesetz zum Ausdruck kommt.

Bindungen und kann so gut wie alle Maßnahmen auf das eine oder andere Ziel zurückführen. Da das Grundgesetz diese Ziele als nicht nur staatlich definiert, sondern auch dem Einzelnen zuschreibt, ist ein Argumentationsmuster eröffnet, dass der Staat individuelle Freiheit und Rechte beschränken kann, um demselben Individuum durch die Verwirklichung von dessen Zielen zu „nützen“ – eine typisch staatspaternalistische Gedankenführung.

Im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung ist es eine alte Erfahrung, dass als gemeinsame staatlich-kommunale Ziele definierte Politiken regelmäßig dazu dienen, dem stärkeren Partner ein weiteres Übergewicht über den schwächeren zu geben, d.h. dem Staat ein Einfallstor für die „Verstaatlichung“ der Gemeinden eröffnet. Dasselbe gilt nicht nur für das Verhältnis Staat – Gemeinde, sondern auch für das Verhältnis Staat – Einzelner. Die sog. Drogenentscheidung des Verfassungsgerichts<sup>29</sup> ist ein gutes Beispiel, wie Freiheit verloren geht, wenn der Staat dem Einzelnen seine Ziele vorschreibt bzw. zuschreibt.

Daher erwächst aus der staatlichen Definition der Ziele des Einzelnen im siebten „valljuk“-Satz der Präambel potenziell eine gewisse Gefahr für die individuelle Freiheit. Diese wird allerdings durch den individualistischen Folgesatz, dass der Staat dem Menschen dient, abgeschwächt.

## 5.2. Staatlicher Schutz anstelle individueller Autonomie

Der Individualismus geht davon aus, dass der Einzelne sich, seine Interessen und Rechte selbst schützen kann, falls der Staat hierfür ein ausreichendes Instrumentarium (subjektive Rechte, Rechtsgewährleistung durch nur auf Antrag tätig werdenden Gerichte und ggf. Behörden) zur Verfügung stellt. Dann bedarf es eines staatlichen Schutzes – insbesondere eines Schutzes, der nicht auf die Initiative des Betroffenen zurück geht – nur in den Ausnahmefällen, in denen der Einzelne sich nicht selbst helfen kann, wie dies z.B. bei Minderjährigen der Fall sein kann.

Diese radikal individualistische Auffassung entspricht möglicherweise der Doktrin des klassischen Liberalismus, wurde und wird aber nirgendwo so praktiziert. Der Staat hat immer schon seinen Bürgern einen gewissen Schutz gewährt, auch auf eigene staatliche Initiative hin und außerhalb von Gerichten, d.h. solchen Schutz, den der Einzelne nicht durch Klage einfordern

<sup>29</sup> Entscheidung des Verfassungsgerichts 54/2004. (XII. 13.) AB, ABH 2004, 690. Kritisch hierzu GYÖRFI TAMÁS: Üzenet az elefántcsontoronyból: az Alkotmánybíróság droghatározata. *Fundamentum* 9 (2005) 1, S. 73–85; HERBERT KÜPPER: *Einführung in das ungarische Recht*. München: Beck, 2011, S. 73; KÜPPER: Die ungarische Verfassung (Fn. 2), S. 102–103; HERBERT KÜPPER: Die „unvollendete Revolution“: Sozialistische Überreste in der ungarischen Verfassung, *Südosteuropa* 56 (2008) 2, S. 183–199 (189–194); LÉVAI MIKLÓS: Paternalizmus és jogbizonytalanság. *Fundamentum* 9 (2005) 1, S. 86–98.

muss. Insbesondere mit der Ausweitung des Sozialstaates hat die staatliche Schutzgewährung auch in Situationen, wo dies ohne oder vielleicht sogar gegen den Willen des Betroffenen erfolgt, zugenommen.

Die staatliche Schutzgewährung überschreitet dann die Schwelle vom liberalen Sozialstaat hin zum Staatspaternalismus, falls sie ohne oder sogar gegen den Willen des Betroffenen erfolgt, d.h. falls die Definition, wann staatlicher Schutz und Hilfe erfolgen sollen, nicht mehr bei dem Betroffenen liegt, sondern beim Staat. Dann entsteht die typisch staatspaternalistische Situation, dass der Staat besser weiß als der Betroffene, was gut für diesen ist, und entsprechend handelt, ohne auf den Willen des Betroffenen Rücksicht zu nehmen. Im günstigsten Fall kann man von „Zwangsbeglückung“ sprechen.

Ausgesprochen staatspaternalistische Schutzvorkehrungen finden sich an mehreren Stellen im Grundgesetz.

#### *a) Die allgemeine staatliche Schutzpflicht*

Als Ausdruck staatspaternalistischer Mentalität kann man die allgemeine Schutzpflicht in Art. G) Abs. 2 auffassen, wonach der Staat seine Bürger ohne nähere Konkretisierung, d.h. grundsätzlich in allen Lebenslagen, schützt.

Damit kann nicht allein der Schutz gegenüber ausländischen Staaten (diplomatischer und konsularischer Schutz) gemeint sein, denn hierauf gewährt Art. XXVII. Abs. 2 ein Grundrecht. Auch das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz ist nicht gemeint, denn dies ist in Art. XXVIII. niedergelegt. Damit scheiden die aus der Sicht des individualistischen Menschenbildes unproblematischen<sup>30</sup> Bedeutungen aus.

Im Gegensatz zu den genannten konkreten Schutzbestimmungen ist die staatliche Schutzgewährungspflicht in Art. G) Abs. 2 nicht auf spezifische Situationen bezogen, sondern allgemein. Aus der Sicht des Menschenbildes reduziert sie das Individuum auf ein Objekt staatlichen Schutzes; das suggeriert, dass der Einzelne dieses Schutzes stets und potenziell in jeder Situation bedarf, weil er nicht in der Lage ist, sich selbst zu helfen. Diese Auffassung, dass der Einzelne ohne staatlichen Schutz nicht zurechtkommt, ist die Grundauffassung des Staatspaternalismus, die im Grundgesetz in Art. G) Abs. 2 normativen Niederschlag findet.

#### *b) Der Schutz der Grundrechte*

Die Grundlagennorm zu den Grundrechten des Art. I. Abs. 1 Satz 2 macht deren Schutz zur „erstrangigen Pflicht des Staates“. Grundsätzlich sind Grund-

<sup>30</sup> Diplomatischer und konsularischer Schutz erfolgen in einer Situation, in der der Einzelne sich mangels Völkerrechtssubjektivität nicht selbst helfen kann, und gerichtlicher Schutz wird nur auf Initiative des Betroffenen gewährt, ist also – wie eingangs bei Punkt 2. dargelegt – das Paradebeispiel staatlicher Flankierung der individuellen Selbstbestimmung.

rechte subjektive Rechte und stehen als solche im Dienst ihres Inhabers, der frei entscheidet, ob und inwieweit er von ihnen Gebrauch macht; lediglich dieses Gebrauchmachen muss der Staat ggf. schützen.

Dies brachte in der alten Verfassung § 8 Abs. 1 zum Ausdruck, wonach in Bezug auf die Grundrechte deren „Respektierung und Schutz“ – in dieser Reihenfolge! – erstrangige Pflicht des Staates war. Die Respektierung bedeutet ein Sich-Zurücknehmen des Staates: Der Staat räumt dem Rechteinhaber Raum ein, sein Recht auszuüben, d.h. der Staat bleibt passiv. Der Schutz hingegen erfordert einen aktiven Staat, was bedeuten kann, dass die Initiative vom Grundrechteinhaber auf den Staat übergeht und der Einzelne und seine Rechte zum Objekt staatlichen Schutzes degradiert werden.

Hierin liegt die Gefahr, wenn dem Staat die Pflicht zum Schutz der Grundrechte auferlegt wird. Der Staat kann natürlich Grundrechtsschutz auf eine Weise gewähren, die die Autonomie des Grundrechtssubjekts nicht beeinträchtigt (z.B. durch Gerichte, die nur auf Antrag des Rechtssubjekts tätig werden). Inwieweit der staatliche Grundrechtsschutz freiheitsbeschränkende Wirkung hat, muss daher im Einzelfall geprüft werden. Falls der Staat diese Bedenken ernst nimmt, passt sich der staatliche Grundrechtsschutz in das individualistische Menschenbild ein.

Art. I. Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz kann allerdings auch mit einem gefährlicheren, staatspaternalistischen Sinn interpretiert werden: Der Staat ist objektiv zum Schutz der Grundrechte verpflichtet, und letztlich entscheidet dann der Staat und nicht der Betroffene, welches Grundrecht wann, wie und in welchem Maße geschützt wird. Im Extremfall kann das Grundrecht sogar gegen den Willen seines Inhabers geschützt werden. Das wäre dann reiner Staatspaternalismus.

Art. I. Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz trägt nicht zwingend eine staatspaternalistische Bedeutung; er kann einschränkend so ausgelegt werden, dass er mit dem Individualismus der Grundrechte vereinbar ist. Der Staat kann aber auch bei einer anderen Auslegung staatspaternalistische Grundrechtseingriffe hierauf stützen. Diese Gefahr liegt um so näher, als das in § 8 Abs. 1 alte Verfassung noch vorhandene Korrektiv der „Respektierung“ der Grundrechte weggefallen und nur noch die potenziell paternalistische Formulierung des „Schutzes“ im Grundgesetz geblieben ist.

### *c) Speziellere Schutzpflichten*

In einigen Spezialvorschriften finden sich ebenfalls Schutzbestimmungen, die Träger einer staatspaternalistischen Mentalität sein können. So kann der Gesetzgeber gemäß Art. XIX. Abs. 4 Satz 2 mögliche Rentenprivilegien für Frauen „auch unter Berücksichtigung der Anforderungen des gesteigerten Schutzes der Frauen“ normieren.

Staatspaternalistisch ist nicht so sehr der Inhalt der Vorschrift, die ein staatliches Tätigwerden fordert, denn das Rentensystem ist durch Gesetz zu regeln, und ein Gesetz kann nur der Staat erlassen. Staatspaternalistisch ist vielmehr die Formulierung, die die Schutzbedürftigkeit der Frauen betont und diese daher zum Objekt staatlicher Fürsorge macht. Eine andere, den Frauen einen aktiveren Part zuweisende Formulierung wäre durchaus möglich gewesen, z.B. „auch unter Berücksichtigung der Lasten der Kindererziehung, die besonders die Frauen treffen“. Die juristische Substanz beider Normen wäre dieselbe. Der Unterschied liegt in der Formulierung, die einmal die Frauen zum Objekt macht und ein andermal deren eigene Leistung betont. In den abweichenden Formulierungen kommen verschiedene Mentalitäten zum Ausdruck, auch bei identischem juristischem Gehalt. Aus der Sicht des Menschenbildes sind aber Formulierungen und die dahinter stehenden Mentalitäten von Bedeutung.

Ein zweiter Fall spezieller Schutzpflichten betrifft das Recht auf eine gesunde Umwelt in Art. XXI. Abs. 1. Dieses wird nicht durch den Einzelnen, d.h. den Rechteinhaber, verwirklicht, sondern durch den Staat. Diese Vorschrift kann individualistisch oder auch staatspaternalistisch interpretiert werden.

– Individualistisch interpretiert besagt Art. XXI. Abs. 1, dass der Staat dem Einzelnen die Mittel zur Verfügung stellt, die zur Durchsetzung des Rechts auf eine gesunde Umwelt strukturell notwendig sind: Auskunftsansprüche und weitere Verfahrensrechte, Unterlassungsansprüche z.B. gegenüber Verschmutzern, Verfahren zur Durchsetzung (vor Gerichten und Behörden). Gemäß Art. P) ist ohnehin jeder zum Schutz der Umwelt verpflichtet, und dies könnte durch andere Grundrechteinhaber erzwungen werden, falls der Staat die notwendigen rechtlichen und institutionellen Voraussetzungen schafft.

– Paternalistisch interpretiert besagt die Vorschrift, dass nicht der Einzelne staatliche Instrumente aktivieren und sich ihrer bedienen kann, sondern dass der Staat selbst entscheidet, wann, wie und in welchem Umfang er zum Schutz der Umwelt tätig wird. Hierbei kann er sich z.B. auf das Recht der Bürger auf gesunde Umwelt berufen, um die Rechte von Umweltverschmutzern zu kürzen.

Der Wortlaut von Art. XXI. trägt beide Interpretationen. Die zweite, paternalistische Interpretation entspricht der bisherigen ungarischen Praxis, weshalb zu befürchten ist, dass auch Art. XXI. in Zukunft vor allem auf staatspaternalistische Weise angewandt wird. Hiergegen würde vor allem eine aktive Zivilgesellschaft helfen, die eine Interpretation und Praxis im Sinne einer individualistischen Interpretation einfordert.

### 5.3. Staatliche Eingriffe in die Wirtschaft

Die Grundthese der liberalen (individualistischen) Wirtschaftstheorie lautet, dass der Markt die freien Willensäußerungen der Individuen koordiniert, und dass die Koordination durch den Markt mehr Wohlstand erzeuge und daher besser sei als jede Einmischung durch die öffentliche Hand. Diese radikale Auffassung wird so nicht vertreten, schon weil offensichtlich ist, dass der Markt nicht alle Probleme lösen kann. Daher muss stets abgewogen werden, in welchem Maße die Freiheit der Wirtschaftsteilnehmer zur Geltung kommt (freie Koordination durch den Markt) und wo inwieweit der Staat oder sonstige öffentliche Akteure sich einmischen und ggf. die Verantwortung übernehmen sollen.

Die Kernvorschrift des Grundgesetzes zur Wirtschaftsordnung ist Art. M). Insbesondere dessen Abs. 2 kann man im Sinne eines klassischen marktwirtschaftlichen Ordoliberalismus interpretieren, in dem der Staat die Spielregeln festlegt und über die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs wacht. Man kann aber auch stärkere staatliche Eingriffsbefugnisse aus Art. M) Abs. 2 herauslesen, weil die dort genannten wirtschaftspolitischen Ziele und Schutzgüter (lauterer Wettbewerb, Missbrauch von Machtstellungen, Verbraucherschutz) sehr vage sind und Interpretationen in viele Richtungen ermöglichen, auf die der intervenierende Staat sich ggf. berufen kann. Damit schreibt Art. M) keinen wirtschaftsinterventionistischen Staat vor, ermöglicht ihn aber in einem gewissen Maße. Dies gilt umso mehr, als das Grundgesetz – im Gegensatz zur alten Verfassung<sup>11</sup> – die Marktwirtschaft nicht mehr erwähnt. Bei einer Abwägung von Verfassungswerten kann diese daher dem intervenierenden Staat nicht mehr als ein die Eingriffe begrenzender Verfassungswert entgegengehalten werden.

Ausgesprochen staatspaternalistisch ist Art. XVII. Abs. 1, der Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei ihrer Interessenvertretung auf staatlich definierte wirtschaftspolitische Ziele verpflichtet. Damit können die Tarifparteien ihre eigenen Ziele und Interessen nur noch in dem Rahmen formulieren und vertreten, der ihnen Art. XVII. Abs. 1 lässt. Sie werden verpflichtet, staatliche Wirtschaftspolitik zu unterstützen, vielleicht sogar gegen ihre eigenen Interessen.

Insgesamt erlaubt das Grundgesetz stärkere staatliche Eingriffe in die Wirtschaft, als dies in den Verfassungen der europäischen sozialen Marktwirtschaften üblich ist. Insbesondere die Inpflichtnahme der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretungen für die staatliche Wirtschaftspolitik ist nicht nur ein

<sup>11</sup> Umfassend zur liberalen Wirtschaftsverfassung der alten Verfassung DRINÓCZI TIMEA: *Gazdasági alkotmány és gazdasági alapjogok*. Budapest–Pécs: Dialóg Campus, 2007.

starker Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit, sondern auch ein unverhohlener Ausdruck von Staatspaternalismus, wenn nicht sogar eines redistributiven Interventionsstaats, wie er für lange Zeiten des Systems *Kádár* typisch war.

## 6. Bewertung

Die Analyse des Textes des Grundgesetzes ergibt ein gemischtes Bild: Das Grundgesetz legt zum einen die Grundlagen eines individualistischen Menschenbildes, das sowohl die Freiheit als auch die Verantwortung – und damit die autonome Verantwortungsfähigkeit – des Einzelnen betont. Zum anderen wird das Individuum sehr viel stärker in soziale Beziehungen und Formationen eingebettet, als das in liberalen westeuropäischen Verfassungen üblich ist<sup>32</sup>. Mit der Nation hat der ungarische Verfassungsgeber zudem eine solche soziale Formation als Hauptbezugspunkt des Einzelnen gewählt, die in Inhalt und Bedeutung sehr unbestimmt ist und zudem von vielen als „gestrig“ empfunden wird, weil angesichts der Globalisierung, weltweiter Migration und Europäisierung das Zeitalter des Nationalstaats seinen Zenit überschritten habe, insbesondere dann, wenn Nation nicht im Sinne einer emanzipatorischen Staatsbürgernation verstanden wird, sondern als ethnisches Konstrukt, wie dies in Ostmittel- und Osteuropa im 19. Jh. entwickelt wurde.

Es wird die Aufgabe zukünftiger Verfassungsinterpretation und -praxis sein, die Balance zwischen individueller Freiheit und kollektivistischer Einbindung in Pflichten (und damit potenziell Freiheitsbeschränkung) zu bestimmen. Der Wortlaut bietet sowohl einer freiheitsfreundlichen als auch einer autoritären, freiheitsfeindlichen Auslegung hinreichend Grundlagen. Nicht selten stehen sogar die Textbestandteile, die die beiden gegensätzlichen Interpretationen stützen können, in aufeinanderfolgenden Sätzen in unmittelbarer Nähe zueinander und modifizieren sich so gegenseitig. Man könnte zur Beschreibung dieses Sachverhalts von der deutschen Grundrechtsdogmatik den Begriff der Wechselwirkungslehre oder, ein wenig boshaft, der „Schaukeltheorie“<sup>33</sup> übernehmen.

Eindeutig negativ zu bewerten sind die staatspaternalistischen Elemente. Sie sind deshalb so gefährlich, weil sie der Mentalität von Regierenden und Regierten in Ungarn entsprechen und daher auf einen hohen Grad von Umsetzung rechnen dürfen. Das scheint auf den ersten Blick demokratisch,

<sup>32</sup> Auch die Venedig-Kommission betont in ihrer Stellungnahme (Fn. 7), Rn. 57, dass der Ausgangspunkt moderner europäischer Verfassungsstaatlichkeit der Einzelne und seine Würde ist, nicht aber irgendwelche Formen von Gemeinschaft, Gesellschaft oder gar der Staat.

<sup>33</sup> PIEROTH BODO – BERNHARD SCHLINK: *Staatsrecht II. Grundrechte*, 23. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, S. 146–147.



da dem Mehrheitswillen entsprechend, zu sein, ist aber mit Hinblick auf das staatspaternalistische Paradox in der ostmitteleuropäischen Mentalität negativ zu werten: Die Menschen erwarten vom Staat alles Mögliche, sogar ihr eigenes Glück und nötigenfalls ihre Zwangsbeglückung, und der Staat nimmt diese Rolle durchaus an. Zugleich sehen aber alle, dass der real existierende ostmitteleuropäische Staat bereits von den vergleichsweise wenigen und niedrigqualitativen öffentlichen Dienstleistungen, die er der Bevölkerung zur Verfügung stellt, völlig überfordert ist. Wenn der Staat alle die Heilsversprechen, die die staatspaternalistischen Verfassungselemente ihm aufbürdet, zu halten versucht, würde sogar ein westeuropäischer Staat versagen – umso mehr ein deutlich weniger leistungsfähiger ostmitteleuropäischer Staat. Soweit die staatspaternalistischen Elemente reichen, hat das Grundgesetz die Chance versäumt, dass der ungarische Staat seinen Bürgern und der Gesellschaft mehr zutraut und – von ihm wegen Überforderung ohnehin nur symbolisch ausgeübte – Verantwortung an die Betroffenen abgibt. Gerade für eine Stärkung des Individuums und der (Zivil-)Gesellschaft bieten die individualistischen Textstellen, nicht zuletzt wegen ihrer Betonung auch der Verantwortung und Verantwortungsfähigkeit, reichhaltige Anhaltspunkte.

So aber bleibt festzuhalten, dass das ungarische Grundgesetz von 2011 nicht so solide auf dem Fundament des Individuums und seiner Freiheit steht, wie die meisten anderen (west-)europäischen Verfassungen, sondern sich in seinem Menschenbild noch nicht vollständig vom illiberalen kollektivistischen nationalistischen und staatspaternalistischen Erbe hat frei machen können.

MAJTÉNYI LÁSZLÓ

## AZ INFORMÁCIÓS JOGOK INTÉZMÉNYI KIFEJLŐDÉSE MAGYARORSZÁGON<sup>1</sup>

1. Talán meglepő is az olvasónak, mindenesetre valahogy nem elég köztudott, de az információs jogok bámulatosán mélyen benne élnek a hazai politikai és jogi hagyományban, ha tetszik, a nemzetkarakter lényegi részéhez tartoznak. Ehhez példaként idézhetem mit tart Széchenyiről talán a legfontosabbnak Pauler Ákos:<sup>2</sup>

„Bátran mondhatjuk, hogy Széchenyi csak egy absolut jogot ismer el úgy az egyénre, mint a nemzet szempontjából: a megbecsülésre, az emberhez méltó életre és így az individualitás kifejlesztésére vonatkozó jogát. És úgy látja, hogy minden pozitív jog a történelmi fejlődéssel szükségképpen változó eszköze e változatlan értékű alapjogok mind teljesebb megvalósításának.”<sup>3</sup>

Széchenyi után tíz, Pauler után három évtizeddel Szladits magánjog személyiségi jogi fejezetében Balás P. Elemér<sup>4</sup> fűzi tovább az individualitás kifejlesztésének jogi igényét úgy (Bergyájev és Sawicki nyomán), hogy „bármiképp fogjuk is fel ugyanis a személyiséget, mindenképpen megáll az a tétel, hogy a külső világhoz nem tartozik. Ez a negatívum az, ami élesen elhatárolja a személyiségi jogot a jog egyéb ágaitól, a személyiségi jogi felfogást egyéb jogi felfogástól.”<sup>5</sup> Nem kell Balás szerint a személyiség pozitív jogi jellemzőit

<sup>1</sup> Ennek a tanulmánynak a megírásához felhasználtam pár korábbi írásom néhány részletét.

<sup>2</sup> PAULER ÁKOS 1876–1933 Jelentős magyar rendszeralkotó filozófus Pauler Tivadar unokája, főbb művei: *A természetfilozófia fogalmáról és feladatairól* (1879); *Az ismeretelméleti kategóriák problémája* (1903); *Az ethikai megismerés természete* (1907); *A logikai alapelvek elméletéhez. Székfoglaló* (1911); *A fogalom problémája a tiszta logikában* (1915); *Bevezetés a filozófiába* (1920); *Aristoteles* (1922); *Logika. Az igazság elméletének alapvonalai* (1925, németül: 1929); *Anaxagoras istenbizonyítéka* (1926); *Metafizika* (1938); *Tanulmányok az ideológia köréből* (1938).

<sup>3</sup> PAULER ÁKOS: Széchenyi István társadalmi erkölcstana. *Magyar Társadalomtudományi Szemle*, 1913, 6. évf. 3. sz. 170.

[http://www.mtdportal.extra.hu/ADATTAR/cikktar/p\\_cikk/pauler\\_akos\\_szechenyi\\_istvan\\_tarsadalmi\\_erkolcstana.pdf](http://www.mtdportal.extra.hu/ADATTAR/cikktar/p_cikk/pauler_akos_szechenyi_istvan_tarsadalmi_erkolcstana.pdf)

<sup>4</sup> BALÁS P. ELEMÉR (Balás-Piri Elemér) Szabadka, 1883. jan. 28.–Bp., 1947. dec. 17.), jogász, egyetemi tanár, az MTA levelező tagja (1943). A kolozsvári egyetemen 1905-ben szerzett jogi diplomát. Előbb bíró, majd 1916–37 között az igazságügy-minisztérium törvényelőkészítő osztályán dolgozott, 1935-től kúriai bírói rangban. 1937-től a szegedi, 1940–44 között a kolozsvári egyetemen a törvénykezési jog tanára. 1945 után ismét a szegedi egyetemen oktatott.

<sup>5</sup> BALÁS P. ELEMÉR: Személyiség jog. In SZLADITS KÁROLY (szerk.): *Magyar magánjog. (Általános rész-személyiség jog)* Budapest: Grill Károly Kiadóvállalat, 1941, 636.

kutatnunk, be kell érni a formális kategóriával, ami nála a személyiség *függetlensége*. A személyiség függetlenségén Balás és Szladits azt a fontos trivialitást érti, hogy más, mint a környezete. Szladitsék, helyesen, paradoxont látnak abban, hogy míg a jogképeség absztrakció, mégis konkrétumok sokaságával leírható, a személyiség konkrét, mivel létező valami, ám leírhatatlan. Másutt – túlzóan – egyenesen a személyiség empiriafelettségéről elmélkednek.<sup>6</sup> A személyiség hat a külső világra, de nem része annak, véli Balás. Persze, az emberi személyiség nélkül a *külső világ* másmilyen lenne. Abban már van valami költői, hogy szerintük a „(személyiség) aktivitásjellegét azzal a képpel *elegendő* szemléltetni, hogy a személyiség eleven folyam, mely soha nem áll meg és saját medrében halad a külső világnak más lényegű tárgyai között”.<sup>7</sup> A személyiség „racionális meg nem határozottsága”<sup>8</sup> szűken vett jogi felfogásként helyénvaló, bár úgy tűnik valamiféle elragadtatottsággal, ezt egyetemesnek vélik, ami pedig más tudományágakban biztos nem helytálló. Két „eleven” személyiséget azért mégiscsak meg lehet különböztetni a Balás–Szladits jogfelfogásban, ennek, ha jól értem már van racionális meghatározottsága náluk is: ez a *megítélt* és az *ítélő* személyiség. Ezeket nyilván az ítélet *jogias* aktusa teszi megismerhetővé.

A maitól távol álló fogalmi apparátus a miénkhez igen közeli gondolatokat közvetít. Ilyen, egészen találó fogalomalkotás, a részletes kifejtés hiányában is a „belső képmás” fogalmának megjelenése Szladitséknál:

<sup>6</sup> Uo. 639–640.

<sup>7</sup> Uo. 636.

<sup>8</sup> Uo. 637. (Erre én a *meghatározatlan tárgyiaság* terminus technicust használnám.)

<sup>9</sup> Harmathy Attila viszont a képmást, a kép- és hangfelvételt sem tekinti személyes adatnak: Lásd az 35/2002. (VII. 19.) AB határozat párhuzamos indoklását: „A személyes adatok védelméről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló 1992. évi LXIII. törvény 2. §-ának 1. pontja a törvény alkalmazása szempontjából személyes adatnak minősíti a meghatározott természetes személlyel kapcsolatba hozható adatot. Ez a szabály adatot jelöl meg; a fénykép, a hangfelvétel azonban kifejezett jogszabályi előírás nélkül nem tartozik az adatok közé. (Az én kiemelésem: M. L.) Ennél a törvénynél szélesebb körű meghatározást ad az egyének védelméről a személyes adatok gépi feldolgozása során, Strasbourgban, 1981. január 28. napján kelt Egyezmény kihirdetéséről szóló 1998. évi VI. törvény 2. Cikke, amely az Egyezmény alkalmazása során személyes adatnak minősít bármely információt, amely egy azonosított egyénre vonatkozik. Az Egyezménynek ebből a rendelkezéséből sem következik azonban, hogy a fényképekre, hangfelvételekre, ujjlenyomatokra mindenben azonos szabályokat kell alkalmazni, mint az adatokra (pl. név, lakcím). A vizsgált szabályhoz hasonló jogszabályok a személyazonosítási adatokat eltérően kezelik, mint a fényképet, a hangfelvételt, továbbá a személyek egyéni sajátosságait megjelölő egyéb sajátosságokat (pl. ujj- és tenyérnyomatot), és ennek oka nem csak az adatok rögzítési technikájának különbözősége. Az eltérő szabályozás található meg például a rendőrségről szóló 1994. évi XXXIV. törvény 42. §-ában, a bünyügyi nyilvántartásról és a hatósági erkölcsi bizonyítványról szóló 1999. évi LXXXV. törvény több rendelkezésében. (A párhuzamos vélemény azért is érdekes, mert a fényképet, hang-, képfelvételt az adat fogalmából is kivenné, az indokot az óvatoskodó indoklásból nem értem.) A problémát 2004-ben az Avtv. értelmező rendelkezése megoldotta, megnyugtatóan. „2. § 9. *adatkezelés*: az alkalmazott eljárástól függetlenül az adatokon végzett bármely művelet vagy a műveletek összessége, így például gyűjtése, felvétele, rögzítése, rendszerezése, tárolása, megváltoztatása, felhasználása, továbbítása, nyilvánosságra hozatala, összehangolása vagy összekapcsolása, zárolása, törlése és megsemmisítése, valamint az adatok további felhasználásának megakadályozása. Adatkezelésnek számít a fénykép-, hang- vagy képfelvétel készítése, valamint a személy azonosítására alkalmas fizikai jellemzők (pl. ujj- vagy tenyérnyomat, DNS-minta, íriszkép) rögzítése is.

„A modern erkölcsi felfogás fejlődését mutatja ebben az irányban és általában a személyiség megbecsülése körül az is, hogy a képmás<sup>9</sup> oltalmát kiterjesztik az ún. belső képmásra, az »életképre« is, mely még nagyobb jelentőségű, mint a fizikai képmás”.<sup>10</sup>

Ez, ha én jól értem, ugyanaz lehet, nem más, mint amit a modern privacy-jogban *személyiségprofilként* szoktunk megnevezni.

Érdeemes a figyelmünkre, hogy Balás P. Elemér a Szladits-magánjogban miként értelmezi azt az általa „titokszférának” nevezett tartományt, melyre kiterjed a személyiségvédelem. E kifejtés szerint a tények egy meghatározott körére „a személyiségnek annyira túlnyomó a jelentősége, hogy ezek a tények, illetve megtestesüléseik nem is számítanak a külső világ tárgyai közé jogi szempontból, hanem a személyiség függvényének tekintendők”.<sup>11</sup> A „titokszféra” eszerint a „személyiség életfolyamatának megnyilvánulása az akarat közvetítésével”. Azzal a látszattal ellentétben, hogy az embereknek egy-két nagy titka van, valójában – állítja a Szladits-magánjog – életünk „nagyreszt titokba van burkolva”. Ha ez nyilvánosságra jut, a leplek fellebbentése kiveti életünket abból a mederből, melyben a „személyiség eleven sodra áramlik”. Mindennek akkor lesz jogi értelme, ha titkaink a „közészlelhetőség” számára megnyílnak. Mindezért szükséges, hogy – noha vannak „behatolási jogok” a titkos tények megismerésére, hiszen például a végrehajtó foglalkáskor behatol a titokszférába – a személyiség általában és egészben jusson magánjogi védelemhez, a védelem tehát ne szorítkozzon speciális törvények töredékes szabályainak körére. A jogsértés megállapíthatóságának feltétele, hogy „a titkos tény kiválik a személyiség életfolyamatából”.<sup>12</sup>

Ha használnák az alapjogi terminológiát, akkor az adatalany önrendelkezési jogáról írnának, azzal, hogy olyan alapjogként áll előttünk a háborítatlan magánéletre vonatkozó jogi igény, mint más alapjogok által korlátozható szabadság. Ha a mű keletkezésekor ez még újszerű volt is, Balás (és Szladits) már fontosnak tartotta a „finomabb problémákat felvető” „távolsági titok”<sup>13</sup> védelmét is.

Ugyancsak figyelemre méltó a képmás privacy-oltalmával kapcsolatos külön fejtegetés. Balás elveti azt a megközelítést, amely szerint a képmás „mint a személyiség szimbóluma” nem titkos, ezzel szemben a helyes megközelítés abból indul ki, hogy a képmással „ne lehessen úgy bánni, mint a külső világ egy-egy darabjával”. Ellenben aki maga teszi magát a külső világ darabjává azzal például, hogy a közéletben szerepet vállal, „nem panaszkodhatik személyiségének sérelme miatt”, ha képét nem visszaélészerűen felhasználják. Ha-

<sup>10</sup> In SZLADITS KÁROLY (szerk.) i. m. 650. (A Személyiségi jog c. fejezet szerzője: BALÁS P. ELEMÉR.)

<sup>11</sup> In SZLADITS K. i. m. 652.

<sup>12</sup> Uo. 653.

<sup>13</sup> Távirat, telefon.

sonló az az eset is, amelyben a képmás alárendelt szerepet játszik, ilyen a felvonulás és a tájkép.

A régebbi hagyomány után az ünnepektől személyiségi jogi felfogására is vesszünk egy pillantást: Sólyom László személyiségi jogi elméletének kulcseleme,<sup>14</sup> ez nála különösen fontos és hangsúlyos, a „*jogmentes magánszféra*”. Viszont az „autonóm emberi személyiséget” egyáltalában nem tételezi adottnak.<sup>15</sup> Szerinte meg kell küzdenünk a személyiségünkért (ez amúgy a mostanihoz hasonló történelmi napokban sokunk mindennapi élménye), de nemcsak azért, hogy legyen, hanem azért is, hogy megtartsuk. Ezt „kivételes teljesítménynek” gondolja, ami nyilvánvalóan kevesek kiváltsága. (Én arra hajlanék, hogy noha mindannyiunké nagyon törekeny, mégis, az autonóm emberi személyiség nem elpusztítható.) Ebbe bukott bele minden zsarnokság. És ehhez, egyáltalán nem ellentétben vele, feltétlenül hozzátenném, hogy természetesen minden emberi lényt úgy kell kezelni, *mintha birtokában lenne* eme „kivételes teljesítménynek”. Szerinte továbbá, amikor a jog „autonóm emberi személyiséget” akar kibontakoztatni, „...olyasmit ígér, amit nem adhat, és maga a személyiségi jog természetesen nem is úgy funkcionál, mintha ezt akarná nyújtani.”<sup>16</sup> A szabályozás önmaga ellen véd. „A paradoxon az, hogy a szabályozás szükségessége és az ellene való védekezés egybefolyik, a szabályozás úgy nyel el mindent, hogy sokszor maga is és önmaga ellen is véd.”<sup>17</sup> Ezt nyugodtan nevezhetjük a személyiségvédelem általános paradoxonának.

Vessünk most egy pillantást a rendszerváltást megelőző pillanatra. 1988-ban, egy történelmi korszakkal ezelőtt, Sólyom László úgy követelte az információs hatalommegosztást, mint ami nélkül nincsen demokratikus jogállam. „Az aktuális kérdés tehát az, hogy a nyilvánosság képviselőinek van-e joguk információt követelni az igazgatástól azon felül, amit az magától nyilvánosságra hoz; s ezután az, hogy ez a jog miért korlátozódna a nyilvánosság képviselőire, miért nem mindenki joga? Ez a kérdésfeltevés vezet az információs szabadságról szóló törvényekhez, amelyek alanyi jogot biztosítanak az információkhoz, illetve az igazgatás kötelezéséhez, hogy működését eleve nyilvánossá tegye.”<sup>18</sup> Noha nem keveset tettünk e követelés teljesítéséért, érvényessége

<sup>14</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: *A személyiségi jogok elmélete*. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1983, 313–314.

Az AB halálbüntetés-határozatában Sólyom már lehetségesnek tartotta egy alkotmányjogi emberkép megalkotását, amit a magam részéről, különösen alkotmánybírói határozat formájában inkább veszélyesnek gondolok. Lásd erről GYÓRFI TAMÁS: A tulajdonságok nélküli ember elmélete. *Fundamentum*, 1998/3, 23–41.; TAKÁCS ALBERT: Egy alkotmányos forradalmár. *Fundamentum*, 1999/3, 30–41.

<sup>15</sup> Viszont, amint azt számos helyen egyértelművé teszi, a személy méltóságát adottnak tekinti, sőt alkotmánybírói credójának fontos része a dworkini maxima: mindenkit egyenlő méltóságú személynek tekintünk.

<sup>16</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ i. m. 313–314.

<sup>17</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ i. m. 315. (Nézzünk közben Sólyom könyvének megjelenési évszámára. Az általában is megálló megjegyzésnek van valami rendszerkritikai éle is.)

<sup>18</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Egy új szabadságjog az információs szabadság. *Valóság*, 1988/9.

és kielégítetlensége lényegében változatlan. Amint – bármennyire sötétnek, fenyegetőnek tűnik is Sólyom 1988-as végső következtetése – ez is nagyon közelinek hangzik, ezért is ajánlom figyelmükbe: „S végül ne feledjük, hogy egy törvénnyel, egy hivatal felállításával még nem oldották meg a problémákat, akkor sem, ha a hivatalos rész történetesen jól működik: mindkét ügy állandó és aktív társadalmi részvételt kíván. Az áttekinthetetlenül hagyott információk helyzetével olyan észrevétlenül fogy el a szabadság, ahogy a tiszta víz és a levegő elfogyott.”<sup>19</sup>

A demokratikus társadalmi berendezkedésre önmagában is veszélyt jelent, hogy a közigazgató állam működése egyre bonyolultabbá és – különösen a kívülálló számára – egyre áttekinthetlenebbé válik. Ez a fejlődés olyan társadalmi tereket alkot, melyek a beavatatlan halandók számára felfoghatatlanná válnak, aki pedig a nyilvántartások labirintusában elveszti adatai nyomát, önmaga feladására kényszerül, miközben a közadatok ellenőrzésére sem marad lehetősége, bátorsága. Ez az információs kor modernizációs szakaszának jellemzője: „Az igazgatás automatizálásának első szakasza a nagy gépek, a nagy nyilvántartások, a nagy hatalom kora. Minden országban nekiláttak, hogy megvalósítsák az egységes központi népeesség-nyilvántartást, amelyről az uralkodók és klasszikus rendőrállamok csak álmodozhattak”.<sup>20</sup> Szerinte az „információs hatalommegosztás” elvén azt a követelést kell érteni, mely megakadályozza az adatok koncentrációját, mindenekelőtt pedig azt, hogy „információs szempontból az államigazgatás nem tekinthető egyetlen egységnek”. Továbbá az adatokkal való rendelkezésre egyetlen szerv sem adhat felhatalmazást önmagának.<sup>21</sup>

Sólyom egy másik fontos szöveghelyen ezt írja: „S minél tökéletesebb a világ, annál zsarnokibb.”<sup>22</sup> Talányos mondat.<sup>23</sup> Egyszerre érezhetjük igaznak és vitathatónak is. Ugyanakkor biztos, hogy nem fordíthatjuk meg. Vagyis nem mondhatom azt, hogy minél tökéletlenebb a világ, annál kevésbé zsarnoki.<sup>24</sup> A tökéletes társadalom gondolata, noha a közösségi tökéletességhez (már ha létezhetne ilyen) az elképzelések szerint nem csak forradalom útján juthatnánk el,<sup>25</sup> forradalmi. Forradalmi és/vagy utópisztikus. „A tökéletesen haté-

<sup>19</sup> SÓLYOM uo.

<sup>20</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Adatvédelem és személyiségi jog. *Világosság*, 1988/1, 54.

<sup>21</sup> SÓLYOM uo. Lásd még ugyancsak a cikket: *Tíz éves az Adatvédelmi Biztos Iródlája*, 15–16.

<sup>22</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Csönd. *Vigilia*, 1992/1, 17.; uő: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest: Osiris, 2001, 121.

<sup>23</sup> Nem mellékes körülmény, Hobbes Leviathánjával összefüggésben vetette papírra szerzője.

<sup>24</sup> Ha ezt be kell látni, olvassuk el BODOR ADÁM: *Sinistra körzet* című regényét. Budapest: Magvető, 1992. A tökéletlenül (azaz: rosszul) szervezett tökéletes (azaz: teljes) zsarnokság világát, melyet az irracionális tesz átélhetőbbé, mint azokat a racionális utópiákat, melyekkel teli minden könyvtár.

<sup>25</sup> Lásd például Fourier elképzelését a tökéletes társadalomról, melyet az embereknek, sőt éppen a gazdagoknak, azaz a társadalmi igazságtalanság haszonélvezőinek belátása hoz létre. CH. FOURIER: *A négy mozgó és az általános rendeltetések elmélete*. Budapest: Gondolat, 1977, 513.

kony közösség ugyanis, amely rendelkezik a normákat feltétlenül betartató hatékonyan működő intézményekkel, megsemmisíti önmagát. Ha a közösség tagjai nem viselik saját szabályaik betartásának terhét, a közösség megszűnik létezni”<sup>26</sup> – tartja Lawrence Lessig. Az avított helyébe ésszerű, új világot állító utópiák képviselője, ha csak a pozitív utópiákat vesszük is, kétségkívül tökéletes vagy tökéletesebb/tökéletesedő társadalmat akart, haladást. Azért érdemes erre, ha röviden is szót vesztegetni, mert a tökéletes világ ma csak információs társadalomként képzelhető el. Tökéletesség nyilvántartások nélkül nem létezhet, mai ismereteink rendszerében éppen a nyilvántartás a tökéletesség záloga. Közben tapasztalati igazság, hogy a racionális utópiák irracionális zsarnoki tébolyba fordulnak (mondhatnánk azt is, hogy törvényszerűen fordulnak). Erről Adam Michnik írja: „Aki tökéletes igazságot akar, annak nem szabad megfélemlenie arról, hogy csak a kivégzések tökéletesek.”<sup>27</sup> Másfelől, ha az információs jogokat veszem, bizonyos, hogy nem demokratikus viszonyok mellett (sőt ott is), a slamperáj privacy-barát, és egyébként sem mindenben káros. Átala megúszható sok minden, amit a társadalomnak jobb megúszni. Például nem biztos, hogy megtalálják az embert, vagy hogy mindig megtalálják-e. Nem mellesleg a rendetlen állam megkönnyíti a hozzáférést a sötét állami titkokhoz.

Ehhez még hozzátehetjük, hogy az *embert*, az európai zsidó-keresztény kultúrában mindenképpen, ha törekszik is a tökélyre, tökéletlen lénynek ábrázoljuk, és az emberi művek, különösen a közösségi terek és intézmények, ugyancsak tökéletlenek. Többre jutunk, ha ezt belátjuk, és tökéletlenségünkben rejlő lehetőségeinket próbáljuk a közjó szolgálatába állítani, miközben a közjót is tökéletlenül felismerhető eszménynek tekintjük. Érdemes megfigyelni, hogy a tökéletes társadalom – ábrázolása legyen bár pozitív vagy negatív utópia,<sup>28</sup> a leírás legyen továbbá „tudományos” vagy irodalmi – mennyire unalmas.<sup>29</sup> Az olvasó érdeklődését csak addig tudja fenntartani, amíg a miénktől eltérő világ kuriozitását írja le. A tökéletes világban, még ha teli is van pezsdítő vérengzéssel, erőszakkal, legbelül nem történik semmi. Ezt a semmit csak az enyhíti, minden utópia erről szól, hogy a tökéletes világba vetett főhős lelke háborog, mert rühelli a tökéletességet, hisz visszavágyik a tökéletlenség édenkertjébe.

A tökéletes világ statikus. Nincs hova mozdulnia, ellenkező esetben már nem volna tökéletes. Ha mégis mozdul, csak befelé. Valahogyan üldöznie kell (kivégzéssel, gondolatrendőrséggel, átnevelő táborral) a tökéletlenséget, továbbá azokat, akik tökéletlenek, deviánsok (noha a tökéletes világban elvben ők már nem létezhetnének).

<sup>26</sup> LAWRENCE LESSIG: A privát szféra architektúrája. *Információs Társadalom*, 2005/2, 55–74.

<sup>27</sup> ADAM MICHNIK: Az eltűnt értelem nyomában. *Beszélő*, 2005. szeptember, 59.

<sup>28</sup> A negatív utópia is ábrázolhatja a tökéletest.

<sup>29</sup> Például akár ORWELL: 1984. Budapest, Európa, 1989.

Az információs társadalom elméleteire a magam részéről erős gyanakvással tekintek. Nem vitatom, hogy az új kommunikáció olyan új környezetet teremt, mely hatással van magára a kommunikáció tartalmára, a jelentésre is, azt azonban – bármennyire jól hangzik – kétlem, hogy „The medium is the message.” (A médium maga az üzenet)<sup>30</sup> (McLuhan) szlogen szó szerinti értelmében igaz volna.

A szabadelvű demokráciában a honpolgár hol többé, hol kevésbé, de rendszeren békében él környezetével, rendszerint nagyobb figyelmet fordít magánvilágára, mint a külsőre. Erről Benjamin Constant nyomán Kis János így ír: „...ha a közügyekben való részvétel az értelmes életcélok közé tartozik is, óhatatlanul verseng más célokkal az egyének korlátozott idejéért és energiáiért. S míg a magánügyek terén a szabadsága birtokában cselekvő egyén választása döntő jelentőségű, addig a közügyek terén csak egy, a sok-sok választás sorában... Amiből az következik, hogy a magánügyeknek szentelt idő az egyén számára jóval értékesebb, mint az az idő, melyet a közügyek befolyásolására fordít. Ezért olyan politikai berendezkedésre van szükség, mely anélkül biztosít elégséges terjedelmű negatív szabadságot minden ember számára, hogy valamennyiüktől szüntelen, éber és odaadó politikai aktivitást követelne.”<sup>31</sup> Az adófizető polgárok a „mérsékelt politikai készenlét” kényelmét úgy érhetik el, hogy szabadságuk védelmét politikai (és a szűken vett politika világán kívül álló) intézményekre bízzák.<sup>32</sup>

Az információs szabadságjogok közös filozófiája ezért az, hogy a polgárt átláthatatlanná, az államot pedig átláthatóvá kell tennünk. Ez a kettős igény az 1989-es köztársasági alkotmányból – mivel alkotmányos szintre emelte a személyes adatok védelmét és az információs szabadságot – egyenesen következik. A jogállami forradalom államában a jogrendszer egésze – kivételt az alapjogok jelentenek – kontinuos volt a pártállam jogrendszerével. A radikális változást nem utolsósorban éppen az információs jogok jelentették: a diktatúra majd a kádári tekintélyuralom információs politikájának (átlátható polgár – átláthatatlan állam) pozitív tagadása. Az információs szabadságjogok biztosításához elvi és szervezeti alkotmányos háttérrel nyújt az információs hatalommegosztás követelése. A hatalommegosztás eszméjét eszerint ki kell terjesztenünk az információs hatalomra is.

<sup>30</sup> M. MOLINARO – C. MCLUHAN – W. TOYLE (eds.): *The Letters of Marshall McLuhan*. New York: Oxford University Press, 1987, 309.

<sup>31</sup> KIS JÁNOS: Közjó és honpolgári erény. In *Alkotmányos demokrácia*. Budapest: Indok, 2000, 18.; A negatív szabadság értelmezéséhez lásd ISAIAH BERLIN: A szabadság két fogalma. In *Négy esszé a szabadságról*. Budapest: Európa, 1990, 342–360.

<sup>32</sup> Ami kívánatos, nem biztos, hogy létező is. Ha a közjó biztosítására rendelt intézmények renyhék, élődiek, külön érdekeket szolgálnak, újból és újból szükség lehet a polgárok személyes áldozatvállalására.



2. Az Adatvédelmi Biztos Hivatala létrejött, amely elválaszthatatlan az adatvédelmi törvény megalkotásának történetétől (a két másik, párhuzamosan létrehozott ombudsmani intézménnyel együtt) a Harmadik Köztársaság alkotmányos berendezkedése kiépülésének egyik utolsó eleme volt, ám az egyik első igényként fogalmazódott meg, felszámolása pedig eldöntött tény. Létrejött elválaszthatatlan az adatvédelem és az információszabadság terén lezajlott európai (az információszabadság tekintetében a tengerentúli) jogi fejlődéstől. Ami pedig Magyarországot illeti, ez a legújabb fejlődés, a szabályozás intellektuális előkészítése ugyancsak meglehetősen messzire nyúlik vissza az időben, a totalitárius rendszerre jellemző gondolkodás és mentalitás fel-lazulásának történetéhez tartozik. És azt hiszem, ennek a történetnek vannak általánosítható tanulságai is, annál is inkább, mert mintha megint arra készül-nénk, hogy felejtjük el a múltunkat. De hát tudjuk, elfelejtett múlttal nem nyerhető meg a jövő.

Gyökerei ezért a pártállami történelmi múlt ködbe és homályba vesző tá-volába nyúlnak, és ma már, annyi romboló hazugsággal a hátunk mögött, a magyar történelem, a jogtörténet izgalmas kérdéseit teszik fel. Nevezetesen azt, milyenek voltak a nyolcvanas évek. Nyilván nagy ellenszélben dolgozott az a néhány társadalmi informatikus és jogász,<sup>33</sup> akik komolyan akarták a poli-tikai Kelet-Európa első adatvédelmi, illetve információs jogok törvényét, de ne feledjük, voltak jóindulatú partnereik, akik nem gáncsolták, sőt óvatosan támogatták is törekvéseiket. Az előørs-küzdelmeknek nem voltam még köz-vetlen szemtanúja, elsősorban mások forrásai alapján próbálok tájékozódni.

Az előzményeket, ha ezúttal odáig nem is megyek vissza, a hetvenes évekre tehetjük. Mindenesetre ki kell emelnünk, hogy a Polgári Törvénykönyv már 1977-ben kiegészült azzal a rokonszenves rendelkezéssel, mely szerint „A számítógéppel történő adatfeldolgozás nem sértheti a személyhez fűződő jogokat”.<sup>34</sup> Hogy ez hogyan, miként történt, nem tudom pontosan, de nyilvánvaló, ez a rövidke mondat nemcsak megelőzi, de meg is előlegezi az adatvédelmi tör-vény fontos részeit.

Akármilyen furcsa manapság az újból felerősödött parlagian kommunistázó politikai hangzavarban ezt állítani, a pártállam működésének nem minden eleme írható le bornírsággként. Minerva jogvédelemre és ezen belül adatvé-delemre szakosodott baglyai a pártállam alkonyán kaptak szárnyra. Ez a ma-gánzók magáníróasztalai mellett a Központi Statisztikai Hivatal környékén történt, és kezdeményezőként és hivatali támogatóként Vámos Tibor, az in-formatika minden újdonságára figyelő, magát villamosmérnökként meghatá-rozó mozgékony szellemű polihisztor tudós<sup>35</sup> mellett, tudtommal Nyitrai Fe-

<sup>33</sup> Sólyom László neve mellett Székely Ivánét és Könyves Tóth Pálét kell itt megemlítenünk.

<sup>34</sup> Ptk. 83. §.

<sup>35</sup> VÁMOS TIBOR: Az informatikai törvény elé. In *Magyar tudomány*. 95. kötet. 1988 (33) 7–8., 480–481.

rencné<sup>36</sup> elnök asszony neve is kitehető képzeletbeli dicsőségtáblánkra. Persze a pártállam bedőlte előtt nem lehetett nekünk garanciákkal övezett adatvédelmi törvényünk.<sup>37</sup> De az ezzel kapcsolatos munka mégiscsak dicséretes, és elő is készítette a rendszer megszüntetését. Néhány dokumentumrészlet jól jelzi, a kor levegőjét, az állam által beszélt a jogosultságokról szóló nyelvet; és mindezek mögött a jó szándék és a bizantikus gáncok és cselek. Ezeket a dokumentumokat itt Könyves Tóth Pál „Az adatvédelmi törvény előzményei és az adatvédelmi biztosok munkájának értékelő elemzése” című prezentációjából veszem, amely „Az Adatvédelmi Biztos 1995–2011” (2011. szeptember 28.) konferencián hangzott el.

Nyitrai Ferencné 1982 januárjában kelt támogató levelében „állami viszonyainak korszerűsítése” „törvényes rendünk szilárdítása” követelményeire hivatkozva veti fel, hogy ez a törvény „az első olyan, szocialista országban hozott törvény lenne, amely ezzel a feladatkörrel átfogóan foglalkozik, és csak néhány év késéssel követi azokat a legfejlettebb, általában szociáldemokrata berendezkedésű, polgári demokratikus tőkés államokat, amelyekben ezek a kérdések a politikai közvélemény előterébe korábban kerültek... Az informatikai törvény rögzítené, hogy milyen adatokat lehet és nem lehet az állampolgároktól kérdezni, mik az állampolgárok adatszolgáltatási kötelezettségei és milyen adatokat lehet egyáltalán az állampolgárokról tárolni.”<sup>38</sup>

1984. május 22-én Nyitrai Ferencné Lázár Györgynek, a minisztertanács elnökének levélben javasolja, hogy az adatvédelemről és személyiségvédelemről készüljön „információs törvény”.<sup>39</sup> Lázár kézírással rájegyzett megjegyzésével, „elvtársi üdvözlettel”, áldását adta a munka megkezdéséhez. Ezután alakult meg a munkabizottság,<sup>40</sup> majd a munka a KSH mellett később Kilényi Géza szervezésében<sup>41</sup> is folyt, melynek során szakértői anyagok, dokumentumfordítások készültek, természetesen alapvetően Könyves Tóth Pál, Sólyom László és Székely Iván szakértő közreműködésével. Végül az Információs szabályozási törvény tervezetét 1988 januárjában Sólyom László készítette el.

Azután Pozsgay Imre 1988 novemberében betervezte a *Tézisek a politikai intézményrendszer reformjának jogalkotási feladatairól* című elaborátumot,<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Nyitrai Ferencné közgazdász, statisztikus, a Központi Statisztikai Hivatal elnöke 1979 és 1989 között. Elsősorban iparstatisztikával, a közgazdaságtan elméleti és módszertani problémáival, az ágazati kapcsolatok rendszerével foglalkozott. Számos tanulmányt és szakkönyvet írt.

<sup>37</sup> Nem tesztek egyenlőségelet a ma épülő rendszer és a pártállam között, de ami a jogvédelem garanciáit illeti, a Nemzeti Együttműködés, elpusztítva az adatvédelem független jogvédelmi intézményét, legalábbis hátramenetbe kapcsolt.

<sup>38</sup> Nyitrai Ferencné KSH elnök támogatólevele 1982. január 14.

<sup>39</sup> 226/Eln.84.

<sup>40</sup> 1984. június 11. (110-333/84) Mt. titkárságvezető „adatvédelemnek, illetve személyiség védelmének jogi szabályozását” előkészítő munkabizottság.

<sup>41</sup> MTA Államtudományi Kutatások Programirodája (1985. december).

<sup>42</sup> „Melléklet az államminiszter szóbeli előterjesztéséhez.”

és láss csodát, annak 14. pontja szerint „A KSH javaslatával egyetértve idetartozónak véljük a személyi adatok kezeléséről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló törvényt is”, vagyis kombinált adatvédelmi és információs szabadság törvényről szól már az irat!

1989 januárjában a kormány a 3022/1989. számú (titkos!) határozatával jóváhagyta a személyes adatok kezeléséről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló törvény szabályozási elveit, és kötelezte az igazságügyi minisztert, hogy a tervezetet 1990. december 31-ig terjessze be.

Az 1989. október 23-án kihirdetett alkotmánymódosítással létrejött a köztársasági alkotmány, amely Kelet-Közép-Európában elsőként alkotmányos szintre emelte [59. §, 61. §] a személyes adatok védelmét és az információs szabadságot.

Az adatvédelmi törvényt azonban a megállapított határidőre nem terjesztették be.

3. Az adatvédelemmel, majd az információs önrendelkezéssel kapcsolatos döntések sorát a 2/1990. (II. 18.) AB határozat nyitotta meg, mely nem csupán időrendi okból érdemes a figyelemre.

Több párt és magánszemély fordult az Alkotmánybírósághoz, állítva, hogy az országgyűlési képviselők választásáról szóló 1989. évi XXXIV. törvénnyel bevezetett ajánló szelvény intézménye alkotmányellenes, mert sérti a választások titkosságát. Az ügy azért is figyelemre méltó, mert betekintést enged az AB jogértelmezésének fejlődésébe, a későbbi erényeket és bírálható pontatlanságokat ezen a ponton, forrásvidékünknel vehetjük szemügyre. A törvény rendelkezése szerint „az egyéni választókerületben a jelöléshez legalább hét-százötven választópolgárnak az aláírásával hitelesített ajánlása szükséges.”<sup>43</sup> A megfelelő számú ajánlószelvény begyűjtése, közvetve, a területi lista állításának is előfeltétele. Az ajánlási szelvényeken fel kell tüntetni a választópolgár nevét, személyi számát, állandó lakásának címét és a választási nyilvántartási sorsszámát. Ennyi adat a célhoz képest soknak tűnik, Sólyom László is sokallta, de itt még különvéleményét nem tudta a többséggel elfogadtatni. Míg az előzőleg említett határozatban azt mondták, hogy az AB a „jelen határozatánál... a személyi számot... adottnak vette”, 1990 május elsején az akkor univerzális azonosítóként használt személyi szám visszaszorítása érdekében a formai alkotmányosság körén belül maradvra tett egy kezdeti lépést a testület.<sup>44</sup> A hármas tanácsban meghozott döntés a cégbejegyzésről szóló 13/1989. (XII. 16.) IM rendelet részleges alkotmányellenességét állapította meg. Állítja, személyi szám nyilvános használatát miniszteri rendelet nem írhatja elő, mert a szabályozásra „az igazságügy-miniszternek nem volt törvényes fel-

<sup>43</sup> Vjt. 5. § (2) bekezdés.

<sup>44</sup> 11/1990. (V.1.) AB határozat.

hatalmazása”. „A személyi szám nyilvános használatának kötelező elrendelése a személyes adat védelméhez fűződő alapvető jog korlátozása...”

1990 októberében<sup>45</sup> az állami és pártfunkciót betöltő vezetők kötelező vagyonynyilatkozatáról szóló 1990. évi III. törvény alkotmányosságát vizsgálták. A bíróság ezúttal megint azt a formulát használja, hogy az Alkotmány 59. §-ában biztosított „a magántitok és a személyes adatok védelméhez való jog” védelmében lép fel. A határozat szerint az a törvényi rendelkezés, „amely a jelenleg működő pártok és társadalmi szervezetek országos vezetőit vagyonynyilatkozatra kötelezi, alkotmányellenes”. Az alkotmányellenesség oka az, hogy a törvényalkotó az állami funkciót betöltők körén kívüli személyekre is, kényszerítő ok nélkül, kiterjesztette a vagyonynyilatkozat-tételi kötelezettséget, ezzel pedig alapvető jog lényeges tartalmát korlátozta. „A magántitok és a személyes adatok védelméhez fűződő alkotmányos jog korlátozása a törvény által nem differenciált kötelezeti körre tekintettel aránytalan beavatkozás az alapvető jogokba, s mint ilyen, alkotmányellenes.” A határozat szakmai érdekességéhez tartozik, hogy a személyes adatok védelmével szemben álló alkotmányos értéként „a közélet tisztaságának megóvása” fogalmat nevezi meg, anélkül hogy megjelölné az alkotmányos passzust, melyből azt származtatja. Fontos értéke a határozatnak, hogy – a későbbiekkel ellentétben – nem állítja azt, hogy a vagyonynyilatkozat tartalma közérdekű adatnak számítana. Noha erről kifejezetten nem szól a határozat, de világos, hogy a vagyonynyilatkozatot eszköznek tekinti az alkotmányos cél tekintetében, és alkotmányosságát a célhoz viszonyítva, nem pedig önmagában vizsgálja.

A hazai alkotmánybíráskodás történetének egyik legnagyobb és legvitatottabb eseménye a személyi szám határozat.<sup>46</sup>

Ezúttal valóban szigorú volt az Alkotmánybíróság. Megsemmisítette a népesség-nyilvántartás akkori hazai jogrendjét. Ám ezzel sem elégedett meg, hanem előírta az Országgyűlésnek a megalkotandó adatvédelmi törvény meglehetősen részletes tematikáját, nem utolsósorban pedig általános jogelvi tételként állapította meg, hogy „a korlátozás nélkül használható, általános, egységes személyazonosító jel (személyi szám) alkotmányellenes” és „Az Alkotmánybíróság – a 20/1990. AB határozat szerinti eddigi gyakorlatát folytatva – a személyes adatok védelméhez való jogot nem hagyományos védelmi jogként értelmezi, hanem annak aktív oldalát is figyelembe véve, *információs önrendelkezési jogként*”.

Ezzel a döntéssel álláspontom szerint elment egészen addig a lehetséges határig az Alkotmánybíróság, ameddig egyáltalán elmehetett. Ezzel a döntésével nem teljesen alap nélkül fejére vonhatta a vádat, hogy nem csupán bírāja, de versenytársa is kíván lenni a törvényhozó (és az alkotmányíró) hatalomnak.

<sup>45</sup> 20/1990. (X.4.) AB határozat.

<sup>46</sup> 15/1991. (IV.13.) AB határozat.

Magam részéről leszögezném, nem függetlenül a történelmi helyzettől, egyet-érték a döntéssel. Azzal a történelmi (?) indokkal is védhető talán a döntés, miszerint csupa népköztársasági jogszabályt<sup>47</sup> iktatott ki a törvénytárból a bíróság. De ez a magyar rendszerváltás körülményeit tekintve természetesen nem elégséges alkotmányossági indok.

Az információs jogok a vértelen magyar jogállami forradalomban különös szerepet játszottak. Vagy fennmarad az ellenőrizetlen omnipotens hatalomkoncentráció, vagy valamiképpen működik az információs hatalommegosztás alkotmányos rendje. A totális információs hatalom az Alkotmánybíróság által vezérelt tyúklépésnyi reformokkal aligha lett volna átalakítható, miközben ezeket a reformokat a közigazgatás hatalmi gépezete szükségképpen szabotálta volna. Az alkotmánybíróság ideáltipikusan olyan, mint az indiánregények hősei. Egyszer szól, azután már hallgat. Ha nem erős, nem egyértelmű az alkotmánybíróság szava, tág tere nyílik a közigazgató állam jogértelmezésének, a határozat „végrehajtása” után az alkotmányértelmező hatalom akaratára olykor nem könnyű ráismerni.

Egy jogrend továbbá vagy folyamatos alkotmányos kontroll alatt formálódik, vagy pedig ennek hiányában. Ha a kései „szocializmust” nem is tekinthetjük minden ízében zsarnokinak, információpolitikájában nem lehetett más. Mindezekből nem indokolatlan azt a következtetést levonni, hogy bár az Alkotmánybíróság igen erős aktivizmussal dúlta szét az állami népességnyilvántartás egész jogrendjét, tekintve, hogy ez a jogrend nem alkotmányos kontroll alatt, és nem is a polgári jog jogrendjére jellemző, még a totális hatalom kezét is megkötő évszázados formakultúra talaján alakult ki, ez a döntés nem csupán következményeit tekintve, de az alkotmánybíráskodás benső világa alapján is helyeselhető. A döntés megakadályozta, hogy az ellenőrizetlen politikai hatalom a modern információtechnológiával párosítva zavartalanul rombolja az egyén integritását. Mindebből persze az is következik, hogy ami történt: kivétel; szervesen, alkotmányos alkufolyamatban fejlődő jogállamban ilyesfajta radikalizmusra nemigen kerülhet sor. Ezúttal tényleg nagyot lendült az inga, és útjában ütött egyet a törvényhozó hatalom presztízsén, ám az azóta történtek fényében ez nem volt indokolatlan. Az Alkotmánybíróság korai „nagy” határozatainak – köztük ennek – volt egy további, a magyar társadalom mentális egészségére is jótékony hatással járó következménye.

Az állam itt ismerkedett meg azzal, hogy a pusztá szó, az Alkotmány szava hatalom a rendőrök, a miniszterek, az állami nyilvántartások felett.

A személyi szám határozatnak van egy további, különös sajátossága. Az információs ipar folyamatos robbanásos fejlődése évről évre új helyzetet teremt a személyes adatok védelmében, sokan már földgolyó méretű információs

<sup>47</sup> Az állami népesség-nyilvántartásról szóló 1986. évi 10. törvényerejű rendelet és az ennek végrehajtásáról szóló 25/1986. (VII. 8.), a 102/1990. (VII.3.) MT rendeletek.

börtönt vizionálnak. Ehhez képest a személyi szám határozat közvetlen jelentésében az adatvédelemnek kissé ismétlős, ódivatú felfogását képviselte talán már létrejöttékor is, mégsem teszik az újabb fejlemények a határozatot múzeumi darabbá. Maradéktalanul időszerűek lesznek mindig a célhoz kötöttségről, a készletező adatgyűjtésről, az információs hatalom megosztásáról, az adattovábbításról, nyilvánosságra hozatalról, az adatbiztonságról, és főként a polgárok önrendelkezési jogáról mondtak.

Azért ehhez érdemes hozzátenni, hogy az Egyesült Államokban, ahol ez nem lefutott ügy, a kitűnő Solove 2001-ben is a társadalombiztosítási szám általános használatát kárhoztatja, és láthatóan nem látja ezt a vitát meghaladottnak. Az USA általános személyazonosítója szerinte kaskai talajvesztettséget okoz, másoknak hatalmat ad az amerikai polgárok felett, lehetővé teszi, hogy becsapják őket, a személy önazonosságának eltulajdoníthatóságát, a kémkedést és spiclikedést.<sup>48</sup> Úgy tűnik, az adatok aggregációján ő részben más ért, mint mi, szerinte az a különböző célból és személyek által gyűjtött adatrészek egyesítése, ezért is különösen veszélyes.

Van azonban egy közvetlen szövegréteg, melyen a fejlődés túlhaladt már. Amikor – nálunk skandináv mintára – bevezették az univerzális személyazonosító számokat, máshol pedig eltűrték, hogy szektorális azonosítók általános használatot nyerjenek, ennek nem a polgárok totális ellenőrzése volt a feltétlen célja, hanem okozata is volt a számítógépek tároló képességének, sebességének korlátozott voltának is. Mára teljesen mindegy, hogy egy személyt tízenegy vagy kétszázötven karakterrel lehet-e azonosítani. A kis teljesítményű, ezért (!) *privacy*-barát winchesterek a rozsdatemetőbe kerültek. Az univerzális azonosító megszüntetése tehát korábban *fizikai korlátja is* lehetett a hatalom koncentrációjának. Ma ez a garancia sokkal inkább szimbolikus, semmint valóságos. Ma fontos tudnunk, hogy az univerzális helyett a szektorális személyazonosító kódok használata önmagában nem sokkal több, mint az állam gesztusa, jó szándékának *jelzése*, semmint elégséges garancia. Ebből persze nem következik az, hogy ha már megtiltottuk az univerzális azonosító használatát, belátva, hogy a szektorális számok sem védenek meg bennünket, adjuk fel ezt az eredményt, hanem arról kell gondolkodnunk, miképp szerezhethénk a korábbiak mellé újabb biztosítékokat. Az egységes azonosító és az osztott információs rendszerek alkotmányos követelménye ellentmond egymásnak.

Az Alkotmánybíróság ezen döntése egyébként több helyen a német alkotmánybíróság 1983-as népszámlálás-döntését visszhangozza, melyre természetesen hivatkozik is.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> D. J. SOLOVE: *Privacy and Power: Computer Databasis and Metaphors for Information Privacy*. *Stanford Law Review*, July, 2001, 1452.

<sup>49</sup> A magyar döntés nemzetközi fogadtatása általában pozitív, találkoztam olyan példával, hogy a német alkotmánybíróság megállapításait külföldi szakértő a magyar AB közvetítésével ismerte, és így a magyar bíróság újításának tulajdonította.

A 25/1991. (V. 18.) AB határozat a 109/1978. (IK. 11.) IM utasítás azon rendelkezéseit semmisítette meg, amelyek az államtitok védelmét óhajtották szolgálni. A megsemmisített szabályok a védelem jogát korlátozták a tényállás megismerésére. Az AB álláspontja szerint a büntetőeljárásban ugyan szükség lehet az államtitok és a szolgálati titok megfelelő védelmére, azonban a korlátozásokat „magában a büntetőeljárásról szóló törvényben kell elhelyezni”. A döntés a formai alkotmányosság követelményét érvényesíti, de megemlíti, hogy itt alapjogi korlátozásról van szó, ezért a korlátozásnak elkerülhetetlenül szükségesnek és arányosnak kell lennie.

1992. XI. 17-én – hosszas vita után – kihirdették az 1992. évi LXIII. törvényt, amely a személyes adatok védelméről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szól. A törvény negyedik fejezete az adatvédelmi biztos és az adatvédelmi nyilvántartás intézményét szabályozza. Az adatvédelmi biztost – az állampolgári jogok országgyűlési biztosáról szóló 1993. évi LIX. törvény alapján – 1993. október 1-jéig kellett volna megválasztani. Pártközi egyeztetéseket követően a köztársasági elnök 1993 szeptemberében meghallgatta az általános ombudsman, az adatvédelmi biztos (a jelölt én voltam) és az általános biztos helyettesének tisztségeire jelöltek, ám a választási procedúra sikertelen maradt, a parlament nem is választott.

Az ombudsmani intézményt végül 1995. június 30-án – a 84/1995. (VII. 6.) OGY határozattal – keltette életre az *Országgyűlés*.

Az Adatvédelmi Biztos Irodája – erősen korlátozott eszközeivel is – komoly ellensúlya volt a demokratikus jogállamban a késő kádári kor alig háborítottan továbbélő hivatali reflexeinek, melyek restaurációs szándékok nélkül – gyakorta éppen a modernizáció mezében – csökkentenék a szabadságjogok érvényesíthetőségét, valamint az éves jelentéseimben újcenzalizmusnak nevezett, az alapjogokat és a hatalommegosztást kétségbe vonó törekvéseknek is.

A szabadelvű jogállam intézményi keretet ad a polgári szabadság számára, ereje azonban soha nem mutatkozik úgy meg, mint a diktatúra hatalma. A jogot, hogy valósággá váljon, ki kell nyilvánítani. Ha vannak intézményei a szabadságjogoknak, ezen intézmények léte is bátorítja a polgárokat arra, hogy kinyilvánítsák jogaikat. A szabadság a polgári önértetből és az intézményi feltételekből épül fel. Az állam számos intézményét történeti-kulturális háttere, hatékonyság felfogása, sőt talán a hatalom természete maga is, ellenérdekűvé teszi a szabadságjogok érvényesülésével szemben. A közigazgatást rá kell tehát kényszeríteni arra, hogy sem az adóztatás, sem a rendőri hatékonyság érdekét nem a szabadságjogok ellenében lehet megvalósítani. Civilizációs botrány az, ha a megnövekedett szabadságot lehet felelőssé tenni például az állami korrupcióért is, holott azzal szemben éppen az információs szabadság érvényesítésével lehet a mostaninál hatékonyabban fellépni.

Az információs szabadságjogok parlamenti védnökének a társadalmat, de természetesen elsőként az egyént kell támogatni autonómiája védelmében.

Nem tudok olyan felhatalmazásról, hogy latensnek minősített, talán nem is létező társadalmi igényeket generáljon, ám kötelessége a kinyilvánított szabadságigény mellé állni. Segítheti ébren tartani az igényt: vegyük komolyan jogainkat, ha másért nem, azért legalább, mert az ismert példák szerint a jólétre is több esélye van annak a közösségnek, mely egyénként sem adja fel a jogait.

A Magyar Köztársaság adatvédelmi jogának és joggyakorlatának jelentős elismerése volt, hogy 1999. szeptember 7-én az Adatvédelmi Biztosok Munkacsoportja javasolta az EU Bizottságának, hogy Magyarországot minősítse adekvát védelmet biztosító országnak.<sup>50</sup>

Az Európai Bizottság 2000. július 27-én döntést hozott, amely az USA esetében a „safe harbor” megoldást fogadta el,<sup>51</sup> míg elsőként (!) Magyarország és Svájc esetében elismerte az adekvát védelmi szint<sup>52</sup> meglétét, ezzel, noha nem voltunk még tagjai az Uniónak, felszabadította a személyes adatok áramlását az EU-ból e két országba.<sup>53</sup> Ez nagyon jelentős elismerése volt a magyar adatvédelemnek, hiszen nemcsak Kelet-Európát, de az egész világot tekintve, Svájc mellett elsőként léptünk be a klubba.

Bevált és szerencsés az adatvédelem és az információszabadság törvényi és a védelmük szervezeti összekapcsolása is. Ezzel, mivel első volt, Európában Magyarország diktálta a tempót. A magyar információs jogrendnek nem elhanyagolható nemzetközi kisugárzása is volt, Szent István óta nem tudok ezen kívül olyan nyugat-európai alkotmányos reformról, melynek bevezetésekor kifejezetten a jó és követendő magyar tapasztalatokra hivatkoztak.<sup>54</sup> Mára az Egyesült Királyságtól Szlovéniáig Európában összekapcsolják az adatvédelem és az információszabadság oltalmát.

<sup>50</sup> Opinion 6/99, a javaslatot Peter Hustinx elnök jegyezte.

<sup>51</sup> Miután az Európai Parlament 2000. július 5-én 279/259 arányban leszavazta a safe harbor javaslatot.

<sup>52</sup> Az adekvát védelem mérésére lásd CHARLES D. RAAB – COLIN J. BENNETT – ROBERT M. GELLMAN – NIGEL WATERS: *Application of a Methodology Designed to Assess the Adequacy of the Level of Protection...* European Commission Tender, No. XV/97/18.

<sup>53</sup> Data protection: Commission adopts decisions recognising adequacy of regimes in US, Switzerland and Hungary, Brüsszel, 2000. július 27.

<sup>54</sup> Lásd erről ALEXANDER DIX: *The influence of Hungarian Freedom of Information Legislation Abroad – The Brandenburg Example and Experience.* In *Az odaátra nyíló ajtó* (The door onto the other side). Budapest: ABI, 2001, 231–239.



PACZOLAY PÉTER

## AZ EGYÉNI JOGSÉRELEM AZ ALKOTMÁNYBÍRÓSÁG ELŐTT

Az alkotmánybíráskodás célja annak megakadályozása, hogy az „ország legfőbb törvényével” (*the supreme law of the land*, ahogy az amerikai alkotmány mondja), az alkotmánnyal ellentétes jogszabályok létezzenek a jogrendszerben és érvényesüljenek a jogalkalmazásban. Vagyis az alkotmánybíráskodás lényegénél fogva normakontroll. Ez a tétel az alkotmánybíráskodás valamennyi modelljére érvényes, legyen szó akár a történetileg elsőként létrejött amerikai modelltől, akár a sokféle európai megoldásról. Az amerikai modellben a bíróság csak konkrét ügy vagy jogvita (*cases and controversies*) keretében állapíthatja meg valamely jogszabály alkotmányellenességét, és következményként kizárja a kifogásolt norma alkalmazhatóságát a konkrét ügyben.

Az európai modell – ilyenről persze egységesen nem is beszélhetünk – sokféle megoldásnak enged teret. Hans Kelsen eredeti – a Merkl-féle lépcsőelméleten alapuló – elképzelése szerint közvetlenül csak az alkotmány alatt álló törvények lehetnek alkotmányellenesek, az alacsonyabb szintű normák (kormányzati, közigazgatási és bírói aktusok) csak közvetve alkotmányellenesek: vagy azért, mert alkotmányellenes törvényt hajtanak végre, vagy azért, mert megfelelő felhatalmazás vagy hatáskör hiányában születtek. Az állampolgárok jogait a közigazgatás vagy az igazságszolgáltatás döntései, vagyis kelsen értelemben az egyedi normák sérthetik, az általános normák, a törvények nem. Az alkotmányellenes törvények tehát nem az állampolgárok jogait sértik közvetlenül, hanem a törvényesség elvét. Ezért illeti meg az alkotmánybírói eljárás indítványozásának joga az állam tisztviselőit, képviselőit, és nem az egyéneket.

Miként jut mégis az egyén szerephez az alkotmánybírói eljárásban? Miért eleveníti fel Kelsen a római büntetőjog sajátos intézményét, mely a köz érdekében a közösség egyik tagja által indított eljárást tette lehetővé, vagyis az *actio popularis*? Kelsen szerint a bírósághoz jutás politikai jog, mely a polgárok számára lehetővé teszi a jogi normák megalkotásában való részvételt.<sup>1</sup> Az alkotmánybírói eljárás a polgárok az *actio popularis* révén jutnak el.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> HANS KELSEN: *General theory of law and state*. New York: Russell & Russell – 20th century legal philosophy series, vol. I. 1961: 87–90.

<sup>2</sup> HANS KELSEN: *La garantie juridictionnelle de la Constitution*. *Revue de Droit Public*, 1928, 245.

Kelsen gondolatmenete szerint egy alapjog (vagy szabadság) arra ad jogot az egyénnek, hogy ha alkotmányellenes törvény érinti őt, akkor hatalmában áll az alkotmányellenes törvény megsemmisítésére vezető eljárást kezdeményezni. Az az aktus, amellyel egy normát megsemmisítenek, maga is norma, ezért elmondható: az ún. alapjog vagy szabadság jogi hatalom ennek a normának a megalkotásában való részvételre. Például a vallásszabadság alkotmányosan védett joga sajátos technikai értelemben vett jog, ha a vallásszabadságot korlátozó törvény megsemmisítését bármelyik érintett egyén kezdeményezheti *actio popularis* keretében.<sup>3</sup>

Az egyén normaalkotásban való részvételének módozatai Kelsen szerint a következők: 1. a törvényhozó testületben való közvetlen részvétel, 2. közvetve a választásokon való részvétellel a polgár felhatalmazást ad a döntéshozóknak, 3. részt vesz olyan norma megalkotásában, amely megsemmisíti annak a normának az érvényességét, mely sérti az egyenlőséget vagy a szabadságot. A megsemmisítés lehet általános érvényű, minden lehetséges esetre, vagy egyéni, mikor csak egy konkrét ügyre hat ki.<sup>4</sup>

Kelsen gondolatvilágában tehát a normakontroll egyfelől az állami indítványozók részére fenntartott eljárás, másfelől az *actio popularis* révén megnyitja az egyének számára a negatív jogalkotói szerepet.

Azt kívánom igazolni, hogy az *actio popularis* és az egyéni ügyben indult alkotmányjogi panasz szembeállítása mesterkélt, és félreértésen alapul. Nem véletlen, hogy Latin-Amerikában az *actio popularis* az alkotmányjogi panasszal azonosítják. Vagy egy másik vélemény szerint: „ha a jogállamiság hatását a politikai rendszerre úgy fogjuk fel, mint a rendes vagy az alkotmánybíráskodáshoz való hozzáférés megnyitását, nem vonhatunk le más következtetést, mint azt, hogy ez a politikai szerkezeten belüli jelentős hatalom-átcsoportosításhoz vezet.”<sup>5</sup>

Bragyova András bizonyította be, hogy az alkotmányjogi panasz normakontroll, és nem a normabíráskodástól független jogvédelmi intézmény.<sup>6</sup> Állítását tudomásom szerint eddig nem cáfolták. Tanulmányának nem volt tárgya, és nem érintette a normakontroll különböző fajtái közti eltéréseket és különbségeket, melyek egyebek mellett az indítványozói körben, az eljárásban és a következményekben jelentkeznek. E vonatkozásokban ugyanis már jelentős mértékben elválnak egymástól az egyes eljárások.

<sup>3</sup> HANS KELSEN: *Pure theory of law*. Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1978, 143.

<sup>4</sup> KELSEN i. m. 145. Az *actio popularis* fogalma megjelenik más művében is. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Berlin–Leipzig, W. de Gruyter, 1929, 74.

<sup>5</sup> SAJD AMIR ARJOMAND (ed.): *Constitutionalism and political reconstruction*. Brill, Leiden, 2007, 39. Ugyanebben a tanulmánykötetben olvasható amúgy SÓLYOM: The role of constitutional courts in the transition to democracy, with special regard to Hungary című tanulmánya, 285–314.

<sup>6</sup> BRAGYOVA ANDRÁS: *Az alkotmányjogi panasz fogalma. Ünnepi kötet Sári János egyetemi tanár 70. születésnapja tiszteletére*. Budapest: Rejtjel, 2008, 69–77.

Az utólagos normakontroll *actio popularis* jellege, vagyis a bárki általi indítványozhatóság az új alkotmány, az Alaptörvény életbelépésével megszűnik. Ez kétségtelenül alapvető változás lesz, tekintettel a populáris akció keretében beadott indítványok számára, illetve az ilyen ügyekben hozott rendkívül jelentős tárgyú vagy nagy hatást eredményező döntésekre. Az *actio popularis* olyan elsődlegesen politikai funkciót tett lehetővé a magyar Alkotmánybíróság számára, melyet nemzetközi viszonylatban talán egyetlen ország sem követ, mindenesetre csak néhány jogrendszer ismer hasonló intézményt. A sajátos magyar megoldás létrejöttének okait, illetve folyamatát Sólyom László az alábbiakban foglalta össze: „...az 1989-es szocialista törvénytervezet a saját ügyben végzett normakontroll mellett még alternatívaként tartalmazta a valódi alkotmányjogi panaszt is. A Legfelsőbb Bíróság elnökének és a legfőbb ügyésznek a tárcakörözés során nyilvánított ellenvéleményére azonban az Igazságügyi Minisztérium azonnal visszavonult, a tervezet már nem került a kerekasztal elé. Ott pedig az ellenzék elsősorban azért küzdött, hogy a tervezet elképzelésével szemben valódi alkotmánybíróság jöjjön létre, amely a törvényt is megsemmisítheti, illetve mulasztás esetén az Országgyűlést is törvényalkotásra kötelezheti. Így az ellenzék ugyancsak sikeres másik követelése, hogy az Alkotmánybíróság mindenki számára legyen hozzáférhető, már csak az absztrakt normakontrollra és a mulasztásra vonatkozhatott.”<sup>7</sup> A testület már az első évben szembesült azzal, hogy az Alkotmánybíróság legnagyobb problémája a bárki által indítványozható absztrakt normakontroll.<sup>8</sup> Így a magyar Alkotmánybíróság elsősorban a törvényhozással, az Országgyűléssel szemben határozta meg önmagát, töltötte be feladatát. Túlzottnak is nevezhető hangsúly került az Országgyűlés ellenőrzésére. Tilk Péter szerint az absztrakt utólagos normakontroll a vélelmezetten téves jogalkotás ellen vehető igénybe, célja a többnyire tudatosan téves jogalkotói alkotmányértelmezés kiiktatása.<sup>9</sup>

A Velencei Bizottság tanulmánya által megvizsgált 62 országból mindössze hatban működik a magyarhoz hasonló populáris akció: ezek Argentína, Chile, Horvátország, Grúzia, Mexikó, Macedónia.<sup>10</sup>

Ugyanakkor erőteljes hangok jelentek meg az utóbbi időben a populáris akció védelmében. Pedig a Velencei Bizottság véleménye szerint „az *actio popularis* intézményének a jövőbeli alkotmányból történő kihagyása – arra hi-

<sup>7</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Az alkotmánybíráskodás tizedik évfordulójára. In BITSKEY BOTOND (szerk.): *Tíz-éves az Alkotmánybíróság*. Budapest: Alkotmánybíróság, 2000. Uő: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest: Osiris, 2001, 232. Ugyanerről: *Az Alkotmánybíróság hatáskörének sajátossága*. Uo. 164–166.

<sup>8</sup> SÓLYOM: *Az Alkotmánybíróság első éve*. Uo. 29.

<sup>9</sup> TILK PÉTER: Az alkotmányjogi panasz, mint a bíróságok és az Alkotmánybíróság eljárásának kapcsolódási pontja. *Birák Lapja*, XII(2002) 2, 59–66.

<sup>10</sup> CDL-AD(2010)039rev 61–63.

vatkozással, hogy az Alkotmánybíróság túlzott leterhelését, illetve a rendelkezésre álló jogorvoslati lehetőségekkel való visszaéléseket elkerüljék – nem minősül az európai standardok megsértésének. A kialakult magyar alkotmányos hagyományokat figyelembe véve azonban tanácsos lenne azt kiegészíteni alternatív felülvizsgálati mechanizmusokkal, fenntartva pl. valamilyen közvetlen szereplőn – pl. az ombudsmanon vagy más hasonló szerven – keresztüli közvetett indítványozás lehetőségét. A Velencei Bizottság ezen túlmenően javasolja azt is, hogy a rendes bíróságok általi előzetes megkeresések rendszerre fennmaradjon. Az alkotmányjogi panasz tervezett kiterjesztése a jogszabályok mellett az *egyedi aktusok* alkotmányossági felülvizsgálatára is az *actio popularis* megszüntetésének szükséges ellentételezése, következésképp a Bizottság nagy örömmel üdvözli azt.”<sup>11</sup>

Az Alaptörvény az utólagos normakontroll indítványozásának lehetőségét a Kormány, az országgyűlési képviselők egynegyede [ez a német mintát másolja, lásd Grundgesetz 93. cikk (1) bekezdés 2. pont], és – Velencei Bizottság kérésének megfelelően – az alapvető jogok biztosa részére biztosítja. És az indítványozói jogkör kétségtelenül radikális csökkentését az egyedi bírói döntések alkotmányossági vizsgálatával ellentételezi.

Az Alkotmánybíróságról szóló törvény alapján 22 évig egy korlátozott jelentőségű panasz létezett Magyarországon. Az alkotmánybíráskodás első éve után úgy értékelt, hogy „az utólagos normakontrollra adott populáris akcióval az Abtv. determinálta az Alkotmánybíróság elé kerülő ügyek legnagyobb részének jellegét. Ebből következik ugyanis, hogy a demokratikus alkotmány és a régi rendben hozott jogszabályok összeegyeztethetőségének kérdése tömegesen, de egyben véletlenszerűen és töredékesen kerül az Alkotmánybíróság elé.”<sup>12</sup>

Az alkotmányjogi panasz intézményét sokan bírálták korlátozott érvénye miatt, kiemelve, hogy tulajdonképpen nem több, mint egyedi ügyben alkalmazott normakontroll. Vannak, akik ezért hatóságát bővíteni szerették volna, mások ebben a csökevényes formájában egyenesen fölöslegesnek ítélték. Szinte kivételesnek tekinthető Tilk álláspontja, mely szerint az alkotmányjogi panasz alkalmas az egyéni jogsérelmek orvoslására, ezért ilyen formában való fenntartása kívánatos. Helytelenítette (2002-ben megjelent tanulmányában) a „valódi” alkotmányjogi panasz bevezetését, különösen ha ennek ára az absztrakt utólagos normakontroll populáris akció jellegének visszaszorulása.<sup>13</sup>

A hazai szakzsargonban ún. „valódi” alkotmányjogi panasznak nevezett hatáskörrel kapcsolatos egyik közkeletű tévedés az, hogy nem norma (jogsza-

<sup>11</sup> Lásd JAKAB ANDRÁS: *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei*. Budapest, HVG–Orac, 2011, 375.

<sup>12</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: *Az Alkotmánybíróság első éve*. In uő: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei*, 30.

<sup>13</sup> TILK i. m. 65.

bály), hanem egyedi bírósági döntés ellen vehető igénybe. A tévedés gyökere az a feltételezés, hogy a kettő viszonya vagylagos, egyszerre nem teljesülhetnek. Márpedig a valóság az, hogy az alkotmányellenes jogszabály ellen irányul a panaszeljárás, de egyidejűleg lehetővé teszi a bírói döntés korrekcióját is. A másik tévedés, hogy a „valódi” alkotmányjogi panasz hatáskörével rendelkező alkotmánybíróság a bírósági szervezetrendszer fölött állva, legfelső jogorvoslati fórumként jár el, legalábbis az alkotmányossági szempontú felülvizsgálatban. Kétségtelen, hogy az Alkotmánybíróság a kezdeti időkben maga sugallta az alkotmányjogi panasz jogorvoslat jellegét, abból kiindulva, hogy az egyéb jogorvoslatok kimerítése után lehetett benyújtani. Ezt hangsúlyozta az 57/1991. (XI. 8.) AB határozat,<sup>14</sup> mely aláhúzta a panasz jogorvoslati funkcióját, és ezt erősítette a 23/1998. (VI. 9.) határozat<sup>15</sup> is, amely rámutatott arra a súlyos hiányosságra, hogy az eljárási törvények nem nyújtottak lehetőséget a sérelem orvoslására.<sup>16</sup>

A korlátozott alkotmányjogi panasz is sok eljárási és értelmezési nehézséget vetett föl, ezzel 2008–2009-ben a testület több informális ülésen foglalkozott, egy problematika<sup>17</sup> alapján. Ezeket részben bemutatja Köblös Adél tanulmánya,<sup>18</sup> melynek következtetése az alábbi: „Milyen jogvédelmet nyújt tehát az alkotmány panasz? Egy olyan korlátozott alapjogvédelmet, melynek jogorvoslati jellege háttérbe szorul, sőt a büntetőeljárási szabályok vonatkozásában teljesen hiányzik. Csupán a jogszabályok alkotmányellenességére koncentrálnak, az egyéb közhatalni aktusok által előidézett alapjogsérelem hatáskörén kívül marad. Kettős természetéből a normakontroll jelleg a domináns, egyedi ügyben jogvédelmet csak az első indítványozó(k)nak biztosít.”<sup>19</sup> Kemenes István az alkotmányjogi panasz másik nehézségére mutatott rá: nevezetesen, hogy miként zárható ki az alkotmányellenessé nyilvánított jogszabály alkalmazása a bírósági eljárásban.<sup>20</sup> A Kemenes által felvetett problémákat orvosolta az Alkotmánybíróság a parkolási ügyek kapcsán az alkalmazás általános kizárására vonatkozó döntésében.<sup>21</sup>

A határozat azt az Alkotmánybíróság működésében rendszeresen visszatérő, esetenként méltánytalanságot eredményező problémát orvosolja, amely abból ered, hogy az Alkotmánybíróság általában csak az „első” ügyben bizto-

<sup>14</sup> ABH 1991, 272, 281–282.

<sup>15</sup> ABH 1998, 182, 186.

<sup>16</sup> Ugyanebben a szellemben nyilatkozik Sólyom is, lásd „Az Alkotmánybíróság újabb másfél éve” In uő: Az alkotmánybíráskodás kezdetei, 53sk.

<sup>17</sup> A problematikát „Az alkotmányjogi panasz” cím alatt Köblös Adél készítette. Kézirat, 2008. október 21. 65 oldal terjedelemben.

<sup>18</sup> KÖBLÖS ADÉL: Milyen jogvédelmet nyújt az alkotmányjogi panasz? *Alkotmánybírósági Szemle*, 2010/1, 130–134.

<sup>19</sup> KÖBLÖS i. m. 134.

<sup>20</sup> KEMENES ISTVÁN: Alkotmány, bíróság. *Alkotmánybírósági Szemle*, 2010/1, 137.

<sup>21</sup> 35/2011. (V. 6.) AB határozat, Magyar Közlöny 2011/48,11029.

sított jogvédelmet az indítványozónak.<sup>22</sup> Az Abtv. fő szabálya, hogy a jogszabály megsemmisítése nem érinti a határozat közzététele előtt létrejött jogviszonyokat s a belőlük származó jogokat és kötelezettségeket. A két kivétel a jogerős határozattal lezárt büntetőeljárás felülvizsgálatának elrendelése és az Alkotmánybíróság kivételes jogosultsága arra, hogy a jogszabály *ex tunc* hatályon kívül helyezését vagy konkrét esetben történő alkalmazásának a tilalmát rendelje el, ha ezt a jogbiztonság vagy az eljárást kezdeményező különösen fontos érdeke indokolja.<sup>23</sup>

A határozat rámutat, hogy az Alkotmánybíróság elmúlt húszéves gyakorlata során több alkalommal, többféle összefüggésben szembesült az alkalmazási tilalom főszabálytól eltérő megállapításának kérdésével és e határozati rendelkezés lehetséges következményeivel. Két álláspont jelent meg a döntéseiben: bizonyos esetekben élt az alkalmazási tilalom kimondásának különböző megoldásaival, más esetekben viszont a jogbiztonság alkotmányos elvére tekintettel res iudicatára hivatkozva döntött. Az első évek gyakorlatát a 68/1995. (XII. 7.) AB végzés<sup>24</sup> zárta le. A tisztázás igényével született döntés szerint az alkotmányellenesség megállapításának jogkövetkezménye főszabály szerint a megsemmisítés, amely jogkövetkezmény a határozat kihirdetésének napján áll be, és ugyanezen időponttól kezdődően (*ex nunc*) nem lehet alkalmazni. Az alkotmányellenesség és az annak általános, elsődleges következményeként előírt megsemmisítés tehát a kihirdetésig teljesített kötelezettségeket, gyakorolt jogokat nem érintheti. Ehhez képest kivételes az az eset, amikor a hatályvesztésre, illetve alkalmazási tilalom kimondására a fentiekől eltérő módon kerül sor. Az alkotmánybírósági döntések *erga omnes* hatálya<sup>25</sup> az utóbbi esetben azt jelenti, hogy a hatályvesztés és a konkrét normakontroll eljárásokban az alkalmazási tilalom a konkrét normakontrollal nem érintett személyek esetében az általános szabályok szerint alakul, a kivételes jogkövetkezmények pedig csak a konkrét ügy által érintett személy(ek)re vonatkozhatnak. A határozat értelmében tehát a konkrét ügyben folytatott normakontroll eredményeként megállapított alkotmányellenesség generálisan csak a kihirdetést követően keletkezett jogviszonyokra fejt ki a hatását, a már lezárt jogviszonyokat nem érintheti.

A határozat szerint az 1995-ben hozott döntést követő időszakban még két alkalommal merült fel a kivételes jogkövetkezmény értelmezésének, vagyis

<sup>22</sup> Az osztrák alkotmánybíráskodásban „Ergreiferprämie”-nek nevezik azt, amikor csak a döntésre okot adó ügyre kiterjedő hatállyal kell kimondani visszaható hatályú alkalmazási tilalmat, az osztrák alkotmánytörvény (Bundes-Verfassungsgesetz) 140. cikk (7) bekezdése alapján. Minden más esetben a megsemmisítés előtt létrejött tényállásokra a törvényt továbbra is alkalmazni kell, hacsak az alkotmánybíróság magában a megsemmisítési döntésében másként nem határozott.

<sup>23</sup> Lásd 43. § (2) bekezdés, a két kivétel-szabály a (3) és a (4) bekezdés.

<sup>24</sup> ABH 1995, 431.

<sup>25</sup> Abtv. 27. § (1) bekezdés.

az alkalmazási tilalom hatályának kérdése. Az egyik esetben<sup>26</sup> a testület az alkotmányellenesség *ex nunc* hatályú megállapítása mellett generális alkalmazási tilalmat mondott ki folyamatban lévő ügyek tekintetében. A jogbiztonság alkotmányos elvére alapozott indokolás szerint az alkotmányellenes jogszabály érvényesülése a folyamatban lévő közigazgatási és peres eljárásokban is megakadályozandó. Az alkotmányellenesség következményeinek – hatásában generális – megállapítását az alkotmányellenes jogszabállyal okozott jogsérelem jellege, anyagi vonzata és a kérelmező jogaira gyakorolt hatása dönti el. A másik esetben<sup>27</sup> egy korábbi döntésben már alkotmányellenesnek ítélt és megsemmisített önkormányzati rendelettel kapcsolatos, kizárólag alkalmazási tilalom kimondására irányuló indítvány tárgyában született határozat. A többségi álláspont a konkrét normakontroll eljárásban megállapítani kért alkotmányellenességet az alkalmazási tilalommal egységes jogkövetkezményként kezelte. Ezért az eljárást az indítvány alkotmányellenesség megállapítására vonatkozó részében ítélt dologra hivatkozással megszüntette, az alkalmazási tilalomra irányuló kérelmet pedig hatáskörének hiányára tekintettel visszautasította.

A 2011. májusi döntés ilyen előzmények után kimondta: alkotmányos követelmény, hogy a bíró az elé tárt jogvitát alkotmányos jogszabály alapján döntse el. Amennyiben a bíró az előtte folyamatban lévő perben alkalmazandó jog alkotmányellenességét észleli, minden esetben köteles az Alkotmánybíróság eljárását kezdeményezni; a bírónak az alkotmányellenes jogszabály mellőzésére nincs hatásköre. A határozat megállapítja azt is: az Alkotmánybíróságnak joga van elrendelni az alkotmányellenes jogszabály általános alkalmazási tilalmát, amely valamennyi, folyamatban lévő ügyre kiterjed.

Az alkotmányellenesség jogkövetkezményeit illetően a határozat újdonsága, hogy lehetővé teszi a kizárólag alkalmazási tilalom iránti bírói indítvánnyal kapcsolatos alkotmánybírói eljárás lefolytatását is. Ez azt jelenti, hogy az Alkotmánybíróság által az „első” ügyben hozott határozatban<sup>28</sup> meghatározott jogkövetkezményeket az Alkotmánybíróság utóbb – bírói kezdeményezés alapján – kiterjesztheti a most már tudottan alkotmányellenes jogszabállyal kapcsolatban később benyújtott bírói kezdeményezésekkel érintett ügyekre is. Hangsúlyozni kell, hogy a határozat az egyéni jogvédelem, a jog-

<sup>26</sup> 33/2003. (VI. 19.) AB határozat, ABH 2003, 394.

<sup>27</sup> 442/D/2000. számú AB végzés, ABH 2003, 1843.

<sup>28</sup> Az Alkotmánybíróság a 109/2009. (XI. 18.) AB határozatban (ABH 2009, 941.) alkotmányellenesnek minősített több, részben az elbíráláskor hatályban nem lévő parkolási jogszabályt. A hatályban lévő parkolási rendeletet azonban pro futuro semmisítette meg. Ezt követően a folyamatban lévő perek felfüggesztése mellett több száz olyan bírói kezdeményezés érkezett az Alkotmánybírósághoz, amely eljárásokban a jogviták elbírálásának alapja az alkotmányellenesnek minősített, parkolásra vonatkozó, hatályban nem lévő fővárosi közgyűlési rendeletek valamely rendelkezése lenne, és amely rendelkezésekkel kapcsolatosan az Alkotmánybíróság konkrét eljárásokban alkalmazási tilalmat mondott ki. Az indítványozó bírák az előttük folyamatban lévő perekben alkalmazandó már nem hatályos fővárosi közgyűlési rendeletek alkotmányellenességét az ABH. alapján megállapítottak tekintették.

biztonság, az alkotmányos jogszabály alkalmazására irányuló bírói kötelezettség egymással részben ellentétes követelményei érvényesítését olyan ügyben mérlegelte, amelyben a már nem hatályos, de alkalmazandó, utóbb alkotmányellenesnek minősített jogszabályra alapított és a perben érvényesíteni kívánt igények, kötelezettségek megítélése volt a kérdés.

Az Alaptörvény a 22 éven át gyakorolt, korlátozott hatású panaszt fenntartja, és mellette bevezeti az ún. valódi panaszt. Az Alaptörvény indokolása ezt a következőképp mutatja be:

„A Javaslat az alapjogvédelem új korszakát nyitja meg azáltal, hogy az alkotmányjogi panasz eljárás keretében az egyedi ügyben alkalmazott jogszabály (mint általánosan kötelező közhatalmi döntés) Alaptörvénnyel való összhangjának felülvizsgálatán túl azt is lehetővé teszi, hogy az Alkotmánybíróság az egyedi ügyben hozott bírói döntés esetleges Alaptörvénybe ütközését is megvizsgálja. Ez a hatékony rendes jogorvoslati lehetőségeit már kimerítő panaszos számára egy olyan további különleges jogorvoslatot biztosít, amely a legsúlyosabb – alkotmányos – jogsérelmek esetén lehetőséget ad az Alkotmánnyal összhangban lévő döntés meghozatalára.”

Az eltérések:

– indítványozó: *actio popularis* esetében bárki, konkrét érintettség vagy érdekeltség hiányában is, személyes jogvédelem iránti igény nélkül is; panasz esetében az érintett<sup>29</sup> fél (illetve speciális esetben<sup>30</sup> az ügyész),

– eljárás tárgya: *actio popularis* esetén csak a norma, régi panasz esetében a norma, a konkrét – és kizárólag a konkrét esetben való alkalmazás kizárásával (ezt áttörte maga az Alkotmánybíróság a parkolási ügyek kapcsán), a valódi panasznál a bírói döntés is!

– eljárás: *actio popularis* esetén absztrakt normakontroll, alkotmányossági kérdésre korlátozott felülvizsgálat (de nem jogorvoslat), az indítványozó csak az eljárás megindítója, de az ügynek nem ura,<sup>31</sup> eljárási jogai<sup>32</sup> ehhez igazod-

<sup>29</sup> A német gyakorlat a panasznál az érintettséget mint feltételt arra tekintettel dolgozta ki, hogy kizárja ún. „Popularklage” lehetőségét, azaz a bárki által indítható keresetet: a jogsértésnek most kell bekövetkeznie, a panaszosnak saját nevében kell eljárnia, a panaszosnak közvetlenül kell érintettnek lennie.

<sup>30</sup> A legfőbb ügyész alkotmányjogi panasz benyújtására irányuló jogköre az új Abtv. szerint: A legfőbb ügyész az Alkotmánybírósághoz fordulhat az ügyész részvételével lefolytatott egyedi ügyben alkalmazott jogszabály Alaptörvényben biztosított jogok sérelmét okozó alaptörvény-ellenességének vizsgálata érdekében, amennyiben a jogosult maga nem képes jogainak védelmére, vagy a jogsérelem a személyek nagyobb csoportját érinti jogainak védelmére, vagy a jogsérelem a személyek nagyobb csoportját érinti [26. § (3) bekezdés].

<sup>31</sup> A 42/1998. (X. 2.) AB végzésben az Alkotmánybíróság – három különvélemény mellett – úgy foglalt állást, hogy az indítvány visszavonása köti az Alkotmánybíróságot (ABH 1998, 532.).

<sup>32</sup> Jelenleg az Abtv. 30. § (4) bekezdése szerint az Alkotmánybíróság teljes ülésén a zárt ülés elrendeléséig jelen lehet és felszólalhat – a köztársasági elnök, a miniszterelnök, az Országgyűlés elnöke, a Legfelsőbb Bíróság elnöke, a legfőbb ügyész, az igazságügyminiszter mellett – az indítványozó. A gyakorlat ezzel



nak, az eljárás írásbeli és nem nyilvános; valódi panasznál – jöllehet az eljárás változatlanul nem nyilvános,<sup>33</sup> és az iratok alapján döntenek – a panasz benyújtóját az új Abtv. szerint meg lehet hallgatni, ha pedig a személyes meghallgatásáról döntöttek, akkor az Alkotmánybíróság a panaszos kérelmére dönthet úgy, hogy nyilvános meghallgatást tart,<sup>34</sup>

– szankció: a norma megsemmisítése, kivételesen alkalmazási tilalom meghatározása; valódi panasznál a norma és/vagy a bírói döntés megsemmisítése. Vagyis valódi panasznál előfordulhat, hogy az alkotmányjogi panasz eredményes, de az alkalmazott jogszabályt nem kell megsemmisíteni, mert nem a jogszabály alkotmányellenes (alaptörvény-ellenes), hanem az alkotmányos jogszabálynak a mikénti alkalmazása az alkotmányellenes.

Az alkotmányjogi panasz túlmegy a normakontrollon, mert nemcsak azt vizsgálja az Alkotmánybíróság, hogy az alapul fekvő norma alapjogot sért-e, hanem azt is, hogy a bíróság nem sértett-e eljárási alapjogokat, az ítélet nem önkényes vagy az egyenlőséget sértő-e, vagy a bíróság nem hagyta-e figyelmen kívül jogértelmezésében az alapjogokat.<sup>35</sup> A normakontroll tehát a jogrend harmóniáját, „alkotmányellenesség-mentességét” állítja helyre, a panasz viszont mindig alapjogi kérdést dönt el.<sup>36</sup>

Mindmáig rendkívül tanulságos – nem csak kordokumentumként – Lábady Tamás 1991-ben megjelent tanulmánya a populáris akcióról és az alkotmányjogi panaszról.<sup>37</sup> Lábady szerint a populáris akció „óriási rést” ütött az alkotmány alkotmánybírósági védelmének falán, amelyet az Alkotmánybíróságról szóló törvény módosítása során mindenképpen szükséges a „valóságos védelmi funkciót” betölteni „lőrések” nagyságára szűkíteni.<sup>38</sup> Ezért a populáris akció tárgyi szűkítését javasolja, elismerve, hogy egy demokratikus vívmány teljes visszavonása vagy számottevő szűkítése akkor (1991-ben) nagyon nehezen lett volna legitimálható. Ezért járhatóbbnak ítélte a személyi korlátozást: az ügyvédkényszer indirekt korlátját, illetve a megengedhetőség kérdésében az Alkotmánybíróság belátása alapján hozott szűrés bevezetése.<sup>39</sup> Ezzel egyidejűleg – az egyéni jogvédelem erősítése érdekében – javasolta az ideig-

---

szemben az, hogy az Alkotmánybíróság minden esetben zárt ülést tart, az indítványozó személyes meghallgatására soha nem kerül sor, legfeljebb a jogszabályban érintett minisztert vagy szakértőket hallgatnak meg, de erre is nagyon ritkán kerül sor.

<sup>33</sup> Új Abtv. 47. § (1) bek.

<sup>34</sup> Új Abtv. 57. § (7) bek.

<sup>35</sup> VINCZE ATTILA: Az alkotmányjogi panasz. In JAKAB ANDRÁS (szerk.): *Az Alkotmány kommentárja*. Budapest: Századvég, 2009, 1143.

<sup>36</sup> Ebben az értelemben BRAGYOVA i. m. 70.

<sup>37</sup> LÁBADY TAMÁS: A populáris akció és az egyéni jogvédelem biztosítása az alkotmánybírósági eljárásban. *Magyar Jog*, 1991/7, 385–390.

<sup>38</sup> LÁBADY i. m. 387.

<sup>39</sup> LÁBADY i. m. 389.

lenes intézkedés bevezetését (a valószínűleg alkotmányellenes norma alkalmazásának felfüggesztését), és a kontradiktórius alkotmányjogi panasz intézményének kiépítését, lévén „az alkotmánybíráskodás igazi terrénuma az alkotmányjogi panaszok elbírálása”.<sup>40</sup> Jól tudjuk, hogy az elmúlt két évtizedben semmi sem valósult meg ezekből a sürgetőnek nevezett igényekből, melyek az Alkotmánybíróság fő funkciói közötti arányosság és összhang megteremtését szolgálták volna.

Sólyom László többször sürgette a valódi panasz bevezetését: „célszerű lenne-e az alapjogi bírászkodás irányában azt a további lépést is szorgalmazni – hiszen ezt csak a törvényhozó érhetné el –, hogy vezessék be az igazi, nemcsak a jogszabály, de maga a döntés ellen igénybe vehető alkotmányjogi panaszt. Véleményem szerint ez csak akkor lenne elviselhető, ha a jelentéktelen ügyekkel nem kellene foglalkoznunk, azaz a törvény megadná a válogatás jogát.”<sup>41</sup> Rámutatott, hogy „az Európában szokásos hatáskörökkel összehasonlítva nem egyedülállóan tág az Alkotmánybíróság hatásköre, hanem inkább féloldalas”.<sup>42</sup>

Tanulságos az az interjú, amelyet Halmi Gábor és Salát Orsolya készített e sorok írójával a *Fundamentum* 2010/1. számában.<sup>43</sup>

„[Paczolay:] Mindig felemásnak tartottam a jelenlegi alkotmányjogi panasz kereteit. Másokkal együtt gyakran felhívtam a figyelmet arra, hogy a közhely, amely szerint a magyar alkotmánybíróságnak óriási hatásköre van, nem teljesen igaz. Az alkotmányjogi panasz terén nagyon korlátozottak a lehetőségek; az alkalmazási tilalom kimondása a testület elé kerülő ügyek számára figyelemmel meglehetősen visszafogott hatással bír. Kérdés persze, milyen realitása van az alkotmányjogi panaszra vonatkozó szabályok megváltoztatásának. Maga a kérdésfelvetés is heves ellenállást vált ki a rendesbírói szervezet berkeiben, ugyanakkor a politikai térfelel is tartja magát az az elképzelés, hogy egy ilyen irányú hatásköri módosítás az AB túlhatalomra való törekvésének újabb bizonyítéka. (...) [Halmi–Salát:] Az alkotmányjogi panasz lenne a leginkább alkalmas a depolitizálásra, sokkal inkább, mint mondjuk az absztrakt normakontroll. A politikai félelem nem nagyon érthető. Lehet, hogy van, csak nem tűnik racionálisnak. (...) [Paczolay:] ...meggyőzők Bragyova András bírótársam azon érvei, amely szerint az utólagos normakontroll szűkítésével a megváltozott alkotmányjogi panasz új irányba terelné az alkotmányjogi bírászkodást. Mindig hangsúlyozni kell, hogy a valódi alkotmányjogi panasz persze csak alkotmányossági kérdésben vizsgálj a felül az ítéletet, tehát nem

<sup>40</sup> LÁBADY i. m. 390.

<sup>41</sup> SÓLYOM : Az Alkotmánybíróság önértelmezése. In *Az alkotmánybíráskodás kezdetei*, 117.

<sup>42</sup> SÓLYOM i. m. 163.

<sup>43</sup> „Nekünk az a feladatunk, hogy az alapjogok pártját fogjuk”... Paczolay Péterrel Halmi Gábor és Salát Orsolya beszélget. *Fundamentum*, 2010/1, 44.

szuperbíróságként. Ha ez megvalósulna, nem lehetne azt mondani, hogy az Alkotmánybíróság miatt nem működik a jogalkalmazás, hanem akkor tényleg kiderülne, hogy valóban mi viseljük azért a felelősséget, vagy pedig a rendsbíróságok. [Halmi–Salát:] Lehet, hogy nem is volna nagy ár ezért az actio popularisról való lemondás, hiszen talán húsz év után ez kevésbé fontos, mint az alkotmányjogi panasz. [Paczolay:] Van, aki úgy gondolja, hogy teljesen fel kellene áldozni az actio popularist, absztrakt normakontroll keretében, vagy leszűkíteni, a német modellt követve, ahol csak bizonyos politikai szervek kezdeményezhetnek ilyen eljárást. Mindenesetre az kétségtelen, hogy ezt a hatáskör-átgondolást érdemes volna fölvetni az Alkotmánybíróság részéről is.”

Nézzük meg ezen igények szemszögéből az új alkotmánybírósági törvényt, melyet 2011. november 14-én fogadott el az Országgyűlés.

Az Alkotmánybíróság az Alaptörvény 24. cikk (2) bekezdése d) pontjában megállapított hatáskörében alkotmányjogi panasz alapján felülvizsgálja a bírói döntésnek az Alaptörvénnyel való összhangját, és megsemmisíti a bírói döntést (24. cikk (3) bekezdés b) pont).

Várható, hogy az Alkotmánybíróság megterhelése jelentősen növekedni fog. Az Alaptörvény védelme egyrészt hatékonyságot, a természetes személyek jogainak védelme másrészt tömegességet kíván. Egyrészt követelmény, hogy bárki, aki az alapjogai megsértését állítja, közvetlenül Alkotmánybírósághoz fordulhasson orvoslásért (közömbös, milyen színvonalú érveléssel), másrészt követelmény, hogy az Alkotmánybíróság minden ügyet, amivel hozzá fordultak, belátható időn belül döntsön el. Az Alkotmánybíróság számára ezért lehetővé kell tenni, hogy a beadványok között „válogasson”, előzetesen szűrje meg azokat. A szűrés értelmét és létjogosultságát az a gyakorlati tapasztalat adja, hogy egyrészt nem minden beadvány minősül indítványnak, másrészt nem minden, ügygé vált indítvány megoldása kíván azonos erőfeszítést az Alkotmánybíróságtól. Vannak egyszerű megítélésű ügyek, és bonyolultak. Vannak eleve (formai vagy tartalmi okból) hibás beadványok is. Vannak már korábban eldöntött alkotmányjogi kérdések, amelyek az újabb ügyben azonosan merülhetnek fel. Hangsúlyozni kell: a szűrés nem jelentheti azt, hogy beadvány alkotmánybírósági elbírálás nélkül marad. Egyáltalán nem arról van szó, hogy az Alkotmánybíróság önkényesen válogat az ügyek közül, melyikről dönt, melyikről nem. De abban az értelemben válogat, hogy melyikről, milyen erőbedobással, milyen összetételben és eljárásban kell döntenie.

Az alkotmányjogi panaszok befogadásánál a 29. § határozza meg a szűrés<sup>44</sup> lehetőségét.

<sup>44</sup> A német alkotmánybíróság eljárására irányadó szabály előírja, hogy a panaszt döntésre be kell fogadni. A befogadás szabályai többször módosultak, nagyrészt az ügyteher miatt (1952-ben még csak 1099 ügy érkezett, jelenleg évente kb. 6 ezer ügy érkezik, ezek több mint 90%-a panasz). A befogadási szabály (93b §)

A 29. § szerint az Alkotmánybíróság az alkotmányjogi panaszt a bírói döntést érdemben befolyásoló alaptörvény-ellenesség, vagy alapvető alkotmányjogi jelentőségű kérdés esetén fogadja be. A gyakorlatra vár majd annak kidolgozása, hogy a formai-tartalmi követelményeknek megfelelő panaszok közül melyeket és milyen elvek mentén, milyen eljárásban fogadja be az Alkotmánybíróság. [Meg kell említeni, hogy a befogadhatóság előzetes vizsgálatában a főtítkárnak is szerepe lesz (55. §). A formai-tartalmi szempontból hiányos indítványok (ezek között a panaszok) visszautasításáról egyesbíró dönt.] A panasz befogadásának visszautasításáról nem a teljes ülés, hanem tanács dönt. A befogadás visszautasítását csak röviden kell megindokolni (56. §). A befogadás után kerülhet sor a panasz érdemi elbírálásra.

A törvény lehetőséget ad mind a bírói eljárásban hozott döntés végrehajtásának felfüggesztésére, mind a törvény alkalmazását felfüggesztő, ún. ideiglenes intézkedésre [53. § (4) bekezdés, 61. § (1) – (2) bekezdés]. Egyrészt a rendes bíróságnak joga van az alkotmányjogi panaszban támadott döntés végrehajtását az Alkotmánybíróság eljárásának befejezéséig felfüggeszteni. Másrészt – ha a bíróság a döntés végrehajtását nem függesztette fel – az Alkotmánybíróság is felhívhatja a bíróságot erre, ha az az alkotmánybírósági eljárás várható tartamára vagy a várható döntésre tekintettel súlyos és helyrehozhatatlan kár vagy hátrány elkerülése érdekében, vagy más fontos okból indokolt. Régi igény teljesül azzal, hogy ha a vizsgálata során az alaptörvény-ellenesség fennállását valószínűsíti, akkor az Alkotmánybíróság a kihirdetett, de hatályba nem lépett jogszabály hatálybalépését is kivételesen felfüggesztheti, feltéve, hogy súlyos és helyrehozhatatlan kár vagy hátrány elkerülése, az Alaptörvény vagy a jogbiztonság védelme érdekében azonnali intézkedésre van szükség.

Az alkotmányjogi panaszt illetően meg kell említeni, hogy bevezetésre kerül az ügyvédkényszer [51. § (2) – (3) bekezdés]. Az alkotmányjogi panasz eljárása során kötelező a jogi képviselő. Érdekeség, hogy a törvény nem rendelkezik arról, hogy a kötelező jogi képviselő a jogi segítségnyújtásról szóló törvény keretében is biztosítható; nem tartalmaz más szabályt sem arra az esetre, ha a panaszt benyújtani kívánó személy az életkörülményei, anyagi helyzete következtében a kötelező jogi képviselő költségeit nem tudja megelőlegezni vagy viselni.

---

ma csak annyit mond, és ez egyszerűsítés a korábbi szabályokhoz képest, hogy három bírónak joga van az alkotmánypanasz befogadását visszautasítani, vagy a nyilvánvalóan megalapozott panasznak helyt adni. Jelenleg csak a befogadásnak a feltételeit (ha a panasz alapvető alkotmányjogi jelentőségű, és/vagy alkalmas a panaszos alapjogi érvényesítésére, az utóbbi esethez értve azt is, ha az ügyben való döntés elutasítása a panaszos számára különösen nagy hátrányt okozna) határozzák meg; a befogadás visszautasításának a feltételeit nem. A visszautasítást nem kell indokolni (93d §).

A befogadás visszautasításáról, a befogadásról, a helyt adásról szóbeli tárgyalás nélkül határoznak, a határozat végleges, a panasz befogadásának az elutasítását nem kötelező indokolni (93d §).

Az Alkotmánybíróság eddigi gyakorlatában eddig ismeretlen „kontradiktórius eljárás” lehetőségét az 57. § (2) és (7) bekezdése teremti meg. Az Alkotmánybíróság elrendelheti az indítványozó vagy harmadik személy személyes meghallgatását, nyilatkozattételre hívhatja fel, iratok megküldése és vélemény kérése iránt keresheti meg az indítványi kérelemmel érintett szerveket, hatóságokat, illetve azt a bíróságot, hatóságot, más állami szervet, az Európai Unió intézményét vagy nemzetközi szervet, melyek megkeresése a kérelem elbírálásához szükséges. Nyilvános meghallgatást kell tartani a személyes meghallgatás elrendelése esetén az indítványozó vagy az alkotmánybírósági eljárás alapjául szolgáló bírósági eljárásban részt vevő ellenérdekű fél indítványára az eljáró tanács tanácsvezető bírójának, a teljes ülés eljárása esetén pedig az elnöknek a döntése alapján.

Végül fontos kiemelni azt a lehetőséget, hogy kivételes esetben bírói eljárás nélkül is benyújtható alkotmányjogi panasz norma alkotmányellenességének megállapítására, tehát a korábbi, „korlátozott” alkotmányjogi panasz is átalakul, és egy nagyon lényeges elemmel bővül: az Alkotmánybíróság eljárása kivételesen akkor is kezdeményezhető, ha

a) az alaptörvény-ellenes jogszabály rendelkezésének alkalmazása vagy hatályosulása folytán közvetlenül, bírói döntés nélkül következett be a jogsérelem, és

b) nincs a jogsérelem orvoslására szolgáló jogorvoslati eljárás, vagy a jogorvoslati lehetőségeit az indítványozó már kimerítette [26. § (2) bekezdés].

Olyan panaszról van szó, mikor közvetlenül a jogi norma alkotmányosságának felülvizsgálatára kerül sor, anélkül hogy azt előzőleg a bírói hatalom alkalmazta volna.<sup>45</sup> Ez a német gyakorlatban oly fontos hatáskör<sup>46</sup> lényegesen bővíti a magyar Alkotmánybíróság jövőbeni normakontroll lehetőségét.

Az új Alaptörvény által bevezetett változás lényegét (a hatáskörszűkítés súlyos problémáját itt nem említve) Jakab András abban foglalja össze, hogy az fontos abból a szempontból, hogy a mindennapi joggyakorlatban is élő normává váljék az alkotmány, ami eddig igencsak korlátozottan volt így.<sup>47</sup>

Nemzetközi kitekintésben amúgy azt látjuk, hogy az alkotmányjogi panasz bevezetésének egyik indoka a strasbourgi Emberi Jogok Európai Bíróságának tehermentesítése. Az alapjogi sérelmek nyerjenek orvoslást már a hazai jog-

<sup>45</sup> A gyakorlatra vár annak kidolgozása, milyen esetben lehet erre eredményesen hivatkozni. Ilyen eset lehet elvileg az, amikor olyan jogszabályról van szó, amely a jogi hatása kifejtéséhez nem igényel semmilyen aktust, pl. ilyenek a tiltást tartalmazó szabályok, amelyek már a létezésükkel közvetlen jogi hatást fejtenek ki.

<sup>46</sup> CHRISTOPH GUSY: *Die Verfassungsbeschwerde*. In Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 657.

<sup>47</sup> JAKAB ANDRÁS: *Az új Alaptörvény keletkezése...* 263.

rendszeren belül, ne kelljen nemzetközi fórum elé vinni az ügyet. Ezért került sor például az alkotmányjogi panasz bevezetésére Törökországban.<sup>48</sup>

A Velencei Bizottság – a német kormány kérésére – készített tanulmánya is azt a célt szolgálta, hogy a hazai jogvédelmi eszközök erősítésével hosszú távon tehermentesítse az Emberi Jogok Európai Bíróságát.<sup>49</sup> A tanulmány szerint a Strasbourgi Bíróság statisztikái azt mutatják, hogy a lakosság lélekszámához viszonyítva kevesebb indítvány érkezik azokból az országokból, amelyekben az egyéni jogsérelmek „hatékony orvoslását” kérhetik az alkotmánybíróság (vagy más szervezet) előtt.<sup>50</sup> Bizonyos feltételek esetén ugyanis az alkotmányjogi panaszt az Emberi Jogok Európai Egyezménye 13. cikkében előírt hatékony jogorvoslatnak fogadják el az Emberi Jogi Bíróság.

Az indítványok szűrése azonban nem csak Strasbourg gondja: ahol az alkotmányjogi panaszt bevezették, ott általában hamarosan gondoskodni kellett arról is, hogy az alkotmánybíróságok ne fulladjanak bele a hozzájuk özönlő panaszáradatba. A kényes egyensúlyt egyfelől az alkotmánybíróságok ügyterhének a csökkentése, másfelől pedig a bírósághoz fordulás túlzott akadályozása között különböző megoldásokkal próbálják megtalálni az egyes országok. Két előírás azonban általánosnak tűnik: az alkotmányjogi panasszal kapcsolatban szinte mindenhol meghatározták az eljárás megindítására vonatkozó határidőt, illetve szabályozták a (kötelező) jogi képviselést.<sup>51</sup>

A határidőkkel kapcsolatban a Velencei Bizottság véleményében<sup>52</sup> kiemeli, hogy a német és a szlovén példát tartja követendőnek, mert itt az alkotmánybíróságoknak lehetősége van a határidő meghosszabbítására, ha az indítványozó nem tudja azt betartani, neki vagy jogi képviselőjének fel nem róható vagy más kényszerítő okból. A jogi képviselést kötelező előírásával kapcsolatban pedig az volt az észrevétele a szakértői testületnek, hogy amellett, hogy az az indítványok színvonalának az emelésére irányul, egyúttal biztosítani kell a nehéz anyagi helyzetben lévő indítványozók számára ingyenes jogi segítséghez való hozzáférést is.<sup>53</sup>

A tanulmány eleve széles értelemben fogja föl az alkotmányossági kontroll iránti egyéni indítványozás fogalmát és lehetőségét, és a vizsgálat hatókörébe foglalja mind az Alkotmánybírósághoz fordulás közvetett útját (mikor az egyén

<sup>48</sup> A Velencei Bizottság véleménye a 2011. március 30-án elfogadott török alkotmánybírósági törvényről: CDL-AD(2011)040.

<sup>49</sup> CDL-AD(2010)039 Study on individual access to constitutional justice. A 172 oldalas tanulmány szerzői Gagik Harutyunyan az örmény Alkotmánybíróság elnöke, Angelika Nussberger jelenleg az EJEB német bírója és e sorok írója.

<sup>50</sup> Idézett tanulmány, 5. bekezdés.

<sup>51</sup> Andorrában, Ausztriában, Azerbajdzsánban, Csehországban, Szlovákiában, Spanyolországban, valamint Svájcban is kötelező a jogi képviselést (utóbbi esetben csak akkor, ha az indítványozó „nyilvánvalóan képtelen” magát képviselni).

<sup>52</sup> Idézett tanulmány, 112. bekezdés.

<sup>53</sup> Idézett vélemény 32.

csak közvetítőn – jellemzően rendes bíróság vagy ombudsman – fordulhat az Alkotmánybírósághoz), mind a közvetlen utat, melynek lehetséges formái: kezdve az *actio popularis*tól, amikor az indítványozónak nincs személyes érintettsége az ügyben, az alkotmányjogi panaszig bezárólag. A tanulmány egésze igazolja azt a szemléletet, mely elutasítja a normakontroll és az alkotmányjogi panasz merev szembeállítását.

A magyar Alkotmánybíróság megváltozott hatásköreivel kilép a harmadik generációs bíróságok köréből, és felzárkózik a valódi alkotmányjogi panaszt gyakorló bíróságokhoz. Ez nehéz és kockázatos út lesz. 2012 – bár több hatáskör és az értelmezési gyakorlat folytonossága megmarad – vitathatatlanul egy új Alkotmánybíróság kezdetét jelenti.

\* \* \*

Remélhetőleg az eredmény nem fog csalódást okozni az „alapító atyáknak”, így az e kötettel ünnepelt Sólyom Lászlónak sem.

Az alkotmánybíráskodás mércéjét ugyanis az Ünnepelt olyan magasra tette, hogy azt utódai nem tudták megközelíteni. Ez nyilván nemcsak egyéni képességek kérdése, hanem a történelmi körülményeké is, de az vitathatatlan, hogy öneki olyan látomása, víziója volt az emberi jogokról, jogállamról, ami egyedülálló. És eszményeiből nem engedett, sose hátrált meg. Életet lehel az alkotmánybíráskodásba, és ezzel nemzetközi hírűvé tette a magyar Alkotmánybíróságot. Igazságtalan és fájó, hogy néhányan épp ezért támadják.

A sors ajándéka, hogy a nyolcvanas években, a környezetvédelmi mozgalmak révén – legendás piros baszk sapkájában – megismerhettem Őt, és azt a lelkes munkát, amit az értékek, a környezetvédelem, a személyiségi jogok megismertetése és érvényesítése terén végzett. Megtisztelt azzal, hogy az Alkotmánybíróságon tanácsadóként maga mellé vett, majd főtitkárrá javasolt. Köztársasági elnökként néhány hónapig hivatalát vezettem, és kérésemre segített, hogy alkotmánybíró legyek.

Hite, töretlen meggyőződése a magyar jogállamiság örök mércéje.

*Elnök Úr, Kedves Laci, Isten éltesen sokáig!*

PÉTERFALVI ATTILA

## A MÁSODIK ADATVÉDELMI BIZTOSI CIKLUS

Sólyom László az Ellenzéki Kerekasztal résztvevőjeként és szakértőjeként, jogtudósként, alkotmánybíróként, az Alkotmánybíróság elnökeként és köztársasági elnökként is – vagyis közéleti szerepvállalása minden korszakában óriási hatással volt a jogállamiság, az alkotmányos jogvédelem és – talán szívéhez legközelebb álló területként – az információs jogok magyarországi kialakulására, fejlődésére. A Magyar Köztársaság második adatvédelmi biztosaként, jelenleg az állampolgári jogok országgyűlési biztosa hivatalának vezetőjeként magam is örököttem-öröködöm az alkotmányos jogvédelem ezen speciális intézményei felett, ezért Sólyom László szakmai tevékenységét, gondolatait évtizedek óta közelről és gondosan követem. Kitüntetésként értékelem, hogy köztársasági elnökké választását követően néhány szakmai ügyben közvetlenül is gondolatot cserélhettünk.

Az országgyűlés tavaszi ülészakán elfogadta Magyarország Alaptörvényének megfelelő 2012. január 1-jén hatályba lépő, az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló 2011. évi CXII. törvényt, így ez év végével az ombudsmani rendszer átalakul, az adatvédelmi biztos intézmény lezárt korszakká válik. Fontosnak tartom áttekinteni ezt az időszakot, melyből értelemszerűen – szubjektív megközelítésben – a második ciklust emelem ki.

Az adatvédelem és információszabadság jogi szabályozásának, majd később az ombudsmani intézmény létrejöttének körülményei ismertek. A rendszer-váltást követő 1989-es köztársasági alkotmány emelte – Sólyom László személyes hatására – az alkotmányos alapjogok sorába a személyes adatok védelméhez, valamint a közérdekű adatok megismeréséhez fűződő jogot. Ezt követően három év kellett az adatvédelmi törvény megalkotására és hat év az alkotmányos alapjogok védelme felett öröködő biztosok hivatalba iktatására. 1995 óta máig tizenegy személyt emelt az Országgyűlés e pozícióba, így érzékelhetőek azok a különbözőségek is, amelyek a tisztségre vonatkozó jogszabályi keretek között az ombudsmanok szerepfelfogásából, illetőleg személyiségükből fakadnak. Ezért elengedhetetlenek tartom annak a perspektívának a kiemelését, amely a személyes adatok védelméhez fűződő joghoz, valamint a közérdekű adatok nyilvánosságához való joghoz való viszonyulásomat meghatározza.



Erről a megközelítésről szóltam a Parlamentben az emberi jogok napja tiszteletére 2007. december 3-án megrendezett konferencián is. Ennek lényegét, az adatvédelem és az információszabadság emberi jogi megközelítését azért is fontosnak tartom kiemelni, mert az egyén és a közösség tiszteletének megfogalmazása a régmúlt óta foglalkoztatja a közgondolkodást.

Mózes törvényei, a Teremtőtől kapott Tízparancsolat az ember–ember közötti viszony legalapvetőbb, máig kikezdehetetlen szabályait tartalmazzák. Az Újszövetségben Máté fogalmazza meg evangéliumában a klasszikus, arany szabályként is emlegetett igazságot: „Amit akartok azért, hogy az emberek ti veletek cselekedjenek, mindazt ti is úgy cselekedjétek azokkal”.<sup>1</sup> E gondolatot az empátia okán is fontosnak tartom felidézni, hiszen talán elgondolkodásra készítheti a jogsértőt, ha beleképze magát a másik fél helyzetébe.

A római jogi tudósok között Ulpianus és Iustinianus szerint a jog parancsa: tisztességesen élni, senkit meg nem sérteni és mindenkinek megadni azt, ami őt megilleti.

Cicero határozottan hirdeti, hogy az erkölcsi rendet a természeti törvény szabályozza. „A józan értelem valóban törvény, mely megfelel a természetnek, mindenkire kiterjed, állandó, örök, parancsolva a kötelesség teljesítésére hív, tiltásaival visszariaszt a csalástól. (...) Ezt a törvényt sem cserélni, sem abból valamit kihagyni, sem teljesen eltörölni nem lehet.”<sup>2</sup>

Az erkölcsi természettörvény (*lex naturalis*) fogalma már az ókori görög filozófiában megjelent. A szofisták különböztették meg először a tételes emberi törvényt a természet által jogosnak tartott törvénytől. „Legfőbb célunk az – írta Khrüszipposz –, hogy a természettel, azaz mind a sajátunkkal, mind a mindenségével összhangban éljünk, nem követve el olyasmit, amit tiltani szokott a közös törvény, azaz a mindent átható helyes logosz.”<sup>3</sup>

Szent Ágoston a természeti törvény eszméjét és az erkölcsi rendet szabályozó természeti törvényt az örök törvényre, Istenre vezeti vissza. A természeti törvény alapelvei a Szabad akaratról szóló művében mindenki számára ismertek. „mindenkinek megadni a magáét, a silányabbat az értékesebbnek alárendelni, az igazságosságot tisztelni”.<sup>4</sup>

„A természetes törvény nem más, mint az értelem Istentől belénk árasztott fénye. E fénynek köszönhetően ismerjük föl, hogy mit kell tennünk és mit kell elkerülnünk. Ezt a fényt és ezt a törvényt Isten a teremtéskor adta nekünk.”<sup>5</sup> Ez utóbbi gondolat már Aquinói Szent Tamástól származik, ami az-

<sup>1</sup> Mt 7,12; Lk 6,31; Tób 4,15.

<sup>2</sup> MARCUS TULLIUS CICERO: *De re publica* 3, 22, 33.

<sup>3</sup> DIOG. LAERT., *Biön kai gnómón* 7, 88.

<sup>4</sup> *De libero arbitrio* 2, 10.

<sup>5</sup> *Katolikus Egyház Katekizmus*a, 1955.

tán a Katolikus Egyház Katekizmusában is megjelenik, a természetes erkölcsi törvényről szóló tanítása szerint „A természetes törvény (...) bele van írva és bele van vésve minden egyes emberi lélekbe, mert ez maga az emberi értelem, mely kötelez a jó megtételére és tiltja a bűnt. Az emberi értelem ezen előírása azonban nem bírna törvény erejével, ha nem egy magasabb értelem hangja és tolmácsa volna, akinek értelmünket és szabadságunkat alá kell rendelnünk.”<sup>6</sup>

Ilyen előzmények után a Corpus Iuris Canonici is kimondja, hogy „senki nem szabad a jó hírnevét, amely őt megilleti, jogellenesen megsérteni, sem a magánélet védelméhez való jogát korlátozni”<sup>7</sup>.

Mindez a lelki-szellemi örökség végigkíséri a későbbi jogi gondolkodást, hogy aztán az általános elvárások évszázadokkal később alkotmányokban, emberi jogi chartákban öltsenek testet.

A fentiek okán a miniszterelnök 2006 májusában az MSZP frakcióülésén elhangzott és nyilvánosságra került beszéde kapcsán megjelent állásfoglalásomban is fontosnak tartottam hangsúlyozni, hogy meggyőződésem szerint minden kísérlet a jogi és erkölcsi kategóriák mesterséges és erőszakos szétválasztására beláthatatlan következményekkel és veszélyekkel jár, többek között azért, mert „Az emberi jogokra támasztott igény: erkölcsi igény. Ha ez az igény megvédhető, az igazolásnak morális érvelésben kell állnia.”<sup>8</sup>

Bár a személyes adatok védelme és az információszabadság kimondottan nem szerepelt a legkorábbi ilyen dokumentumokban, azok csírái mindenképpen megtalálhatók. A huszadik század második felének hazai jogfejlődése is fokozatos kibontakozást mutat ezen a téren. Noha az adatvédelem redukált formában a személyhez fűződő jogok keretében a Polgári Törvénykönyvben már 1977-ben helyet kapott, a jogvédelem e lehetősége a szocialista időszakban nem vált élő gyakorlattá. Ugyanakkor az információs jogokról szóló törvény tervezetének első változatai mégis a rendszerváltás előtt fogalmazódtak meg Sólyom László és Könyves Tóth Pál vezetésével.

A rendszerváltás után a magyar társadalomnak jószerivel előlről kezdve kellett megismerkednie az alapvető jogokkal. Számos alapvető jog hiányát a saját bőrükön érezték az emberek, így például a külföldre utazás korlátozását, az egyesülés és gyülekezés lehetőségének drákói szigorral való visszaszorítását. Ugyanakkor csak sejtéseik lehettek arról, pontosan mit jelent a totális megfigyelés, tehát az információs önrendelkezés hiánya. A köz ügyeiről pedig a hivatalos tájékoztatást leszámítva semmit sem tudhattak meg.

<sup>6</sup> *Katolikus Egyház Katekizmusa*, 1954. margószám.

<sup>7</sup> *Corpus Iuris Canonici*, 220. kánon.

<sup>8</sup> KIS JÁNOS: *Vannak-e emberi jogaink?* Budapest: Stencil kulturális Alapítvány, 2003, 9.

Az információs jogok magyar szabályozása követi a pozitív és negatív szabadságelméletének leképezését, hiszen a személyes adatok védelme elsősorban a negatív, a valamitől való szabadság védelmét jelenti, míg az információs szabadság a pozitív, a valamire való szabadságra vonatkozik. Úgy is fogalmazhatunk, hogy a személyes adat az egyén adata, a közérdekű adat pedig mindenki adata. A két jog nemcsak hogy összetartozik, de egymásra is folyamatosan hat, hiszen nem fordulhat elő olyan helyzet, melyben az egyik jogot „kijátssza” valaki a másik ellen a jog szellemével össze nem egyeztethető módon. Az első esetben a védelem, a másodikban pedig a hozzáférés joga magától értetődik. Miután az átlátható polgár – átláthatatlan állam modellje érvényesült a szocializmus éveiben, ennek tökéletes fordulatára volt szükség. Ez vezetett a személyes adatok védelméről és a közérdekű adatok nyilvánosságáról szóló 1992. évi LXIII. törvény (Avtv.) elfogadásához. Új jogok jelentek meg a rendszerváltáskor a láthatáron. Azt, hogy ezek valójában mit változtatnak majd az emberek hétköznapi életében, apránként kellett meg tapasztalnunk.

Az Alkotmánybíróság tevékenysége – élén Sólyom Lászlóval – e téren is úttörő jellegű volt, hiszen a híres „személyi számos határozat” vezetett közvetlenül az Avtv. elfogadásához. A személyes adatok védelméhez fűződő jogot az Alkotmánybíróság azóta is következetesen az emberi méltóság sajátos aspektusaként értelmezi. Az információs szabadság, ugyancsak az Alkotmánybíróság következetes gyakorlata alapján a kommunikációs alapjoghoz kapcsolva, a demokratikus jogállam ellenőrzésében jut kulcsszerephez.

Az információs szabadság tehát az állam átláthatóságát, míg az adatvédelem a polgároknak az állammal és másokkal szembeni védelmét biztosítja. Milyen szerepe van, illetve volt ebben az adatvédelmi biztosnak, és funkciója hogyan változott az intézmény megszületése óta?

Ahogy Sólyom László a 2006-ban Budapesten megrendezett Európai Adatvédelmi Hatóságok Tavaszi Konferenciájára írt köszöntőjében megfogalmazta, „a magyarországi adatvédelem jogállami letéteményese és fejlesztője a mindenkorin adatvédelmi biztos volt. Ez a szerv vállalta fel a legtöbb konfliktust az állami szervekkel, illetve más hatalmasságokkal, és járult hozzá minden ilyen harccal az adatvédelem és az aktanyilvánosság jogának tudatosításához az emberekben, s tette nyilvánvalóvá e szabadságjogok fontosságát”<sup>9</sup>. Az adatvédelmi biztos a többi biztos között egy különösen aktív szerepet kell hogy felvállaljon, amelyet Sólyom László úgy fogalmazott meg, hogy „még a jogállami, konszolidált viszonyok között is az adatvédelem és információs szabadság területén képes tovább élni a jogok kikényszerítésének az a szenvedélyes akarása, amely a demokráciát megelőző hőskort annyira jellemezte. Vagy ellenkező oldalról megfogalmazva: itt él tovább a leginkább leplezetlenül, sőt ön-

<sup>9</sup> Sólyom László levele a 2006-os budapesti Európai Adatvédelmi Hatóságok Tavaszi Konferenciájához.

tudatosan az az attitűd, amely csakis a saját hivatali vagy üzleti érdekére van tekintettel, s vélt igaza tudatában nem vesz tudomást az emberek alapvető jogáról az emberi méltósághoz, amelyből pedig az adatvédelmi és információhoz való hozzáférési jogok közvetlenül erednek.”<sup>10</sup>

Az idézett megfogalmazás a gyakorlat tapasztalatait látva született, pedig eredetileg az adatvédelmi biztosnak is egy klasszikus ombudsmani szerepet szántak. Ez azonban már a kezdetek kezdetén megdőlt, ugyanis addig, amíg a többi ombudsman csupán a hatóságok munkáját vizsgálhatja, addig az adatvédelmi biztos minden adatkezelést ellenőrizhet. A „minden” lefedi a közigazgatást és a magánszféra egészét is. Ugyanakkor magam is osztom Jóri András utódom hivatalba lépésekor adott egyik interjújában mondott értékelését, amely szerint „Péterfalvi Attila hivatallá fejlesztette az adatvédelmi biztosi szervezetet”. A jogszabálytervezetek véleményezése a kezdetektől az adatvédelmi biztos feladatai közé tartozott. E területen megbízatásom ideje alatt jelentős kibontakozásról lehet beszélni, a véleményezett tervezetek száma folyamatosan nőtt, ezzel e tevékenység jelentősége is erősödött. A fent említett köszöntésben Sólyom László is kiemelte, hogy „a magyar adatvédelmi biztos ajánlásaiból Magyarországon – ahol konkrét ügyekben nem létezik alkotmánybírói kontroll – egy olyan esetjog keletkezett, amely részletes eligazítást ad az adatvédelem és információszabadság alapjogának értelmezésében. A biztos véleményezte a működési körét érintő jogszabályok tervezetét is. Ez a tevékenysége az alkotmánybírói előzetes normakontrollal állítható óvatossá párhuzamba”<sup>11</sup>. A jogszabálytervezetek véleményezését mindvégig kiemelt feladatnak tartottam tevékenységem során, sőt ennek fontosságát már a megválasztásom előtti parlamenti meghallgatások során is hangsúlyoztam.

2001-ben hosszas mérlegelés után, harmadszori megkeresésre vállaltam csak el az adatvédelmi biztosi jelölést. Akkor hangsúlyoztam, hogy nem készülök külön programmal e feladatra. Tehettem ezt azért, mert egyrészt az információs jogokkal a nyolcvanas évek vége óta folyamatosan foglalkozom, megválasztásom előtt öt és fél éven keresztül a korábbi adatvédelmi biztos külső szakértője voltam, így nem is kellett valami ellenében meghatározni tevékenységemet, másrészt tisztában voltam azzal is, hogy eljövendő európai uniós csatlakozásunk sok feladatot fog amúgy is jelenteni a hivatalnak. Ami azonban fontos célkitűzésem volt, hogy legalább olyan színvonalon vigyem tovább a működést és az adatvédelem ügyét, ahogy ez korábban is volt. Hogy ez mennyire sikerült, nem az én tisztem megítélni, arra azonban büszke va-

<sup>10</sup> Sólyom László levele a 2006-os budapesti Európai Adatvédelmi Hatóságok Tavaszi Konferenciájához.

<sup>11</sup> Uo.

gyok, hogy két, egymástól eltérő külföldi felmérés szerint is a magánélet sértetlensége szempontjából – beleértve az adatvédelem helyzetét – a világ élvonalába tartoztunk hivatali időm leteltekor. Természetesen ez a munka közös volt munkatársaimmal.

A megválasztásom előtti parlamenti meghallgatások során arra is utaltam, hogy lehetnek apróbb hangsúlyeltolódások, amelyek egyrészt a belső habitusból és a biztos személyiségéből eredhetnek, és lehetnek olyan változások is, amelyek külső tényezők következtében történnek.

Előbbire a jogszabály-véleményezések fokozottabb előtérbe helyezését gondoltam megvalósítani, hiszen ha jól előkészített, megalapozott jogszabályok születnek, akkor talán kevesebb a visszaélés, illetőleg könnyebb a jogellenes adatkezelések megállapítása is. A jogszabályok egyértelműbb rendelkezései megkönnyíthetik ezt a munkát. E véleményem visszaigazolását véltem felfedezni akkor, amikor a 2002. évi kormányváltás után az a kérés fogalmazódott meg a kormányzat részéről, hogy a jelentős, adatvédelmet vagy információszabadságot érintő jogszabályoknak már a koncepcióit is véleményezzük. Ez a tevékenység ugyanakkor növelte az iroda leterheltségét. Azt is meg kell azonban jegyezni, hogy nem minden esetben vagyok híve a túlszabályozásnak, hiszen az adatvédelmi biztos tevékenységével, joggyakorlatával kitöltheti az esetleges joghézagokat, illetve az adatvédelmi törvény keretei között praktikus megoldást találhat a problémákra, precedens állásfoglalásokkal alakítva az adatvédelmi jog alkalmazását.

Talán oktatói múltamnak köszönhetően a jogpropaganda-tevékenységre és az adatvédelmi kultúra terjesztésére nagy hangsúlyt fektettem. Az e téren elérteket tartom hivatali időszakom talán legnagyobb eredményének, és ezt igazolja vissza az a 2008-as Eurobarometer felmérés is, amely a nemzeti adatvédelmi hatóság ismertségére vonatkozóan kiugróan jó számadatokat mért.

Biztosi ciklusom alatt lettünk teljes jogú tagjai a 29-es munkacsoportnak, valamint több szakosított ellenőrző csoportnak, melyek közül a Schengeni és az Europol kiemelt feladatokat rótt a hivatalra. A 2006-ban megrendezett Európai Adatvédelmi Konferenciával az első hazai jelentős nemzetközi fórumot szerveztük meg, melyre azóta is szívesen emlékeznek vissza a résztvevők.

Nagy nemzetközi érdeklődést váltott ki a szcientológia egyház adatkezelésének jogellenességét megállapító vizsgálat, valamint a biztos által védett mindkét alapjogot érintő 2006-os demonstrációkkal összefüggő állásfoglalások is.

A nyilvánosságot magam is az ombudsman legerősebb „fegyverének” tartom, így ezzel az eszközzel rendszeresen éltem én is, ráadásul a hat év alatt szinte nem is kellett sajtótájékoztatót összehívnom, mert az újságírók a médiát érdeklő ügyekben rendszerint maguk kezdeményezték az adatvédelmi biztos megszólalásokat. A folyamatos jelenlét a nyilvánosság előtt nagyban hozzá-

járult az adatvédelmi biztos intézményének népszerűsítéséhez, és talán ahhoz is, hogy az egyik napilapban leköszönésem idején megjelent közvéleménykutatás szerint a hivatalok közül a harmadik legnépszerűbb intézmény az ombudsmanoké volt, a köztársasági elnök és az Alkotmánybíróság után.

A nyilvánosságra került ügyek ugyanakkor csak a jéghegy csúcsát képviselték a több ezer ügyből. Hivatali időm alatt az ügyek száma megtöbbszöröződött, végére a panaszügyek száma stabilan meghaladta az évi kétezret.

A panaszbeadványok számának növekedésével, valamint az ügyek jellegének megváltozásával egyre inkább a quasi hatósági jellegű eljárás honosodott meg, ez a vizsgálati metódus javarészt az adatvédelmi törvény új szabályainak alkalmazásából következett. Ami a második adatvédelmi biztos periódus jogalkotási folyamatát végigkísérte, összefoglalásként megállapítható, hogy az Avtv. módosításai szorosan összefüggtek az uniós csatlakozással, a nemzeti törvények uniós joganyaggal történő harmonizációjával.

A ciklusban az ombudsman hatásköre is megváltozott, a kötelezés nélküli, puha ombudsmani hatáskör és szerepfelfogás a múlté lett.

Tevékenységgel kapcsolatban néha megfogalmazódott olyan kritika is, amely szerint nem vettem figyelembe más alkotmányos jogokat, például a véleménynyilvánítás szabadságát vagy a sajtószabadságot, vagy éppen nem egyensúlyoztam megfelelően az adatvédelmi biztos által védett két jog között. Ezt azonban a statisztikák nem igazolják. Természetesen voltak és a jövőben is lehetnek a jogvédők között szakmai viták, sőt akár még az ombudsmanok között is. Nekem is voltak ilyenek, például az általános biztossal a temetők bekamerázásáról vagy helyettesével a kórházi betegek karszalagjáról, noha olyan álláspontot képviseltem, amely gyakorlati megoldási lehetőséget is magában foglalt az érintettek magánszférájának tiszteletben tartásával.

Nem titkolom, hogy adatvédelmi biztos tevékenységem mérlegének megvonásakor objektív mércének azt tekintettem, hogy Sólyom László köztársasági elnökként jelöl-e a folytatásra. Miután ezt két ízben is megtette, könnyebben feleltette a parlamenti szavazás sikertelenségének feldolgozását.

Sólyom László köztársasági elnökként is határozottan kiállt alkotmányos jogvédő szakmai meggyőződése mellett. Az Európai Unió adatvédelmi biztosainak nemzetközi fórumán, a 29-es munkabizottság ülésén személyesen is megtapasztaltam azon döntésének nemzetközi népszerűségét az adatvédők körében, amelyben a légi utasok adatainak törvény alapján történő továbbítását az Egyesült Államokba visszaküldte az Országgyűlésnek módosításra. Ugyancsak nagy nemzetközi visszhangja volt annak a nyilatkozatának, hogy mindaddig nem utazik az Egyesült Államokba, amíg ujjlenyomat adására kötelezik.

Az országgyűlési biztosok hazai rendszerével kapcsolatban időről időre felteszik azt a kérdést, hogy vajon a legoptimálisabb megoldást választotta-e annak idején a jogalkotó? Mára ez a kérdés költőivé vált, hiszen az Alaptörvény elfogadása után megszülettek az intézményt újraszabályozó törvények is. Véleményem szerint a rendszerváltáskori konstrukció megfelelőnek bizonyult és nagyban segítette az alkotmányos jogok védelmét. Ez azonban nem jelenti azt, hogy más intézményi megoldás, nevezetesen a január 1-jétől működő intézményi modell ne működhetne jól, sőt a kiegészült hatósági jogköreivel együtt ne működhetne hatékonyabban. Arra a kérdésre, hogy ez valóban így lesz-e, csak a jövő adja meg a választ.

BALÁZS SCHANDA

## CONSIDERATIONS ON THE PLACE OF RELIGION IN CONSTITUTIONAL LAW

### 1. Religious freedom as a constitutional minimum

Many constitutions have only one reference to religion as such, and this is the acknowledgement of religious freedom as a fundamental right. Constitutional formula may be slightly different, providing for additional elements to human rights, like the Hungarian Constitution<sup>1</sup> as well as the new Basic Law explicitly refer to the negative aspect of religious freedom, the right not to manifest ones religion.<sup>2</sup> Constitutions show more differences when it comes to the status of religious communities: provisions vary from non-establishment clauses<sup>3</sup> to the constitutional endorsement of a religion or a state church.<sup>4</sup> None of these solutions shall curtail the free exercise of any religion, established or non-established.

Beyond constitutional arrangements of church-state relations, expressions of cultural identity may carry the heritage of religious convictions. Whereas certain aspects of affiliations are rather issues of policies (like customs of a given country or local community), other aspects do have legal relevance (like official symbols).

### 2. Neutrality emphasized

The Constitution does not provide for neutrality with regard to religion in an explicit way. The doctrine on neutrality was elaborated by the Hungarian

<sup>1</sup> Article 60.

<sup>2</sup> Article VI.

<sup>3</sup> e.g.: GG Art 140 iVm Art 137 (1) WRV „Es besteht keine Staatskirche“ (There shall be no established church.)

<sup>4</sup> Malta: “The religion of Malta is the Roman Catholic Apostolic Religion.”) Section 2, Greece (“The prevailing religion in Greece is that of the Eastern Orthodox Church of Christ. The Orthodox Church of Greece, acknowledging our Lord Jesus Christ as its head, is inseparably united in doctrine with the Great Church of Christ in Constantinople and with every other Church of Christ of the same doctrine, observing unwaveringly, as they do, the holy apostolic and synodal canons and sacred traditions. It is autocephalous and is administered by the Holy Synod of serving Bishops and the Permanent Holy Synod originating thereof and assembled as specified by the Statutory Charter of the Church in compliance with the provisions of the Patriarchal Tome of June 29, 1850 and the Synodal Act of September 4, 1928.”) Article 3, Denmark “The Evangelical Lutheran Church shall be the Established Church of Denmark, and as such shall be supported by the State.” (Art. 4)



Constitutional Court,<sup>5</sup> in a similar way than in Germany, where it was the Federal Constitutional Court that stated the neutrality of the state.<sup>6</sup> Neutrality seemed to become the most important principle governing the State in its relationship with religious communities as well as with other ideologies. According to this doctrine, the State should remain neutral in matters concerning ideology: there should be no official ideology, be it religious or secular. Neutrality means that the State should not identify with any ideology (or religion); consequently it must not be institutionally attached to churches or to any one single church, nor to any organization based on an ideology. This shows that the doctrine underlying the principle of separation (as explicitly stated in the Constitution) is the neutrality of the State. It is to be noted that neutrality must be distinguished from indifference, which is not what the Constitution implies – as follows from the concept of neutrality elaborated by the Constitutional Court. Neither is neutrality “laicism”: the State may have an active role in providing an institutional legal framework as well as funds for the churches to ensure the free exercise of religion in practice.<sup>7</sup> The State should not enter into institutional entanglement with any organization that is based on an ideology, either religious or secular. The freedom of religion and the freedom from religion are equally protected. All public institutions, including schools, universities, hospitals, etc., are bound by the principle of neutrality.<sup>8</sup>

Neutrality has not become a generally accepted constitutional principle, in fact it often seems to be a misunderstood doctrine. Critics did not regard neutrality as an instrument to ensure the peaceful coexistence of various beliefs, but instead regarded it to be an obstacle to the promotion of values. A proper interpretation of neutrality does not jeopardize the expression of cultural identity or the promotion of the values of a constitutional democracy respecting human rights.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Decision 4/1993. (II. 12.) AB Commentary and text in English: L. SÓLYOM – G. BRUNNER (eds.): *Constitutional Jurisdiction in a New Democracy*. The Hungarian Constitutional Court, The University of Michigan Press, 2000, 246–266.

<sup>6</sup> BVerfGE 19, 206 (216), Campenhausen, Axel Frhr.v., Der heutige Verfassungsstaat und die Religion. JOSEPH LISTL – DIETRICH PIRSON (eds.): *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2nd edition. Duncker & Humblot, Berlin, 47, 77.

<sup>7</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: *Alkotmányosság Magyarországon. Elvek és értékek.*; SÓLYOM LÁSZLÓ: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest: Osiris, 2001, 141, 145–146. SÓLYOM LÁSZLÓ: *Az állam és az egyház elválasztása az Alkotmánybíróság alapjogi koncepciójában*. FORRAI TAMÁS (ed.): *Az állam és az egyház elválasztása*. Faludi Ferenc Akadémia – Távlatok, 1995, 104.

<sup>8</sup> Decision 4/1993. (II. 12.) AB.

<sup>9</sup> PACZOLAY PÉTER: *Az állam semlegességének mítosza*. *Politikatudományi Szemle*, 1993/3, 129. UITY RENÁTA: *Aiming for State Neutrality in Matters of Religion: The Hungarian Record*. University of Detroit Mercy Law Review. Vol. 83. (2006), 761–787.

### 3. Between religious neutrality and cultural identity

Countries in transition after the fall of communism generally adopted new written constitutions that recognized religious freedom, often explicitly underlining the correlative right not to profess a religion. Constitutions also came to reflect the fundamental characteristics of church-state relations. In short, all constitutions in the region contain provisions on freedom of religion and church-state relations. Special recognition afforded to one traditional, national religious community only appears in the constitution of Poland and Bulgaria. In case of Poland the reference is rather of a technical nature (the Polish Constitution follows the Italian model by making a reference to the concordat with the Holy See and the system of agreement-based laws regulating the relation of the state with other religious communities.), whereas in case of Bulgaria it is of a symbolic nature (“Eastern Orthodox Christianity shall be considered the traditional religion in the Republic of Bulgaria.”). Separation of church and state is explicitly stated by the constitutions of Bulgaria, Croatia and Hungary. The Slovak Constitution recognizes that religious communities administer themselves independently from the state, whereas the Czech Charter of Fundamental Rights states that churches and religious societies administer their own affairs.

Constitutional norms and practices – from preambles to the symbolic communication of state organs – have an important role in expressing the identity of the political community. Besides ethnicity, religious identities shape national traditions to a high degree, but for various reasons they appear in formal legal documents often only in a hidden way (closely linked to historical traditions, e.g. coat of arms).<sup>10</sup> Symbols and customs may be felt as evident for majorities. Minorities (often new minorities) may challenge them by pointing to the religious content of cultural phenomena. The Lautsi-case shows the difficulties of finding a consensus based on solid arguments.<sup>11</sup>

#### 3.1. National symbols

In Hungary – as in many other countries – national symbols are declared by the constitution. The national anthem is a 19th century hymn expressly referring to God. It is often sung in churches. Despite of being a national prayer, in public the anthem is regarded as religion-neutral. The national anthem

<sup>10</sup> Data collected in the framework of the REVACERN project (Religion and Values: Central and Eastern Europe Research Network) [www.revacern.eu](http://www.revacern.eu). Special thanks to Zabój Horák, Blaž Ivanc, Dénes Kiss, Jana Martinkova, Michal Rynkowski and Sinisa Zrinscak for the information provided.

<sup>11</sup> Case of Lautsi and others v. Italy, Judgment of 18 March 2011.

of Slovenia is the seventh strophe of the poem “Zdravljica”, written by the poet France Prešeren. This particular strophe in Slovenian<sup>12</sup> does not explicitly refer to God. However, God is mentioned several times in other parts of the poem. Also the second strophe of the Czech national anthem (which is not usually sung) there is reference to God. The last (eleventh) strophe of the national anthem of Romania (usually not sung<sup>13</sup>) claims priests to lead with crucifixes, because “our army is Christian”.

Coats of arms are determined by heraldic traditions. Except of Czechoslovakia and Poland communist regimes have adopted radically new coats of arms, whereas in the above mentioned countries, as well as in Austria the coats of arms have been adopted to new political circumstances. After the collapse of communism historic coats of arms have been restored. The Slovak coat of arms and the national flag contain a double cross – originally the symbol of royal power, not that of Christianity. The same double cross is part of the coat of arms of Hungary, where the coat of arms also depicts the royal crown headed by a cross, portraying saints. The coat of arms of Romania used since 1992 is based upon the coat of arms used from 1922 to 1947. On this the aquila (eagle) is holding an Orthodox cross (but the motto of the former royal family Hohenzollern-Sigmaringen “Nihil sine Deo” was abandoned).

### 3.2. Currency

National currency may serve as an everyday expression of a national-cultural canon. The practice of Central-European countries shows that the religious content of cultural heritage is no ground to exclude parts of the heritage from coins and banknotes – although Slovakia having introduced the Euro in January 2009, refrained from picturing a cross (as it used to be on the 10 SK coin) or a Madonna (as it used to be on the 1 SK coin) on Slovak Euro coins. There were also proposals to have a Madonna or a cross on the new Euro coins. For Slovenia the €2 coin shows the poet France Prešeren and the inscription “Shivé naj vsi naródi” (God’s blessing on all nations) – a line taken from his poem “Zdravljica”, which is also used in the country’s national anthem. The €1 coin shows a portrait of Primož Trubar (1508–1586), a Protestant reformer and the consolidator of the Slovenian literary language. Pri-

<sup>12</sup> As János Zlinszky points out: the person obliged by the very first commandment of the Constitution cannot be subjected to orders prescribed by law: ZLINSZKY JÁNOS: *Észrevételek az új Alkotmány „húsvéti” szövegéhez. Az új Alaptörvényről – elfogadás előtt.* Tanulmánykötet az Országgyűlés Alkotmányügyi, igazságügyi és ügyrendi bizottsága által 2011. április 8-án azonos címmel megrendezett tudományos konferencián elhangzott előadások alapján. Budapest, 2011, 26, 27.

<sup>13</sup> JAKAB ANDRÁS: *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei.* Budapest: Hvg–Orac, 2011, 181.

mož Trubar is one of the most important pillars of Slovenia's cultural and national identity. His portrait certainly cannot be regarded as a religious symbol, but it refers to the religious heritage, which influenced national identity and culture. On Czech coins and banknotes there are symbols of important national personalities (some of them are saints) or historic monuments connected to religion. On the 10 Crown coin there is a picture of the Catholic St. Peter's Cathedral of Brno, on the 20 Crown coin there is a picture of the Saint Wenceslas statue, on the 50 Crown banknote there is a picture of St. Agnes of Prague, on the 200 Crown banknote there is a picture of the bishop of the *Unitas Fratrum* Jan Amos Komenský. On the 1 Leu banknote in Romania there is a picture of the cathedral of Curtea de Argeș. Also in Hungary the 10.000 Forint banknote shows the portrait of Saint Steven.

### *3.3. National day*

Besides respecting certain religious holidays, such as Christmas, Ascension or All Saints, the national days of several countries have a religious origin and/or a religious content, thus religious and public elements are hardly separable. The national day of Hungary is Saint Steven's day. Saint Steven (997–1038) was the first, state founding king of Hungary. Church, state, civil and family celebrations are interlinked in a special way on that day. Representatives of state organs attend the solemn mass and the procession honoring of Saint Steven, and also at local festivities religious ministers – often Protestant pastors too – play an important role in the celebrations. In a remarkable way the holydays of the highly secular Czech state all have a religious background. The Day of the Slavonic Missionaries St. Cyril and Methodius on the 5<sup>th</sup> of July is a national holiday. St. Cyril, the monk and his brother St. Methodius, the archbishop, came in 863 from the Byzantine Empire to Great Moravia, the old Slavonic State spread on the present territory of Czech Republic and elsewhere in the region. Also the Day of Burning at the Stake of Master Jan Hus on the 6<sup>th</sup> of July is a national holiday. Jan Hus, a Catholic priest and the rector of the Charles University in Prague, was burnt at a stake on the 6<sup>th</sup> of July 1415 during the Council of Constance because of his theological views on the reformation of the Church. It directly affected the Husite movement in the 15<sup>th</sup> century. Czech religious traditions, before all of the churches of reformation, have been influenced by it until the very day. The Day of Czech Statehood on the 28<sup>th</sup> of September is also a national holiday. This is the day of the martyr's death of the Czech Prince St. Wenceslas in 929.

### *3.4. Local communities*

Beyond constitutional and national settlements local issues may not be overlooked. In all countries in the region a large part of local communities show respect to historic traditions originating from Christian faith. Local holydays have often been the festivities of the patron saint of the town or village, and also local coats of arms often show inspiration of religious symbolism – even in cases where symbols are newly designed and are not determined by historic traditions. In Slovenia certain local communities have a church (e.g. Bled, Bohinj) or a picture of a Christian saint (Sveta Ana, Sveti Jurij ob Ščavnici, Šenčur, Šentjur) or a cross (Ptuj) as a part of their flag or coats of arms. Also in Croatia many local communities celebrate their days on days of certain saints. The same goes for Poland as well. This includes the figures of saints (or heads, e.g. the head of St. John Baptist) on the coats of arms. Some communes have religious references in their names themselves, e.g. the commune of Święta Katarzyna (Saint Catherine), close to Wrocław. In Hungary several counties (e.g. Csongrád, Esztergom, Fejér, Tolna) have portraits of patron saints on their coats of arms, and this is also true of a number of cities (e.g. Győr, Veszprém, Vác). Certain newly designed coats of arms use the picture of a local church. In the Czech Republic symbols of a religious origin are often used, but more as a folk tradition and local pride than as confession of some faith. On coats of arms and flags of local communities there are often crosses in different heraldic forms, drawings of a certain Christian saint or group of saints (usually traditional patron-saints of the town or community) or a chalice, symbol that the town and community has some historical connection with the Hussite reformation movement (regardless of today's confessional adherence of local inhabitants). The symbol of the cross is connected to the foundation of Czech statehood, which was connected to the acceptance of Christianity. In a few rare cases there are symbols on coats of arms of certain historical relations to Islam, firstly as a memory of participation of inhabitants in battles in the ancient wars with Islamic powers (e.g. it can be a silhouette of a minaret).

### *3.5. Public places and institutions*

Streets, squares and public institutions may get names of a religious character (such as the name of a saint), which usually goes back to historical names. In Croatia certain public institutions got names of a religious character. In many cases that was the restoration of older names after the fall of communism. It is hard to evaluate the ratio of such names, but they do not raise significant concern. In Hungary not only historic names of streets and public institutions (such as hospitals) were generally restored after the fall of communism, but

local municipalities in certain cases gave names of saints to new institutions, too. A number of streets carry names of saints, the Holy Spirit or the Holy Trinity. These were restored after 1989 but usually no new 'religious' names are given. Traditional names of many streets and squares in the Czech Republic show the originally religious character (e.g. Wenceslas Square in Prague). In many cases it is connected to the name of the church building or synagogue in such a street. Some hospitals and lot of pharmacies have traditional names of saints of religious orders.

Public institutions, such as schools, hospitals, institutions of social care etc. are special places where the coexistence of different convictions can be challenging. The neutrality of the state presupposes on the one hand the official neutrality of its institutions, on the other hand it has to provide ample room for the free expression and exercise of religion both individually and in community with others. In Slovenia in public schools religious symbols do not appear, but in public hospitals they do appear, since these institutions have to operate also special facilities for religious needs. The same is true of prisons. In Hungary and Slovakia at public institutions no religious symbols appear. Inmates, however, can post religious symbols at their own stake (like a cross above their bed). In Polish schools crucifixes have been placed. This practice has not been challenged so far. In Croatia particular symbols (cross) can be found in certain schools and hospitals, reflecting mostly the attitudes of their employees, or heads of these institutions, but this practice is not very common. Certainly there are crosses at Catholic theological faculties, which are parts of public universities, e.g. in the Czech Republic.

### ***3.6. Public authorities***

Religious symbols usually do not appear at public authorities, however in both meeting rooms of the Polish Parliament – and in many city council halls there is a crucifix. Challenging this practice was dismissed in 1999 by the Chief Administrative Court in Łódź.

## **4. Religion and the new Basic Law of Hungary**

The Basic Law begins and ends with mentioning God, but this is done in a particular way. The very first words of the preamble is a quote without quotation marks<sup>14</sup> of the national anthem ("God bless the Hungarians"),

<sup>14</sup> Instead of "In the Republic of Hungary the church shall operate in separation from the state." the new text says: "The State and Churches shall be separate. Churches shall be autonomous. The State shall cooperate with the Churches for community goals."

a poem from 1823 that was the anthem even during the communist time. Certainly the anthem is also sung sometimes at the end of church services, and in this context it bears a religious content. At soccer games or other public events probably many Hungarians singing it (or listening to it) do not have religious feelings. This way the national anthem is the manifestation of patriotism, with a text that is deeply rooted in the national culture.

At the very end of the Basic Law there is a solemn declaration reminding of the wording of the preamble of the Basic Law of Germany, referring to the awareness of the members of parliament passing the Fundamental Law to their Responsibility before God and man.

The preamble ("national avowal") contains an acknowledgement of the role of Christianity in upholding the nation. This is on the one hand the acknowledgement of a historical fact, on the other hand it is not the religious content of Christianity that is endorsed, but its role in forming the nation – the declaration is descriptive, not prescriptive. The preamble also shows respect to the various religious traditions of the country. ("We recognize the role of Christianity in preserving nationhood. We value the various religious traditions of our country.") A reference to non-religious, secular or agnostic heritage is missing;<sup>15</sup> the omission makes the text less inclusive than the preamble of the Polish Constitution of 1997.

As for the text of the Basic Law the provisions relating to religion do not bring novelties. The wording of the freedom of religion remains unchanged. The wording of the separation of church and state is slightly changed laying more emphasis on church autonomy and the cooperation of church and state.<sup>16</sup>

The religious neutrality of the state is a consequence of its commitment to non-discrimination on the basis of religion. The references to Christian heritage in the preamble do not bring changes in this respect. The expression of the cultural identity of the nation may become more intense, also more provoking to sensitive minorities, but the religious neutrality of the state is not at stake. The constitutional culture of the country will serve as a solid basis for the interpretation of the Basic Law also with regard to religious rhetoric and religious rights.

<sup>15</sup> JAKAB ANDRÁS: i. m. 181.

<sup>16</sup> Instead of "In the Republic of Hungary the church shall operate in separation from the state." The new text says: "The State and Churches shall be separate. Churches shall be autonomous. The State shall cooperate with the Churches for community goals."

KIM LANE SCHEPPELE<sup>1</sup>

ON THE UNCONSTITUTIONALITY  
OF CONSTITUTIONAL CHANGE:  
AN ESSAY IN HONOR OF LÁSZLÓ SÓLYOM

During the 1990s, Hungary had one of the most powerful courts on earth, guarding one of the world's newest constitutions. The juxtaposition of a fragile new constitution and an aggressive new court was not an accident. Constitutions in their early years need particularly strong defenders. Before a new constitution has entrenched itself as a taken-for-granted backdrop in a new political world, a strong and respected constitutional court can successfully remind all of the political players what they committed to when they agreed to live together under constitutional constraint.

In the early years of the political transition from a party-state to a democratic republic, the Hungarian Constitutional Court performed this function in grand style. The Court elaborated the meaning of the new constitution and ensured the constitutionality of the new politics. In its first decade, the most visible public expositor of the Hungarian Constitutional Court was its first President, László Sólyom. Through his powerful judicial opinions as well as his extra-judicial speeches and writings, President Sólyom led Hungary through an extended tutorial in understanding the post-communist Hungarian Constitution.

In this essay, I want to take up one of President Sólyom's key insights – that there are limits to constitutional change within any particular constitutional order. While President Sólyom never found as a judge that any particular enactment of the Hungarian Parliament transgressed this limit, he issued a timely warning in his first year on the bench when constitution-making seemed to turn into a permanent revolution. In his concurring opinion in the Death Penalty Case, President Sólyom argued that Hungary had an “invisible constitution” that consisted of key principles that could not be amended without turning the new constitution into a different one.<sup>2</sup> While the political firestorm that accompanied this assertion caused him to retreat from that

<sup>1</sup> I would like to thank Gábor Halmai for teaching me so much and Miklós Bankuti for timely research assistance in preparing this essay.

<sup>2</sup> On Capital Punishment, 23/1991. (X. 30.) AB hat.



bold pronouncement, President Sólyom never gave up on the idea that constitutions possess foundational cores that cannot be modified without breaking the constitutional order.

In arguing this, President Sólyom put himself in the company of major constitutional theorists who also elaborated a theory of unconstitutional constitutional change. In this essay, I will locate President Sólyom in this historical context and attempt to draw out what he might have meant by the assertion that Hungary had an invisible constitution. This essay argues both that Hungary did in fact go through a successful constitution-making process in 1989–90 and that this process established certain key values that could only be changed by the mobilization of a new constituent power of an equivalent scope and scale to the one summoned in 1989–90. Now that Hungary is going through another period of rapid constitutional change, it is important to revisit just what sort of constitutional order was established over the first 20 years of the Third Republic. As the text of the 1989–90 constitution fades into history, it is crucial to understand what it was.

We will start by examining the arc of constitutional theorists that runs from Emmanuel Sièyes to Carl Schmitt, elaborating a theory of unconstitutional constitutional change, before examining the 1989–90 Hungarian political transformation and the constitution it produced. We will then examine the “invisible constitution” theory of President Sólyom and point to how it might be used today.

## 1. Constitutional Theory and Constituent Power

What, if any, are the limits to constitutional change?

Constitutional theory generally presupposes that the life of constitution can be divided into the moment where the constituent power is summoned up to create both a new constitution and a political community that will live under this new constitutional order. This distinction between the *pouvoir constituant* and the *pouvoir constitué* dates to the famous French revolutionary pamphlet of Emmanuel Sièyes, “What is the Third Estate?”. Sièyes, of course, was attempting to justify the break in French politics caused by the refusal of the revolutionaries to honor the constitutional system they had inherited. No longer was the king to be the sole determinant of the constitutional system; instead, the “totality of citizens belonging to the common order”<sup>3</sup> – the Third Estate – could claim the power, the *pouvoir constituant*, to make a constitution for the nation as a whole.

<sup>3</sup> EMMANUEL SIÈYES: “What is the Third Estate?” In SIÈYES: *Political Writings* (ed. and trans. MICHAEL SONENSCHER). Hackett Publishers, 2003, at 99.

According to Sièyes, political revolutionaries could realize this power by convening a body of extraordinary representatives, tasked with speaking for the nation. What would bind these extraordinary representatives in the work of constitution-making? Sièyes explained that the existing constitution could *not* be one of those constraints:

[T]hey are not to be subject to the constitutional forms on which they have to decide. In the first, place, this would be contradictory because these forms are in dispute, and it is up to them to settle them. Secondly, they have nothing to say about matters for which positive forms have been fixed. Thirdly, they have been put in the place of the Nation itself as if it was settling the constitution. Like it [the nation], they are independent... [T]heir common will has the same worth as that of the nation itself.<sup>4</sup>

For Sièyes, the freedom from prior constitutional understandings that liberated the constituent assembly did not mean that the *pouvoir constituant* was without constraint at all. He believed that an extraordinary representative assembly, convened for one purpose and one purpose only, could change the constitutional order only through the discovery and deployment of a common will, under which this new order must be constrained. The contours of this common will were defined by Sièyes as the sum of individual wills of the nation, determined by a majority in the case of disagreement. And this general will could – in fact, must – limit the creation of the constitution itself.

Sièyes' majoritarianism must be understood in the context in which he was arguing. Under the existing system of Estates General, the Third Estate could be outvoted by the other estates, even though the Third Estate constituted the majority of the political community. In this context, majoritarianism was a revolutionary claim because the new political community was refusing to be governed by a minority allegedly acting on behalf of all. Generalized to other contexts, Sièyes' majoritarianism should lead to the conclusion *not* that a mere majority is sufficient to make a foundational determination, but instead that a constituent part of the political community cannot be spoken for by others.

Elaborating a distinction that still animates most theories of constitution-writing today, Sièyes argued that extraordinary representatives in the constituent moment are free of existing positive political forms, while still being deeply constrained by the common will of the nation in the exercise of the *pouvoir constituant*. By contrast, the ordinary representatives and daily government are bound in the exercise of the *pouvoir constitué* to the constitution that spells out the existing positive political forms.

<sup>4</sup> SIÈYES at 139.

If the common will can constrain a constitution-making process, then it is important to understand what this common will is. The common – or general – will is a concept familiar to French constitutional theory not just from Sièyes' writing, but perhaps even more famously from the writings of Jean-Jacques Rousseau. Unlike Sièyes, Rousseau did not portray the general will as resulting from the summing up of the wills of individuals subject to the principle of majoritarianism. Instead, the general will for Rousseau is a collective property of a group and is not reducible to some one-step mathematical relationship of individual wills (like their mere addition or averaging). The general will's chief manifestation comes through the imagination of a common good in which all could share. The general will, in accomplishing this task, omits the partiality of individual and private wills and extracts from them only those elements that all share in common:

There is often a great deal of difference between the will of all and the general will. The latter looks only to the common interest; the former considers private interest and is only a sum of private wills. But take away from these same wills the pluses and minuses that cancel each other out, and the remaining sum of the differences is the general will.<sup>5</sup>

Of course, as many have noted, this is far from an unambiguous and clear idea. But the crucial element for our purposes is that some generally derived desire of the political self-governing group is a constraint on what the *pouvoir constituant* can do. The *pouvoir constituant* is not an unlimited power; it is simply not limited by prior political forms. It is subject to the constraint of the common good of the political community, and is therefore limited by that instead.

The idea that constitution making is subject to no constraint other than a general will – but that it is in fact limited by that general will – can be found also in a theorist who, in many particulars, could not be more different from Rousseau. Writing in the turbulent years of the Weimar Republic, Carl Schmitt elaborated on these ideas of constituent power and its constraint in *Constitutional Theory*. According to Schmitt,

The constitution in the positive sense originates from an *act of the constitution-making power*. . . . The act *constitutes* the form and type of political unity, the existence of which is presupposed. It is not the case that political unity first arises during “the establishment of a constitution.” The constitution in the positive sense entails only the conscious determination of the particular complete form, for which the political unity decides.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> JEAN-JACQUES ROUSSEAU: *Social Contract*. Vol. IV, 146.

<sup>6</sup> CARL SCHMITT: *Constitutional Theory* (ed. and trans. JEFFREY SELZER). Duke University Press, 2008 at 75.

For Schmitt, the political unity is a power that precedes any particular act of constitution-making and represents the decision by a political community that it will be self-governing, much as the general will served this purpose for Rousseau. For Schmitt, a constitution is dependent on the existence of this political unity, which expresses itself in the foundational decision to make a constitution for itself. Through this political unity, the people bring a practical form of governance into existence in ways that cannot be changed by anything short of another overriding expression by this same political unity, or by a supplanting decision by another political unity occupying the same political space. Constitutional laws, the positive laws that elaborate what the legal constitution entails, may be changed in accordance with the rules for constitutional change given in a constitution itself. But the ability to change constitutional laws through amendments to the constitution does not imply the ability to change the foundational principles of the constitution as a whole:

That “the constitution” can be changed should not be taken to mean that the fundamental political decisions that constitute the substance of the constitution can be eliminated at any time by parliament and replaced through some other decision. The German Reich cannot be transformed into an absolute monarchy or into a Soviet republic through a two-thirds majority decision of the Reichstag.<sup>7</sup>

Instead, according to Schmitt:

[C]onstitution “making” and constitutional “change” [by constitutional amendment] are *qualitatively* different because in the first instance the word “constitution” denotes the constitution as complete, total decision, while in the other instance, it denotes only the individual, constitutional *law*.<sup>8</sup>

For Schmitt, a constituent assembly must be different from an ordinary parliament because only the constituent assembly can make a constitution. But also, for Schmitt, a constitution in the existential sense must not be confused with the specific written form that a particular constitution takes as it emerges from a constituent assembly. In any actual constitutional-drafting process, compromises among the different factions represented in the process are

<sup>7</sup> SCHMITT at 79. Of course, the Weimar Constitution did in fact become something else, as the state of exception authorized under Art. 48 was used to undermine the system of constitutional checks on power, particularly after 1933. Once undermined through the invocation of its own exceptional provisions, the constitution collapsed in practice even as it remained formally in effect. Schmitt’s pivotal role in the deployment of Art. 48 during this shameful time reduced his later credibility as a constitutional expositor.

<sup>8</sup> SCHMITT at 80.

inevitable. Schmitt believed that one could and should see through these expedient political compromises to the more basic principles that grounded any existing constitution, principles so basic that they went without saying for all concerned when the constitutional text was written. For example, Schmitt found that the basic constitutional principles of the Weimar Constitution included a) the establishment of a bourgeois *Rechtsstaat* that put rights at the core of its existence, in which the principle of liberty was the “defining directive,”<sup>9</sup> b) the commitment to non-concentration of political control, which found expression in the separation of powers, and c) the entrenchment of a basic political organization that could not be fundamentally altered by any particular set of temporary rulers, distilled in the idea of limited government. While specific features of the positive constitution could be changed or even suspended, this central creation – a rule of law state that put rights, separation of powers and the constitutional entrenchment of a political order at the core – could not be modified by any subsequent actual government in power, but only by the political unity itself.

Schmitt’s idea of the political unity is in many ways as compelling and as mysterious as is Rousseau’s idea of the general will. But Schmitt gives this idea somewhat more concrete content when he describes this political unity as a historically changing force. In his account, this historically changing force is not abstract; it is different for each different political community and it may be differently constituted at different moments. As a result, the English constitution is different from the French which is different in turn from the German – and all have continually changing contours as the political community remade itself over time. In each national tradition, the sequence of governmental forms – from absolute monarchy, to constitutional monarchy to democratic republic, for example – is imagined by Schmitt to be the result of decisions of differently constituted political communities organizing themselves in successive ways across history. Each political community, considering its own history and its own aspirations, has the power to determine its own constitution by making a decision as to its own political form.

How does one know what the political unity is in order to understand the decision it has made? Schmitt, like Rousseau, locates this power in the idea of a will:

The constitution-making power is the political will, whose power or authority is capable of making the concrete comprehensive decision over the type and form of its political existence. The decision, therefore, defines the existence of the political unity *in toto*. ... In contrast to any dependence

<sup>9</sup> SCHMITT at 90.

on a normative or abstract justice, the world “will” denotes the essentially existential character of this ground of validity.<sup>10</sup>

For Schmitt, the constitution must therefore be understood as the decision by a political community to bring a certain form of political life into being. The constitution-making power that brings a constitution into existence “is unified and indivisible. It is not a coordinate additional authority (legislative, executive, judicial . . .) alongside other ‘powers’ and ‘divisions of power.’”<sup>11</sup> Instead, it is a foundational power that exists before and over all others (to borrow spatial metaphors). Building on Sièyes’ formulation of the *pouvoir constituant*, Schmitt concluded:

The people, the nation, remain the origin of all political action, the source of all power, which expresses itself in continually new forms, producing for itself these ever renewing forms and organizations. It does so, however, without ever subordinating itself, its political existence, to a conclusive formulation.<sup>12</sup>

According to Schmitt, while one constitution may succeed another in the same political space, such a succession may only be legitimately accomplished by a new decision made by the political unity, by the common will of the political community.

From this understanding of the constituent power, one can discern the difference between a constitution-making power and a constitutional amendment in Schmitt’s theory. Schmitt argued that a constitutional amendment, determined by the ordinary representatives of a political community and not by the extraordinary representatives of the political unity, operates within a much more constrained political space than does the constitution-making process itself:

The authority to “amend the constitution” granted by constitutional legislation means that other constitutional provisions can substitute for individual or multiple ones. They may do so, however, only under the presupposition that the identity and continuity of the constitution as an entirety is preserved. This means that the authority for constitutional amendment contains only the grant of authority to undertake changes, additions, extensions, deletions, etc. in constitutional provisions that preserve the constitution itself. . . . *Constitutional amendment, therefore, is not constitutional*

<sup>10</sup> SCHMITT at 125.

<sup>11</sup> SCHMITT at 126.

<sup>12</sup> SCHMITT at 128.

*annihilation*. ... A constitution resting on the constitution-making power of the people cannot be transformed into a constitution of the monarchical principle by way of a constitutional "amendment" ...<sup>13</sup>

This trajectory of political thought – from Sièyes inspired by Rousseau to Schmitt – emphasizes that constitutional change has limits. One sees these limits play themselves out differently in the three different phases of constitutional construction: constitution making, constitutional amendment, and ordinary political life under a constitution. This trajectory of ideas suggests that there are limits to constitutional change, first and most clearly in the sense that a constitution can itself be created only as an expression of the general will of the political community. While constitution-making cannot be constrained by prior constitutions, it can be constrained by the requirement that a general will and not simply the will of a subset or a fraction of the political community underwrite the foundational elements of this new constitution.

Within any specific constitution-drafting process, however, some provisions of the positive constitution will emerge out of the inevitable political compromises that are made among those who are concretely sitting in the constituent assembly. Their different interests may lead to contingent but not foundational aspects of the new constitution.<sup>14</sup> These contingent provisions, traceable to some specific set of interests that are not general, can be changed by later amendment. But no later amendment can change the foundational elements of a constitution without transgressing the limits of a constituted power. Only the constituent power may make such fundamental changes; constituted power must stay within those limits. In daily constitutional life, of course, there may be contestation over the shape and meaning of the constitution as it applies to concrete political controversies. But as one moves from constitution-making to constitutional amendment to ordinary constitutional interpretation and contestation, the ability of ordinary participants to change the basic political order is ever more sharply constrained.

It follows from this analysis that a particular government that transgresses these limits on the constitution-making and constitutional amendment procedures will produce a breakdown in the existing constitutional order by

<sup>13</sup> SCHMITT at 150–1.

<sup>14</sup> In this formulation, Schmitt almost seems to anticipate the later contributions of John Rawls, who argued that the basic constitution-writing process of any political order had to take place among people who were unaware of their specific interests and therefore who had to act on the basis of hypothetical interests they might have. Rawls then argued that the hypothetical interests such constitution-makers should assume were the interests of those who had the most to lose in the actual political community that resulted. Merely contingent interests were not to have a place in determining the basic elements of a constitution.

creating a profound unconstitutionality of action. Such a breakdown can occur either if a government amends the constitution in a way that violates the basic principles of the constitution or if a government brings into being a new constitution without establishing that the will of the political community is unified on the need for and shape of this new constitution. Making amendments to constitutional fundamental principles and/or drafting a wholly new constitution without a political mandate to do so are both violations of the constitutional order that should call into question whether the new order is constitutional at all.

## **2. The “Rule of Law Revolution” of 1989–1990 and the Post-Communist Hungarian Constitution**

After decades of living under a Soviet-imposed regime, Hungary went through dramatic political changes in 1989–1990 that resulted in a new constitution. The self-appointed democratic opposition in Hungary sought to negotiate a peaceful transition from communism to democracy in 1989, and called upon the party in power to develop a new framework that would allow a multiparty election to occur and a new constitution to be written. The Hungarian National Roundtable of 1989 produced a new constitutional text that was adopted as a set of amendments to the existing Stalinist constitution, Law XX of 1949. At the National Roundtable, the democratic opposition groups negotiated directly with the Hungarian Socialist Workers Party (MSzMP) with the participation of a “third side” consisting of officially sanctioned organizations. The pacted transition of 1989–90 that resulted from the National Roundtable allowed the country to move toward a system of multiparty elections, democratic transformation, rule of law and general constitutional entrenchment.

Was the constitution produced through the Hungarian National Roundtable process the expression of a general will, as a constitution-making process requires? At one level, the situation was not promising. The communist government was still operating in the shadow of the Soviet Union with the presence of Soviet troops in the country. It could not operate independently without considering whether its actions would be seen as having crossed invisible red lines drawn by Moscow. Even with what eventually turned out to be substantial political room to maneuver, the Hungarian Socialist Workers’ Party (MSzMP) government in 1989 did not have any democratic legitimacy of its own because it had been installed and maintained in power by a foreign force. The democratic opposition was self-appointed and hardly representative of the whole Hungarian population whose political views could not be fully



probed at that time. The vast majority of the Hungarian population became mere spectators to the public part of the National Roundtable which was a highly staged demonstration of the fact that negotiations were going on without revealing much about their substance. In fact, bargaining over the fundamental aspects of the constitution happened in subcommittees that were not visible to the public eye. At first glance, the 1989 National Roundtable did not look like a will-forming or will-expressing constituent assembly.

That said, the situation was more ideal for constitution writing than one might imagine. It was clear that the winds of change were blowing through the region, but it was not at all clear what their effects would be. Prior to the National Roundtable, János Kádár had already been pushed out of office after 32 years as General Secretary of the communist party and he died as the Roundtable process got underway. It was not just Kádár who left office; a whole generation of hardliners who has been associated with the worst of the communist abuses was displaced with him. Though there were still a few hardliners left, the MSzMP was already changing because reformers were in the ascendancy. While the communist party went through these changes, opposition groups were forming (and were allowed to form) under a variety of rubrics ranging from trade unions to NGOs.

*Perestroika* provided an opening for political change throughout the Soviet bloc, and both the communists and the opposition groups agreed that Hungary would move toward a different form of government. They agreed the Hungarian people should to be able to express their political views through an election with real choices, though neither the communists nor the opposition could know who would be the winners and who would be the losers in an election of a sort not held in nearly half a century. Because of this uncertainty, no one could design new political institutions in such a way as to ensure that they would be able to gain and maintain power over the long run. As a result, everyone had the incentive going into the constitution-writing process to design a new system of government in which no one would be too badly off if the new politics went against their interests.

In this evolving situation, the new constitution guaranteed that power could not be captured indefinitely by whichever party emerged victorious in one particular election. The National Roundtable produced a constitution in which all would have the protection of rights under the watchful eye of a new and powerful Constitutional Court, and in which there were many safeguards to guarantee that there were limits to what any new government could do to those who lost out. The negotiations at the National Roundtable, then, were rather like deliberations behind a veil of ignorance, to use John Rawls' term for a situation in which people decide on the shape of a basic political ordering not knowing what interests they would have in the politi-

cal system that they designed.<sup>15</sup> Because the moment was fluid and all parties were aware of the potential dangers, the new Hungarian constitution was written in a way that aspired to constitute a general will much more than one might have imagined. The situation led everyone to design the new constitution from a general point of view that was not dictated primarily by short-term self-interest. How could one benefit one's own interests if it was not clear how to do so – or even what one's interests were?

Technically developed as a set of amendments to the existing communist constitution, the new Hungarian constitution was voted on piecemeal by the existing communist parliament over two weeks in mid-October 1989.<sup>16</sup> The Hungarian Republic was officially declared on 23 October 1989, two weeks before the fall of the Berlin Wall. While the Hungarian parliament that passed this new constitution was itself neither representative nor legitimate, it largely deferred to the National Roundtable process and approved the constitution that the National Roundtable produced. It added a few amendments, for example, inserting a limitations clause on the rights provisions, permitting their restriction to defend public order, public security, public health and public morality as well as supplementing the list of agreed-upon rights with a provision about the right to social security.<sup>17</sup> The constitutional amendments were supplemented by a series of cardinal laws requiring a two-thirds vote of the parliament.<sup>18</sup> These laws were also agreed upon at the Roundtable and they shaped crucial institutions in the new government like the Constitutional Court, the political parties, and the framework for elections (in particular expanding the number of individual constituencies). But otherwise, the parliament in 1989 agreed to exactly what had been negotiated at the National Roundtable.<sup>19</sup>

The 1989 constitution made a radical break with the 1949 constitution in substance, even as it was enacted using the amendment rules of that very constitution. Was the new 1989 constitution legitimate as a new constitution – and were these 1989 constitutional amendments legitimate amendments to the prior 1949 constitution? In so far as the comprehensive amendments

<sup>15</sup> JOHN RAWLS: *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971 at 118–123. Andrew Arato, writing about this period, independently came to the conclusion that the Roundtable process approximated bargaining behind an “empirical veil of ignorance.” ANDREW ARATO – ZOLTÁN MIKLÓSI: “Constitution Making and Transitional Politics in Hungary.” In LAUREL MILLER (ed.): *Framing the State in Times of Transition*. US Institute for Peace, 2010.

<sup>16</sup> The 1989 constitution involved nearly a hundred separate amendments to the 1949 constitution.

<sup>17</sup> ANDREW ARATO – ZOLTÁN MIKLÓSI op.cit.

<sup>18</sup> The difference between a constitutional amendment, which requires a two-thirds vote, and a cardinal law, which also requires a two-thirds vote can be found in the denominator of the fraction. A constitutional amendment requires a two-thirds vote of all of the members of parliament, while a cardinal law requires a two-thirds vote of any number of MPs above a quorum.

<sup>19</sup> Throughout the National Roundtable process, the opposition groups met in the Opposition Roundtable, which itself had a complex inner dynamic. See ARATO–MIKLÓSI op.cit. for details.

of 1989 completely changed the structure of Hungarian government from a party-state to a multi-party republic and from a state without guaranteed rights to a state that ensured rights for all, the changes of 1989 could not reasonably be thought of as mere constitutional amendments. The basic principles of the supremacy of the party-state and the guiding role of socialism could not be converted to principles of separation of powers and respect for liberal, bourgeois rights without fundamentally changing the 1949 constitution. Following from the theory of constitutional change elaborated in the first section of this essay, such radical change could only be accomplished by a constitutional founding rather than by an amendment of the old order. For the changes to be legitimate under the conception of a constitutional order discussed above, a new constituent power had to be formed to make these amendments legitimate. But was such a constituent power present during this transition?

János Kis, in a brilliant formulation of pacted transitions like the Hungarian one, explained that the old order in 1989 was already in the midst a legitimization crisis. Such a crisis created the precondition for a new constitution that could be negotiated between those who held power and those who aspired to share that power. Unlike the revolutionary times through which Sièyes lived where power was seized from one group by another, the "coordinated transition" of 1989 did not involve a public seizure of power, or for that matter of a public repudiation of the old order. Instead, old and new orders cooperated so as not to leave a legal vacuum as the country moved from one political system into another. But the transition was no less radical for its cooperative nature. In a pacted transition,

...coordination cannot be maintained unless the holders of institutional power are ready and able to cooperate with the groups that belong to the extra-institutional opposition. Those in power do not have sufficient authority to secure compliance with the rule of the system during the transition period. They need additional authority and the opposition leaders are ready to lend it, provided there is an acceptable agreement on the changes that are to be implemented. ... [This kind of political change] is marked by a conscious strategy to preserve coordination.<sup>20</sup>

The result, according to Kis, is "a transition scenario toward a new regime with a basis of legitimacy, which is incompatible with the belief that the old regime is legitimate as well."<sup>21</sup> In short, this structure of transition could

<sup>20</sup> JÁNOS KIS: "Between Reform and Revolution." 12 *East European Politics and Society*, 300–383 (1998), at 319.

<sup>21</sup> Kis at 320.

constitute a constitution-founding moment because those who were designing the new constitutional order for themselves (and this included those who would be losing power as well as those who stood to gain) made a decision in this moment on the basic principles that would structure their new political life together. Those new principles represented a fundamental break with the old order even as elements of the old order helped the new order into existence. The agreement on the new order therefore extended to those members of the *ancien régime* who were themselves going to live in this new political order.

There is nothing in the idea of the *pouvoir constituant* that requires a radical break of political form in order to achieve a radical break in the underlying legitimacy of the system. True, a constituent power would not be *bound* by the prior political system; as a result, it was not strictly necessary for the 1989–90 Hungarian constitution to have been achieved by constitutional amendment of the old system. But neither was it necessary for a radical break in the underlying legitimating principle of the new constitution, creating formal legal discontinuity. A constituent power may create a wholly new constitution, even if the new constitution has some elements in common with the previous one (and for that matter, even shares some of the same people). For example, the constitution that resulted from the French constituent assembly in 1789–91 maintained the monarchy and created a constitutionally constrained monarch to substitute for the king's prior absolutism. There was a complete break in the legitimation of the two regimes even though both shared not just the institution of the king, but also the same actual king. The new regime did not have to keep the king (either office or person), of course. The constituent power formed in that historical moment of the early French Revolution could have chosen a republic. But the fact that the revolutionaries created a constitutional monarchy did not mean that a constituent power had not been mobilized or that the new system failed to have a fundamentally different basis for legitimacy than had the *ancien régime*.

The Hungarian transition in 1989–90 was made possible by the fact that the Kádár government retained the support of virtually no one, not even those within the MSzMP who had, after all, deposed him and his circle before the transition began in earnest. Those from the MSzMP who took control of the government in 1988–1989 were largely (though not entirely) a group of reformers, already bent on changing the system. Even before convening the Roundtable, the communist government had passed a series of new laws that brought elements of a liberal philosophy to the state. Laws on the right of association, the right of assembly and the right to strike passed the parliament in spring 1989, and a new draft constitution that would substantially liberalize the government was already being proposed by the new MSzMP justice minister and his staff months before that. The reformers within the

MSzMP had already wanted to change the constitutional framework dramatically in 1988-89. Not only had the appearances and reality of government in Hungary always been separated in the communist regime, but also they were increasingly and publicly seen to have come apart as opposition to the regime grew. The communist constitution still had many pretty rights whose realization depended upon arbitrary decisions of the state. A consistent enforcement of law was important to the legitimacy of the state, and yet those who lived under state socialism could never be certain that the law would be enforced as written. The legal system looked good in many respects on paper, but in it was not real in daily life. The reformers from within the MSzMP were trying to bring the reality and promise of law together. A new constitution could hasten a transition to a more liberal government, or so the reformers thought.<sup>22</sup>

In the meantime, the political opposition had developed a highly legalistic view about how to lodge their protests to the arbitrary communist system. Opposition members refused a strategy of violating the law to express their judgment that the regime was illegitimate. Instead, the political opposition urged everyone to follow the law in every particular:

During periods of a legitimation crisis, disobedient behavior generally consists in breaking the law. In those countries of Eastern Europe where the democratic opposition was successful in laying down some kind of political tradition, the main form of disobedience was not violating the law, however, but sticking to it, practicing it publicly, challenging the power-holders to come to terms with the rules of a legal state in which citizens have rights. . . . Legalism was a highly relevant feature of the transition from communism to democracy in countries like Hungary.<sup>23</sup>

This strategy of compulsive adherence to legality on the part of the democratic opposition meant that the fundamental critique of the socialist system did not require a complete repudiation of prior law. Instead, much of the critique took the form that the regime should live up to the commitments that the law already promised. As a result, much of the law could remain the same

<sup>22</sup> These observations about the ideas of the reformers within the MSzMP are based on multiple interviews with those who had been the officials at the MSzMP justice ministry during this period, including 14 hours of interviews I conducted in 1995 with former Justice Minister Kálmán Kulcsár himself. I also interviewed some the delegates from the MSzMP justice ministry to the Roundtable talks. The book edited by GÉZA KILÉNYI (later a Constitutional Court judge) and VANIDA LAMM called *Democratic Changes in Hungary: Basic Legislation on a Peaceful Transition from Bolshevism to Democracy*. Hungarian Academy of Sciences, 1990, gives voice to some of those who were involved in those negotiations on the Justice Ministry side as does Kálmán Kulcsár's book *Két Világ Között. 1988-1990*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1994.

<sup>23</sup> Kis op.cit., at 335-336.

even as the basis for the political legitimacy of that law shifted underneath its unchanging surface. What did need to change, however, was the structure and – most importantly – the accountability of the government itself.

Both the reform communists and the democratic opposition came to the Roundtable agreed that the law should be made real and that a new government would be constituted after a multiparty election. This put a new constitution into focus, though at first differently for each side. While the reform communists wanted to enact a new constitution quickly, the democratic opposition thought that only an elected constituent assembly could make such a fundamental change – and that would have to wait until after the elections occurred. The Roundtable negotiations arrived at the conclusion that the new political system would make as radical a break with the old system as the government in Moscow would permit. But as 1989 went on and it became more and more clear that Moscow would not in fact intervene, the constitutional talks got bolder and bolder about the change that all thought was possible.

Both the MSzMP and the democratic opposition changed their positions as the Roundtable talks went on. The MSzMP agreed to put its fate before the Hungarian electorate without guarantees that it would control any of the key branches of power under a new constitution and the democratic opposition agreed to more constitutional change than they had originally been willing to tolerate. In fact, as the MSzMP justice ministry officials rolled out their constitutional proposals through the summer of 1989, the democratic opposition realized that the constitution that they could negotiate in the Roundtable subcommittees was “worth defending.”<sup>24</sup> In the end, both the MSzMP and the Opposition Roundtable agreed on a sweeping package of constitutional changes that not only guided the transition to a multiparty republic, but that also set up the key institutions of the new government, added a strong bill of rights and created a Constitutional Court to defend the new constitution.<sup>25</sup>

The Constitutional Court was the first part of the new structure to operate when it opened on January 1, 1990, five months before the results of the multiparty election were known. The Court immediately started to issue path-breaking decisions, indicating that it was going to take the new consti-

<sup>24</sup> This phrase came up often in interviews I did in 1994–1995 with those who were deeply involved with the constitution-negotiating process at the time. In particular, Péter Tölgyessy used this phrase repeatedly. Tölgyessy had been the key Opposition Roundtable delegate to the three-person subcommittee that drafted the legal language of the new constitution. Interview with Péter Tölgyessy, White House (parliamentary office building), spring 1995.

<sup>25</sup> This paragraph is based on a set of interviews I did in 1994–1995 with a number of the people who were involved in the constitutional drafting process at the Roundtable, including but not limited to those mentioned by name above.

tution as a foundational legal document and create what the first Court President László Sólyom would later call the “revolution under the rule of law.”<sup>26</sup> If the previous communist government had allowed a gap to open between the law on paper and its enforcement in practice, the Constitutional Court would indicate its revolutionary break from the past by closing the gap and making the rule of law one of its key normative pillars. All laws consistent with the new constitution would begin to be enforced as written, starting immediately. And all laws inconsistent with the new constitution would be nullified, if someone brought the challenge to the Court.

What were the foundational principles underlying this new constitution? While those involved in the constitutional drafting process never produced a list of these principles,<sup>27</sup> we can derive such principles from the most important elements of the various agreements from which no major faction dissented. While there was disagreement on specifics within the constitutional order, several principles were so taken for granted at the time that there were no serious proposals to the contrary under consideration.

First, the 1989–90 constitution is centrally committed to human dignity bolstered by a long list of constitutionally guaranteed rights. Rights had been hollow in the Soviet time; the transition enabled the rights that existed previously only on paper to become real. Moreover, the Roundtable process had brought Hungary into line with its international legal commitments by adding to the constitution virtually all of the rights the state had committed to defend through its ratification of international human rights treaties. The commitment to the legal enforceability of rights was realized through the creation of a powerful and independent Constitutional Court which could review all laws for their consistency with the new constitution, particularly the rights provisions. The realization of rights, centrally organized through the concept of human dignity, was a core element of the new constitution.

Second, the 1989–90 constitution established the principle that Hungary would be a democratic, multiparty republic. The move from a communist

<sup>26</sup> The phrase was first used in the Retroactive Justice Case, 11/1992 (III.5) AB hat. It was repeated in LÁSZLÓ SÓLYOM: Introduction to the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Hungary. In LÁSZLÓ SÓLYOM – GEORG BRUNNER (eds.): *Constitutional Judiciary in a New Democracy*. University of Michigan Press, 2000, at 1, 38.

<sup>27</sup> Andrew Arato has identified a constitution-producing process that operates in multiple-stages, where one of the early stages involves outlining a set of principles that the constitution must adhere to as it becomes gradually more detailed. He calls this multi-stage model post-sovereign constitution-making. In his model, the parties first agree on governing principles, then elect a body charged with writing a constitution according to those principles. The constitution that results is checked back against the initial principles for conformity therewith. In his view, the Hungarian constitution failed because it never actually produced this final constitutional text. But, as I will argue below, the Constitutional Court both attempted to derive these principles and to check the results of the 1989–90 constitution against them, thus completing the process. If one takes the Court as more central to the process of constitution-making than Arato does, then it is easier to arrive at the conclusion that in fact all of his steps were followed.

state to a democratic republic was a key feature of the transition, signaled by the importance in the constitution of electoral mechanisms of political change. Moreover, given the history of the one-party state that preceded the new Hungarian republic, it was essential that this new democratic government retain its multiparty character. No single party could capture the government, as was evidenced in a crucial principle added in the 1989 constitutional changes: "No single social organization, state organ, or citizen shall ... capture or exercise power by force or exclusive possession thereof. It shall be a right and a duty of everyone to take action under the law against such designs."<sup>28</sup> But the new constitution never created a plebiscitary democracy, despite the use of a referendum in the process of constitutional creation. Instead, Hungary was firmly a republic, governing through representatives who were themselves democratically elected. These three elements – democratic, multiparty and republican – marked the core agreement over the form of government Hungary would have under the new constitution.

Finally, the 1989-90 constitution distinguished itself from its predecessor in entrenching the principle of self-limiting power. The party-state had refused any limits on its own jurisdiction; the new Republic of Hungary would be characterized by a government that did not claim control over the entire public sphere. First, this was evidenced in the independence of individuals from the state, contained in the idea of fundamental rights. Second, this was evidenced in the withdrawal of the state from the economy and society, reflected in the constitutional protection of both free association and a free market. Finally, self-limitation of power was a founding principle because all major decisions in those crucial two years during which the constitution was created rejected simple majoritarianism as sufficient for the most crucial decisions that the state had to make.<sup>29</sup> These self-limitations were also enforced by the Constitutional Court, which had the power to scrutinize all laws in the light of the new constitution for their compatibility with these principles. Handing such power to the Court was another act of the self-limitation even of democratically elected majorities.

If we take the basic principles of the foundational constitution (the one decided by the *pouvoir constituant*) to be a) the protection of human dignity through the protection of rights, b) the creation of a democratic, multiparty republic and c) the self-limitation of state power, then the Constitutional Court's task was to elaborate and defend these principles as the guarantor of the constitution's integrity.

<sup>28</sup> Constitution of the Republic of Hungary, as Amended by Act No. XXXI of 1989, Article 3.

<sup>29</sup> The principle of self-limitation was further manifested in a constitutional amendment made in 1995 that required the procedure for enacting a new constitution to be subject to a 4/5ths majority in the parliament instead of the constitution-amending 2/3rds.



### 3. The Constitutional Court and the Invisible Constitution

The new constitution that emerged from the 1989–1990 constitution-making process created a strong Constitutional Court to defend it from subsequent political assault and to bring the old legal framework into line with the new constitutional principles. The Constitutional Court quickly stepped into the role of the guardian of this new constitution<sup>30</sup> as it elaborated on what the new constitution meant.

Nowhere was the role and operating theory of the new Court more evident than in Court President László Sólyom's concurring opinion in the Death Penalty Case in late October 1990. In this opinion, President Sólyom first proposed the idea of the "invisible constitution." The new invisible constitution had to stand above constant parliamentary attempts at revision, because a foundational principle of this new constitution was that it should be entrenched as a limit to state power. President Sólyom's particular worry was that the new democratically elected parliament would keep amending the constitution to the point where its foundational elements would become blurry and its entrenchment would be under threat. Implicitly relying on the arc of constitutional theory we outlined in the first part of this essay, President Sólyom created a distinction between the text of the constitution (what Schmitt would call the positive constitutional law) and the principles followed by the constituent power that had created the constitutional order (what Schmitt would call the foundational constitution). The invisible constitution was the set of crucial principles that made up the foundational constitution's commitments, which President Sólyom called "the standard of constitutionality above the constitution." Being the result of an act of constituent power, the foundational principles of the constitutional order could not be changed by mere constitutional amendment. In forwarding this principle, President Sólyom joined the set of distinguished set of constitutional theorists who believed it was crucial to distinguish between the *pouvoir constituant* and the *pouvoir constitué*.

The emergence of the idea of the the invisible constitution in the Death Penalty Case was highly symbolic. Less than one year into its work, the Constitutional Court heard this signature case, crucial because of the central role of the death penalty in the transformation of the Hungarian state. Under the communist government, the death penalty marked the absolute power of the state over the individual, and it was used for political crimes above all. After the 1956 uprising, about 230 people had been executed, most after trials

<sup>30</sup> KIM LANE SCHEPPELE: "Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe." 154 *University of Pennsylvania Law Review*, 1757–1851 (2006).

before judges of questionable independence. Among those executed was Imre Nagy, prime minister during the temporary government established during the uprising. Nagy's symbolic reburial in June 1989 was the most visible sign that the communist monopoly on symbolic power had ended. In the new democratic and multiparty republic that followed, where human dignity was fundamental and the state was to come under constitutional control, the new constitution now marked the end of the communist claim to absolute power. But the death penalty remained on the books as one of its last remnants.

Ending the death penalty in 1990 was not politically controversial among political elites. The outgoing communist government, which had the option to defend the law before the Court, refused to do so and even suggested that European legal development pushed Hungary in the direction of abolition. The chief state prosecutor, Kálmán Györgyi, who was also asked for his opinion by the Constitutional Court, also urged the death penalty's demise. Academic experts appointed by the Court additionally found the death penalty to be indefensible under the country's new constitution. In its judgment, surprising no one, the Court joined them all by finding the death penalty to be unconstitutional.<sup>31</sup> Only one dissent to the decision was filed; Justice Schmidt argued that the parliament and not the Court should abolish the death penalty. But he certainly did not argue that the death penalty should stay.

Taking the opportunity in such a historic decision to mark what the case stood for in symbolic terms, President Sólyom's lengthy and theoretically ambitious concurring opinion went beyond the specific case to outline a particular theory of the new constitution and a particular role for the Constitutional Court in this new constitutional system. Pointing out that Hungary had gotten not just a new constitutional text, but a new constitutional order, President Sólyom argued that Hungary now also had a new invisible constitution. In determining what the constitution was and what it meant, the Constitutional Court had a special role, according to President Sólyom:

The Constitutional Court must continue in its effort to explain the theoretical bases of the Constitution and of the rights included in it and to form a coherent system with its decisions, which as an "invisible Constitution" provides for a reliable standard of constitutionality beyond the Constitution, which nowadays is often amended out of current political interests; and therefore this coherent system will probably not conflict with the new Constitution to be established or with future Constitutions. The Constitutional Court enjoys freedom in this process as long as it remains within the framework of the concept of constitutionality.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> On Capital Punishment, Decision 23/1990 (X 31) AB hat.

<sup>32</sup> *Id.* (Sólyom, P., concurring).

With this analysis, Sólyom put the Constitutional Court in the position of a constituted power operating *under* the constitution's mandate. That said, the Court was a privileged interpreter of the meaning of the constitution because it had the mandate to exclude "current political interests" in the course of making its decisions. Instead the task of the Court was to be the expositor of a coherent system of legal values that would underwrite both this constitution and future constitutions<sup>33</sup> by referring back to what was decided by the constituent power mobilized at the time of constitutional drafting.

By the invisible constitution, President Sólyom identified a "principled coherence" to the constitution that could not be destroyed by amendments. The idea was both more and less powerful than its advocates wanted. It was less powerful than its advocates wished because the Constitutional Court never actually used the idea of an invisible constitution to ground any decisions or to limit amendments that could be made to the constitutional text. But it was more powerful than its detractors may have wanted because it began the process through which the Constitutional Court would elaborate the fundamental principles of the new constitutional order, beginning in the death penalty case with the centrality of human dignity.

President Sólyom argued in his Death Penalty Case concurrence that the right of human dignity was not just any simple right, but was instead a "mother right" (*anyajog*) that contained within it potential and implicit rights that were not yet fully defined.<sup>34</sup> It was the task of the Constitutional Court, he noted, to develop a coherent theory of dignity and its associated rights, independent of temporary public opinion or momentary legislative intent. To do this, the constitution must be seen as a whole, embodying a coherent system of foundational principles:

The right to human dignity is not merely a declaration of a moral value. The concept that human dignity is a value *a priori* and beyond law, and is inaccessible by law in its entirety does not preclude this value from being regarded as the source of rights — as many international conventions and constitutions do by following natural law — or the law from requiring the respect of dignity or the transformation of some of its aspects into a real right.

The right to human dignity has two functions. On the one hand, it expresses that there is an absolute limit which may not be transgressed either

<sup>33</sup> Sólyom's reference here to future constitutions was no doubt a reference to the fact that the 1989–1990 constitution had a preamble which indicated that it was temporary, and that it should be replaced by a permanent constitution when the transitional period was over. The constitutional text envisioned a future constitution that would be based on the process started in the 1989–1990 constitutional-drafting period.

<sup>34</sup> *Id.* (Sólyom, P., concurring), at 125.

by the State or by the coercive power of other people – *i.e.* it is a core of autonomy and individual self-determination withdrawn from the control of anybody else by virtue of which, according to the classical wording, man may remain a subject and will not be changed into a tool or object...

The other function of the right to dignity is to ensure equality. The historical achievement of “everyone’s equal dignity” meant equal legal capacity. ... This means that dignity is indivisible and irreducible – *i.e.*, it is the minimum condition of human status of which no one may be deprived.

In the Death Penalty case, President Sólyom gave voice to one of the key foundational elements that permeated both the Roundtable and the 1990 amendments; human dignity was at the core of the new constitution.

President Sólyom’s death penalty concurrence also implicitly acknowledged another fundamental principle of the new constitution: its self-limiting quality. No longer could the state assert primacy over all others in its territory; in the Death Penalty Case, the dignity of the individual emerged as the untouchable core of the individual’s relationship not only to the state but to others. With human dignity as a clear and unquestionable limit to state power, the new constitution had fundamentally transformed the state from one where the goals of the state dominated all other features of the society to one where the state had limits. Abolishing the death penalty was one clear sign that things had changed – and had changed fundamentally.

President Sólyom’s invocation of “constitutionality beyond the Constitution” was nonetheless disturbing to those not familiar with the arc of constitutional theory running from Emmanuel Sièyes through Carl Schmitt. Against that background, President Sólyom was simply asserting that neither the Constitutional Court nor any other configuration of state officials had the power to change the fundamental constitution created by the *pouvoir constituant*. But the Court could elaborate what it thought that *pouvoir constituant* had done in creating the positive constitution. Following this theoretical framework in which the constituent power and the constituted power were subject to different limits, President Sólyom was merely stating the obvious to constitutional theorists, however shocking his pronouncement may have seemed at the time. Principles of the fundamental constitution could not be changed by Court or by the parliament, not even through the procedure of a constitutional amendment. Therefore, when the Constitutional Court explained that the unconstitutionality of the death penalty implicated the fundamental principle of human dignity, there was nothing the parliament could do to restore the death penalty again. The Court was not writing a new constitution; it was explaining what the constituent power mobilized in the 1989–90 constitutional drafting process had already decided.

The reaction to President Sólyom's discovery of the invisible constitution was immediate and intense, mostly because his opinion was interpreted as a bid to go beyond the written constitution to a constitutional imaginary of President Sólyom's own creation. For example, Endre Babus, an influential journalist writing for the weekly newsmagazine *HVG*, pronounced that the theory of the invisible constitution not only allowed the Court to interpret the constitution, but also to write it.<sup>35</sup>

President Sólyom's idea of the invisible constitution was also not taken well by the parliament, even by those parliamentary fractions most likely to agree with Constitutional Court president's overall political philosophy. (President Sólyom had been a member of MDF's governing body and represented that party during the Roundtable talks. After being elected to the Constitutional Court, however, he gave up his party membership.) Members of parliament were dismayed that the president of the Court would argue that the constitution was not just what was written, but what was unwritten as well. László Salamon, chair of the constitutional committee of the parliament during this period and at that time a member of the MDF, told me in an interview in 1995 that he was disturbed by the concept of an invisible constitution:

If we consider that [measuring a law against the invisible constitution] is the general practice [of the Constitutional Court], then it is obvious that the Parliament will not know whether a law will comply or not. ... The more invisible the constitution is, the more difficult it is to see it. It's the same if you take the highway, and there are all these cars on it that are not lit up when they are driving at night—then the number of accidents will rise.<sup>36</sup>

Salamon's constitutional committee could be forgiven for not being able to guess the decisions of the Constitutional Court in advance, he said, if the Court was going to surprise them by invoking the invisible constitution.

President Sólyom quickly stopped using the language of an invisible constitution, and he never invoked it again in any of his opinions. But he was a visible public presence when he was president of the Court. He gave frequent interviews and speeches advocating the view that the Constitutional Court's decisions simply elaborated principles already contained in the constitutional

<sup>35</sup> He repeated this criticism in English later: "At that time and place the Constitutional Court, or more precisely the President, stated its intention to replace its role of guarding and interpreting the Constitution by the role of drafting it." ENDRE BABUS: "The Superego of the Transformation." 40 *Hungarian Quarterly* (Spring 1999), available at <http://www.hungarianquarterly.com/no153/003.html>.

<sup>36</sup> Interview with László Salamon, Deputy Speaker, Hungarian National Assembly at the Parliament building in Budapest. (15 November 1995).

text, and that the Constitutional Court had therefore never exceeded its mandate in using those principles vigorously to strike down incompatible legislation.

Activist or not, the Constitutional Court commanded a great deal of respect during the Sólyom presidency, though individual decisions were still criticized, as one might expect. In public opinion polls measuring confidence in public institutions, the Constitutional Court routinely scored higher than the prime minister, the parliament and the ordinary courts.<sup>37</sup>

Toward the end of his term as Constitutional Court president, President Sólyom himself acknowledged the uproar his idea of the invisible constitution had caused:

[A] technical pillar of the rule of law, to maintain principled coherence of the Constitution, had already been stressed as a vocation of the Constitutional Court in the death penalty decision. The expression used in my concurring opinion as a metaphor for this, the “invisible constitution” was scandalous in the eyes of the Parliament, which read it as a metaphor for activism and counter-majoritarian aspirations of the Court. ...<sup>38</sup>

While President Sólyom indicated repeatedly that the idea of the invisible constitution did not give him the power to invent something that wasn't already there, he never retreated from the idea that it was a necessary component of judicial thinking about the text. For example, in an interview he gave to the legal journal *Fundamentum* in 1997, President Sólyom was asked whether he wanted to formally retract the idea of the invisible constitution. To this he responded:

No, what I have written, I have written. In those days, the Constitution was amended monthly, as daily politics happened to desire. It was precisely for this reason that I wanted to point out that the Constitution was of a higher order; it is not merely the strict order of technical regulations, but of principles. We had to discern these principles by our decisions, clarify, elucidate and apply them, because no one can determine them from mere one-line paragraphs and simple sentences.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> ANTAL ÖRKÉNY – KIM LANE SCHEPPELE: Rules of Law: “The Complexity of Legality in Hungary.” at 55–76. In MARTIN KRYGIER – ADAM CZARNOTA (eds.): *The Rule of Law in Post-Communist Societies*. Aldershot, England: Ashgate, 1999.

<sup>38</sup> President Sólyom's Introduction to the Decisions of the Constitutional Court in Sólyom and Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy* at 41–42.

<sup>39</sup> Quoted and translated in GÁBOR HALMAI: “The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism?” Pp. 189–212 in WOJCIECH SADURSKI: *Constitutional Justice, East and West*. Kluwer Publishers, 2002, at 202.

With the departure of President Sólyom from the presidency of the Constitutional Court at the end of the 1990s, the Court lost its leading early expositor of the “the standard of constitutionality above the constitution.”

#### 4. The Legacy of the Invisible Constitution

The idea of the invisible constitution may have been even more powerful than President Sólyom intended. In its first decade, the Constitutional Court established itself as the guardian of the constitution, with the last word on the constitutionality of the laws. Under President Sólyom, the Court took the responsibility to elaborate the core principles of the 1989–90 constitution. It needed to do so. The Hungarian government under the 1989–90 constitution was designed with few other checks on the power of the governing parties other than the fundamental principles of the invisible constitution and the power of the Constitutional Court.

There was always a danger under the 1989–90 constitution that the self-limiting democratic and multiparty republic, committed to the principle of human dignity, was fragile. The 1989–90 constitution provided for a unicameral parliament, which avoided the extra check on legislation that a second chamber might have provided. The constitution featured a parliamentary system in which the functional executive, the prime minister, was guaranteed a working majority in that parliament. The president of the Republic was elected by the parliament, so there was no independent electoral approval of the head of state. Hungary had an electoral law that gave disproportionality more seats to the plurality winners of elections so as to avoid a hung parliament. But this same electoral law had the strong potential to create supermajorities in the parliament where they did not exist in the electorate. As a result, Hungarian governments were virtually guaranteed to have few obstacles in mobilizing the executive and legislative branches to agree on policy and they were very likely to get constitution-changing supermajorities. The Constitutional Court was therefore the most important check on anti-constitutional enthusiasms.

The “revolution of the ballot box” that occurred in 2010 could be, as Prime Minister Viktor Orbán has claimed, the rise of a new nation possessed of a new constituent power. Or it could have been the sign of the pathologies of the 1989–90 constitution appearing in a particularly dramatic way because the checks on the concentration of power had fallen victim to the constitution’s flaws. In the 2010 election, Fidesz – in a joint party list with the Christian Democrats (KDNP) – received 53% of the popular vote. In Hungary’s complicated electoral system, that bare majority translated into 68% of the

seats in the parliament. With its 2/3<sup>rd</sup>s majority, the power to change everything in the constitutional order was in the hands of one political bloc.

According to the foundational principles of the 1989–1990 constitutional order, this new constitution-making majority was bound by three constraints on its power: a) the government was bound to honor the core principle of human dignity bolstered by rights that ensured respect for individuals, b) the government was bound to honor the core principle of a democratic and multiparty republic, in which both representative democratic governance and a guarantee of multiparty consultation were central, and c) the government was bound to honor the core principle of self-limiting power, in which the government must renounce the capacity to occupy the totality of the public landscape. Constitutional amendments that would alter these three basic principles would break the system. Only if a new constituent power could be summoned could these principles be legitimately changed.

With the flurry of constitutional amendments in 2010 and 2011, and then the wholesale revision of the constitution in 2011, Hungary now has a new positive constitution. Is the 2011 constitution bound in any way by constitution of 1989–90? If it is, then constitutional amendments affecting the fundamental principles would not be permissible. If it is not, then it could only be legitimate if a subsequent *pouvoir constituant* had been called into being to elaborate new fundamental principles.

In an essay honoring President Sólyom, I won't attempt to answer those questions because they are presently too hot to handle in such a polite forum. Suffice it to say, however, that the idea of the invisible constitution is precisely where one would start to figure out what the answers are. In calling our attention to an invisible constitution two decades ago, President Sólyom continued a long-established tradition in constitutional theory of distinguishing the contingencies of a particular constitutional text from the underlying political will that brought that text about. In the months and years ahead, as Hungary and her friends attempt to analyze what just happened in this paroxysm of recent constitutional change, the nature of the invisible constitution and its persistence (or not) will have to be at the center of that exploration.



## INTERNET – NEUE REGELUNGSETAPPE ODER ENDE DES DATENSCHUTZES

### 1. Erfahrungen

a. Etwas über vier Jahre sind es mittlerweile her, seit in Großbritannien eine ebenso plötzliche wie unerklärliche Zunahme der Ehescheidungen festgestellt wurde. Ursachen ließen sich zunächst beim besten Willen nicht ausmachen. Reformpläne, die etwa auf eine Revision der Gründe oder der Folgen einer Auflösung der Ehe abzielten, gab es nicht einmal andeutungsweise. Und auch sonst schienen die Zeiten, in denen Scheidungen gesellschaftliche Kontroversen auslösten, endgültig vorbei zu sein. Die Lösung fand sich erst als die Schriftsätze der Anwälte systematisch ausgewertet wurden. Eine neue Informationsquelle kehrte immer häufiger wieder, die schier unbegrenzte Bereitschaft der jeweiligen Ehegatten, jedes nur denkbare Detail ihrer Ehe in Facebook anzusprechen, damit aber auch die Anwälte mit idealem Argumentationsmaterial zu versorgen.

b. Ende August 2011 stellte KLM auf der „Dreamforce“-Konferenz der Marketing-Experten in San Francisco ihre jüngste Werbemaßnahme vor. Twitternden Kunden erhalten kurz vor der Abreise kleine, ihren Gewohnheiten sorgfältig angepasste Geschenke. Die dafür erforderlichen Informationen werden im Internet sozialen Netzwerken, Blogs und Foren mit Hilfe eines eigens entwickelten On-line Profils der Betroffenen entnommen.

c. Ebenfalls im August 2011 forderte das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz (ULD) in Schleswig-Holstein alle privaten und öffentlichen Stellen auf, ihre Fanpages bei Facebook, aber auch Social Plugins wie den „Gefällt mir“ Button von ihren Webseiten zu entfernen. Nach einer eingehenden Diskussion mit den angesprochenen Stellen, intervenierte das ULD Anfang Oktober 2011 erneut und verlangte von sieben öffentlichen und acht privaten Stellen, ihre Facebook-Fanpages sofort abzuschalten. Seither hat sich lediglich eine dieser Stellen dazu bereit gefunden. Fast parallel zur Intervention ULD begrüßte zudem der Bundesinnenminister die Absicht von Facebook, Initiativen zur Selbstregulierung der Anbieter sozialer Netzwerke zu unterstützen.

## 2. Prämissen

2.1. Datenschutz ist durchweg Reaktion auf eine Technologie, die es auch und vor allem ermöglicht hat, eine unbegrenzte Anzahl von Angaben für tendenziell genauso unbegrenzte Zwecke zu verarbeiten. So verbreitet deshalb national wie supra- und international die jeweiligen rechtlichen Regelungen und so verschieden im Übrigen ihre Vorgaben sein mögen, die regulative Intervention wird stets durch die Informationstechnologie ausgelöst. Man kann, ja man muss so gesehen sehr wohl darüber streiten, welches die effizienteste Regelung ist, jedoch kaum ernsthaft bestreiten, dass diejenige den Vorzug verdient, die eine Verwendung personenbezogener Daten in der Tat nur als rechtfertigungspflichtige, präzise definierte Ausnahme hinnimmt sowie bei jeder Verarbeitung ein Höchstmaß an Transparenz und eine uneingeschränkte Kontrollierbarkeit gewährleistet.

Ganz gleich freilich, wie die die Begründung dafür ausfällt, ob also noch ganz traditionell auf das „Persönlichkeitsrecht“ und die „privacy“ zurückgegriffen, oder mit dem „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“ ein völlig neuer Weg beschritten wird, wirksame Anforderungen an den Umgang mit den Daten lassen sich nur in Kenntnis des jeweiligen Technologiestandes festlegen. Sicher, vordergründig ist „Clouding“ genauso eine Speicherungsmodalität wie eine herkömmliche Datenbank. Maßgeblich kann jedoch nicht die schlichte Aufbewahrung sein, vielmehr allein der technische Kontext, in dem sie sich abspielt und dessen Implikationen. Google's ausschließlich an den eigenen Geschäftsinteressen ausgerichtete planmäßige Verarbeitung der Facebook-Teilnehmerdaten zu individuellen Profilen illustriert daher die Chancen des veränderten technischen Instrumentariums, aber auch die Verflechtung der bisherigen Verwendungsvorgaben mit einem inzwischen überholten Technologiestadium.

2.2. Gewiss, der Technologiewandel begründet noch keinen rechtlichen Freiraum. Konkreter ausgedrückt: Google kann, allen gegenteiligen Behauptungen zum Trotz, nicht behaupten, sich bis zur Verabschiedung einer einschlägigen, klar auf internet-spezifische Verarbeitungsvorgänge bezogenen Regelung rechtlich durchaus korrekt zu verhalten. Nicht von ungefähr hat der Mangel an direkt anwendbaren Normen das ULD keineswegs daran gehindert, einzugreifen. Die Inaktivität des Gesetzgebers verlagert lediglich den Anknüpfungspunkt der Intervention auf eine interpretatorische Erweiterung des Anwendungsbereichs der bereits bestehenden, im Bundesdatenschutzgesetz und den entsprechenden Landesgesetzen näher umschriebenen Verarbeitungsgrundsätzen. Solange jedenfalls der Verarbeitungsprozess, sei es auch nur teilweise, traditionell verläuft, muss er nach wie vor den ebenso traditionellen Vorgaben genügen.

Die interpretatorische Einbeziehung internet-verbundener Verarbeitungen ist allerdings nicht risikolos. Sie mag die gesetzlichen Vorgaben aufgreifen und ausbauen kann jedoch nicht die Alternativlosigkeit zwingender gesetzlicher Vorschriften für sich beanspruchen. Vorbehalte gegen rechtlich generell verbindliche Verarbeitungsbedingungen im Internet bleiben auch auf bei jedem Versuch nicht aus, Verwendungssperren in welcher Form auch immer vorwegzunehmen, allein schon mit Rücksicht auf eine allenfalls für akzeptabel gehaltene Selbstregulierung. Kaum verwunderlich, wenn unter diesen Umständen Facebook genauso wie der Innen- und Rechtsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Parlaments gleichermaßen kritisch-negativ auf den Vorstoß des ULD reagierten.

Die Stellungnahme des ULD hat so gesehen eine Doppelfunktion. Sie verpflichtet Webseitebetreiber, sich bei Social-Plugins und Fanpages datenschutzkonform zu verhalten, kommt jedoch zugleich jener in allen Datenschutzgesetzen von Anfang an wieder und wieder angesprochenen zentralen Aufgabe der Datenschutzbeauftragten nach, die Entwicklung der Verarbeitungstechnologie konstant zu verfolgen sowie den Gesetzgeber rechtzeitig auf notwendige Maßnahmen aufmerksam zu machen. Die Kontrollinstanzen dürfen sich daher nicht auf die noch so dringliche Überprüfung der jeweiligen Verarbeitungsaktivitäten beschränken. Ihnen obliegt es zugleich, dem Technologiewandel und dessen sozialen und politischen Konsequenzen gerade vor dem Hintergrund ihrer Kontrollerfahrungen nachzugehen. So wichtig eine fortlaufende Information der Öffentlichkeit und des Parlaments sowie die damit einhergehenden Regelungsinitiativen sind, so wenig können die Kontrollinstanzen den Technologiewandel und dessen Auswirkungen in ihrer Überwachungspraxis ignorieren.

Kontrolle ist unter diesen Umständen Reaktion und Prävention zugleich. Sie kann, mit anderen Worten, datenschutzkonformes Verhalten nur garantieren, wenn sie in ihre Vorgaben den Technologiewandel mit bedenkt. Genau dieser Erwartung entspricht eine Stellungnahme wie die Äußerung des ULD zu den Social-Plugins und den Fanpages. Das ULD situiert, durchaus in Kenntnis der Notwendigkeit legislativer Interventionen, die konkreten Verarbeitungsaktivitäten in den immer deutlicher vom Internet bestimmten Verarbeitungsprozess und geht auch bei seinen Erwartungen genauso vor. Nur wenig später hat die schwedische Kontrollinstanz ebenso nachdrücklich auf die Risiken einer Verarbeitung in Clouds hingewiesen und zugleich die Verpflichtung der die Daten weitergebenden Stelle betont, einen datenschutzkonformen Umgang mit den übermittelten Angaben durch eine ausdrückliche Vereinbarung der jeweils dafür erforderlichen Bedingungen zu gewährleisten.

2.3. Kasuistische Interventionen der Datenschutzbeauftragten mögen zwar nachdrücklich die Aufmerksamkeit auf den Technologiewandel lenken, sind jedoch keine Alternative zur Regelungskorrektur. Ob es dazu kommt, bleibt auch dann offen, wenn der Wandel wie bei der Informationstechnologie gleichsam Normalzustand ist. Für die rechtlichen Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten darf daher nichts anderes gelten als für die Verarbeitungstechnologie. Sie müssen vor dem Hintergrund der sich ständig verändernden Technologie ebenso kontinuierlich weiterentwickelt werden. Ein grundsätzlich offener Regelungsprozess reicht freilich dafür nicht aus. Flexible, immer wieder neu an der Technologie ausgerichtete Vorschriften kann es ohne eine verbindliche Befristung der jeweils anwendbaren Bestimmungen nicht geben. Die rechtlich beschränkte Geltungsdauer mag die Vorläufigkeit der Verarbeitungsanforderungen festschreiben, sie sichert allerdings damit die Wirksamkeit einer ihrer Struktur und ihren Zielen nach durchaus auf Kontinuität bedachten Regelung.

Genau genommen ist dies keine lediglich den Datenschutz betreffende und nur in seinem Fall gerechtfertigte Erwartung. Ähnliche Ansätze finden sich schon lange überall dort, wo der Gesetzgeber technische Vorgaben in eine konkrete Regelung aufgenommen und zugleich mit einer späteren Korrektur gerechnet hat. Beim Datenschutz geht es freilich um weit mehr. Die Befristung bezieht sich auf die Gesamtheit einer Regelung, deren Vorschriften als Reaktion auf einen bestimmten Stand der Informationstechnologie formuliert wurden. Konsequenterweise stellt der Technologiewandel genauso die gesamte Regelung in Frage. Wo sich deshalb der Gesetzgeber, wie in Island und Kanada, für eine Befristung ausgesprochen hat, werden zu Recht sämtliche Vorschriften einbezogen.

Klar befristete Datenschutzgesetze sind jedoch unverändert die Ausnahme. Die meisten Gesetzgeber ziehen es vor, sich gar nicht auf Vorschläge einzulassen, die in diese Richtung zielen. Mit der wichtigste Grund dafür sind wohl die ebenso langen wie scharfen Kontroversen, welche bislang die Verabschiedung nahezu aller Datenschutzgesetze begleitet haben. Forderungen nach einer vollständigen Überprüfung begünstigen zwangsläufig eine Debatte, in der einmal mehr versucht werden kann, gescheiterte Einwände gegen unwillkommene Verarbeitungsgrenzen wieder vorzubringen. Punktuelle Korrekturen bieten sich folglich fast von selbst als der weitaus bequemere Revisionsweg an.

Wie hoch allerdings der Preis dafür wirklich ist, lässt sich den deutschen Erfahrungen unschwer entnehmen. Fast fünfundsünfzig Jahre sind inzwischen seit der Verkündung des Bundesdatenschutzgesetzes vergangen. Anlässe, es gründlich zu überprüfen, gab es genug, angefangen bei der sich seit den achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts immer schneller vollziehenden Miniaturisierung des technischen Instrumentariums, über die nicht

minder nachhaltige Veränderung der Kommunikationsmittel, die Unhaltbarkeit eines ganz auf die Verarbeitung in Dateien konzentrierten Regelungskonzepts, bis zu der inakzeptablen Einschränkung der Verarbeitungskontrolle im nichtöffentlichen Bereich. Zu mehr als zwei ebenso unvollständigen wie inhaltlich, jedenfalls teilweise, überaus fragwürdigen „Novellierungen“ hat es freilich nicht gereicht.

Die offensichtliche Zurückhaltung beim Bundesdatenschutzgesetz kontrastiert zudem erst recht mit der zunehmenden Anzahl bereichsspezifischer Vorschriften. Die einschlägigen Ergänzungen des Sozialgesetzbuchs sowie der Telekommunikationsgesetze sind mit die wichtigsten Beispiele. Wie schwer es allerdings dem Gesetzgeber auch bei Spezialregelungen fällt, konsequent vorzugehen, zeigt sich an den bereits in den neunzehnhundertachtziger Jahren begonnenen Versuchen, Sondervorschriften für die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten zu verabschieden, die zuletzt durch eine 2009, in aller Eile in das Bundesdatenschutzgesetz eingefügte, überaus lange, kaum nachvollziehbare sowie sich fast durchweg in kontraproduktiven allgemeinen Aussagen erschöpfenden Bestimmung gleichsam auf den Kopf gestellt wurden.

Mehr noch: Die Datenschutzvorgaben für spezielle Verarbeitungskomplexe sind durchweg als selbstständige Regelungen konzipiert. Anders ausgedrückt: Sie werden nicht als zwar nötige Konkretisierung des Datenschutzes verstanden, die sich aber an die im BDSG festgehaltenen allgemeinen Grundsätze halten und sich daher in einen generell vorgegebenen Rahmen einfügen muss. Reflexions- und Anwendungsrichtlinie sind mithin letztlich nur die vor einem besonderen Hintergrund entstandenen und lediglich auf ihn bezogenen Erwartungen. Der partikuläre Ansatz zerfasert so gesehen den Datenschutz und begünstigt sich widersprechende Regelungen.

4. Umso nachdrücklicher bestätigt sich freilich: eine Alternative zur Befristung gibt es nicht. Gesetzgeber, die sie immer noch übergehen, nehmen nicht nur eine ansteigende Wirkungslosigkeit der bestehenden Datenschutzvorschriften in Kauf, sie erschweren auch eine effiziente Reform. Internet ist das jüngste Beispiel dafür. Seine Benutzung mag von Höhepunkt zu Höhepunkt eilen. Wie für alle anderen, noch so wichtigen Elemente der Informationstechnologie gilt allerdings auch für das Internet: Seiner aktuellen Bedeutung sind Entwicklungsphasen vorausgegangen, in denen sich seine gegenwärtige Relevanz immer deutlicher abzeichnete und die daher genügend Gründe und Möglichkeiten geboten hätten, sich mit den potenziellen Auswirkungen des Internet auf die Verwendung personenbezogener Daten auseinanderzusetzen. Einmal mehr wiederholt sich damit jene Konstellation, die in Anbetracht der bisherigen Erfahrungen hätte vermieden werden müssen: eine längst fällige Analyse ebenso offenkundiger wie weitreichender

Folgen des Technologiewandels für den Datenschutz wird nicht beizeiten vorgenommen, vielmehr erst wenn die Technologiefolgen einen Regelungszwang auslösen. Die Konsequenzen sind hinreichend bekannt. Ebenso vorschnelle wie oberflächliche Bewertungen der Verarbeitungsmodifikationen rechnen dazu wie die Flucht in abstrakte, letztlich beliebig interpretierbare Verarbeitungsanforderungen sowie unvertretbare Kompromisse.

Gleichviel jedoch, wann die Intervention erfolgt, sie ist keine Aufgabe, die sich beiläufig in einer von vielen bereichsspezifischen Regelungen erledigen lässt. Wo, wie beim Internet, nicht nur ein Nebenaspekt der Informationstechnologie auf dem Spiel steht, gilt es auch und vor allem die Grundanforderungen des Datenschutzes zu durchdenken. Wohlgedemerkter, Sondervorschriften zur Nutzung des Internet bei einzelnen Verarbeitungsvorgängen werden dadurch nicht überflüssig. Sie sind, wie sonst, unverzichtbar, wenn bestimmte Verwendungen personenbezogener Daten eigens auf sie zugeschnittenen Bedingungen entsprechen müssen.

### 3. Dilemmata

1. Die Aufnahme des Internet in den Anwendungsbereich der Datenschutzvorschriften mag noch so nahe liegen, wird jedoch immer wieder besonders aus zwei zwar durchaus verschiedenen, allerdings gleichermaßen rigoros vortragenen Gründen abgelehnt:

a. Wohl am Schärfsten mit der kategorischen Behauptung, das Internet sei seiner ganzen Konzeption und Struktur nach Domäne einer grenzenlosen Kommunikationsfreiheit und würde sich allein schon deshalb jeder Intervention entziehen. Wer freilich so reagiert, idealisiert das Internet und verdrängt auch und gerade seine Auswirkungen auf den Umgang mit personenbezogenen Daten. Die „Extraterritorialität“ des Internet hat niemanden daran gehindert, jede der angebotenen Informationen für seine Zwecke zu verwenden. Für die Sicherheitsbehörden war es etwa besonders unter Präventionsgesichtspunkten ebenso selbstverständlich das Internet systematisch zu verwerten, um gegen Kinderpornographie besser vorzugehen, wie für die britischen Anwälte, in Scheidungsverfahren auf Facebook zurückzugreifen oder für Arbeitgeber Bewerbungen, nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Angaben zu beurteilen, die dem Internet entnommen wurden.

Kein Zweifel, personenbezogene Daten werden auch in jedem dieser Fälle verarbeitet, ohne das Internet einzuschalten. Umso unverständlicher ist es freilich, wieso der Wechsel der Informationsquelle, die ansonsten strikt verbindlichen Verarbeitungsschranken ins genaue Gegenteil, eine freie Zugänglichkeit, umschlagen lässt, das Internet sich also als Generalschlüssel zu jeder gewünschten Information und zugleich als Absolution von jeglichen

Zugangsvorgaben fungiert Die Regelungsfreiheit gerät damit zum Deckmantel von Verarbeitungsstrategien, die dem Datenschutz diametral entgegengesetzt sind.

Genau genommen wiederholt sich beim Internet, wenn auch unter einem anderen Vorzeichen, just die schon für die Verabschiedung der mittlerweile „klassischen“ Datenschutzgesetze typische Konstellation. Die ersten Datenbanken wurden zunächst als Wahrzeichen einer Technologie gefeiert, die im Zeichen der Kybernetik einer unbegrenzten Rationalität den Weg bahnen sollten. In dem Maße freilich, in dem sich die radikal veränderten Verarbeitungsbedingungen etablierten, verschärfte sich auch der Kontrast zu den fundamentalen Elementen einer Gesellschaft, die sich einerseits zur individuelle Autonomie bekennt, andererseits aber die Steuerung des Einzelnen mit Hilfe von an ihm vorbei verwendeten Informationen zu seiner Person hinnimmt, ja maximiert. Die so eindringlich reklamierte Informationsfreiheit im Internet setzt so gesehen gerade jene Erwartungen fort, die einst die Einrichtung der ersten Datenbanken begleitet haben.

Für das Internet kann folglich nichts anderes als bisher gelten. Personenbezogene Daten sind nach wie vor keine beliebig zugänglichen und nutzbaren Angaben. Der Zugriff bleibt vielmehr unverändert begrenzt. Hier wie sonst darf sich also die Verarbeitung nur innerhalb eines rechtlich möglichst exakt vorgeschriebenen Rahmens abspielen. Die letztlich einzig relevante Frage ist infolgedessen, wie verbindliche Erwartungen gestaltet werden müssen, um erneut auf einen diesmal besonders weitreichenden Wandel der Technologie effizient zu reagieren.

b. Anders begründet, aber genauso folgenschwer ist die mit der Universalität scheinbar untrennbar verknüpfte Unregelbarkeit des Internet. Ganz gleich wie nationale Vorschriften gestaltet sind, sie ließen sich, so das Argument, jederzeit durch den Zugang über ein anderes Land umgehen. Die Universalität garantiere deshalb keineswegs nur die weltweite Verbreitung der Information, sondern einen ebenso universell ungehinderten Zugriff auf die Daten. Vordergründig, eine durchaus einleuchtende Annahme. Die Globalisierung zählt schließlich zu den strukturellen Merkmalen des Internet.

Das Antidot bietet sich allerdings fast von selbst an: die Internationalität der notwendigen Regelungen als rechtliche Kehrseite universeller Information. Gewiss, die Schwierigkeiten sind kaum zu übersehen. Datenschutzgesetze mögen inzwischen durchaus verbreitet sein. Obgleich sie aber keinen Seltenheitswert mehr haben, sind sie sicherlich eine noch lange nicht überwundene Ausnahme. Zudem: die jeweiligen Vorschriften mögen zwar generell dem Datenschutz gewidmet sein, gehen jedoch dabei keineswegs immer gleich vor, ganz zu schweigen von den überaus unterschiedlichen Anwendungserfahrungen. Konflikte, wie etwa die Auseinandersetzungen, über die Weitergabe von Passagierdaten bei Flügen aus Europa in die Vereinigten

Staaten, oder die Stellungnahmen der Datenschutzgruppe der Europäischen Gemeinschaft (Art. 29 der Datenschutzrichtlinie von 1995) zur Angemessenheit des Datenschutzes in einzelnen Drittländern illustrieren erst recht die Verschiedenheit.

Die Konsequenzen machen sich beim Versuch, sich auf eine internationale Regelung zu einigen, besonders bemerkbar. Ihr Abschluss setzt die Bereitschaft voraus, Kompromisse einzugehen, die hinter den Ansprüchen der EG-Datenschutzrichtlinie und der nationalen Gesetze zurückbleiben könnten. Konzessionen, die bei sekundären Verarbeitungsbedingungen unter Umständen möglich sind, zumal dann, wenn tragbare Alternativen angeboten werden, scheiden freilich bei den Grundanforderungen eines wirksamen Datenschutzes aus. Gleichviel, ob die Europäische Union oder einer ihrer Mitgliedsstaaten internationale Abkommen anstreben, beide müssen sich bei allen ihren Initiativen und Entscheidungen an die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Datenschutzgarantie (Art. 8) halten.

2. Die beharrliche Betonung der Unregelbarkeit befremdet freilich umso mehr als weder öffentliche noch nicht öffentliche Stellen jemals gezögert haben, personenbezogene Daten für ihre je spezifischen Zwecke gezielt dem Internet zu entnehmen. So ist das Internet die bedeutsamste Informationsquelle bei der Beobachtung der Kinderpornographie und so sind eindeutig internet-bezogene Kundenprofile bei Unternehmen wie Google reine Routine. In beiden Fällen war von einer „Unregelbarkeit“ gar nicht erst die Rede. Die Reaktionen blieben im Gegenteil ganz im üblichen Rahmen, konzentrierten sich also auf einzelne Verarbeitungsaspekte ebenso wie auf die Geltungsgrenzen des geltenden Datenschutzrechts. Kurzum, das Vorzeichen aller weiteren Überlegungen kann nicht mehr die Ausgrenzung des Internet sein. Der Akzent muss auf seiner überfälligen Einbeziehung in einen Datenschutz liegen, der seiner Funktion nur gerecht zu werden vermag, wenn er von der Technologie nicht ausgespielt wird, sondern mit ihr möglichst Schritt hält.

#### **4. Grundforderungen**

1. Ebenso wenig wie die Verlagerung der Verarbeitung ins Internet den Umgang mit personenbezogenen Daten einer verbindlichen Regelung entzieht, ändern sich, so könnte man meinen, die dafür bereits maßgeblichen, zuvörderst durch eine legislative Intervention ausgezeichneten Grundbedingungen. Nur: die Widerstände gegen verbindliche Verarbeitungsvorgaben haben nicht nachgelassen. Die einst so nachdrücklich vertretene Unregelbarkeit wird freilich mehr und durch die Bereitschaft verdrängt, sich auf eine Selbstregulierung einzulassen. Der absolute Ausschluss jeder Verarbeitungs-



vorgabe weicht mithin lediglich Anforderungen, die ausschließlich von denjenigen Stellen bestimmt werden, die Daten nach ihren Vorstellungen für ihre Zwecke verarbeiten wollen. Sie, so meint man wohl, könnten sich am ehesten und besten in den Modalitäten einer zudem an nationale Grenzen nicht gebundenen Informationstechnologie zurechtfinden und dabei auch die Interessen der Betroffenen abschätzen. Ihnen müsse es daher überlassen bleiben, die Erwartungen an den Verarbeitungsverlauf näher zu definieren.

Deutlicher ließe sich die Funktion der Selbstregulierung schwerlich umschreiben. Die Regelungschance mag vordergründig bestehen. Doch die alternativlose Selbstregulierung kommt verarbeitenden Stellen genauso einseitig zugute wie die preisgegebene Unregelbarkeit. Das Regelungsvorrecht der Verarbeitungsinteressenten schließt externe Eingriffe aus und sichert damit die Priorität ihrer Verarbeitungspolitik ab. Die Privilegierung der verarbeitenden Stellen ist jedoch gerade aus ihrer Perspektive mit einem Nachteil verbunden. Selbstregulierungen verpflichten immerhin dazu, die jeweiligen Verarbeitungsvorstellungen kundzutun und erlauben es damit, zu überprüfen, inwieweit die in Betracht kommende Stelle zumindest den von ihr formulierten Regeln nachgekommen ist.

Ein Verzicht auf die Selbstregulierung wäre dennoch verfehlt. Sie kann durchaus dazu verhelfen, den Datenschutz zu verbessern, allerdings lediglich so lange sie nicht als Alternative, sondern als Ergänzung gesetzlicher Vorgaben verstanden und genutzt wird. So zentral die Rolle des Gesetzgebers ist, so evident sind zugleich die Grenzen einer möglichst verarbeitungsnahen Intervention. Sicher, die anfänglich allein maßgeblichen allgemeinen Datenschutzgesetze wurden zunehmend durch bereichsspezifische Normen verdrängt. Präzise, und deshalb wirklich wirksame Anforderungen an die Verwendung personenbezogener Angaben lassen sich eben nur vorschreiben, wenn der Verarbeitungskontext bedacht wird. Gleichviel daher, ob man den Sicherheits-, den Gesundheits-, den Sozial- oder den Arbeitsbereich nimmt, überall manifestiert sich mittlerweile die Prävalenz besonderer Datenschutzvorschriften. Ihre Präsenz unterstreicht, trotz ihrer vor allem im Sicherheits- sowie im Arbeitssektor kaum übersehbaren Mängel, die Notwendigkeit besonderer Bestimmungen, die den spezifischen Verarbeitungsprozess unmittelbar ansprechen und damit nicht zuletzt gezielt einer systematisch verwendungsfreundlichen Interpretation allgemeiner Datenschutzregelungen durch die jeweils verarbeitende Stelle entgegenwirken.

Nur: Bereichsspezifische Vorschriften mögen noch so entscheidend die Konkretisierung der Datenschutzbedingungen erleichtern. Ihnen sind jedoch dabei durchaus Grenzen gesetzt, wenn sie nicht in unüberschaubare Ansammlungen von Bestimmungen über Einzelfälle ausarten sollen. An genau diesem Punkt setzt freilich der Beitrag ein, den Selbstregulierungen leisten können. Mit ihrer Hilfe lässt sich die Verarbeitungsnähe der verbindlichen

Vorgaben beim Zugriff auf personenbezogene Daten noch einmal nachhaltig steigern. Wohlgemerkt, die Selbstregulierung ist keineswegs ein nicht zuletzt in Anbetracht einer immer intensiveren kommerziellen Verwertung der Internetdaten überaus willkommener Schlüssel zu neuen Nutzungsmöglichkeiten. Sie muss sich vielmehr strikt an die verbindlichen Verarbeitungsanforderungen halten und vermag daher nur in dem von ihnen vorbestimmten Rahmen zu operieren. Die Selbstregulierung ist mit anderen Worten ein durch und durch auf eine bessere Umsetzung schon feststehender Vorgaben ausgerichtetes Regelungsmittel und infolgedessen uneingeschränkt den bereits festgelegten Verarbeitungsbedingungen untergeordnetes Instrument.

2. Gleichviel, ob man die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 8) oder im nationalen Bereich das in Deutschland vom Bundesverfassungsgericht unmittelbar aus dem Grundgesetz abgeleitete Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>1</sup> nimmt, der Datenschutz ist verfassungsrechtlich garantiert. Der Gesetzgeber hat so gesehen keine Wahl. Er kann sich weder jeglicher Regelung entziehen, noch verbindliche Verarbeitungsvorgaben und Selbstverpflichtung alternativ anbieten. Es ist vielmehr zuvörderst seine Pflicht, Normen zu verabschieden, die das Recht des einzelnen gewährleisten, was genau mit seinen Daten geschehen darf, und vor genau diesem Hintergrund auch mögliche Restriktionen festlegen. Konsequenterweise gründen allgemeine sowie bereichsspezifische Datenschutzregelungen ihre Anforderungen explizit auf den Ablauf und die Eigenarten des Verarbeitungsprozesses.

Der Gesetzgeber relativiert jedoch damit seine Entscheidungen. Die jeweils angesprochenen Verarbeitungsprämissen sind, wie schon erwähnt, grundsätzlich lediglich solange realistisch wie sich der konkret zugrunde gelegte Stand der Informationstechnologie nicht ändert. Genau darauf beruht die den Gesetzen immanente, ebenfalls bereits erwähnte Verpflichtung einer kontinuierlichen Revision. Ihre Auswirkungen lassen sich verständlicherweise nicht abstrakt angeben. Dass aber bislang noch in den Datenschutzgesetzen postulierte Grundprinzipien der Datenverarbeitung genauso wie spezielle Verwendungsmodalitäten betroffen sein können, zeigt sich am Internet.

Zunächst: Die Verarbeitung müsste sich wie sonst im Zeichen der allgemein akzeptierten, in einzelnen Datenschutzgesetzen, wie etwa in Deutschland (§ 4 Absatz 1 des Bundesdatenschutzgesetzes), ausdrücklich betonten Gleichstellung von Gesetz und Einwilligung vollziehen. Daten dürfen also zwar generell nur unter den gesetzlich vorgeschriebenen Anforderungen ver-

<sup>1</sup> Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1983 zum Volkszählungsgesetz 1983, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 65, S 1, 41 ff., 43.

arbeitet werden. Den jeweils betroffenen Personen steht es jedoch frei, sich mit dem Zugriff auf ihre Daten einverstanden zu erklären sowie die Verarbeitungsvoraussetzungen zu vereinbaren. Auf den ersten Blick nur eine konsequente Anwendung der informationellen Selbstbestimmung. Sie wehrt nicht nur Verarbeitungsversuche Dritter ab, sondern garantiert nicht minder eindeutig das Verfügungsrecht der betroffenen Personen über ihre Daten für Verwendungsziele, die von ihnen gewählt wurden.

Die simple Gleichstellung von Gesetz und Einwilligung ist trotzdem ein Kurzschluss. Die verständliche, ja notwendige Konzentration der Datenschutzgesetze auf die Verarbeitungsproblematik rechtfertigt es nicht, dem Einverständnis der Betroffenen eine derart zentrale Rolle einzuräumen, ohne, sei es auch nur kurz, den Erfahrungen mit einer ähnlich überragenden Rolle der Einwilligung in durchaus vergleichbaren Situationen nachzugehen. Erinnerungen an die Geschichte des Vertragsrechts drängen sich förmlich auf. Mit das markanteste Merkmal aller klassischen Kodifikationen des Zivilrechts ist die Dominanz der Einwilligung bei der Regelung vertraglicher Beziehungen. Mindestens genauso fällt freilich seither der Verfall ihrer Vorherrschaft auf. Beispiele wie etwa die Kontroversen über Allgemeine Geschäftsbedingungen oder die Ausgestaltung von Arbeitsverträgen sollten reichen, um sich vor einer kritiklosen Vorherrschaft der Einwilligung zu hüten. Der souveräne Dateneigner ist ebenso eine Fiktion wie der autonome Konsument.

Sicher, die Gleichstellung von Gesetz und Einwilligung wurde bereits in den Debatten über die ersten Datenschutzgesetze, freilich ergebnislos, moniert. Die unterbliebene Korrektur ist aber gegenwärtig nötiger denn je. Das Internet hat die mit der Fehleinschätzung der Einwilligung verbundenen Probleme um ein Vielfaches verschärft. Die unendlich größere Anzahl personenbezogener Daten, der gezielte Ausbau der Informationsquellen, die konsequent wahrgenommenen Kombinationsmöglichkeiten sowie die laufende Perfektionierung der Verarbeitung demonstrieren Tag für Tag die Notwendigkeit einer Neubewertung der Einwilligung. Sie ist zwar nach wie vor als Legitimationsgrundlage der Verarbeitung zu akzeptieren, darf jedoch nicht mehr auf eine Ebene mit gesetzlichen Vorschriften gestellt werden. Gesetzliche Vorschriften müssen nach wie vor generell ausreichen, um eine Verarbeitung zu rechtfertigen, das Einverständnis der Betroffenen sollte dagegen nur in ausdrücklich vom Gesetzgeber genannten Fällen genügen. Genau diese, auch für das Internet maßgebliche Forderung ist in die allgemeinen Verarbeitungsanforderungen aufzunehmen und soweit erforderlich, in bereichsspezifischen Vorschriften näher auszuführen.

Anders bei internetspezifischen Identitätskonflikten. Sie werden Fragen auf, die im Unterschied zur Einwilligung im Kontext einer besonderen, konkret auf das Internet bezogenen Regelung aufgegriffen werden müssen. Hintergrund und Folgen der Konflikte lassen sich erst nachvollziehen, wenn

das ständig weiter ausgebauten Leistungsangebot im Internet bedacht wird. So unterschiedlich es sich gestaltet, die radikal veränderten Formen individueller Kommunikation sowie die konsequente Digitalisierung des Marktes haben eines gemeinsam: sie verleihen der Erwartung zu wissen, mit wem man es genau zu tun hat, eine immer größere Bedeutung. Die anfangs noch weitverbreitete Anonymisierung oder Pseudonymisierung erreicht spätestens dann ihre Grenze, wenn der nachhaltigen Aufforderung gefolgt wird, für Einkäufe, Reisen, Buchungen nun endlich den weitaus einfacheren Weg über das Internet zu wählen.

Nicht von ungefähr hat sich Facebook kategorisch für eine „authentische Identität“ ausgesprochen und es zugleich übernommen, sie anhand der jeweils angeforderten Daten selbst zu bestimmen. Der eigens ausgestellte sowie fortlaufend kontrollierte „digitale Pass“ ist der Schlüssel zu den Angeboten von Facebook und aller anderen mit ihm kooperierenden Unternehmen. Google Plus verzichtet dagegen darauf, die Authentizitätsmerkmale festzulegen, verlangt aber eine Mitteilung der echten Namen seiner Kunden. Twitter befürwortet schließlich die Verwendung von Pseudonymen und hat sich bislang unter Hinweis auf den Vorrang der Interessen seiner Kunden ausdrücklich geweigert, den wiederholten Aufforderungen etwa der britischen öffentlichen Stellen nachzukommen, nur die wirklichen Namen zu registrieren. Die Reaktionen der drei eben erwähnten Unternehmen mögen sich nicht decken. Sie geben trotzdem deutlich zu erkennen: Die Mehrzahl der Internetbenutzer wird mit einer „intermediären Identität“ (Chr. Hoofnagle) versehen. Sie ordnet die jeweils in Frage kommenden Personen einem bestimmten Unternehmen zu, erlaubt es aber diesem zugleich besser als jemals zuvor Interessen und Gewohnheiten des je spezifischen Kunden auszumachen und damit sein Profil nicht nur zu aktualisieren, sondern auch zu verfeinern. Die zweite Identität ist, anders ausgedrückt, Überwachungs- und Steuerungsmittel in einem. Kurzum, die zusätzliche Identität mag den Kunden den Internetzugang erleichtern. Der Preis dafür ist freilich ihre konsequente Instrumentalisierung für die Unternehmensziele.

Die Erfahrung zeigt überdies: Je häufiger die Betroffenen ihre zweite Identität nutzen, desto mehr riskieren sie, solange die Namen abweichen, gerade im nichtöffentlichen Bereich Konflikte mit ihrem echten Namen. So merkwürdig es zunächst klingen mag: Weil eine intensive Internetbenutzung sie mit dem dafür verwendeten Namen identifiziert, wird ihnen mehr den je die Berechtigung abgestritten, ihren wirklichen Namen anzugeben.

Ganz gleich jedoch, ob es um Identitätsprobleme, Kundenprofile, oder eine Verwertung von Kundendaten geht, durchgängig stellen sich dabei Datenschutzfragen, die in Anbetracht eines mit dem Internet verbundenen Verarbeitungsprozesses in einer speziellen, ebenfalls am Internet und dessen Besonderheiten ausgerichteten Regelung beantwortet werden müssen. Auch

dabei bleibt es aber beim primären Ziel aller allgemeinen und bereichsspezifischen regulativen Interventionen, Vertraulichkeit sowie Unzugänglichkeit der personenbezogenen Daten zu sichern, präzise formulierte Ausnahmen mithin so gering wie möglich zu halten.

3. Datenschutzgesetze sehen durchweg Kontrollinstanzen vor. Doch so selbstverständlich eine ebenso unabhängige wie umfassende Überwachung der Datenverarbeitung ist, die Erfahrung zeigt, dass sich die Tätigkeit der Kontrollinstanzen nicht darin erschöpfen darf. Bezeichnenderweise hatte sich bereits die erste Regelung, das Hessische Datenschutzgesetz von 1970 für eine weitere, nicht minder nachdrücklich betonte Aufgabe entschieden. Der Datenschutzbeauftragte wurde zugleich verpflichtet, die Entwicklung der Verarbeitungstechnologie zu beobachten, ihren Auswirkungen auf die Verarbeitung nachzugehen, dem Parlament darüber zu berichten und soweit es nötig sein sollte, Änderungen der geltenden Verarbeitungsvorgaben oder neue Vorschriften vorzuschlagen (§ 10 Abs. 2). Das Bundesdatenschutzgesetz hat sich einige Jahre später ebenso dafür ausgesprochen (§ 26 Abs. 1). Vergleichbare Bestimmungen sind anderswo eher die Ausnahme. Reflexionen über die Verarbeitungstechnologie und mögliche Konsequenzen finden sich zumeist in den Tätigkeitsberichten einzelner Kontrollinstanzen.

Während die erste der beiden Aufgaben, die Überwachung der datenverarbeitenden Stellen noch zu den üblichen Funktionen von Kontrollorganen zählt, schert die zweite Anforderung aus den gleichsam normalen Anforderungen aus. Die Sonderstellung der Datenschutzbeauftragten wird erst vor dem Hintergrund der Verarbeitungstechnologie verständlich. Ihr stetiger Wechsel verlangt eine genauso ständige Beobachtung. Die Überwachungsaufgabe prädestiniert die Kontrollinstanz dafür. Eine effiziente Überwachung setzt mehr als die bloße Kenntnis der gesetzlichen Regelung voraus. Ob und wie sich die Datenschutzvorschriften auswirken, lässt sich nur solange richtig beurteilen, wie jede dieser Bestimmungen im Kontext der Verarbeitungstechnologie gesehen und interpretiert wird. Keine andere Instanz ist deshalb so gezwungen, die eigene Tätigkeit auf eine nicht nur genaue, vielmehr auch aktualisierte Kenntnis der Technologie zu gründen.

Mindestens ebenso relevant ist eine weitere, auf die Dringlichkeit konstanter sowie möglichst schneller Reaktionen auf die Entwicklung der Verarbeitungstechnologie bezogene Überlegung. Die Bereitschaft, sich der Technologie anzupassen, bleibt solange folgenlos, wie es der Gesetzgeber bei der bloßen Absicht belässt. Genau dieser Befürchtung versuchen die beiden vorhin angegebenen deutschen Regelungen, das Hessische und das Bundesdatenschutzgesetz mit der bereits erwähnten Initiativpflicht des Datenschutzbeauftragten entgegenzuwirken. Er kann zwar das Parlament nur auf die Modifikationen der Technologie unterrichten, muss aber zugleich auf die jeweils

erforderlichen Maßnahmen eingehen. Der Gesetzgeber wird so nicht nur über den Technologiewandel informiert, sondern zugleich auf Ziel und Inhalt der konkret erforderlichen Revision der bestehenden Vorschriften hingewiesen. Die Initiativpflicht des Datenschutzbeauftragten bindet so gesehen den Datenschutzbeauftragten in den Gesetzgebungsprozess ein und garantiert damit, um der Effizienz des Datenschutzes willen, einen bewusst offenen, auf Veränderungen direkt reagierenden Entscheidungsverlauf.

So sehr eine solche Regelung einleuchtet, so schwer ist es gefallen, sie konsequent umzusetzen. Die zunehmende Akzeptanz der Technologie und ihre mittlerweile sowohl im öffentlichen als im nichtöffentlichen Bereich selbstverständliche Verwendung hat die Widerstände gegen restriktive Vorkehrungen verstärkt. Dementsprechend weicht die Bereitschaft zu schnellen Korrekturen langwierigen Auseinandersetzungen. Aber auch die erhoffte Initiative der Datenschutzbeauftragten hat die mit ihr verbundenen Erwartungen bestenfalls partiell erfüllt. Mit dazu beigetragen hat die in manchen Ländern deutlich negative Einstellung der Kontrollinstanzen. Die Befürchtung, sich durch die Verpflichtung, Korrekturen der bestehenden Datenschutzvorschriften ebenso wie neue Regelungen anzumahnen, unnötig mit langwierigen, zumal politischen Konflikten zu belasten, spiegelt sich in der Forderung wieder, die Aufgaben der Datenschutzbeauftragten auf die eigentliche Kontrolle zu beschränken.

Wie kontraproduktiv freilich eine Einstellung ist, die eine fortlaufende Reaktion auf den Technologiewandel auch und vor allem durch eine intensive, gesetzlich sanktionierte Kooperation des Datenschutzbeauftragten mit dem Parlament gar nicht erst in Betracht zieht, hat sich klarer denn je beim Internet gezeigt. Seine Entstehung hat sich, worauf schon im Zusammenhang mit einer notwendigen Befristung der Datenschutzgesetze hingewiesen wurde, ganz nach dem Muster früherer durchaus nachhaltiger Technologieveränderungen in einer längeren Entwicklung abgezeichnet. Gesetzgeber und Datenschutzbeauftragte wären infolgedessen durchaus in der Lage gewesen, die Folgen für den Datenschutz abzuschätzen, und die erforderlichen Gegenmaßnahmen rechtzeitig vorzubereiten, zogen es aber statt dessen vor, sich allenfalls nebenbei darauf einzulassen. Mehr noch: Als schließlich der schleswig-holsteinische Datenschutzbeauftragte, wie bereits erwähnt, offensichtliche Verstöße gegen den Datenschutz beanstandete, wurde ihm jede Berechtigung dazu kategorisch abgestritten. Kurzum, eine vermeidbare Verzögerung verhindert eine evident erforderliche Regelung, beschwört neue Konflikte herauf und unterläuft alle Bemühungen, datenschutzkonforme Verarbeitungsbedingungen in einem unter Datenschutzgesichtspunkten überaus kritischen Bereich rechtzeitig vorzuschreiben. Eines besseren Nachweises, wie nötig es ist, eine konsequent wahrgenommene, mit einer möglichst kurzfristigen Reaktion des Parlaments verbundene Initiativpflicht des Daten-

schutzbeauftragten in allen Datenschutzgesetzen vorzusehen, bedarf es wohl kaum.

4. Die Aufnahme des Internet in die Datenschutzgesetze klärt den Standort der Verarbeitungsanforderungen und präzisiert ihren Regelungsrahmen, legitimiert aber, so verwunderlich es zunächst erscheinen mag, noch nicht die Intervention des Gesetzgebers.

Kein Zweifel, Konflikte, die für die traditionelle Datenverarbeitung typisch sind, kehren, wenngleich intensiver und mit sehr viel weiterreichenden Folgen, auch im Internet wieder. Ebenso steht deshalb fest, dass die Zulässigkeit der Datenverwendung einmal mehr am Respekt vor den Grundrechten der Betroffenen zu messen ist. In einer Beziehung unterscheidet sich allerdings der Umgang mit personenbezogenen Angaben im Internet drastisch von allen bisherigen Datenverwendungen. Niemals zuvor war die Bereitschaft der Betroffenen so ausgeprägt, selbst die intimsten Aspekte ihres Lebens dermaßen konstant und detailliert offenzulegen. Nicht von ungefähr hat sich das Internet, wie eingangs erwähnt, als „goldene“ Informationsquelle für Scheidungsfälle erwiesen. Mehr als so spontane, keinerlei Detail aussparende Aussagen zur ehelichen Beziehung könnten sie sich kaum wünschen. Vom angeblich, auch rechtlich unzugänglichen „Kern- und Intimbereich“ der involvierten Personen bleibt im Internet nichts übrig. Wo sich aber „Intimität“ restlos verflüchtigt und die Veröffentlichung auch der persönlichsten Daten zur Gewohnheit wird, entfällt zugleich die Grundlage des Datenschutzes. Die Verarbeitung personenbezogener Daten mag mithin im Internet ein nie dagewesenes Maß erreicht haben, nie zuvor war aber auch die Legitimation einer den Datenschutz garantierenden rechtlichen Regelung so fragwürdig.

Konsequenterweise kann und darf die Diskussion über eine Einbeziehung der Verarbeitung personenbezogener Angaben im Internet in die Datenschutzgesetze nicht mehr wie bisher verlaufen. Genauso dringlich ist es, sowohl den ökonomischen als auch den sozialen Kontext der Verarbeitung gründlich zu analysieren und ihren Auswirkungen auf das Verhalten der Betroffenen ebenso sorgfältig nachzugehen. Dann und nur dann lässt sich feststellen, ob die Bemerkung eines amerikanischen Beobachters stimmt: „privacy is a matter of nostalgia not practice“<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Mike Francis, In 21<sup>st</sup> Century America, privacy truly is gone; OregonLive.Com am 29.10.2011.

## AZ EMBERI JOGOK EURÓPAI EGYEZMÉNYE MINT EURÓPA EMBERI JOGI ALKOTMÁNYA

Sólyom László alkotmánybírói munkájának meghatározó eleme volt az a meggyőződés, hogy a magyar alkotmányos rend egy tágabb európai alkotmányosság része. Az általa jegyzett határozatok magától értetődő természetességgel vesznek alapul nyugat-európai előképeket, és alkalmazzák azokat a sajátos magyar kérdésfelvetésekre. Ez a megközelítés nem egyszerű jogösszehasonlítás, még kevésbé más jogrendszereke vívmányainak egyszerű importja,<sup>1</sup> hanem egy olyan alkotmányosság-felfogás tükröződése, mely nem izoláltan szemléli a nemzeti Alkotmányt. Az ünnepelelt megfogalmazásában: „Az egyes alkotmánybíróóságok végeredményben közös európai alkotmányos kultúrát, közös »nyelvet«, azaz módszereket és mércét alakítanak ki – az európai intézmények viszont szintén hivatkoznak az »európai konszenzusra«.”<sup>2</sup>

A jelen írás szerzőjének alkotmányjogi gondolkodását alapvetően meghatározta Sólyom László munkássága, és ezen belül is különösen a közös európai alkotmányos kultúra gondolata. Az alkotmánybíróági ítéleteket és az ünnepelelt írásait olvasva, Sólyom László munkatársaként előbb az Alkotmánybíró-ságon, aztán a Köztársasági Elnöki Hivatalban mindvégig egyértelmű volt számomra, hogy a magyar Alkotmány és annak gyakorlata nem tekinthető izoláltan, megértéséhez és használatához szükséges a tágabb európai kontextus ismerete. Mi több, a tágabb európai kontextus újra és újra termékenyítő impulzusokat ad a magyar alkotmányosság fejlődésének. Ezért Sólyom László hetvenedik születésnapját ünnepelelve különösen helyénvalónak tűnik felvetni azt a kérdést, hol tart 2011-ben a közös európai alkotmányosság. Inspiráció, hasznos segítség a nemzeti alkotmányosság alakításában, vagy ezen túlmenően olyan hatékony normarendszer, ami a nemzeti alkotmány mellett, vagy akár átmenetileg, ahelyett is el tud látni alkotmányos funkciókat. Más szóval, a kérdés az, a közös alkotmányosság mellett létezik-e egyfajta párhuzamos alkot-

<sup>1</sup> Az emberi méltóság kapcsán ekként érvel CATHRINE DUPRÉ: *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, 2003.

<sup>2</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Az alkotmánybíróóságok együttműködéséről. Bevezető az Európai Alkotmánybíró-ságok X. Konferenciájához. In SÓLYOM LÁSZLÓ: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest: Osiris, 2001, 181, 184.



mányosság, melyben nemzeti, nemzetközi és európai uniós garanciák egymás mellett működve juttatják érvényre az alkotmányosság értékeit.

A kérdésfelvetést két aktuális folyamat is indokolja: az egyik a nemzetközi jog elméletében és gyakorlatában, a másik Magyarországon zajlik. A nemzetközi jog tudományában immáron több mint egy évtizede markánsan jelen van a nemzetközi jog alkotmányosodásának gondolata, és ez a gondolati irány mára szinte hipertrofikus dimenziókat öltött.<sup>3</sup> Úgy tűnik, a tudományos állásfoglalások egyik központi eleme, és egyúttal motiválója az emberi jogok nemzetközi védelmének, ezen belül is az Emberi Jogok Európai Egyezményének a fejlődése.<sup>4</sup> A másik, Magyarországon belüli, lényegesen rövidebb, de a magyar jogrendre nagy hatással bíró folyamat a 2010-ben elkezdett és az Alaptörvény átmeneti rendelkezéseinek<sup>5</sup> az elfogadásával lezáruló alkotmányozás. Az alkotmányozás – az elfogadott Alaptörvény erősen ideologikus jellege<sup>6</sup> ellenére – távolról sem helyezte a magyar alkotmányos rendet az európai alkotmányosság keretein kívül, és a legtöbb esetben sokkal inkább tükrözi a kontinuitást, mint a forradalmi változást. Az Alaptörvény mégis felvet megoldandó kérdéseket, mind anyagi jogi, mind intézményi értelemben. Ezeknek a kérdéseknek egy része az alapvető jogok védelmével kapcsolatos.

E két folyamat együttesen szinte természetes módon veti fel a kérdést, a nemzetközi jog, ezen belül is az Emberi Jogok Európai Egyezményének alkotmányosodása csak a jogtudományi koncepcióalkotás gyakorló terepe, vagy pedig valóban egy olyan fejlődést takar, mely alapján az Egyezmény betöltheti egy párhuzamos alkotmány szerepét. Természetesen a nemzeti alkotmány számos funkciót ellát – ilyen mindenképpen a közhatalom legitimálása, az

<sup>3</sup> A vonatkozó szakirodalom kritikus áttekintésére lásd DIGGELMANN–TILMANN ALTWICKER: *Is There Something Like a Constitution of International Law?* ZaöRV, 2008, 623 et seq. Önmagában is sokatmondó a heidelbergi Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Springer Verlag által kiadott jeles könyvsorozatának, a „Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht” utóbbi két évének címlistája. Néhány cím példaként: ARMIN VON BOGDANDY – RÜDIGER WOLFRUM – JOCHEN VON BERNSTORFF – PHILIPP DANN – MATTHIAS GOLDMANN (eds.): *The Exercise of Public Authority by International Institutions*. Advancing International Institutional Law, 2010; RÜDIGER WOLFRUM – CHIE KOJIMA: *Solidarity: A Structural Principle of International Law*. 2010; MEHRDAD PAYANDEH: *Internationales Gemeinschaftsrecht Zur Herausbildung gemeinschaftsrechtlicher Strukturen im Völkerrecht der Globalisierung*. 2010; RÜDIGER WOLFRUM – VOLKER RÖBEN (eds.): *Legitimacy in International Law*; NIELS PETERSEN: *Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, 2009.

<sup>4</sup> ERIKA DE WET: *The emerging international constitutional order: The implications of Hierarchy in International Law for the coherence and legitimacy of international decision-making*. PER/PELJ, 2007, 21 és köv.

<sup>5</sup> A jelen írás lezárásakor még javaslati formában áll rendelkezésre: Magyarország Alaptörvényének Átmeneti Rendelkezései (T/5005 számú törvényjavaslat).

<sup>6</sup> [http://www.mkogy.hu/internet/plsql/ogy\\_irom.irom\\_adat?p\\_ckl=39&p\\_izon=5005](http://www.mkogy.hu/internet/plsql/ogy_irom.irom_adat?p_ckl=39&p_izon=5005). Látogatva 2011. december 1-jén.

<sup>6</sup> JAKAB ANDRÁS: *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei*. Budapest: Hvg–Oracl, 2011, 167–168.

államszervezet meghatározása és az alapjogok védelme.<sup>7</sup> Az Egyezmény nem tudja ezek mindegyikét átvenni, még akkor sem, ha bizonyos alapjogok – mint például a választásokon való részvételhez való jog az 1. Kiegészítő Jegyzőkönyv 3. cikkelyében – az államszervezet mikénti kialakítását is meghatározzák, az Egyezmény maga pedig nagyon komoly legitimáló tényezőként működött a kommunizmus összeomlását követő közép-és kelet-európai alkotmányozási folyamatokban.<sup>8</sup> Azonban igenis legitim módon tehető fel a kérdés, legalábbis az alapjogvédelem területén nem áll-e már most rendelkezésre az Egyezmény képében egy olyan párhuzamos alkotmány, mely a nemzeti alkotmányos garanciák pontszerű és időleges kiesése esetén, hatékony módon átveheti ezek helyét.

A jelen írás a továbbiakban először identifikálja az alapjogok védelme szempontjából az Alaptörvényben, és annak átmeneti rendelkezéseiben található veszélyforrásokat és hiányosságokat (1), majd áttekinti az Emberi Jogok Európai Egyezményének alkotmányos jellegére vonatkozó szakirodalom fejlődését (2). Ezt követően kerülhet sor az Egyezmény szövegében és gyakorlatában a közelmúltban bekövetkezett változások hatásainak elemzésére (3), és végül annak bemutatására, milyen fejlődési lehetőségeket rejt az Európai Unió joga az Egyezmény jogvédelmi mechanizmusára nézve (4).

## 1. Veszélyforrások és hiányosságok az Alaptörvényben

### 1.1. Az alapjogok szabályozása az Alaptörvényben és annak átmeneti rendelkezéseiben

Néhány kivételtől eltekintve, maga az Alaptörvény a jogállami Alkotmányhoz képest nem csökkenti az alapvető jogok védelmi szintjét. Nyilvánvaló kivétel a tényleges életfogytig tartó szabadságvesztés kifejezett lehetővé tétele a IV. cikk (2) bekezdésében. Nem csökken ugyanakkor a védelem szintje azáltal, hogy az Alaptörvény L. Cikk (1) bekezdése a házasság fogalmát férfi és nő önkéntes elhatározás alapján létrejött életközösségeként definiálja, hiszen az Alkotmánybíróság gyakorlata a hatályos Alkotmány alapján is erre a következtetésre jutott.<sup>9</sup> Ilyen értelemben tehát az Alaptörvény ezen a ponton

<sup>7</sup> CHRISTIAN WALTER: *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess*. ZaöRV, 1999, 961, 966.

<sup>8</sup> Ehhez lásd MATTHIAS HARTWIG: *Die Legitimation des Staates durch Verfassungsrezeption in Mittel- und Osteuropa*. ZaöRV 1999, 919 ff.

<sup>9</sup> 14/1995. (III. 13.) AB, ABH 1995, 82, 83; 37/2002. (IX. 4.) AB, ABH 2002, 230, 245; 65/2007. (X. 18.) AB, ABH 2007, 726, 729; 75/2007. (X. 19.) AB, ABH 2007, 731, 734; 154/2008. (XII. 17.) AB, ABH 2008, 1203, 1211.

az alkotmánybírói gyakorlatot kodifikálja.<sup>10</sup> Ez persze minden bizonnyal kevésbé fejlődőképes alkotmányjogi helyzetet eredményez, mintha ugyan-ezek a tételek csak az alkotmánybírói gyakorlatból lennének kiolvashatók. Azonban az is világos, hogy az Alaptörvény normaszövegéből nem következik automatikusan a házasság, illetve az azonos neműek élettársi kapcsolata közötti érdemi különbségnek a követelménye, e követelmény megfogalmazása és fenntartása a mindenkorai alkotmánybírói gyakorlat terepuma volt és maradt. Ugyanígy nem hoz érdemi változást az Alkotmányhoz képest egyes, korábban jogként garantált szociális tárgyú rendelkezések államcélként való garantálása az Alaptörvényben.<sup>11</sup> Ezeket a szociális alapjogokat ugyanis az Alkotmánybírói már korábban is mintegy államcélként értelmezte, melyek bizonyos intézmények létrehozására kötelezik az államot anélkül, hogy e kötelezettség teljesítése alkotmánybírói úton kikényszeríthető lenne.<sup>12</sup> Mi több, az Alaptörvény számos szociális jellegű rendelkezése továbbra is jogként van megfogalmazva, mint például az EU Alapjogi Chartája által is inspirált jog az egészséget, biztonságot és méltóságot tiszteletben tartó munkafeltételekhez az Alaptörvény XVII. cikk (3) bekezdésében, és a szintén a Chartából származó gyermekmunka tilalom az Alaptörvény XVIII. cikk (1) bekezdésében.

Problémákat vethet fel ugyanakkor az Alaptörvény R) cikk (3) bekezdése annyiban, hogy az Alaptörvény értelmezési mércéjévé teszi a történeti alkotmány vívmányait és az Alaptörvény preambulumát. Akármilyen nehéz ugyanis meghatározni a történeti alkotmány mibenlétét, az egészen bizonyos, hogy az olyan korszakot tükröz, melyben egy mai jogállam alapjogai ismeretlenek voltak.<sup>13</sup> Ezek alapulvétele az alapjogok védelmi szintjének csökkenéséhez vezethet. Mi több, a preambulum bizonyos értelmezése, és ezen értelmezése figyelembevétele az Alaptörvény alkalmazásakor hasonló következményekkel járhat, hiszen a preambulum egyebek mellett például kimondja, hogy együttélésünk legfontosabb keretei a család és a nemzet, összetartozásunk alapvető értékei a hűség, a hit és a szeretet. Miközben nehéz nem egyetérteni az ebben a mondatban megjelenő értékekkel, az is nyilvánvaló, hogy bizonyos értelmezés mellett az idézett mondat az alapjogok mércéjeként az eddiginél kevésbé szabadságpárti alapjogvédelemre vezethet.

<sup>10</sup> Hasonló értelemben Jakab András (Fn. 6) 194.

<sup>11</sup> Itt alapvetően a munkához való jogról és a szociális biztonsághoz való jogról van szó.

<sup>12</sup> SONNEVEND PÁL: Szociális jogok, bizalomvédelem, tulajdonvédelem. In HALMAI GÁBOR (szerk.): *A megtalált Alkotmány. Az Alkotmánybíráskodás első kilenc éve*. Budapest: Indok, 2000, 354, 355 és köv. Egyedül a szociális biztonsághoz való jogból vezetett le az Alkotmánybírói a megélhetési minimumhoz való jogot, anélkül azonban, hogy ezt a minimumot valaha is – például a lakhatáshoz való jog kapcsán – konkretizálta volna.

<sup>13</sup> A történeti alkotmány mai kontextusban való használatának nehézségeihez lásd SZENTE ZOLTÁN: *A historizáló alkotmányozás problémái – a történeti alkotmány és a Szent Korona az új Alaptörvényben*. *Közjogi Szemle*, 2011/3, 1 és köv.

Természetesen egyfajta kiút lehet a történeti alkotmány kapcsán arra helyezni a hangsúlyt, hogy az R. cikk (3) bekezdése csak a történeti alkotmány vívmányait rendeli figyelembe venni. Ebből megállapítható lehet az a jogalkotói szándék, hogy a történeti alkotmányból csak azokat a vívmányokat kell figyelembe venni az értelmezés során, amelyek magával az Alaptörvénnyel és a modern alkotmányosság követelményeivel összeegyeztethetőek. Megfontolandó az is, hogy a történeti alkotmány tartalma nem csak homályos volt, de folyamatosan változott is a történelem során. Ezért nem indokolt a történeti alkotmányt egy 1944-ben megmerevedett normarendszernek tekinteni. Joggal állítható, hogy a történeti alkotmány vívmányai közé tartoznak a rendszerváltozást követő demokratikus korszak alkotmányos vívmányai is, ezek között különösen az Alkotmánybíróság gyakorlata. Ahogyan az ünnepezt ezt plakatívan megfogalmazta: a történeti alkotmánynak használható része a láthatatlan alkotmány.<sup>14</sup>

Nem lehet ugyanakkor figyelmen kívül hagyni, hogy az Alaptörvény a történeti alkotmány vívmányai mellett a preambulum figyelembevételét is előírja, méghozzá korlátozás nélkül. Mi több, a történeti alkotmány vívmányainak itt javasolt értelmezése akkor válhat normatív valósággá, ha azt az Alkotmánybíróság magáévá teszi. Mindaddig azonban, amíg az Alaptörvény R. cikkének (3) bekezdésével kapcsolatban nem születik kötelező érvényű és egyúttal megnyugtató alkotmánybíróági jogértelmezés, ezt a szakaszt az alapjogvédelem szempontjából potenciális veszélyforrásnak kell tekintenünk.

Nem pusztán veszélyforrás, hanem az eddigi alkotmánybíróági gyakorlattal egyértelműen ellentétes az Alaptörvény átmeneti rendelkezéseinek 1. és 2. cikke.<sup>15</sup> Ez azért figyelemre méltó, mert az Alaptörvény záró rendelkezései 3. pontja alapján az átmeneti rendelkezéseket ugyanúgy az Alkotmánynak az Alkotmány megalkotására, illetve megváltoztatására vonatkozó szabályai alapján kell elfogadni, mint az Alaptörvényt. Ezért joggal állítható, hogy az alkotmányozó hatalom ugyanolyan rangot szánt az átmeneti rendelkezéseknek, mint amilyenrel az Alaptörvény bír. Ehhez képest az átmeneti rendelkezések 1. cikke a kommunista diktatúra volt vezetőinek nyújtott juttatásokat – értelemszerűen leginkább a nyugellátást, de akár az egészségbiztosítási ellátást is – egyértelműen kivieszi a tulajdon alkotmányos és más alkotmányos mércék védelme alól. A 2. cikk pedig lehetővé teszi az elévülés újbóli megnyitását azon bűncselekmények esetében, amelyeket a pártállam nevében, érdekében vagy egyetértésével a kommunista diktatúrában Magyarország ellen vagy szemé-

<sup>14</sup> A kétharmad nem törtszám. Interjú Sólyom Lászlóval. Heti Válasz, 2011. április 21-én. <http://hetivalasz.hu/itthon/solyom-laszlo-az-uj-alkotmanyrol-37067/>. Látogatva 2011. december 1-jén.

<sup>15</sup> Magyarország Alaptörvényének Átmeneti Rendelkezései (T/5005 számú törvényjavaslat) [http://www.mkogy.hu/internet/plsql/ogy\\_irom.irom\\_adat?p\\_ckl=39&p\\_izon=5005](http://www.mkogy.hu/internet/plsql/ogy_irom.irom_adat?p_ckl=39&p_izon=5005). Látogatva 2011. december 1-jén.

lyek ellen követettek el, és amelyeket az elkövetéskor hatályos büntető törvény figyelmen kívül hagyásával politikai okból nem üldöztek. A 2. cikk (3) bekezdéséből kiolvasható, hogy az elévülés akkor is újra megnyitható, ha az egyébként 1990. május 2. az első szabad választások után járt le.

Nem kérdéses, hogy az átmeneti rendelkezések két idézett cikke a korábbi alkotmánybíróági gyakorlat felülírását célozza. Ami a társadalombiztosítási ellátásokat illeti, ezeket az Alkotmánybíróság 1995 óta egyebek mellett alkotmányos értelemben vett tulajdonként védi, és ezen belül minden valószínűség szerint nem tekinti alkotmányosnak a nyugdíjak nominális értékének csökkentését.<sup>16</sup> Még egyértelműbb az alkotmánybíróági gyakorlat a bűncselekmények elévülési szabályainak utólagos megváltoztatásával kapcsolatban, amennyiben a 11/1992. (III. 5.) AB határozat az elévülés szabályait is a *nullum crimen* garancia hatálya alá vonta, és kategorikusan kizárta mind a már elévült bűncselekmények újbóli büntethetővé tételét, mind pedig a még el nem évült bűncselekmények törvényi elévülési idejének meghosszabbítását vagy törvénnyel való félbeszakítását.<sup>17</sup> Egyedül a háborús és emberiség ellenes bűncselekmények üldözése lehetséges a nemzetközi jog alapján az elévülésre tekintet nélkül.<sup>18</sup>

Nem állítható egyértelműen, hogy az átmeneti rendelkezések 1. és 2. cikke szükségszerűen ellentétes az európai standardokkal. A német Szövetségi Alkotmánybíróság például nem tartotta volna alkotmányellenesnek a stasi volt munkatársai nyugdíjának utólagos csökkentését, ha a törvényhozó az átlagnyugdíj szintjére hozta volna csak le az érintett nyugdíjakat.<sup>19</sup> Az elévülés kapcsán pedig azt állapította meg a Bundesverfassungsgericht, hogy az elévülési szabályok nem tartoznak a *nullum crimen* garancia hatálya alá, és legalábbis az életfogytig tartó szabadságvesztéssel büntetendő bűncselekmények még le nem járt elévülési idejének meghosszabbítása vagy eltörlése nem ellentétes sem a jogállamisággal, sem a diszkrimináció tilalmával.<sup>20</sup> Azt is nehéz megjósolni, miként reagálna az Emberi Jogok Európai Bírósága az átmeneti rendelkezések 1. és 2. cikkén alapuló törvényekre. Annyi bizonyos, hogy a Bíróság nem látja aggályosnak a kommunista időszak politikailag motivált bűncselekményei tekintetében az elévülés meghosszabbítását.<sup>21</sup> Mindezek el-

<sup>16</sup> SONNEVEND PÁL: *Eigentumsschutz und Sozialversicherung. Eine rechtsvergleichende Analyse anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des ungarischen Verfassungsgerichts*. 2008, 191 és köv., 204 és köv.

<sup>17</sup> 11/1992. (III. 5.) AB, ABH 1992, 77.

<sup>18</sup> 53/1993. (X. 13.) AB, ABH 1993, 323 és köv. Lásd ehhez Pál Sonnevend, *Verjährung und völkerrechtliche Verbrechen in der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 57/1 (1997), 195 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 100, 138 ff.

<sup>20</sup> BVerfGE 25, 269.

<sup>21</sup> *Polednova v. Czech Republic*, Appl. No. 2615/10. Admissibility Decision of 21 June 2011.

lenére az átmeneti rendelkezések mindenképpen felvetik egy a magyar alkotmányos renden kívüli felülvizsgálat szükségességét.

### 1.2. Az Alkotmánybíróság hatáskörének megcsorbítása

Az anyagi jogi hiányosságokon és veszélyeken túl az alkotmányosság értékeinek érvényre juttatását leginkább az Alkotmánybíróság hatásköreinek a megnyirbálása veszélyezteti. A hatáskör korlátozást először 2010 novemberében hajtotta végre az alkotmánymódosító Országgyűlés,<sup>22</sup> és a korlátozás szabályai átkerültek az Alaptörvény 37. cikk (4) bekezdésébe.<sup>23</sup>

Ez a korlátozás nem szünteti meg teljesen központi költségvetésről, a központi költségvetés végrehajtásáról, a központi adónemekről, az illetékekről és járulékokról, a vámokról, valamint a helyi adók központi feltételeiről szóló törvények alkotmányos kontrollját, de szignifikánsan csökkenti a felülvizsgálat intenzitását azzal, hogy csak bizonyos alapjogok, közöttük az élethez és az emberi méltósághoz való jog alapján teszi lehetővé a vizsgálatot. Az Alkotmánybíróság 37/2011. (V. 10.) AB határozata<sup>24</sup> ugyanis világossá teszi, hogy a Bíróság nem kívánja az emberi méltósághoz való jogot anyajog mivoltában<sup>25</sup> teljes mértékben hasznosítani a hatásköri korlát semlegesítésére. A határozat

<sup>22</sup> Az Alkotmány 32/A. § (1)–(3) bekezdése (beiktatta a 2010. évi CXIX. törvény, hatályos 2010. november 20-tól):

„32/A. § (1) Az Alkotmánybíróság az Alkotmányban meghatározott esetek kivételével felülvizsgálja a jogszabályok alkotmányosságát, illetőleg ellátja a törvénnyel hatáskörébe utalt feladatokat.

(2) A költségvetésről, a költségvetés végrehajtásáról, a központi adónemekről, illetékekről és járulékokról, a vámokról, valamint a helyi adók központi feltételeiről szóló törvényeket az Alkotmánybíróság akkor vizsgálhatja felül, ha az erre irányuló indítvány az alkotmányellenesség okaként kizárólag az élethez és emberi méltósághoz való jog, a személyes adatok védelméhez való jog, a gondolat, lelkiismeret és vallás szabadsága, vagy a magyar állampolgársághoz kapcsolódó 69. § szerinti jogok sérelmét jelöli meg, és nem tartalmaz egyéb okot.

(3) Az Alkotmánybíróság alkotmányellenesség megállapítása esetén megsemmisíti a törvényeket és más jogszabályokat. A költségvetésről, a költségvetés végrehajtásáról, a központi adónemekről, illetékekről és járulékokról, a vámokról, valamint a helyi adók központi feltételeiről szóló törvényeket az Alkotmánybíróság akkor semmisíti meg, ha azok tartalma az élethez és emberi méltósághoz való jogot, a személyes adatok védelméhez való jogot, a gondolat, lelkiismeret és vallás szabadságát, vagy a magyar állampolgársághoz kapcsolódó 69. § szerinti jogokat sérti.”

<sup>23</sup> Mindaddig, amíg az államadósság a teljes hazai össztermék felét meghaladja, az Alkotmánybíróság a 24. cikk (2) bekezdés b)–e) pontjában foglalt hatáskörében a központi költségvetésről, a központi költségvetés végrehajtásáról, a központi adónemekről, az illetékekről és járulékokról, a vámokról, valamint a helyi adók központi feltételeiről szóló törvények Alaptörvénnyel való összhangját kizárólag az élethez és az emberi méltósághoz való joggal, a személyes adatok védelméhez való joggal, a gondolat, a lelkiismeret és a vallás szabadságához való joggal vagy a magyar állampolgársághoz kapcsolódó jogokkal összefüggésben vizsgálhatja felül, és ezek sérelme miatt semmisítheti meg. Az Alkotmánybíróság az e tárgykörbe tartozó törvényeket is korlátozás nélkül jogosult megsemmisíteni, ha a törvény megalkotására és kihirdetésére vonatkozó, az Alaptörvényben foglalt eljárási követelmények nem teljesültek.

<sup>24</sup> ABK 2011. május, 407 és köv.

<sup>25</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Rendszeres áttekintés. In SÓLYOM LÁSZLÓ i. m. (Fn. 2) 452 és köv.

– már a hatáskör–korlátozás keretei között – a visszaható hatályú, konfiskatórius adóztatást csak annyiban minősítette az emberi méltósághoz való jog megsértésének, amennyiben az a még le nem zárt adóévet megelőző időszakra is vonatkozik.<sup>26</sup> A határozat ugyan kifejezetten hivatkozik az emberi méltósághoz való jog anyajog jellegére, és a korábbi gyakorlatot követve kimondja, hogy „[a]z általános személyiségi jog jellegéből, anyajog mivoltából eredően az emberi méltósághoz való jog olyan szubszidiárius alapjog, amelyre mind az Alkotmánybíróság, mind más bíróságok minden esetben hivatkozhatnak az egyén autonómiájának védelmében, ha az adott tényállásra a konkrét, nevesített alapjogok egyike sem alkalmazható.”<sup>27</sup> Ugyanakkor a határozat kimondja azt is, hogy az emberi méltóság védelméhez való jog önmagában nem nyújt védelmet a visszaható hatályú jogalkotás ellen.<sup>28</sup> Hogy ehhez képest miért csak az adóbevallással lezárt adóévben keletkezett jövedelmek visszaható hatályú adóztatását tekinti a méltóság sérelmének a Bíróság, nem válik világossá a határozatból.<sup>29</sup> Az azonban egyértelműnek látszik, hogy az Alkotmánybíróság a hatásköri korlát keretei között alacsonyabb mércét kíván alkalmazni, mint ami egyébként az Alkotmányból, illetve az Alaptörvényből következne.

Ebből következőleg az Alaptörvény 37. cikk (4) bekezdése a költségvetés és a közteherviselés körében, ha nem is jogmentes területet, de legalábbis a jogállamiság minimumát el nem érő jogvédelmet eredményez. Ráadásul az is nyilvánvaló, hogy csak a jogalkotó önmérséklete vagy fantáziájának hiánya szab korlátot a 37. cikk (4) bekezdése kereteinek kitágítására, hiszen alig van olyan jogalkotói cél, amire az adóztatás ne lenne hasznosítható. Az abszurd és nyilván irreális példák hosszan sorolhatók lennének, kezdve az azonos neműek élettársi kapcsolatának diszkriminatív adóztatásával, folytatva nem kívánatos sajtótermékek adójának megemelésével és lezárva egyházaknak az adóztatás útján való lehetetlenné tételével.

Összességében tehát úgy tűnik, hogy mind az Alaptörvényben és annak átmeneti rendelkezéseiben található anyagi jogi szabályok, mind pedig az Alkotmánybíróság hatáskörének elfogadhatatlan korlátozása nagyon is indokolják a kérdést, van-e védelem ott, ahol arra a jogállamiság mércéi szerint szükség lenne, de az Alaptörvény ezt mégsem teszi lehetővé.

<sup>26</sup> 37/2011. (V. 10.) AB, ABK 2011. május, 407, 411 és köv.

<sup>27</sup> 37/2011. (V. 10.) AB, ABK 2011. május, 407, 412.

<sup>28</sup> 37/2011. (V. 10.) AB, ABK 2011. május, 407, 415.

<sup>29</sup> A határozat ugyanis érvelt amellett, miért méltóságsértő a lezárt adóévben szerzett jövedelem megadóztatása, arról azonban nem emlékezik meg egyértelműen, ezek a szempontok miért nem irányadóak az adótörvény hatálybalépése előtt, de még a folyamatban lévő adóévben megszerzett jövedelmekre. Vö. 37/2011. (V. 10.) AB, ABK 2011. május, 407, 416 és köv.

## 2. Az Emberi Jogok Európai Egyezménye mint alkotmányos dokumentum a szakirodalomban

Az Emberi Jogok Európai Egyezményével kapcsolatban, a szakirodalomban<sup>30</sup> először Christian Tomuschat használta az alkotmány kifejezést, méghozzá 1977-ben a német államjogászok egyesületének gyűlésén előadott referátumában.<sup>31</sup> Tomuschat az Egyezményt és más nemzetközi jogi instrumentumokat nemzetközi jogi „mellékalkotmányként” (völkerrechtliche Nebenverfassung) írta le.<sup>32</sup> 1977-ben természetesen az Egyezmény jogvédelmi mechanizmusa nem volt a maihoz hasonlítható: az Emberi Jogok Európai Bíróságához fordulás magánszemélyek számára nem volt lehetséges, ők csak az Emberi Jogok Európai Bizottságához nyújthattak be panaszt, de azt is csak akkor, ha a Bizottság joghatóságát az érintett állam elismerte. Ezért Tomuschat ekkor még elsősorban nem a jogvédelmi mechanizmus hatékonyságára utalt a nemzetközi jogi mellékalkotmány fogalmával, hanem arra, hogy a nemzetközi jogi instrumentumok befolyással bírnak a nemzeti alkotmányos rendre. Ilyen értelemben az allegorikus alkotmány fogalom az Egyezmény kapcsán annak értéktartalmát és befolyásoló hatását juttatta kifejezésre.

Jochen Abr. Frowein, az Európai Emberi Jogi Bizottság hosszú ideig szolgáló alelnöke 1986-ban már európai emberi jogi alkotmányról beszél,<sup>33</sup> illetve később az Egyezményt az Európa közrendjeként identifikálja.<sup>34</sup> Frowein számára az Egyezmény értéktartalma, a többi nemzetközi szerződés közül kiemelkedő szerepe és a demokrácia működését meghatározó mivolta áll a középpontban.

Az 1994. október 1-jén hatályba lépett 9. Kiegészítő Jegyzőkönyv megteremtette a magánszemélyek számára az Európai Emberi Jogi Bírósághoz fordulás lehetőségét mindazon államokkal szemben, melyek ezt a jegyzőkönyvet ratifikálták, az 1998. november 1-jén hatályba lépett 11. Kiegészítő Jegyzőkönyv pedig létrehozta az egységes Európai Emberi Jogi Bíróságot és automatikussá tette a bírósághoz fordulás lehetőségét. Nem véletlen, hogy ebben az időszakban újabb hulláma tapasztalható az Egyezmény alkotmányo-

<sup>30</sup> Az Emberi Jogok Európai Bíróságán belül nem sokkal korábban Sir Gerald Fitzmaurice a National Union of Belgian Police ügyben beszél alkotmányos instrumentumról az Egyezmény kapcsán. Lásd National Union of Belgian Police v. Belgium (App. no. 4464/70) Judgment of 27 October.1975, a vélemény 9. pontja.

<sup>31</sup> CHRISTIAN TOMUSCHAT: Der verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 36 (1978) 7, 51 és köv.

<sup>32</sup> Később e fogalmat már csak az emberi jogi dokumentumokkal összefüggésben használja Tomuschat. Lásd CHRISTIN TOMUSCHAT: *Die Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit*. In JOSEPH ISENSENE – PAUL KIRCHHOF: Handbuch des Staatsrechts VII 1992, § 172, Rdnr. 73.

<sup>33</sup> JOCHEN ABR. FROWEIN: *Die europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung*. JuS 1986, 845 és köv.

<sup>34</sup> JOCHEN ABR. FROWEIN: The European Convention on Human Rights as the Public Order of Europe. 1992 Collected Courses of the Academy of European Law, 267 és köv.



sodásáról szóló írásoknak.<sup>35</sup> Külön kell itt megemlékezni Christian Walter elemzéséről, aki az Egyezményt alkotmányosodási folyamatként írja le. Walter szerint az alkotmányosodás nem jelent mást, mint hogy a nemzetközi instrumentumok részben átvesznek egyes funkciókat a nemzeti alkotmányoktól. Walter szerint a nemzeti alkotmányok egyre kevésbé tudják azt az igényüket érvényesíteni, hogy a főhatalmat területileg korlátozottan, de egyébiránt korlátlanul szervezzék. A különböző szakterületeken – így például az emberi jogok védelme vagy éppen a nemzetközi kereskedelem területén – önálló döntéshozók alakultak ki, és ez különböző szinteken eredményezte alkotmányos elemek megjelenését. A szuverén nemzetállamok korából ezért a globalizáció jegyében a jogilag kötött tagállamok korszakába érkeztünk.<sup>36</sup> Mindezek ellenére Walter az Egyezményt nem tekinti alkotmányos szerződésnek a Karl Schmitt által használt értelemben,<sup>37</sup> hiszen az alkotmányos szerződés egy politikai egység jogi formáját átfogóan határozza meg. Márpedig az Egyezmény csak egy alkotmányos funkciót tölt be, és Walter szerint itt sem helyettesítve, hanem csak kiegészítve a nemzeti alkotmányok alapjogvédelmi funkcióját.<sup>38</sup>

### 3. Újabb fejlemények az Egyezmény szövegében és gyakorlatában

E rövid összefoglaló után a továbbiakban azt kell vizsgálnunk, ment-e az elmúlt egy évtizedben az Egyezmény előre, azaz hogy vannak-e olyan tendenciák, melyek az egyezményes mechanizmus alkotmányos jellegét erősítik. A jelen írás itt az Egyezményen és annak gyakorlatán belül bekövetkezett fejleményekre utal, és nem arra, mennyiben használták és használják belső jogrendszerek az Egyezményt egyfajta pótalkotmányként akkor, ha a nemzeti jogrendszerből egyébként hiányzik az alkotmánybíráskodás. Noha ennek a belső jogi szempontú megközelítésnek is vannak fontos következményei az Egyezmény jellegére vonatkozólag, a jelen írás kereteit szétfeszítené akár egy felszínes áttekintés is. Ezért elegendőnek mutatkozik itt általában leszögezni, hogy azokban a nyugat-európai országokban, ahol hiányzott vagy hiányzik az alkotmánybíráskodás – idetartozott Franciaország<sup>39</sup> és idetartozik Hollandia,<sup>40</sup>

<sup>35</sup> WALTER: *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess*. (Fn. 7) 961 és köv.; FRANK HOFFMEISTER: *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung für Deutschland*. Der Staat 2001, 349 és köv. Újabbán Stephen Gardbaum, *Human Rights as International Constitutional Rights*, EJIL 2008, 749 és köv.

<sup>36</sup> WALTER op. cit. 961, 970.

<sup>37</sup> Walter itt Carl Schmitt Alkotmánytanát idézi: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 8. Aufl. Berlin 1993, 63.

<sup>38</sup> WALTER op. cit. 961, 971.

<sup>39</sup> CATHRINE DUPRÉ, France. In ROBERT BLACKBURN – JÖRG POLAKIEWICZ (eds.): *Fundamental Rights in Europe*. The European Convention on Human Rights and its Member States, 2001, 313, 315 és köv.

<sup>40</sup> LEO F. ZWACK, The Netherlands. In BLACKBURN – POLAKIEWICZ (Fn. 39) 595, 600 és köv.

Dánia,<sup>41</sup> Norvégia<sup>42</sup> és Svédország<sup>43</sup> is – a rendes bíróságok különböző mértékben bár, de felhasználják az Emberi Jogok Európai Egyezményét valamifajta normakontroll céljaira is.<sup>44</sup> A jelen rész azonban nem a tagállamok jogrendszereinek reakcióival, hanem az Egyezmény oldalán felmerült újabb fejleményekkel foglalkozik. Ezek a tagállami alkotmányos szabályok felülvizsgálata az Emberi Jogok Európai Bírósága által (1) és az ún. vezető ítéletek (*pilot judgment*) megjelenésének hatása a bíráskodás jellegére (2).

### **3.1. A tagállami alkotmányos szabályok és az Emberi Jogok Európai Bírósága**

Az Emberi Jogok Európai Bírósága hagyományosan visszafogottnak mutatkozott a nemzeti alkotmányok felülvizsgálata terén. Ez részben abból adódik, hogy az alkotmány ritkán közvetlen forrása a jogsértésnek, legfeljebb nem állja útját az alacsonyabb szintű jogszabályokon alapuló jogkorlátozásnak. De olyan esetben, amikor a jogkorlátozást maga az alkotmány hajtotta végre, a Bíróság óvakodott a konfliktustól. Így a Rekvényi-ügyben<sup>45</sup> a Bíróság nem találta egyezményesértőnek a magyar Alkotmány 40/B. § (4) bekezdésében foglalt tilalmat, melynek értelmében a fegyveres erők, a rendőrség és a polgári nemzetbiztonsági szolgálatok hivatásos állományú tagjai nem lehetnek tagjai pártnak, és politikai tevékenységet nem folytathatnak. Noha ez a tilalom ebben a formában csak 1994-ben került az Alkotmányba, és az ítélet mintegy tíz évvel a rendszerváltozás után született, a Bíróság a rendszerváltozás sajátos történelmi körülményeire tekintettel nem tekintette a véleményszabadság aránytalan korlátozásának a tilalmat.<sup>46</sup>

Ehhez képest az utóbbi időszakban változni látszik az Emberi Jogok Európai Bíróságának megközelítésmódja. Először is a Vajnai-ügyben<sup>47</sup> ugyan nem az Alkotmány egy szabályának egyezményellenességét vizsgálta a Bíróság, mégis olyan alapvető alkotmányos konszenzust hagyott figyelmen kívül, ami a magyar alkotmányos gyakorlatot meghatározta. Az önkényuralmi jelképek kezelése kapcsán ugyanis a magyar alkotmányos rendben egyértelmű volt, hogy e két rendszer jelképeit egységesen kell kezelni, tiltásuk jogellenessége egyforma szempontok szerint ítélendő meg.<sup>48</sup> Ehhez képest a Vajnai-ügyben

<sup>41</sup> PETER GERMER, Denmark. In BLAKBURN – POLAKIEWICZ (Fn. 39), 259, 263 és köv.

<sup>42</sup> ERIK MOSE, Norway. In BLAKBURN – POLAKIEWICZ (Fn. 39), 625, 642 és köv.

<sup>43</sup> IAIN CAMERON, Sweden. In BLAKBURN – POLAKIEWICZ (Fn. 39), 833, 843 és köv.

<sup>44</sup> Lásd még GIUSEPPE MARTINICO – ORESTE POLLICINO (eds.): *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective* (2010).

<sup>45</sup> Rekvényi v. Hungary (Appl. no. 25390/94), Judgment of 20 May 1999.

<sup>46</sup> Rekvényi v. Hungary (Appl. no. 25390/94), Judgment of 20 May 1999, az ítélet 48. bekezdése.

<sup>47</sup> Vajnai v. Hungary (Appl. no. 33629/06), Judgment of 8 July 2008.

<sup>48</sup> 14/2000. (V. 12.) AB. ABH 2000, 83, 86 és köv.

az Emberi Jogok Európai Bírósága kifejezetten arra utal, hogy a vörös csillag az igazságosabb társadalomért küzdő nemzetközi munkásmozgalom jelképe is, és mint ilyen, jogszerűen működő politikai pártok szimbóluma.<sup>49</sup> Ez a szempont arra kell, hogy vezessen, hogy a horogkereszt tiltása másként ítélendő meg, mint a vörös csillagé.

Még messzebb ment az Emberi Jogok Európai Bírósága az A, B and C v. Ireland ügyben.<sup>50</sup> Itt a Bíróság az ír alkotmányban foglalt, és egyszerű törvények által konkretizált abortusztilalmat vizsgálta az Egyezmény 8. cikke alapján. Mindezt úgy, hogy a panaszosok még csak meg sem próbálták kimeríteni a helyi jogorvoslatokat, hanem külföldön végeztették el az abortuszt, és ezt követően közvetlenül fordultak a strasbourgi bírósághoz. A Bíróság pedig az állam széles mérlegelési szabadsága mellett azért nem állapította meg a magánélet tiszteletben tartásához való jog sérelmét, mert az ír Alkotmány 40.3.3. cikke – nyilvánvalóan az Európai Unió jogának hatására – kifejezetten lehetővé teszi a külföldi abortuszszolgáltatások reklámozását, illetve azt, hogy ír állampolgárok külföldön végeztessék el a beavatkozást.<sup>51</sup> Az ítélet nem riad vissza az ír alkotmány tartalmi mérlegelésétől, és a szövegből az is nyilvánvaló, hogy a Bíróság nem hajlandó korlátlan mérlegelési jogot biztosítani még a nemzeti alkotmányozó hatalom számára sem.

Ebben a sorban a legmesszebb a 2009-ben eldöntött *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina* ügyben<sup>52</sup> megy a strasbourgi bíróság. Ebben az ügyben Bosnia-Herzegovina államának a daytoni békemegállapodáson alapuló alkotmányát, pontosabban annak is IV. és V. cikkelyét vizsgálta a Bíróság, melyek a parlament felső házában, illetve a három tagú elnökségben a passzív választójogot a három államalkotó nemzetiség (bosnyák, szerb, horvát) tagjai számára tartották fent. A magát roma, illetve zsidó származásúnak valló kérelmezők ezt sérelmezték az 1. Kiegészítő Jegyzőkönyv 3. cikke alapján, a strasbourgi bíróság pedig nem vonakodott megállapítani a jogsértést, noha a kifogásolt szabályozás nem kérdéses módon az állami alkotmány része volt.<sup>53</sup>

Az Emberi Jogok Európai Bíróságának újabb gyakorlatából kirajzolódó magabiztosság a nemzeti alkotmánnyal szemben elméletileg természetesen nem vet fel kérdéseket, hiszen az *Egyezmény szemszögéből* a nemzeti jogrend egy egységet képez, és nincs különbség a jogkorlátozások között azon az alapon, hogy azok törvényen, vagy magán az alkotmányon alapulnak. Ugyanakkor mégsem lehet szem előtt téveszteni, hogy az államok jogrendje hagyó-

<sup>49</sup> *Vajnai v. Hungary* (Appl. no. 33629/06), Judgment of 8 July 2008, az ítélet 52. bekezdése.

<sup>50</sup> *A, B and C v. Ireland* (Appl. no. 25579/05), Judgment of 16 December 2010.

<sup>51</sup> *A, B and C v. Ireland* (Appl. no. 25579/05), Judgment of 16 December 2010, az ítélet 239. és köv. bekezdése.

<sup>52</sup> *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (Appl. nos 27996/06 and 34836/06), Judgment of 22 December 2009.

<sup>53</sup> *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (Appl. nos 27996/06 and 34836/06), Judgment of 22 December 2009, az ítélet 42. és köv. bekezdése.

mányosan csak a legkritikább esetben ad elsőbbséget a nemzetközi jog javára az alkotmánnyal szemben.<sup>54</sup> Ezért, még ha a strasbourgi bíróság ítélete nem is eredményezi a belső jogszabályok érvénytelenségét vagy alkalmazhatatlanságát, a nemzeti alkotmány Egyezmény alá vetettségének nyílt demonstrációja az Egyezmény alkotmányos jellegét erősíti.

### 3.2. A pilot judgment procedure

A vezető ítéletek (*pilot judgment*) megjelenése az Emberi Jogok Európai Bíróságának gyakorlatában elsősorban nem a Bíróság státuszának erősítését, hanem az egyre elviselhetetlenebb ügyteher csökkentését szolgálta. Az első ügy, melyben a Bíróság az eljárást alkalmazta a Broniowski v. Poland ügy,<sup>55</sup> mely jól mutatja a vezető ítéletek megszületésének indokát. A Broniowski-ügyben ugyanis olyan, kárpótlással kapcsolatos lengyel jogszabályok egyezménykonformitásáról kellett a Bíróságnak döntenie, amelyek alapján hasonló tényállás mellett 167 további panasz feküdt a Bíróság asztalán. Ezért az ítélet – miután megállapította a tulajdonhoz való jog sérelmét – leszögezte, hogy a konkrét ügyben bekövetkezett jogsértés nem egyedi jellegű, hanem kiterjedt és rendszer szintű (*widespread and systemic*) probléma, mely a lengyel jogszabályokból eredezik.<sup>56</sup> Erre tekintettel a Bíróság kötelezte Lengyelországot a rendszer szintű probléma megoldására, jelezve, hogy milyen jellegű intézkedések (azaz milyen tartalmú jogalkotás) szükségesek ehhez. A konkrét ügyben így nem is született a kártalanítás kérdésében ítélet, mivel Lengyelország megalkotta a megfelelő tartalmú jogszabályt és a folyamatban lévő ügyeket békés rendezés (egyesség) útján rendezték.

A Broniowski-ügyből kirajzolódik a pilot judgment eljárás sémája:<sup>57</sup> A bíróság észleli, hogy egy sérelmezett jogsértés általános, rendszer szintű problémából ered, ami a legtöbbször egy egyezményesértő nemzeti jogszabály létét jelenti. A rendszer szintű problémát ítéletében kimondja a bíróság, kötelezve az államot a megfelelő intézkedés meghozatalára, ezzel párhuzamosan pedig felfüggeszti a hasonló jogi és ténybeli alapon álló ügyek tárgyalását. Ez a séma természetesen nem minden ügyben érvényesül maradéktalanul, különösen nem mindig kerül sor a rendszerszintű probléma kimondásával párhuzamosan a hasonló ügyek tárgyalásának felfüggesztésére.

<sup>54</sup> Érdekes módon ellenpélda erre éppen a magyar Alkotmány lehet, még ha szűk körben is. A fentebb már idézett 53/1993. (X. 13.) AB határozat ugyanis a nemzetközi jogon alapuló igazságtételt az Alkotmány *nullum crimen* garanciája ellenére engedte érvényre jutni. Ehhez ld. Sonnevend (Fn. 18).

<sup>55</sup> Broniowski v. Poland (Appl. no. 31443/96), Judgment of 22 June 2004.

<sup>56</sup> Broniowski v. Poland (Appl. no. 31443/96), Judgment of 22 June 2004, az ítélet 189. bekezdése.

<sup>57</sup> Lásd áttekintően ANTOINE BUYSE: *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1514441](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514441). Látogatva 2011. december 6-án.

A jelen írás szempontjából releváns sajátossága a vezető ítéleteknek, hogy nem pusztán egyedi jogsértésről ítélik meg, hanem tagállami jogszabályok egyezménykomformitására is, és egyúttal konkrét intézkedéseket is előírnak a tagállami jogalkotó számára. Ez a fajta ítélezés igen közel áll az alkotmánybíráskodáshoz. Ilyen értelemben az egyének számára nyitva álló automatikus panaszjog az ügyszám drasztikus növekedésén keresztül a vezető ítéletekkel tovább erősítette a strasbourgi eljárás alkotmánybírói karakterét.

Mindez újabb dimenziókat nyert az Emberi Jogok Európai Bíróság eljárási szabályainak 2011. április 1-jén hatályba lépett módosításával.<sup>58</sup> E módosítás, mely az eljárási szabályokba új 61. szabályt (Rule 61) iktatott, ugyanis írott alapokat teremt a vezető ítéletek számára.<sup>59</sup> Mi több, a 61. szabály nem pusztán kodifikálja az eddigi gyakorlatot, hanem konkretizálja és tovább is fejleszti azt. A 61. szabály 1. bekezdése szerint a Bíróság vezető ítéletet hozhat, ha az eset körülményei alapján valamely szerkezeti vagy rendszer szintű, vagy hasonló diszfunkció áll fent az érintett tagállamban. A 61. szabály 3. bekezdése pedig arról rendelkezik, hogy a vezető ítélet a szerkezeti vagy rendszerszintű, vagy hasonló diszfunkció megállapításán túl meghatározza azt is, milyen típusú orvoslást (*remedial measure*) kell nyújtania a tagállamnak, és a 4. bekezdés alapján a bíróság konkrét határidőt is szabhat az intézkedés végrehajtására.

A vezető ítéletek megjelenésével és a 61. szabály hatálybalépésével az Emberi Jogok Európai Bírósága olyan eljárási lehetőségek birtokába került, amelyekkel még nemzeti alkotmánybírók is ritkán rendelkeznek.<sup>60</sup> Ez akkor is igaz, ha ezt az eljárási lehetőséget a Bíróság arra használja, hogy az eldöntendő ügyek számát csökkentse. Ezért, ha marad elválasztó vonal nemzeti alkotmánybíráskodás és Strasbourg működése között, akkor az egyedül a kasszációs jog hiányában található meg. Az Emberi Jogok Európai Bírósága ugyanis az Egyezmény 41. cikke alapján megállapító ítéletet hoz, mely tagállami jogszabályt nem semmisíthet meg és tagállami bírósági ítéletet nem helyezhet hatályon kívül. Ugyan az Egyezmény 46. cikkében a tagállamok vállalják, hogy magukra nézve kötelezőnek tekintik a Bíróság végleges ítéletét minden ügyben, amelyben félként szerepelnek, de ez semmiképp sem jelent kasszációs jogot a Bíróság számára. Mi több, az ítélet végrehajtásának ellenőrzése politikai szerve, a Miniszteri Bizottságra van bízva. Ezen az sem változtat, hogy a 14. Kiegészítő Jegyzőkönyv hatálybalépésével a Miniszteri Bizottság az Egyezmény 46. cikk 4. bekezdésében jogot kapott arra, hogy újra a Bírósághoz forduljon, amennyiben úgy találja, hogy valamely Magas Szerződő Fél megtagadja a végleges ítélet végrehajtását. Ilyenkor a Bíróság megállapíthatja, hogy a tagállam

<sup>58</sup> Az eljárási szabályokat a Bíróság teljes ülése állapítja meg.

<sup>59</sup> [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/853E5F72-020B-4C47-B19F-F269B05D3F70/0/Article\\_61\\_Pilot\\_judgment\\_procedure.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/853E5F72-020B-4C47-B19F-F269B05D3F70/0/Article_61_Pilot_judgment_procedure.pdf)

<sup>60</sup> A magyar jogban leginkább az alkotmányellenes mulasztás megállapításának jogintézménye hasonlítható ehhez azzal, hogy az Alkotmánybíróság konkrét intézkedést nem írhat elő.

nem tartotta tiszteletben az ítélet kötelező erejét. Végeredményben azonban a Miniszteri Bizottságnak kell meghozni a szükséges intézkedést.

Úgy tűnik tehát, hogy az ítéletek jellege és végrehajtási mechanizmusa terén továbbra is a hagyományos nemzetközi jogi mechanizmusok szerint működik az Egyezmény. Ha ez nem is jelenti a védelmi mechanizmus hatékonyságának hiányát, mindenképpen akadályozza, hogy egyenlőségjelet húzzunk a nemzeti alkotmánybíráskodás és az Emberi Jogok Európai Bíróságának működése között. Ezen változtathat a Lisszaboni Szerződés és az EU Alapjogi Chartájának hatálybalépése.

#### 4. Az Európai Unió jogának hatása az Egyezmény státuszára

A Lisszaboni Szerződés hatálybalépését követően az Európai Unióról Szóló Szerződés (EUSZ) 6. cikk 1. bekezdése ugyanolyan jogi kötőerőt biztosít a Chartának, mint amivel az alapító szerződések rendelkeznek. A Charta az 51. cikke 1. bekezdés szerint elsősorban az Unió intézményeit, szerveit és hivatalait köti, a tagállamokat csak annyiban, amennyiben az Unió jogát hajtják végre. Ez azt jelenti, hogy szűkebb körben bár, de a tagállamok is kötelesek a Chartát tiszteletben tartani. Hogy mi ez a kör, azaz mikor hajtják végre a tagállamok az uniós jogot, az Európai Bíróság gyakorlatából térképezhető fel.<sup>61</sup> Annyi azonban bizonyos, hogy ez a kör nem jelentéktelen, és az Európai bíróság eddigi jogfejlesztő tevékenységét, valamint az uniós jogalkotásnak immáron a büntetőjogra is kiterjedő folyamatos bővülését tekintve minden bizonnyal nőni is fog.

A Charta tagállamokkal szembeni alkalmazása három körülmény folytán okozhat drámai változást az Egyezmény működési mechanizmusában.

Egyrészt a Charta 52. cikk 3. bekezdése kimondja, hogy amennyiben e Charta olyan jogokat tartalmaz, amelyek megfelelnek az Egyezményben biztosított jogoknak, akkor e jogok tartalmát és terjedelmét azonosnak kell tekinteni azokéval, amelyek az Egyezményben szerepelnek. A Chartához fűzött magyarázatokból<sup>62</sup> – amelyek az EUSZ 6. cikk 1. bekezdése harmadik fordulata szerint kellően figyelembe veendő a Charta értelmezésénél –, valamint az emberi jogi tárgyú szerződések természetéből az következik, hogy ez a rendelkezés nem pusztán az Egyezmény normaszövegére, hanem az azt tartalommal kitöltő bírósági gyakorlatra is vonatkozik. Ilyen értelemben a Charta 52. cikk 3. bekezdése minden valószínűség szerint inkorporálja az uniós jogba az Egyezmény teljes joganyagát.

<sup>61</sup> A gyakorlat áttekintéséhez lásd PAUL CRAIG – GRAINNE DE BÜRCA: *EU Law, Text, Cases and Materials* 5<sup>th</sup> Edition (2011) 381 és köv.

<sup>62</sup> Magyarázatok az Alapjogi Chartához (2007/C 303/02),

<http://eur-lex.europa.eu/hu/treaties/dat/32007X1214/hm/C2007303HU.01001701.htm>

Itt jut szerephez a második releváns körülmény, mégpedig az, hogy az EU joga – ellentétben a nemzetközi jogi mechanizmusok szerint működő Egyezményvel – elsőbbséget követel meg magának a tagállami joggal szemben: Ha egy tagállami jogszabály ellentétes az uniós joggal, akkor az nem alkalmazható, és ezt a nem alkalmazási jogkövetkezményt minden eljáró bírónak alkalmaznia kell a konfliktus esetén. A Charta, mint az uniós jog része, nyilvánvalóan osztja ezt a minőséget. Ezért a Charta 51. cikk 1. bekezdése és 52. cikk 3. bekezdése alapján mindazokban a helyzetekben, ahol a tagállam az uniós jogot hajtja végre, és olyan emberi jogot érint az eljárása, amely a Chartában és az Egyezményben is szerepel, *az Egyezmény joganyaga immáron elsőbbséggel bíró jogként, mint EU-jog fog érvényesülni*, annak minden következményével.

Természetesen a mindennapi jogalkalmazásban nem lesz mindig könnyű megállapítani, mikor teljesülnek a Charta 51. cikk 1. bekezdéséből és 52. cikk 3. bekezdéséből eredő feltételek. Ezen is segíthet a harmadik körülmény, az EU csatlakozása az Emberi Jogok Európai Egyezményéhez, amit az EUSZ 6. cikk 2. bekezdése kifejezetten elő is ír. E csatlakozás feltételeivel kapcsolatban 2011 októberében született meg az első szerződéstervezet.<sup>63</sup> E tervezet 3. cikke szerint – mely az Egyezmény 36. cikkét módosítaná – az EU és a tagállam közösen lesznek alperesek azokban az ügyekben, amelyekben a panasz az uniós jog és az Egyezmény konfliktusának lehetőségét veti fel. Ha tehát a tagállam uniós jogot alkalmazva sérti meg az Egyezményt, az EU is társalperes (*co-respondent*) lesz. Ha ez bekövetkezik, akkor a megszülető ítéletben maga az Emberi Jogok Európai Bírósága mondja ki, hogy a tagállam az uniós jogot alkalmazta, és ezzel nyilvánvalóvá válik a Charta 51. cikke 1. bekezdésének és 52. cikk 3. bekezdésének az alkalmazhatósága. Ily módon éppen a Bíróság ítélete eredményezi majd az uniós elsőbbségi mechanizmusok alkalmazásának szükségességét. Ezen folyamatok alapján tehát, legalábbis az uniós jog hatókörében, megváltozik az Egyezmény működési mechanizmusa, és ez az egész egyezményre hatással lehet.

\* \* \*

A jelen írás szerzője nem szeretne sem naivnak látszani, sem pedig a vágyaitól vezérelve gondolkodni. Mégis úgy tűnik, az Emberi Jogok Európai Egyezménye fejlődésének olyan stádiumába ért, mely hatékonyan pótolhatja a magyar alkotmányos garanciák hiányosságait. Itt és most tehát – ellentétben a magyar történelem számos korszakával – nem vágyunk elkésztetk.

Isten éltesse az ünnepeltet!

<sup>63</sup> Steering Committee for Human Rights, Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDH(2011)009, 14 October 2011.

TRÓCSÁNYI LÁSZLÓ

**TORZÓK KÖZJOGI AKTUALITÁSAINKRÓL:  
A VELENCEI BIZOTTSÁG JELENTÉSE  
A KÜLFÖLDÖN TÖRTÉNŐ SZAVAZÁSRÓL<sup>1</sup>  
ÉS A MAGYAR ALKOTMÁNYBÍRÁSKODÁS KORSZAKAI**

**1. A Velencei Bizottság jelentése  
a külföldön történő szavazásról**

Egy emlékkötet lehetőséget ad a tisztelgőnek a személyes hangvételre. Sólyom Lászlóval az Országgyűlési Könyvtárban találkozhattam még a rendszerváltozást megelőzően, ahol mint fiatal pályakezdő figyelhettem az előttem lévő generációk munkásságára. Később az MTA Állam- és Jogtudományi Intézetében is többször összefutottunk, de párbeszéd akkor alakult ki közöttünk, amikor Sólyom László 1999-ben elköszönt az Alkotmánybíróságtól, és később köztársasági elnökké választották. Sólyom László 1990–1999 között az Alkotmánybíróság elnökeként, előadó bíróként meghatározta a magyar alkotmánybírászkodás irányát. Úgy volt köztársasági elnök, hogy szellemiségében továbbra is bíró maradt, a Magyar Köztársaság intézményei és a jogállam öröként, bírójaként. Sólyom László a nemzetközi alkotmányjogi közéletben is részt vett, rendszeres előadója volt a nemzetközi alkotmányjogi konferenciáknak, és éveken keresztül képviselte Magyarországot a Velencei Bizottságban. Az élet úgy hozta, hogy én akkor kaphattam kinevezést a Velencei Bizottságba, amikor Sólyom László köztársasági elnökké történő kinevezése folytán a velencei bizottsági tagságáról lemondott. A korábbi póttag Paczolay Péter lépett Sólyom László helyébe, én pedig Paczolay Péter póttagsági szerepét foglalhattam el. Magyarország számára is megtiszteltetés volt az, hogy 2010-ben Sólyom László tartotta az ünnepi főreferátumot a Velencei Bizottság 20 éves évfordulóján. Az emlékkötetbe szánt tisztelgő írásom – talán szokatlanul – két tárgykört ölel fel. Az egyik a Velencei Bizottság azon jelentéséhez kötődik, amelynek előadója lehettem, a másik pedig egy nemzetközi kollokviumon az alkotmánybírászkodás témakörében tartott felszólalásom tárgya. Mint volt alkotmánybíróra, alkotmányjogot oktató egyetemi tanárra óhatatlanul nagy hatással volt az a joggyakorlat, amely alapját képezte a magyar alkotmánybírászkodás első húsz esztendejének. E joggyakorlat kialakításában

<sup>1</sup> A Szegedi Tudományegyetem által 2011. október 7-én, a Magyar Tudományos Akadémián megrendezett előadás írott szövege.



Sólyom László meghatározó szerepet játszott. Úgy vélem, hogy mind a velencei bizottsági tagság, mind az alkotmánybírói munka Sólyom László életében meghatározó jelentőségű volt, ezért úgy éreztem, hogy mindkét írásomnak van aktualitása.

\* \* \*

A Velencei Bizottság (az Európa Tanács szerve, hivatalos nevén: Joggal a demokráciáért) alkotmányjogi véleményei, ajánlásai, iránymutatásai nem kötelező erejűek, mégis az Európa Tanács országai rendszeresen hivatkoznak e szervezet megállapításaira. A választójog vonatkozásában a Velencei Bizottság számos ajánlást fogalmazott meg, így többek között 2002-ben elfogadta a választójogi általános iránymutatását,<sup>2</sup> amely az európai standardokat kívánja meghatározni a választójog szabályozását illetően. E véleményében azonban alig esik szó a külföldön élő állampolgárok szavazati jogáról.

A Velencei Bizottság 2010-ben határozta el, hogy egy önálló jelentést készít a külföldön élő állampolgárok szavazati jogáról. E jelentés elkészítését az a tény indokolja, hogy egyre több európai állam szembeállítva azzal, hogy állampolgárai állandó vagy ideiglenes jelleggel a választás napján külföldön tartózkodnak, és a külföldön élő állampolgárok igénylik azt, hogy a választáskor politikai jogaikat gyakorolhassák. A Velencei Bizottság közel egyéves előkészítő munkát követően 2011. június 16–17-i ülésén fogadta el a külföldről történő szavazásról szóló jelentését.<sup>3</sup> A jelen cikk szerzője társelőadója volt a jelentésnek, amelynek másik előadója egy francia szenátor asszony, Josette Durrieu volt. Az alábbiakban a jelentés fontosabb megállapításait kívánjuk bemutatni.

A jelentés elkészítésekor – az albizottság szintjén – vita bontakozott ki, hogy a jelentés szellemisége pozitív legyen-e, vagy inkább a problémák és az ellenérvek legyenek hangsúlyosak a jelentésben. Voltak olyan nézetek is, amelyek ezen utóbbi aspektusra kívánták volna a hangsúlyt helyezni. Harmadik nekifutásban végül egy kompromisszumos megoldás született, nevezetesen a jelentés – figyelembe véve az európai országok választójogi szabályait – alapvetően a pozitív, bátorító üzenet megfogalmazására törekedett, de az esetleges gyakorlati nehézségek bemutatását is fontosnak tartotta.

Az állampolgárok a választás napján eltérő okokból tartózkodhatnak külföldön. Egyrészt vannak olyan állampolgárok, akik a választás napján átmeneztileg tartózkodnak külföldön. Ennek oka lehet akár rövid tartamú kiküldetés, nyaralás stb. A külföldön tartózkodó állampolgár lehet, hogy pont csak a választás napján van külföldön, de ezt követően bizonyosan hazatér hazájába. Vannak olyan állampolgárok, akik huzamosabb ideig tartózkodnak külföldön,

<sup>2</sup> Lásd Avis No. 190/2002.

<sup>3</sup> Lásd CDL-AD(2011)022. Rapport sur le vote a l'étranger.

akár munkavállalás, akár tanulás céljából. A munkavállalás vagy tanulás éveikig is eltarthat, bizonytalan időtartamú ideig vannak tehát külföldön. Mégis ezen állampolgárok rendelkeznek hazájukban lakcímmel, és várható, hogy egyszer haza is fognak térni. Végül vannak olyan állampolgárok, akik viszont nagy bizonyossággal soha nem fognak az anyaország területén élni, ott nem is rendelkeznek lakóhellyel, miután különböző okokból véglegesen élnek az anyaország területén kívül (olasz vagy portugál diaszpóra Latin-Amerikában vagy magyarok Erdélyben, Délvidéken). Mint látható, széles köre van azon állampolgároknak, akik a választás napján nem tartózkodnak az ország területén. Mégis közös bennük az, hogy állampolgárként politikai jogaikat gyakorolni kívánják, szavazati jogukkal élni szeretnének. A különböző csoportok között az egyes országok a választójog szabályozásakor értékelhetik azt, hogy egy állampolgár miért, illetve milyen régóta van külföldön, mégis a Velencei Bizottság a jelentés elkészítésekor abból indult ki, hogy a szavazás napján külföldön élő, tartózkodó állampolgárok homogén csoportot alkotnak, ezért megállapításainak általános jelleget kívánt adni.

### *Releváns dokumentumok*

A Velencei Bizottság jelentése elkészítésekor nagymértékben támaszkodott egyrészlől az Emberi Jogi Európai Bíróság döntéseire, az Európa Tanács dokumentumaira, valamint az egyes európai országok alkotmányaira és választójogi törvényeire. Az Emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló egyezmény 1. Kiegészítő Jegyzőkönyvének 3. cikke tekinthető kiindulási alapnak, annak ellenére, hogy az csak közvetett formában rendelkezik a külföldön élő állampolgárok szavazati jogáról. Ennek értelmében „A Magas Szerződő Felek kötelezik magukat arra, hogy ésszerű időközönként, titkos szavazással szabad választásokat tartanak olyan körülmények között, melyek a törvényhozó testület megválasztását illetően biztosítják a nép véleményének kifejezését”.

Bár e cikk szövegszerűen csak intézményvédelmi kötelezettséget fogalmaz meg az államok számára, az Emberi Jogok Európai Bírósága (a továbbiakban: Bíróság) a Mathieu–Mohin és Clerfayt kontra Belgium ügyben (1987. március 2.)<sup>4</sup> megállapította, hogy e cikk egyéni jogokat foglal magába: a választójogot és a választhatóság jogát. A cikkely az Emberi Jogok Európai Bírósága értelmezése szerint a szabad választások megtartására vonatkozó állami kötelezettséget fogalmazza meg, annak azonban részét képezi az egyén aktív és passzív választójoga is. Ez a jog azonban nem abszolút: Európában nem létezik egyetlen preferált választójogi rendszer, annak kialakítását a történeti, kul-

<sup>4</sup> 9267/81 ECHR döntés.

turális és politikai hagyományok erősen befolyásolják. A bírói gyakorlat szerint a korlátozás azonban nem foszthatja meg a jogot lényeges tartalmától és nem teheti teljesen illuzórikussá annak gyakorlását, valamint az alkalmazott eszköz nem lehet aránytalan az elérni kívánt célhoz képest.

Ezt követően a Jelentés meghivatkozta a Bíróság azon legfontosabb döntéseit, amelyek a külföldön élő állampolgárok választójogával kapcsolatosak. A Melnitchenko kontra Ukrajna ügyben (2004. október 19.)<sup>5</sup> a kérelmező ukrán állampolgár 2000-ben elhagyta Ukrajnát, és menedékjogot kért az Amerikai Egyesült Államokban. 2002-ben az ukrán szocialista párt jelöltként kívánta állítani Melnitchenkot, akit azonban az ukrán törvények megakadályoztak abban, hogy jelölt lehessen, figyelemmel arra, hogy állandó lakhelye az Amerikai Egyesült Államokban volt. Ezt követően a kérelmező a Bírósághoz fordult, az Emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló egyezmény 1. Kiegészítő Jegyzőkönyv 3. cikkének sérelmére hivatkozva. A Bíróság megállapította, hogy noha az országok többsége nem igényli azt, hogy a képviselőjelölt az ország területén tartózkodjék, Ukrajna mégsem sértette meg az 1. Kiegészítő Jegyzőkönyv 3. cikkét, miután az nem abszolút jog, az ország területén való tartózkodás előírása az adott ország belátásán alapszik. Döntése során a Bíróság hivatkozott korábbi esetjogára is,<sup>6</sup> álláspontja szerint a külföldön élő állampolgárok szavazati jogának (választójogának) korlátozását az alábbi tényezők indokolhatják:

- a) a külföldön élő állampolgárok kevéssé ismerik anyaországuk politikáját, napi problémáit,
- b) a képviselőjelöltek nem tudják megszólítani, üzeneteiket átadni a külföldön élő állampolgárok számára,
- c) a külföldön élő állampolgárok nem igazából tudnak beleszólni a jelöltek kiválasztásába és a pártok választási programjait sem tudják befolyásolni.

A Hirst kontra Egyesült Királyság ügyben (2005. október 6.)<sup>7</sup> a Bíróság azt is megállapította, hogy a Kiegészítő Jegyzőkönyv 3. cikkébe foglalt jogok a hatékony és működő jogállam kialakításának és működtetésének lényeges feltételei.

Ezzel szemben a Sitaropoulos kontra Görögország ügyben<sup>8</sup> 2010 júliusában a Bíróság – igaz, csak első fokon – de megállapította, hogy Görögország megsértette a Kiegészítő Jegyzőkönyv 3. cikkét, miután Görögország a nemzeti alkotmányában foglaltaktól eltérően (vö. a görög alkotmány 51. cikk

<sup>5</sup> 17707/02.

<sup>6</sup> Lásd Hilbe kontra Lichtenstein (déc.) no. 31981/96, CEDH 1999-VI., illetve az Emberi Jogi Európai Bizottság joggyakorlata, az X kontra Egyesült Királyság, No.7730, D.R. (28 février 1979).

<sup>7</sup> 74025/01 ECHR.

<sup>8</sup> Lásd 42202/07 Arret, Strasbourg, le 8 juillet 2010.

4. bekezdés) több mint 35 éven át nem rendezte annak kérdését, hogy a külföldön élő görög állampolgárok miként jogosultak szavazati jogukkal élni.<sup>9</sup> A bírósági eljárást három, Franciaországban dolgozó görög állampolgár kezdeményezte, akik telefax útján jelezték a párizsi görög nagykövetségnek, hogy alkotmányban foglalt szavazati jogukkal élni kívánnak. Előadták, hogy aránytalan nagy terhet jelentene számukra, hogy csak abban az esetben szavazhatnak, ha a szavazás céljából hazautaznak Görögországba. A Bíróság, döntése meghozatalakor a Kiegészítő Jegyzőkönyv mellett támaszkodott a görög nemzeti alkotmány rendelkezéseire is, jelezvén azt, hogy egy állam nem teheti meg azt, hogy több mint 35 éven keresztül nem fogadja el azt a törvényt, amely rendezné a határon kívül élő görögök szavazati jogának ügyét. Görögország nem fogadta el a Bíróság döntését, és azt megfellebbezte. Miután a hellén diaszpóra rendkívül nagy lélekszámú, nagy érdeklődés előzi meg a Nagytanács döntését, mely 2011. év végére várható.

Az ismertetett bírói döntések között nincs diszkrépancia. A Bíróság döntése szerint a külföldön élő állampolgárok választójoga, így szavazati joga az állampolgárságságból származtatottan védett, de nem abszolút jellegű jog. Az azonban érzékelhető, hogy a Bíróság a választójog vonatkozásában szigorúbb mércét állapít meg, amikor a korlátozás a választójog aktív oldalát érinti. A választójog korlátozásának törvényes célt kell szolgálnia és meg kell felelnie az arányosság követelményének.

A Velencei Bizottság az Emberi Jogok Európai Bíróságának joggyakorlatának áttekintését követően hivatkozott az Európa Tanács Parlamenti Közgyűlésének azon fontosabb határozataira és ajánlásaira, amelyek a külföldön élő állampolgárok szavazati jogának elősegítését szorgalmazzák.<sup>10</sup>

Nem szerepel ugyan a Velencei Bizottság jelentésében, de fontosak a magyar Alkotmánybíróság idevonatkozó döntései is. Mindeddig az Alkotmánybíróság több határozatot hozott, amely azzal foglalkozott, hogy az Országgyűlés az Alkotmány alapján teremtsen meg annak lehetőségét, hogy a választójogosultsággal rendelkező, de a választás napján külföldön lévő állampolgárok az országgyűlési képviselők választásán aktív választójogukat, szavazati jogukat gyakorolhassák. A 3/1990. (III. 4.) AB határozat alkotmányellenesnek minősítette és megsemmisítette az országgyűlési képviselők választásáról szóló 1989. évi XXXIV. törvénynek azt a rendelkezését, amely kimondta, hogy a választásban akadályozott az, aki a választás napján külföldön tartózkodik. A 32/2004. (IX. 14.) AB határozat mulasztásban megnyilvánuló alkotmány-

<sup>9</sup> A görög ügyről lásd [http://www.halmaigabor.hu/dok/402\\_EJEBtuAvolluIvuUk\\_szavazati\\_joga.doc](http://www.halmaigabor.hu/dok/402_EJEBtuAvolluIvuUk_szavazati_joga.doc) A konferencián Dimitris Christopoulos előadása foglalkozott a görög diaszpóra választójogának kérdésével és a Sitaropoulos-üggyel.

<sup>10</sup> Lásd Európa Tanács Parlamenti Közgyűlésének 1559 (2005) határozatát, valamint 1714 sz. (2005) Ajánlását a szavazati jog korlátozhatóságának eltörlése tárgyában, valamint az 1410 (1999) Ajánlást az anyaországon kívül élőknek az anyaországgal való kapcsolata tárgyában (5. pont).

ellenességet állapított meg amiatt, hogy az Országgyűlés nem alkotta meg azokat a rendelkezéseket, amelyek a választás napján külföldön tartózkodó, az Alkotmány alapján választójogosultsággal rendelkező állampolgárok számára az országgyűlési képviselők választásán aktív választójoguk gyakorlásának, illetőleg az országos népszavazáson való részvételük módját és garanciáit szabályozzák. Az 54/2008. (IV. 24.) AB határozat pedig megállapította, hogy alkotmányellenes helyzet keletkezett annak következtében, hogy az Országgyűlés nem biztosította az országgyűlési választások során a választójog gyakorlásának feltételeit azon választópolgárok számára, akik a választási eljárásról szóló 1997. évi C. törvény 96/A. § (1) bekezdésében meghatározott külképviseleti szavazás napján Magyarországon, a magyarországi szavazás napján pedig külföldön tartózkodnak. A fenti határozatok nem foglalkoztak ugyan azzal, hogy a magyar állampolgár szavazati joga milyen összefüggésben áll az állandó lakcímmel, ugyanakkor a határozatok szellemiségükben arra irányultak, hogy a külföldön élő, tartózkodó állampolgárok választójogukat gyakorolhassák.

### *A külföldön élők szavazati joga a nemzeti szabályozások tükrében*

A Velencei Bizottság jelentése az összehasonlító módszer segítségével hívásával kimutatja, hogy a legtöbb európai ország – néhány kivételtől eltekintve – biztosítja a külföldön élő, tartózkodó állampolgárai részére a választásokon való aktív szavazati jogot. A kivételek közé tartozik Örményország, Görögország, Montenegró, Törökország és San Marino. Mindegyik ország sajátos helyzetben van, különösen Örményország, miután az örmény diszpóra népesebb, mint Örményország lakossága. Görögország ügyében az Emberi Jogok Európai Bírósága hozott döntést, Törökország esetében is az állapítható meg, hogy jelentős török diszpóra él külföldön. A megengedő országok szabályozásai között aszerint lehet elvi különbségeket tenni, hogy vannak olyan országok, amelyek egyáltalán nem kívánnak semmilyen tartalmi korlátozást beiktatni a szabályozásba, míg vannak olyan országok, amelyek csak korlátozásokkal, elsősorban időbeli korlátozással kívánják biztosítani a külföldön élő állampolgárok számára a szavazati jogot.

Az előbbi csoportba tartozik pl. Franciaország, Portugália, Olaszország, Szlovákia, Románia, Horvátország, Szerbia. Ezen országokat tekinthetjük „gondoskodó anyaországi” modellnek. Ezzel szemben azon országok, amelyek korlátozásokkal biztosítják a külföldön élők szavazati jogát, inkább „laissez-faire” típusú országoknak tekinthetők. Idetartozik többek között Nagy-Britannia, Németország és a skandináv államok.

A „gondoskodó anyaországi” modellbe elsősorban azok az országok tartoznak, amelyeknél a külföldön élő állampolgárok száma jelentősnek mond-

ható, azaz a diaszpóra erős.<sup>11</sup> Ezen országok a nemzeti alkotmányban és törvényi szinten is szabályozni kívánják az anyaország és az anyaországon kívül élő nemzettestek viszonyát, sőt egyfajta diszpóra jog is kialakul.<sup>12</sup> Sokszor külön intézményi hálózatot is létrehoznak a diaszpóra képviselőire. A közép- és kelet-európai országokban a rendszerváltozást megelőzően a külföldön élő állampolgárok szavazati joga fel sem merülhetett, önmagában a külföldön létre már egyfajta bizalmatlansággal tekintettek a rendszerek. A rendszerváltozást követően a helyzet gyökeresen megváltozott. A történelmi körülmények vagy pl. Jugoszlávia szétesését követően olyan helyzetek alakultak ki, amelyek következtében az egyes országok nemzettestei nagy számban a szomszédos országokban élnek. Az anyaországok – sokszor alkotmányi felhatalmazás alapján – felelősséget éreznek, viselnek a határaikon túl élő nemzettestek sorsáért. Közép- és Kelet-Európa országai az állampolgársági törvény módosításai révén széles körben biztosítják a nemzeti állampolgárság megszerzésének lehetőségét a külföldön élő nemzettestek számára. Az is elképzelhető, hogy egy ország felbomlása (pl. Jugoszlávia, Csehszlovákia) következtében élnek állampolgárok anyaországaikon kívül.

Ezzel szemben a „*laissez-faire*” típusú országok ugyan biztosítják a külföldön élő állampolgáraik számára a szavazati jogot, de feltételeket határoznak meg. Idetartozik elsősorban Nagy-Britannia és Németország. Ezen országok időbeli korláthoz kötik a külföldön élő, tartózkodó állampolgárok szavazati jogát. Nagy-Britanniában a szavazati jog gyakorlásának a feltétele az, hogy az érintett a választást megelőző 15 évben a meghatározott ideig Nagy-Britanniában élt és feliratkozott az eredeti lakcíme szerinti választói névjegyzékbe. Németországban is időbeli korláthoz kötik a választáson való részvételt. Azon német állampolgárok esetében, akik az Európa Tanács országaiban élnek, a választáson való részvétel feltétele az, hogy 1949. május 23. óta folyamatosan legalább 3 hónapot Németországban éljen, illetve az Európa Tanács országain kívüli államban élés esetében az állampolgár 10 évnél nem régebben hagyta el Németországot. Dánia csak az időlegesen külföldön tartózkodó állampolgárok számára biztosítja a szavazati jogot. Ilyen időbeli korlátozást vagy az anyaországban lakhellyel való rendelkezést több ország nemzeti szabálya is ismer.

### ***Formai követelmények a külföldön történő szavazás esetében***

A külföldön történő szavazás esetében a választójogi szabályok az általános rendelkezésektől eltérő szabályokat is megállapíthatnak. A Velencei Bizottság

<sup>11</sup> Lásd JOËLLE GARRIAUD-MAYLAM: *Qui'est ce que l'Assemblée des Français de l'étranger*. Paris: Archipel, 2008, 125.

<sup>12</sup> Lásd pl. olasz alkotmány 56. és 57. cikkelyeit, portugál alkotmány 14. cikkelyét.

jelentése is utal az egyes országok eltérő megoldásaira. A legtöbb ország a szavazati jog gyakorlását ún. speciális külföldi választói névjegyzéken való szerepléshez köti. A választói névjegyzék összeállításában általában a nagykövetségek és a konzulátusok kapnak szerepet, de arra is van példa, hogy az adott ország választási szerveihez kell a választói névjegyzékbe történő felvételi kérelmet benyújtani. A külföldön élő állampolgárok részéről tehát egy aktív magatartásra van szükség ahhoz, hogy a választói névjegyzékbe felkerülhessenek, ezt elősegítendő a nagykövetségeknek, konzulátusoknak, választási szerveknek kellő tájékoztatási munkát kell végezniük a diszpóra körében. Az tehát, hogy hányan kérik a külföldön szavazók speciális választói névjegyzékébe való felvételüket egy adott ország közigazgatási (diplomáciai) szerveinek működésének hatékonyságán is múlik. Ami a választói névjegyzékbe történő felvételt illeti, az történhet *a)* egy formanyomtatvány kitöltésével, *b)* egy levélben történő jelentkezéssel, *c)* kivételesen szóban is. Érdekes kivétel, hogy Románia a korábbiakban nem kívánt semmilyen előzetes választói névjegyzékbe történő felvételt a külföldön élő román állampolgárok esetében. Hasonló a szabályozás Észtországban is, ha a külföldön élő észt állampolgár a nagykövetségen vagy a konzulátuson kíván szavazni.

### *Milyen választásokat érint a külföldön történő szavazás?*

A legtöbb ország csak a parlamenti és elnökválasztás, illetve referendum esetében engedi meg a külföldön tartózkodó állampolgárok számára a szavazati jogot, ezzel szemben a helyi választások esetében kivételként tekinthető az, amikor a külföldön tartózkodó állampolgár szavazati jogával élhet (ilyen kivétel pl. Spanyolország, Finnország és Svájc).

### *A külföldön történő szavazás módja*

A Velencei Bizottság jelentése áttekintést ad a szavazás módjáról is. A hatályos nemzeti szabályok többfajta módon teszik lehetővé a külföldön tartózkodó állampolgárok esetében a szavazati jog gyakorlását:

*a)* kizárólag személyes részvétel a nagykövetségen vagy konzulátuson (pl. Lengyelország, Románia szabályozása ilyen, a közép- és kelet-európai országokban még általában erősen él a félelem a nem személyes jelenetű szavazások esetén a választási csalásoktól,

*b)* személyes részvétel vagy más mód igénybevétele (inkább nyugat-európai országok, de idetartoznak a balti államok és Szlovénia is). Ilyen más módnak tekinthető a postai úton történő szavazás (csak postai úton lehet szavazni

külföldről Olaszországban, Németországban és Ausztriában), a meghatalmazott útján történő szavazás (pl. Franciaország és Nagy-Britannia), az anticipált azaz előzetes szavazás (ha valaki csak rövid ideig tartózkodik külföldön – akkor a választás előtt néhány nappal vagy héttel korábban szavazhat) és végül az elektronikus úton történő szavazás, amely ma még csak kivételesnek tekinthető.

***Érvek a külföldön történő szavazás mellett,  
és a lehetséges megszorítások a Velencei Bizottság jelentése szerint***

A Velencei Bizottság jelentése alapvetően pozitív megközelítéssel tekint a külföldön történő szavazásra. Érvei szerint az állampolgárság magában foglalja a választójogot, így a szavazati jog gyakorlását is, függetlenül attól, hogy az állampolgár hol él. A külföldön élő állampolgárok részére adott szavazati jog biztosíthatja, hogy a külföldön élő állampolgárok az anyaország politikai életében távollétük ellenére részt vehessenek, ennek egyik megoldása, amikor a külföldön élő állampolgárok speciális parlamenti képviselőt is kapnak (pl. Franciaország, Olaszország, Portugália, Románia, Horvátország). A külföldön élők részére biztosított szavazati jog garantálni tudja az állampolgárok közötti egyenlőséget. A szavazati jog elő tudja segíteni, hogy a külföldön élő állampolgár a nemzethez tartozónak vallja magát, annak ellenére, hogy távol él az anyaországtól. A személyek szabad mozgása, az európai mobilitás is megkívánja, hogy a külföldön élők szavazati joga biztosítva legyen.

A Velencei Bizottság nem kívánt ellenérveket megfogalmazni, inkább a lehetséges megszorításokat kívánta számba venni. A Velencei Bizottság elismeri azokat az érveket, amelyek az Emberi Jogok Európai Bírósága döntéseiben felsorolt és a korábbiakban már itt is ismertetésre kerültek. Ezen túlmenően a Velencei Bizottság szerint a teljes kizárás helyett keresni kell azokat a megoldásokat, amelyek egy adott ország sajátos helyzetéhez igazodnak. Így abban az esetben, ha a külföldön élő állampolgárok száma jelentős vagy befolyásolhatják a választások végeredményét, a Velencei Bizottság a speciális parlamenti képviselő megteremtését tartja szerencsésnek (portugál, francia, olasz modell). A Velencei Bizottság elfogadhatónak tartja a szavazati jog gyakorlásának azon korlátozását is, amely az anyaország területén való korábbi tartózkodáshoz köti a szavazati jog gyakorlását (Nagy-Britannia és Németország). Megjegyzi a Velencei Bizottság azonban azt is, hogy e tekintetben különbséget kell tenni az országos és a helyi választások között. A formai korlátozások tekintetében a Velencei Bizottság ésszerűnek tartja azokat a szabályokat, amelyek a választói névjegyzék felállításával kapcsolatosak. A külföldön történő szavazás esetében a választókerületekkel kapcsolatosan a Velencei Bizottság az alábbi veszélyekre kívánta felhívni a figyelmet.



A túl nagy vagy csak egy külföldi választókerület esetében a külföldi szavazatok értéke jelentéktelen, különös tekintettel arra, hogy a külföldön élő állampolgárok részéről a választásokon való részvétel ráadásul általában nem is jelentős. Ezzel szemben a túl kicsi választókerületek felállítása is hordoz magában veszélyt, ez esetben ugyanis a külföldi szavazatokkal a választások eredményét is befolyásolni tudja. Egyes országokban a külföldről érkező szavazatok a fővárosban kialakított speciális választókerületben kerülnek értékelésre. Ilyen pl. Varsó, Vilnius, Riga. Magyarország esetében eddig a külföldről érkező szavazatok az adott választókerületnél kerültek értékelésre.

### *Konklúziók*

A Velencei Bizottság konklúziói kiemelik, hogy a külföldön élő, tartózkodó állampolgárok szavazati jogának biztosítása terén egy pozitív jogalkotási folyamat zajlik, egyre több ország teszi lehetővé a külföldön történő szavazást állampolgárai számára. A külföldön történő szavazás elsősorban az országos választásokat illeti, a helyi választások esetében, miután a helyi közügyekben való részvételtől szól a választás, indokolt a helyben lakás követelménye. A Velencei Bizottság a külföldön történő szavazásnak teljes kizárását nem tartja szerencsésnek, bizonyos szenzitív esetekben jó megoldásnak tartja azt, ha a külföldön élő szavazók számára speciális parlamenti képviselő kialakítására kerül sor.

A Velencei Bizottság a formai, esetleges korlátozó követelmények előírásával egyetért (speciális választói névjegyzék felállítása, a csak nagykövetségen történő szavazást azonban csak akkor tartja elegendőnek, ha más szavazási módok (levél, elektronikus szavazás, meghatalmazás) valamilyen okból nem tekinthetők biztosnak és hitelesnek. Mindazonáltal, hogy a Velencei Bizottság pozitív hangvételben foglalta össze jelentésének lényegét, zárókövetkeztetései reálisak. A külföldön élő állampolgárok szavazati joga mára általánosan elismertté vált, de az egyes országok nemzeti szabályai a sajátos körülményeket is figyelembe véve eltérőek. Azok a nemzeti rezsimek a kivételesek, amelyek nem, vagy csak jelentős korlátozásokkal teszik lehetővé külföldön lévő állampolgáraik számára azt, hogy részt vegyenek a nép véleményének kifejezésében.

Úgy véljük, hogy a Velencei Bizottság jelentése hasznos támpontot és hivatkozási alapot is jelenthet a magyar Országgyűlés számára a választójogi sarkalatos törvénynek a külföldön élő vagy tartózkodó magyar állampolgárok szavazati jogának szabályzásakor és annak külföldi elismertetésekor.

## 2. A magyar alkotmánybíráskodás és a doktrína, az Alkotmánybíróság korszakai<sup>13</sup>

Sólyom László szerint az alkotmány olyan, mint a színházi épület. Az lehet eklektikus, dagályos, népies, modern vagy ridegen egyszerű. A színházi épülettel az építész szakma lehet elégedett vagy elégedetlen. A közönség számára azonban nem a színház falai a fontosak, hanem maga a darab, azaz mit és hogyan játszanak a színházban. Egy kevésbé szép színházban lehet jó darabot játszani, ha jó a színész, jó a darab és a jó a rendező és egy ragyogó színház falai között is lehet pocsék az előadás, ahol a nézők elégedetlenül mennek haza.

Ha továbbvisszük a színház és az alkotmány hasonlatát, akkor az alkotmány maga a színház, és akik az alkotmánynak életet adnak, azok az alkotmánybírák. Kérdés, hogy az alkotmány szerint az alkotmánybíráknak milyen szerep jut? Nem ők a főszereplők, szerepük nem csillog, nincsenek a reflektorfényben. A több millió állampolgár által megválasztott parlament és a kormány a főszereplő, az alkotmánybíráknak legfeljebb a szigorú rendezői szerep juthat, a főszereplők bizonyos mozgásait megtilthatják vagy elképzeléseiket módosíthatják.

Az alkotmánybírák azonban nem magányos szereplők: figyelemmel vannak más alkotmánybíróságok, legfelsőbb bíróságok joggyakorlatára, tekintetbe veszik, hogy mit mondanak a jogtudomány képviselői, a jogász hivatás képviselői. Az Alkotmánybíróság döntéseit pedig a tudomány képviselői elemzik, mondanak róla kritikát. Eltérő vélemények fogalmazódhatnak meg egy-egy alkotmánybírási határozattal kapcsolatosan. Az Alkotmánybíróság és a doktrína közötti dialógus eltérő formákban jelentkezhet: jogi szakfolyóiratok adhatnak teret a párbeszédnek, könyvek, kollokviumok elemezik az alkotmánybírási gyakorlatot, sőt az sem kizárt, hogy a doktrína képviselői „amicus curiae” formájában közvetítsék üzenetüket. Az is gyakori, hogy a doktrína képviselőiből alkotmánybírák lesznek, sőt az Alkotmánybíróság elnöke képviseli a doktrínát, a volt alkotmánybírák pedig hozzájáruljanak a tudományos párbeszédhez.

A magyar Alkotmánybíróság azon alkotmánybíróságok közé tartozik, ahol az alkotmánybírákat többségében az egyetemi tanárok közül választották ki, ezzel is hangsúlyt adva annak, hogy az alkotmánybíráknak függetlennek kell lenniük. Az eddigi 35 alkotmánybíró közül közel 30 alkotmánybíró egyetemi háttérrel rendelkezett, és kivétel volt az, ha valaki a rendes bírói, ügyvédi karból vagy parlamenti háttérrel került alkotmánybírói tisztségbe, de még az ő esetükben is elmondható, hogy alkotmánybíróvá történő megválasztásukat

<sup>13</sup> A 2011. december 1–3., Andorrában, a Louis Favoreu Intézet és az Andorrai Alkotmánybíróság által „A tudomány és az alkotmánybíráskodás” témakörében rendezett Nemzetközi alkotmányjogi kollokviumon megtartott hozzászólás alapján készült írás.

követően igyekeztek valamely jogi karon a tudományos munkában részt venni. Ez a kiválasztás önmagában meghatározza az Alkotmánybíróság érzékenységét a doktrínák iránt, hiszen a megválasztott alkotmánybírák maguk is képviselői voltak különböző doktrínáknak. A tudomány azonban nem csak az alkotmánybírákon, hanem azok tanácsosain keresztül is hatott a testületre. Az Alkotmánybíróság felállításától kezdődően, az alkotmánybírói törzskarokban számos egyetemi háttérrel rendelkező munkatárs dolgozott, és ez is elősegítette a tudományos jellegű látásmód érvényesülését. Az ország különböző jogi karain vagy tudományos intézetekben ma számos olyan egyetemi tanár, docens, adjunktus dolgozik, aki valamikor az Alkotmánybíróság tanácsosa volt, illetve gyakori, hogy az alkotmánybíróság volt tanácsosai más közéleti megbízatást kapnak.

A magyar alkotmánybíráskodás és a tudomány kapcsolatában fontos kapocs az is, hogy a Velencei Bizottságban annak megalakulása óta mindenkor olyan személyek képviselték Magyarországot, akik korábban vagy később alkotmánybírák is voltak. E szoros kapcsolatnak köszönhetően az Alkotmánybíróság tagjai igyekeztek részt venni az európai alkotmányjogi standardok kidolgozásában, illetve az alkotmánybírói határozatok támaszkodhattak a Velencei Bizottság véleményeire, jelentéseire.

A magyar Alkotmánybíróság 2009-ben ünnepelte az alkotmánybíráskodásról szóló törvény elfogadásának 20 éves évfordulóját. 20 év – ma már 22 év – már egy viszonylag hosszabb idő egy intézmény életében, különösen Közép- és Kelet-Európában. Véleményem szerint a magyar Alkotmánybíróság eddig életében két fő korszak különböztethető meg. Az egyik az alapító atyák korszaka, a második az alapító atyák utáni korszak. Ez utóbbi korszakon belül azonban vannak időben is elhatárolható periódusok, attól függően, hogy az egyes időszakokban milyen eltérő problémákkal kellett szembenézniük az alkotmánybíráknak. 2011-től pedig az új Alaptörvény hatálybalépésével egy új korszaka fog kezdődni a magyar alkotmánybíráskodásnak, amelyről ma még nehéz időtállót mondani.

### *Az alkotmánybíráskodás első tíz éve: 1990–2000*

Ez az időszak az alapító atyák korszaka, az alkotmánybíráskodás „aranykora”. A magyar alkotmánybíráskodás rendszerváltozáshoz kapcsolódó periódusa. Az alkotmányjog-tudomány reneszánszának lehettünk tanúi Közép- és Kelet-Európában. Alkotmányjogászok írásai uralták el a szakfolyóiratok oldalait, sőt az sem volt ritkaság, amikor irodalmi, művészeti lapokban is alkotmányjogi vezércikkek jelentek meg. A jogelmélet, a polgári jog és a büntetőjog művelői közül sokan – sokszor tévedésből – alkotmányjogászként tüntették fel magukat, tanulmányok tömege készült a kormányzat szerkezetéről vagy az alap-

jogokról. Ennek az élénk szellemi pezsgésnek köszönhető, hogy az alkotmányjog tudománya a rendszerváltozásnak köszönhetően gazdagodott és láthatóvá vált.

Mindez kihatással volt az Alkotmánybíróság első korszakára. Olyan alkotmánybírákat választott meg a magyar Országgyűlés 1990-ben, akik műveikkel, monográfiájukkal maguk is hozzájárultak az alkotmányjog-tudomány gazdagodásához. Innen már csak egy lépés volt az, amikor az Alkotmánybíróság, élén annak elnökével, Sólyom Lászlóval, Magyarország későbbi köztársasági elnökével, magáévá tette az ún. láthatatlan alkotmány koncepcióját. Noha a láthatatlan alkotmány kifejezés nem szerepelt egyetlen egy alkotmánybíróági határozatban sem, csak Sólyom László párhuzamos indokolásában, mégis úgy vélem, hogy az Alkotmánybíróság első kilenc évére ez a doktrína rá tudta nyomni bélyegét. Sőt megkockáztatom, hogy a láthatatlan alkotmány koncepciójának időszaka alatt születtek az Alkotmánybíróság legjelentősebb, jogfejlesztő és időtálló határozatai. Rendkívül heves viták övezték a láthatatlan alkotmány koncepcióját, miután az alkotmánybírák az írott alkotmány szövegén és a szöveg lehetséges értelmezési lehetőségein túlmenően az alkotmányos eszmékre és elvekre alapították határozataikat. A láthatatlan alkotmány lehetővé tette, hogy az írott alkotmányon felül az alkotmányos elvek is szerepet kapjanak is az alkotmányértelmezésben. A láthatatlan alkotmány koncepcióját egyes kommentátorok „alkotmánybíróági imperializmusnak” nevezték, ami a demokratikus törvényhozás szabadságát veszélyezteti. Az önkényes jogkiterjesztés következtében a sokmillió állampolgári kör megválasztásával legitimált törvényhozói többség szabad mérlegelése helyére egy néhány fős testület szabad mérlegelése került – mondták a láthatatlan alkotmány doktrínájának kritikusi.

Ugyancsak ezen első időszak alatt került kialakításra az ún. „élő jog” teória, mely szerint az Alkotmánybíróság a jogszabályok tartalmának meghatározásakor azok bírói értelmezésére is figyelemmel van. Ezáltal az Alkotmánybíróság nem pusztán a jogi norma betűszövegét vette vizsgálódása tárgyául, hanem annak bírói gyakorlatban való rögzülését is. Az „élő jog” teóriáját, szemben a láthatatlan alkotmány koncepciójával, a jogirodalom egyöntetűen pozitívan fogadta.

A példaként bemutatott teóriák és viták jelzik, hogy 1990–1999 között a tudomány és az Alkotmánybíróság között élénk kapcsolat volt, elemzések sokasága jelent meg az egyes alkotmánybíróági határozatokról. Az Alkotmánybíróság határozataiban nem hivatkozott jogirodalomra, de lehetett tudni, hogy milyen hazai és külföldi doktrínák gyakorolnak befolyást a magyar alkotmánybíráskodásra. Az alkotmánybíróági határozatokhoz csatolt különvélemények és párhuzamos indokolások is gazdagították a vitát, nem kizárva azt, hogy a kisebbségi véleményből valamikor többségi vélemény alakuljon ki.

Az Alkotmánybíróság első tíz esztendejében aktív dialógus alakult ki a tudomány és az Alkotmánybíróság között. Ezzel szemben a rendes bíróságok és az alkotmánybíróságok közötti kapcsolatra a távolságtartás volt a jellemző, a rendes bíróságok nem tudták eldönteni, hogy az alkotmánybíróság a rendes bíróság riválisa vagy sem, az Alkotmánybíróság veszélyezteti-e a Legfelsőbb Bíróságnak az egységes jogalkalmazást biztosító szerepét vagy sem. Az 1990–2000 közötti időszak összegzéseként pedig 2001-ben megjelent az Alkotmánybíróság akkori elnökének monográfiája „Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon” címmel.

### *A magyar alkotmánybíráskodás második szakasza: 2000–2011*

A többpártrendszer kiépült, a demokratikus jogállam megszilárdult, a politikai szereplők is tapasztaltabbak lettek, az 1989. évi rendszerváltozás befejeződött, az akkori parlamenti politikai pártok nem kívánták a korábbi, aktivistának is minősíthető alapító atyákat alkotmánybíráknak újraválasztani. Az új összetételű Alkotmánybíróság óvatosabb lett, mint a korábbi időszak alkotmánybírósága, joggyakorlatában eltávolodott a láthatatlan alkotmány koncepciójától. Ez nem jelenti azt, hogy az Alkotmánybíróság bezárkózott volna egy elefántcsonttoronyba. Az Alkotmánybíróság döntéseiben továbbra is támaszkodott más országok alkotmánybírói döntésire és a strasbourgi bíróság esetjogára. A 2000-tól kezdődő időszak egyik legfontosabb eredménye az, hogy az Alkotmánybíróságok és a rendes bíróságok között fontos, pozitív események történtek. Magyarországon a Legfelsőbb Bíróság az egységes bírói gyakorlat megteremtése érdekében jogegységi határozatokat hozhat. Az Alkotmánybíróság az alkotmány kiterjesztő értelmezése alapján megállapította hatáskörét a jogegységi határozatok alkotmányossági felülvizsgálhatóságát illetően. A jogtudomány – beleértve a rendes bírák által írt cikkeket is – azonnal reagált az Alkotmánybíróság lépésére, tanulmányok sokasága jelent meg támadva vagy védelmezve az Alkotmánybíróság szerepvállalását a Legfelsőbb Bíróság jogegységi határozatainak alkotmányossági felülvizsgálhatóságát illetően. A kritikák bizonytalanná is tették az Alkotmánybíróság joggyakorlatát, előfordult, hogy egymásnak eltérő határozatok születtek, megsokasodott a határozatokhoz fűzött különvélemények és párhuzamos indokolások száma. A vita elsősorban nem abban állt, hogy ellenőrizheti-e az Alkotmánybíróság a Legfelsőbb Bíróság jogegységi határozatait vagy sem (bár egyes szerzők ezt is kétségbe vonták), hanem inkább abban, hogy mit is ellenőrizzen az Alkotmánybíróság? Egyesek csak akkor kívánták ellenőrzés alá vonni a jogegységi határozatokat, ha azok már nem csak a joggyakorlat egységét szolgálták, hanem önálló új jogszabályként kívántak megjelenni, mások a jogegységi határozat teljes tartalmi alkotmányossági felülvizsgálatát is szükségesnek vélték.

Miután a jogirodalom is nagyon megosztott volt, az Alkotmánybíróság joggyakorlata is bizonytalanná vált, nehéz volt kiszámítani, hogy egy adott ügyben mi is lesz az Alkotmánybíróság döntése. Noha voltak tisztázó jellegű konferenciák a rendes bíróság, a tudomány és az Alkotmánybíróság tagjai között, az eltérő álláspontok nem közeledtek, így a dialógus nem volt produktív.

A magyar alkotmánybíráskodás második időszakának szembetűnő jelensége az, hogy a rendes bírák is egyre gyakrabban kezdtek élni az Alkotmánybírósághoz fordulás lehetőségével, a rendes bíró által kezdeményezett eljárás már nem csak egy fikció volt, hanem tényleges gyakorlattá vált, egyre több bíró függesztette fel az előtte folyamatban lévő eljárást, és kérte egy alkalmazandó jogszabály alkotmányellenességének megállapítását. Meglepő módon viszonylag kevés visszhangot váltott ki ez a változás, noha az 1990–1999 közötti évekhez képest ez fontos érdemi elmozdulás volt. Franciaországban a Semmitőszék, illetve az Államtanács által kezdeményezhető ún. „question prioritaire constitutionnalité” (QPC) közelmúltban történő bevezetése és gyakorlata fontos témája a jogirodalomnak. Különböző jogágak képviselői elemzik azt, hogy a Semmitőszék, illetve az Államtanács miért igen vagy miért nem fordult az Alkotmánytanácshoz, illetve az Alkotmánytanács milyen válaszokat adott a számára feltett kérdésekre.

Az alkotmánybíráskodás második szakaszának utolsó évei már nem voltak minden problémától mentesek, ennek ellenére az Alkotmánybíróság igyekezett fontos iránytűje maradni az alkotmányosságnak. Az előző parlamenti ciklus alatt az országban egyre nagyobb lett a morális és gazdasági válság. Az „ősödi beszédként” elhíresült mondatokat követően az ország akkori miniszterelnöke ellen utcai napi tüntetések zajlottak, a kormány intézkedéseivel szemben az ellenzéki közszerplők a közvetlen demokrácia intézményét, a népszavazást hívták segítségül. Ebben a bizonytalan, talán túlzással azt mondhatnánk, hogy a francia IV. Köztársaság végnapjaira emlékeztető helyzetben a független szervek jelentősége automatikusan megnőtt. A köztársasági elnök és az Alkotmánybíróság kiemelkedő szerepet kapott: a köztársasági elnök, mint az alkotmányosság őre, a morális válságból való kiút érdekében fontos nyilatkozatokat tett, az Alkotmánybíróság nagy horderejű határozatokat fogadott el (pl. egyes népszavazási határozatok, az államfő kitüntetési és kegyelmezési jogköre, bejegyzett élettársi kapcsolat, kórházi ágyak elosztása, vagyonadó). Miután maga az alkotmány intézménye is válságba került, az Alkotmánybíróság, mint az alkotmányosság őre, vissza kívánt térni az alapító atyák által képviselt elvekhez és doktrínákhoz, felvállalván az aktivizmus vádját is. A köztársasági elnök nyilatkozatai és az Alkotmánybíróság döntései a politikai nézetek szerint megosztották a közvéleményt, a tudomány képviselői élénken reagáltak a köztársasági elnöki nyilatkozatokra és az alkotmánybírói határozatokra. A tudományos folyóiratok mellett a napi és hetilapok is kommentálni kezdték a köztársasági elnök nyilatkozatait és az Alkotmány-

bíróság határozatait. Az, hogy ez az egyébként nehéz időszak végül is sikeres volt, egyrészt köszönhető a letisztult doktrínáknak, másrészt az alkotmánybírák felelősségérzetének. Nehéz és érzékeny kérdésekben is sikerült az Alkotmánybíróságnak nagy többségű vagy sokszor egyhangú határozatot hoznia. A testület tagjai között – az eltérő felfogások tiszteletben tartása mellett – erős szolidaritás létezett, amely megkönnyítette a döntéshozatali eljárást.

Új jelenség az is, hogy az internetnek köszönhetően élénk blogélet foglalkozott az Alkotmánybíróság határozataival, írásaikat álnéven feltüntetető jogászok elemezték a határozatokat. Az Alkotmánybíróság az utóbbi években igyekezett nyitni a közélet más szereplői felé, munkájának nagyobb nyilvánosságot kívánt adni. 2007-től kezdődően kialakította az éves önértékelés és összefoglalás rendszerét. Az Alkotmánybíróság tudományos konferenciákat kezdett rendezni az egyetemek jogi karaival, az alkotmánybírák a különböző jogi kollokviumok állandó előadói voltak. Az Alkotmánybíróság 2010-től – évente 2 alkalommal – jelenteti meg az Alkotmánybírósági Szemlét. A Szemle a legfontosabb határozatokat rövidített változatban ismerteti, de helyt ad az alkotmánybírási határozatok kritikáit tartalmazó írásoknak is. Új közjogi folyóiratok is indultak, amelyek az alkotmánybírási joggyakorlat elemzésének tág teret engedtek (pl. Közjogi Szemle, JeMa). Ennek a rövid, de sikeres három-négy évnek az összegzését az Alkotmánybíróság 20 éves évfordulója tetőzte be, amelyen az Alkotmánybíróság elnöke, Paczolay Péter adott áttekintést az első húsz év tapasztalatairól.

### *A magyar alkotmánybíráskodás legújabb szakasza: 2011-től napjainkig*

Magyarország 2011-ben új alkotmányt fogadott el, miután a jobbközép politikai párt 2/3-os többséget szerzett a parlamentben. Az Alaptörvény elfogadását az ellenzéki pártok nem támogatták. A Velencei Bizottság két jelentést is elfogadott a magyar alaptörvénnyel kapcsolatban. Az új magyar alkotmányt illetően rendkívül megoszlanak a vélemények, ezen emlékkötetnek azonban nem tárgya a magyar Alaptörvény kritikai elemzése.

Az viszont tényként állapítható meg, hogy az Alkotmánybíróság új szerepkört kap a jövőben. Az absztarkt normakontroll el fog tolni a konkrét normakontroll irányába. Az utólagos normakontroll nem szűnik meg, de az indítványozói jogkörrel rendelkezők száma csökken, az actio popularis megszűnik. Ezzel szemben az alkotmányjogi panaszok jelentősége megnő, az Alkotmánybíróság már nemcsak az alkotmányellenes jogszabályt, hanem magát az alkotmányellenes bírói döntést is megsemmisítheti.

A magyar szabályozás sajátossága az, hogy a pénzügyi jellegű jogszabályokat az Alkotmánybíróság csak akkor semmisítheti meg, ha azok az élethez

és emberi méltósághoz való jogba, a személyes adatok védelméhez való jogba, a gondolat, lelkiismeret és vallás szabadságába vagy a magyar állampolgársághoz való jogba ütköznének. Ezen hatáskör korlátozás bevezetését a Velencei Bizottság és a tudomány képviselői ellenérzéssel fogadták, illetve kifogásolták. Az átmeneti hatáskör-megszorításnak hivatalos oka az, hogy Magyarország eladósodottsága jelentős, a költségvetési deficit magas. A kormányzat célja ezek radikális csökkentése. Nem vitatható, hogy más országokban is folynak viták arról, hogy a közpénzügyi szabályokat miként kellene megerősíteni a nemzeti alkotmányokban, illetve lehet és kell-e adósságplafont meghatározni az alkotmányban. Egyes országok módosították is alkotmányukat. Az ilyen típusú alkotmányi szabályok elfogadása ma nem tekinthető kivételnek: Németország 2009-ben módosította Alaptörvényét, 2016-tól az alkotmány tiltja azt, hogy olyan költségvetést fogadjanak el, amelynél a költségvetési hiány több, mint a GDP 0,35%-a. Németország mellett Spanyolország is elfogadta a költségvetési hiánnyal kapcsolatos alkotmányi szabályt, és Franciaországban is folyamatos vita tárgyát képezi az ún. arany szabályra („regle d’or”-ra) vonatkozó – eddig eredménytelen – alkotmánymódosítási kísérlet.

Ma az alkotmánybíráskodás új kihívás elé került. Az európai és nemzeti gazdasági kormányzás jegyében a nemzeti alkotmányokban új közpénzügyi szabályok jelennek meg, amelyek felül kívánnak írni korábbi alkotmányos értékű, jogállami szabályokat. Arra a kérdésre, hogy ebben az új időszakban hogyan fog alakulni az Alkotmánybíróság és a doktrína viszonya, ma nehéz választ adni, az alkotmánybírói döntések és elemzések egyelőre még vártnak magukra.

A magyar jogtudomány egyes képviselői aggodalommal tekintenek az Alkotmánybíróság jövőjére. Azt azonban, hogy milyen alkotmánybíráskodása lesz Magyarországnak a 2010-es években, maguk az alkotmánybírák fogják meghatározni. A rendes bíróságok döntései feletti alkotmányossági kontroll gyakorlása komoly hatáskör. Előbb vagy utóbb minden jelentős alkotmányossági kérdéssel találkozni fognak az alkotmánybírák. Az alkotmánybírák döntéseik során az Alaptörvény rendelkezéseinek értelmezéséhez segítségül hívhatják a történeti alkotmány és a Nemzeti hitvallás rendelkezéseit. Az 1990–1999-es évek alkotmánybíráinak alapvető feladata a rendszerváltozás végrehajtása, a jogállam kereteinek meghatározása volt. Az új Alaptörvény alkotmánybíráinak kötelessége pedig az elődök által felépített keretekre építve, azokat szükség szerint megújítva, az új Alaptörvényt értelmezni és kialakítani azt az alkotmánybírói joggyakorlatot, amely kapcsolatban áll a doktrínával. Ehhez a tudomány képviselőinek és a volt alkotmánybíráknak meg kell adni a segítséget a jelen kor Alkotmánybíróságának, alkotmánybíráinak. A dialógus nem maradhat félbe, mert annak mind az Alkotmánybíróság, mind a tudomány csak vesztese lehet.



## A JÖVŐ NEMZEDÉKEK ORSZÁGGYŰLÉSI BIZTOSA A JÖVŐ NEMZEDÉKEK ÉRDEKEINEK ALKOTMÁNYBA EMELÉSÉRŐL

Megtiszteltetés számunkra, hogy meghívást kaptunk a Sólyom László 70. születésnapját e kötetrel ünneplők közé. Az ünnepelt szakmai és politikai életútja a nyolcvanas évektől egyre szorosabban és egyre gyümölcsözőbben kötődik a környezetvédelem, a fenntarthatóság, és a nemzedékek közti igazságosság kérdésköréhez. Személye politikai, jogi és végül még fizikai értelemben is döntő mértékben járult hozzá annak a mozgástérnek a létrehozásához, amelyben a szerzők szerény szakmai és közéleti munkájukat kibonthatták. A Dunamozgalom, mint a hazai civil aktivitás jégtörője, az 1989-es alkotmány adta jog az egészséges környezethez és annak az AB általi kibontása, végül pedig a Jövő Nemzedékek Országgyűlési Biztosa hivatalát megálmódó és megvalósító erőfeszítés mind az ünnepelt munkájának fontos állomásai. E kötetben örömmel számolunk be arról a szakmai munkáról, amelyet a Sólyom László törvényjavaslata alapján felállított intézmény az általa lerakott jogi alapokra támaszkodva végzett az Alaptörvény kodifikációja során, az ünnepelt szívéhez oly közel álló alapjogokért, a jövő nemzedékek érdekében.

### **A Jövő Nemzedékek Országgyűlési Biztosa (JNO) részvétele az alkotmányozási folyamatban – időrendi áttekintés**

2010. augusztus elején dr. Salamon László, az Országgyűlés Alkotmány-előkészítő eseti bizottsága elnöke – más szervezetek megkeresésével egyidejűleg – felkérte a Jövő Nemzedékek Országgyűlési Biztosának irodáját (a továbbiakban JNO) is, hogy terjessze elő az új alkotmány kidolgozandó koncepciójával kapcsolatos javaslatait.

A megtisztelő kérésnek eleget téve feldolgoztuk a rendelkezésre álló nemzetközi tapasztalatokat, a hazai szakirodalmat, az Alkotmánybíróság vonatkozó gyakorlatát és természetesen a JNO hároméves munkájának a tapasztalatait is. Szeptember 30-án az elkészült tanulmányunkat kísérő levelünkben a kö-

<sup>1</sup> E sorokat a Jövő Nemzedékek Országgyűlési Biztosa irodája helyiségeiben írjuk.

vetkezőket írtuk: „Amennyiben sikerül egy a generációk közötti egyenjogúság eszméjét is magában foglaló Alkotmány kidolgozása, úgy az példaként szolgálhat Európa többi országa alkotmányozó hatalmának.<sup>2</sup> Nagy büszkeség számunkra, hogy a jövő nemzedékek országgyűlési biztosa funkció bevezetését máris ilyen példaként kezeli több európai ország.”<sup>3</sup> Mint látni fogjuk, bizonyos vargabetűkkel, de azért optimista jóslatunk nagymértékben megvalósult.

Az Országgyűlés Alkotmány-előkészítő eseti bizottsága 2010. november 16-i ülésén elfogadta a Bizottság által megalakított munkacsoportok részkonceptióit, melyek közül több, így az alkotmányos alapértékekről, az alapvető jogokról és köteleiségekről, az igazságszolgáltatás, alkotmány- és jogvédelemről, valamint a közpénzügyekről szóló koncepció is tartalmazott az alkotmányos szintű környezetvédelmet érintő javaslatot. A koncepcióval kapcsolatban állásfoglalásunkat kérte az Országgyűlés Fenntartható Fejlődés Bizottsága, amely felkérésnek november 29-én egy részletes elemzés megküldésével tettünk eleget.<sup>4</sup>

A koncepció alapján úgy láttuk, hogy az alkotmány előkészítésének addigi folyamatában az egészséges környezethez való jog és a jövő nemzedékek érdekei nem kapták meg azt a kiemelt helyet, amit a világ környezetállapotáról és a jövő nemzedékeket fenyegető súlyos ökológiai katasztrófákról meglévő megalapozott tudásunk és a világban a legutóbbi időben zajló alkotmányozási munkák tapasztalatai indokolnának. A JNO kiemelt feladata volt, hogy erre az alkotmányozási folyamatot irányítók figyelmét felhívja. A figyelemfelhívás legjobb módjának azt találtuk, ha a saját tapasztalatainkat, javaslatainkat megvitatjuk a téma kiváló hazai és külföldi szakértőivel és ennek eredményét bocsátjuk a döntéshozók, illetőleg a szakmai és tágabb körű nyilvánosság rendelkezésére.

Minderre tekintettel „Az egészséges környezethez való jog az alkotmányban” címmel kétnapos nemzetközi konferenciát készítettünk elő, amelyet 2011. január 19–20. napján nagy sikerrel tartottunk meg. Az egyik nap levezető elnöki tisztét Sóllyom László vállalta el, aki emellett előadásával is hozzájárult a konferencia eredményességéhez.

<sup>2</sup> Szeptember 13–14-én a Reykjavíki Egyetemen részt vettünk egy „Prosperitás Növekedés Nélkül” címet viselő konferencián, ahol alkalmunk volt találkozni az izlandi kulturális miniszter asszonnyal – nagy érdeklődéssel fogadta azt a hírt, hogy Magyarországon alkotmányozás folyik, mivel Izland éppen ugyanebbe a tevékenységbe fogott. Az információt a miniszter asszony továbbítja a Kormányának és lehetséges, hogy a két ország között termékeny információcsere kezdődhet az alkotmányozás tárgyában.

<sup>3</sup> 2009 áprilisában az Egyesült Királyság klíma- és energiaügyi minisztériuma, 2010 februárjában az Egyesült Királyság igazságügyi minisztériuma és a Brit Környezetvédelmi Jogi Társaság meghívására előadást tartottunk az új jogintézmény kialakításáról és működéséről. Ugyancsak a jövő nemzedékek intézményes képviselője volt a témája 2010. májusban, júniusban, illetőleg decemberben a Lisszabonban, Athénban, illetőleg Poitiers-ben rendezett tudományos konferenciáknak, továbbá a World Future Council 2010. és 2011. novemberi éves közgyűléseinek, ahol valamennyi esetben nagy érdeklődéssel fogadták előadásainkat.

<sup>4</sup> Az Alaptörvény koncepciójához illetve a normaszöveg vitájához benyújtott szakmai anyagaink gyűjteménye a JNO honlapján a <http://jno.hu/hu/?&menu=alkotmanyozas> alatt található.

A konferencia és az addigi kutatásaink eredményei iránt több minisztérium is érdeklődött, 2011. január és február hó folyamán többüknek készítettünk elemzéseket az addig napvilágot látott tervezetekről, illetőleg saját javaslatainkat is feltüntettük. Annak érdekében ugyanakkor, hogy e javaslatok minél megalapozottabbak lehessenek, több korábbi alkotmánybíró segítségét kértük, akik véleményezték, felülvizsgálták szövegszerű javaslatainkat és azok indokolását. E kiemelkedő segítők között ismét ott látjuk Sólyom Lászlót is.

Az egészséges környezethez való jog és a jövő nemzedékek érdekeinek védelme szempontjából szintén nagy jelentőségű volt a JNO képviselőinek részvétele az Alaptörvény tervezetének parlamenti bizottsági és plenáris vitáiban 2011. március folyamán. Ennek során összegeztük a megelőző fél év kutatásainak, vitáinak az eredményét. A kormánypári frakciók által vitára bocsátott első normaszöveg (előterjesztett törvényjavaslat) nem tartalmazta az egészséges környezethez való jogot, fellazította az egészséghez való jogot, és a jövő nemzedékek intézményes független képviselőjének a megszüntetését irányozta elő. Mindezek veszélyeire számos fórumon hívtuk fel a figyelmet, illetőleg kértük a jövő nemzedékek érdekeinek körütekintő, alapos szabályozását.

Végül, 2011. április 25-én, az Alaptörvény kihirdetésének napján állásfoglalást jelentettünk meg. Ebben üdvözlöttük az egészséges környezethez való jog (mint az AB idevágó rendelkezései további hatályának záloga) visszaillesztését az alkotmányos szövegbe, valamint a jövő nemzedékek érdekeinek sokoldalú, érdemi védelmét. Az Alaptörvény jövő nemzedékekre vonatkozó rendelkezéseinek köszönhetően Magyarország ismét az e területeken leghaladóbb alkotmánnyal büszkélkedő országok közé került. Ez a tény ugyanakkor természetesen kötelezi a jogalkotást, az Országgyűlést és a Kormányt arra, hogy a továbbiakban kiemelt figyelmet fordítson ezekre a jogokra és érdekekre, az Alaptörvény betűjének és szellemének megfelelően.

A JNO tehát aktívan részt vett az alkotmányozás teljes folyamatában, így a koncepció elkészítésében, és az arról szóló konzultációkon, majd az új alkotmányról szóló törvényjavaslatok országgyűlési vitáiban is. Elemzéseivel, javaslataival, a nemzetközi és hazai fejlődésből eredő követelmények megfogalmazásával egészen az Alaptörvény elfogadásáig arra törekedett, hogy Magyarország új alkotmánya biztosítsa az ország fenntartható fejlődését, a jövő nemzedékek életesélyeit. Kutatásaink, megállapításaink eredményeit összefoglalva az alábbiakban mutatjuk be.

### **Az egészséges környezethez való jog**

2010. augusztusi javaslataink – mintegy elővételezve a későbbi vitát – legelsősorban a hatályos szöveg megtartásának és új alkotmányba való áttemelésének szükségességét húzták alá. A 2011. december 31-ig hatályos Alkotmány

szükszavúan rendelkezett ugyan az egészséges környezethez való jogról, azonban a szöveg, illetve az Alkotmánybíróság ehhez kapcsolódó értelmezése több ponton olyan értékes tartalmat hordozott, melyet szükségesnek láttunk megtartani az új alkotmányban is.

A 18. § szerint „A Magyar Köztársaság elismeri és érvényesíti mindenki jogát az egészséges környezethez”. A szövegből tehát kiolvasható az állam és az emberek, mint a jogok alanyai közötti alapjogi viszony mindkét oldala. Az állami passzív magatartásának kötelezettsége, miszerint e jogot köteles elismerni és érvényesülésének ilyen módon nem gátat szabni, illetve az állam aktív magatartás iránti kötelezettsége nevezetesen, hogy az e jog érvényesüléséhez szükséges garanciákat ki kell alakítania.

Az Alkotmánybíróság több határozatában foglalkozott e jog tartalmi sajátosságaival. Az Eseti Bizottságnak írott levelünkben bőségesen ismertetett alkotmánybíróági gyakorlatból két hangsúlyos, az alkotmány szövegének általánosítási szintjére megérett elemet emeltünk ki. Az állami kötelezettségek intézményes kötelezettségeit, azaz megfelelő szervezeti, eljárási és költségvetési eszközök biztosítását az egészséges környezet folyamatos védelmére, illetőleg a „non retrogression principle” kimondását, azaz azt, hogy az állam nem engedheti meg a környezetvédelem (ide értve a természetes és épített környezetet is) már elért védelmi szintjének a csökkenését, hiszen amennyiben ezt tenné, a későbbiekben már a legtöbb esetben nem volna mihez visszatérni. Ennek alapján fogalmazzuk meg a korábbi 18 §-nak megfelelő rendelkezés szövegére vonatkozó javaslatunkat: „A Magyar Köztársaság – a jelen és a jövő generációk létfeltételeinek intézményes biztosítása iránti felelőssége tudatában – elismeri és érvényesíti mindenki jogát az egészséges környezethez és nem enged meg semmilyen visszalépést a környezet már elért védelmi szintjétől.”

### **A környezet védelme mint alapvető kötelesség**

Több európai alkotmány tartalmaz rendelkezést arról, hogy az egészséges környezethez való jog nemcsak jogosultság, hanem annak biztosítása egyúttal kötelezettség is, melyet minden embernek tiszteletben kell tartani. E kötelezettség tehát minimális szinten passzivitást vár el az egyénektől, azaz, hogy a környezetet ne szennyezze indokolatlanul, azonban egyfajta aktív kötelezettséget is magában foglal, nevezetesen, hogy mindenki köteles a tőle elvárható szinten óvni a környezetet. Megjegyezzük, hogy ez az elvárt aktivitás természetesen vészhelyzetben, környezeti katasztrófák idején kivételesen jelentős mértékűvé is fokozódhat. Ennek alapján javasoltuk 2010. szeptemberi levelünkben, hogy a normaszöveg konkrétan tartalmazzon utalást arra, hogy „A környezet védelme mindenki kötelessége”.

## A jövő nemzedékek jogai és/vagy érdekei

A jogi és politikai gondolkodás a technológiai fejlődés és alapvetően a globalizáció negatív hatásait figyelembe véve az 1970-es évektől kezdve egyre aktívabban kezdett fókuszálni arra a kérdésre, hogy a természeti erőforrások jelenlegi mértékű kiaknázásának gátat kell szabni, mivel az nem csak a jelen generációk számára kockázatos, hanem a jövő nemzedékek létfeltételeit alapjaiban veszélyezteti. Napjainkban az energiateljesítés, az ipari termelés, az egyes környezeti elemek szennyezése, illetve a jelenlegi társadalmi berendezkedésünk egyik alapvető vonása, a pazarló fogyasztás egyre növekvő méreteket ölt és e tendenciára a jog eszközeivel is válaszolni kell. Ennek egyik alapvető eleme, hogy a jogrendszer alapjának tekinthető norma, azaz maga az alaptörvény tartalmazza rendelkezést arra nézve, hogy az állam a jövő generációk iránti felelősségével tisztában lévén, arra tekintettel kívánja a környezeti védelmi politikáját kialakítani.

Sokak által vitatott, hogy a jövő generációk esetén érdemes-e egyáltalán jogokról beszélni, tekintettel arra, hogy itt egy olyan egzakt módon meg nem határozható személyi körrel van szó, amelynek igényei nem fogalmazhatók meg, illetőleg ez a személyi kör nem volna képes a jogaival élni. Elvi alapon kifogásoljuk e nézet szűkkeblűségét, azt, hogy a jövő nemzedékek érdekében egyelőre nem hajlandó olyan jogi absztrakciókat tenni, mint például amikor egy gazdasági vagy szociális érdekcsoport, termelőtevékenység vagy akár csak egy jelentősebb pénzösszeg jogi személyiségét elismeri és ezzel jogok és kötelezettségek alanyává teszi. Nézetünk szerint a jövő generációknak vannak olyan, már ma egyértelműen felismerhető alapvető igényeik, melyek a létfeltételük biztosításához egyértelműen szükségesek, illetőleg jogi, intézményi képviselőik a jogosultságaik érvényesítésére minden további nélkül biztosítható. A jogi szabályozásnak tehát most kell biztosítani azt a védelmet, mely szükséges ahhoz, hogy a környezeti elemek, illetve egészében véve a környezet a maga komplexitásával a jövő generációk számára is megfelelő minőségben legyen használható. Társadalmi szinten ezt jelenti a megelőzés elvének érvényesítése.

Ugyane kérdésre más oldalról világíthatunk rá az emberiség fogalmának segítségével. Az AB egyik határozata indoklásában kifejtette,<sup>5</sup> hogy az egészséges környezethez való jog voltaképpen az emberiségnek és a természetnek az élethez való jogaként is értelmezhető. Az emberiség fogalma azonban a jelen generációk mellett magában foglalja a múlt és a jövő generációkat is. A múlt generációk jogainak kérdése elterelne ezen írás fősodrától, az azonban könnyen belátható, hogy az emberiség élete éppen az egymást követő nem-

<sup>5</sup> 1994/28. (V. 20.) AB.

zedékek adta folyamatosság fennmaradásaként értelmezhető. Ha tehát nemcsak az egyes embernek, hanem az emberiségnek is joga van az élethez, akkor az jövő generációknak is joguk van az életet lehetővé tévő körülményekhez.

Ezzel együtt, a jövő nemzedékek jogainak kérdésében megfelelő kompromisszumos megoldásnak tekintjük azt, hogyha az alkotmány a jövő nemzedékek jogairól nem, csak érdekeiről szól és annak megfelelő intézményi képviselétéről, illetőleg a jogrendszerbe való integrálásáról gondoskodik. Egy korszerű alkotmánynak tehát szükségképpen tartalmaznia kell minimálisan a jövő generációk érdekeire való utalást.

### **A jövő nemzedékek érdekeinek védelme a nemzeti vagyon kezelése során és a közpénzügyekben**

Az alkotmányozó hatalom célja véleményünk szerint azon követelmény alkotmányos szintű említése, miszerint a közszükségleteket a jövő generációk érdekeire tekintettel kell kielégíteni. Ehhez azonban elengedhetetlen, hogy környezeti értékeink és természeti erőforrásaink a nemzeti vagyon részét képezzék. Szükségesnek láttuk ezért annak megfogalmazását a szövegben, hogy az állam kötelessége a stratégiai fontosságú környezeti értékeinket magában foglaló nemzeti vagyonnal való felelősségteljes gazdálkodás. Javasoltuk tehát annak kimondását, hogy „Az állam köteles a nemzeti vagyonnal a jövő nemzedékek érdekeit biztosítva gazdálkodni.”

Felhívtuk továbbá a figyelmet arra, hogy a vegyes tulajdonú közjavaktól meg kell különböztetni az állam tulajdonában lévő azon vagyontárgyakat, amelyek a fenntartható fejlődés és a jövő nemzedékek életlehetőségeinek szempontjából kulcsfontosságúak, és emiatt a kizárólagos állami tulajdoni körben való megtartásuk elengedhetetlen. Az állami tulajdonnak ezt a részét nevezhetjük ünnepelesebb kifejezéssel nemzeti vagyonnak.

Aláhúztuk annak szükségességét, hogy a nemzeti vagyon kérdését az új alkotmányban rendezni kell, és ehhez kapcsolódva át kell gondolni a nemzeti vagyon körébe tartozó vagyonelemek körét. E vagyonelemek meghatározásánál kiemelt figyelmet kell fordítani a jövő generációk igényeinek kielégítését szolgáló környezeti értékekre. Példaként említhető a nemzeti vízkészlet, a termőföldvagyon vagy a genetikai sokféleség megőrzése. Ezek olyan nemzeti stratégiai kérdések, amelyek alapvetően befolyásolják a jelen és a jövő nemzedékek életfeltételeit és környezetét, elengedhetetlen tehát, hogy az e feladatokat biztosító vagyon megőrzését az állam garantálja. Ellenkező esetben nem biztosítottak a jövő nemzedékek érdekeinek védelmét jelentő garanciák.

Az államnak alkotmányos kötelezettsége tehát a nemzeti vagyon védelme, az pedig, hogy e védelem milyen eszközökkel biztosítható a leghatékonyabban, az alkotmányozó hatalom döntését igényli. Ilyen eszköz lehet például

a nemzeti vagyon meghatározott elemeivel való rendelkezés alkotmányos szintű korlátozása vagy akár tilalma (pl. elidegenítésének tilalma). A korlátozás megvalósítható oly módon, hogy a jogalkotó a nemzeti vagyon védelmét, az azzal való felelősségteljes gazdálkodást alkotmányos szinten deklarálja, az alkotmányos szabályok részleteit pedig törvényi szinten rendezi és annak megváltoztatását minősített többségű jogalkotói döntéshez köti. Így garantálható véleményünk szerint, hogy az állam vagyonának azon elemeivel, melyek forgalomképessége az állami feladatok ellátásához szükséges, illetve a jelen és jövő generációk érdekeit nem csorbítja, szabadon rendelkezhessen, azon vagyonelemek védelmét azonban, melyek az említetteknek megfelelően stratégiai fontosságúak, jogalkotói garanciákkal biztosíthatja.

Egyetértettünk továbbá a Közpénzügyek munkacsoport részkonceptiójával is, amely szerint „A közszükségletek kielégítése nem csökkentheti a jövő generációk képességét arra, hogy ki tudják elégíteni saját szükségleteiket. Egyetlen generáció sem hagyhat a következő generációkra több adósságot, mint amit ő maga megörökölt. Az állam adóssága nem nőhet jobban, mint az infláció (fenntarthatóság elve).”

### **Egyes környezetvédelmi alapelvek szerepeltetése az alkotmányszövegben**

A környezetjogi alapelvek, mint például az integráció, a megelőzés, a szennyező fizet vagy az elővigyázatosság elve, a jogrendszer többi alapelvehez hasonlóan elsősorban azzal a céllal szerepelnek a környezetvédelmi szabályozásban nemzetközi, regionális és nemzeti szinten, hogy a jogalkotást, illetve a jogértelmezést orientálják, a hatályos szabályozást kiegészítsék minden olyan kérdésben, ahol a tételes előírások alkalmazása önmagában nem ad a védendő értékek, ezen esetben a környezetvédelem szempontjából adekvát megoldást a jogalkalmazás számára. Tekintettel a környezetvédelem jogrendszeren átható jellegére, amit a jogtudomány az integráció elvében fogalmaz meg, ezen alapelvek szerepeltetése az egyes környezetvédelmi szakjogszabályokban nem elegendő, a megszámlálhatatlan egyéb közigazgatási jogszabályban pedig nem megoldható. Ezért gondoltuk úgy, hogy az egész jogrendszerre érvényes alapvető környezetvédelmi elvek megfogalmazásának az Alkotmányban volna helye. Két alapelvvel szeretnénk egy kicsit részletesebben foglalkozni, az említett integráció elvével, aminek alapvető jelentőséget tulajdonítunk, illetőleg a közösségi részvétel elvével, amely már bizonyos részeiben a hatályos alkotmányban is szerepelt.

### Az integráció elvének jelentősége

Az elv célja, hogy a környezeti érdekeket a döntéshozó kellő relevanciával vegye figyelembe és mérlegelje a környezeti és egyéb érdekek konfliktusa esetén. Az elv tehát egyrészt figyelembevételi, másrészt mérlegelési kötelezettséget jelent a jogalkotói és jogalkalmazói döntések meghozatalával kapcsolatosan a környezet védelme szempontjából releváns (rokon területi) jogágakban. Az integráció elve tehát nem törekszik arra, hogy minden esetben a környezeti érdekek feltétlen prioritását biztosítsa, de arra igen, hogy azokat a döntéshozó valamennyi esetben vegye figyelembe. Ennek megvalósítására a gyakorlatban több jogintézmény szerepel az ágazati környezetvédelmi jogszabályokban. Így megemlíthetők a különféle környezeti hatásvizsgálatok, de ezt támasztja alá a környezetvédelmi törvény alapjogszabályi jellege, nevezetesen az a rendelkezése (3. §), ami szerint a többi ágazati jogszabályt annak figyelembevételével kell alkalmazni.

A jogalkalmazói gyakorlatban azonban ezen elv tényleges érvényesülése sok esetben elmarad. A környezetvédelmi joganyagot és magát a környezetvédelmi kódexet is csupán ágazati szemlélettel alkalmazzák, azaz annak eredeti megalkotási célját figyelmen kívül hagyva e törvényt, illetve eleve a környezetvédelmi szabályokat az egyéb ágazatok döntéseinek meghozatalakor nem veszik figyelembe. Részben emiatt, részben pedig azért szükséges e szabály szerepeltetése az új alkotmányban, mert így a jogalkotó ágazatok feletti szinten, az alacsonyabb szintű jogforrások számára kötelező jelleggel teszi le voksát azon cél mellett, hogy a jövő nemzedékek érdekeit minden döntés előtt magas szinten figyelembe kell venni.

Az integráció elvét említi az Európai Unió működéséről szóló szerződés 11. Cikke, kimondva, hogy „a környezetvédelmi követelményeket – különösen a fenntartható fejlődés előmozdítására tekintettel – be kell illeszteni az uniós politikák és tevékenységek meghatározásába és végrehajtásába.” Hasonló rendelkezést tartalmaz ugyanakkor az Európai Unió Alapjogi Chartája, melynek 37. Cikke kimondja, hogy: „A magas szintű környezetvédelmet és a környezet minőségének javítását be kell építeni az uniós politikákba és a fenntartható fejlődés elvével összhangban biztosítani kell megvalósulásukat.” Mindezekre figyelemmel javasoltuk az Alkotmány-előkészítő eseti bizottságnak a következő normaszöveget: „Az egyes ágazati döntések meghozatalakor az egészséges környezethez való jogra figyelemmel kell lenni.”



## A közösségi részvétel elve

Az új alkotmány kidolgozásának kezdetén javasoltuk, hogy az egészséges környezethez való jog egyik legfontosabb eljárási garanciája, a környezet védelmét és alakulását érintő állami döntésekben való részvétel valamilyen formában szerepeljen a szövegben. A közösségi részvétel részjogosultságai a környezeti és egyben közérdekű információkhoz való hozzáférés joga, a döntéshozatalban való részvétel és a jogorvoslathoz való jog. Az említett jogok közül kettő, azaz a közérdekű adatok megismerésének joga és a jogorvoslati jog általános megfogalmazásban már régebb óta szerepelnek az alkotmányokban, itthon és külföldön egyaránt. A korábbi alkotmány 61. §-a szerint mindenkinek joga van a véleménynyilvánítás és a szólás szabadságához, valamint ahhoz, hogy a közérdekű adatokat megismerje és terjessze. A második jogosultság pedig az Alkotmány 57. §-án alapult, melynek (5) bekezdése kimondja, hogy: „A Magyar Köztársaságban a törvényben meghatározottak szerint mindenki jogorvoslattal élhet az olyan bírósági, közigazgatási vagy más hatósági döntés ellen, mely jogát vagy jogos érdekét sérti.”

A környezetvédelmi ügyekben való részvételi jog, a környezeti demokrácia érvényesítése ugyanakkor az Aarhusi Egyezmény megszövegezése óta egy olyan rendszert képez, amely elégségesen nem képezhető le néhány részjogosultvány általános megfogalmazásával. A közösségi részvétel három pillérét, az információs, döntéshozatali és jogorvoslati jogokat egymásra tekintettel, egymással összefüggésben kell szabályozni és ezt már az alkotmányoknak is szükséges megtennie valamely gyűjtőfogalom felhasználásával.

## Az egészséges környezethez való jog és a jövő nemzedékek érdekeinek védelme az alkotmányban, rendszerszerű megközelítésben

Az alkotmány hosszabb távra meghatározza egy államberendezkedés alapértékeit – a jövő nemzedékek sorsa tehát per definitionem az alkotmányba tartozó kérdés. A huszadik század végére azonban, először az emberiség történetében, a jövő nemzedékek alapvető létfeltételei (az elviselhető klíma, az egészséges és elégséges táplálék, a nyersanyagok és az édesvíz) és mindezzel együtt a zsidó-keresztény kultúrára épülő nyugat-európai civilizáció tovább élése is veszélybe került. Nem egyfajta környezeti katasztrófával kell szembenéznünk, hanem katasztrófák egymást átszövő, felerősítő rendszerével.<sup>6</sup> A jövő

<sup>6</sup> Lásd pl. European Environment Agency (2010): The European Environment. Koppenhága; Rockström et al. (2009): A safe operating space for humanity. *Nature* 461, 472–475 (2009. szeptember 24.).

nemzedékekről való gondoskodást tehát egy 2011-ben elfogadott alkotmány-nak szintén rendszerszerűen kell megfogalmaznia, hogy az az állami, társadal-mi cselekvés hatékony vezérfonala lehessen egy ilyen összetett reakciót kívánó helyzetben.

Az utóbbi másfél évtizedben elfogadott európai alkotmányokban már jelen volt a jövő nemzedékekkel szemben vállalt felelősség általános eszméje,<sup>7</sup> és szintén jelen volt az erre szolgáló feltételek két nagy csoportja is: az alapvető természeti erőforrások feletti társadalmi kontroll megerősítése,<sup>8</sup> valamint a környezet védelmének állami, intézményi garanciái.<sup>10</sup> Ezeket az elemeket azonban tudomásunk szerint mind a mai napig egyetlen alkotmány sem ren-delte egymás mellé. A magyar alkotmányozás idejére megérett a helyzet arra, hogy a jövő nemzedékek érdekeinek hosszú távú védelme alapvető struktu-rális és eljárási rendelkezésekkel legyen alátámasztható.

Ezzel Magyarország példát mutathat a nemzetközi közösségeknek, ami an-nál is inkább lehetséges, mert a környezetvédelmi jogokkal kapcsolatos intéz-ményi és alkotmányjogi biztosítékok terén hazánk az elmúlt másfél évtized-ben sok tekintetben már példaként szolgált a világ többi országa számára. Az Országos Környezetvédelmi Tanács, a jövő nemzedékek országgyűlési bizto-sa és a Nemzeti Fenntartható Fejlődés Tanácsa megalakításával és sikeres mű-ködtetésével az új évezred első évtizedében környezetvédelmi problémák modern, rendszerszerű, hálózatos kezelését mutattuk be. Ezeket az intézmé-nyeket mintaként kezelik a jelenleg folyó brit, francia, német intézmény-fejlesztési folyamatokban, sőt európai uniós szinten is. A magyar Alkotmány-bírószám több környezetvédelmi tárgyú határozatát, legelsősorban a non re-trogression elvet kimondó 1994/28. (V. 20.) AB sz. alaphatározatát pedig a nemzetközi szakmai közvélemény széles körben és nagy tisztelettel hivatkozza.

Az eddigi hazai és nemzetközi alkotmányozási tapasztalatokból három olyan fogalompar rajzolódik ki, amelyek mindegyikének szerepelnie kell egy alkotmányban, amelyek a környezeti jogok rendszerének felvázolását tűzi ki célul:

<sup>7</sup> Pl. Andorra, Lengyelország, Németország, Norvégia, Olaszország, Oroszország, Svájc.

<sup>8</sup> Forrás: FODOR L.: *Környezetvédelem az alkotmányban*. Budapest: Gondolat, 2006, illetve JÖRG TREM-MEL: How can future generations be protected by changing constitutions? In *Do we owe them a future?* Bu-dapest: Védegylet, 2006.

<sup>9</sup> Pl. a környezetvédelem, mint a tulajdonjog feletti korlát megfogalmazása révén a következő orszá-gokban: Belorusszia, Csehország, Görögország, Horvátország, Málta, Oroszország, Románia, Svájc, Szlo-vákia, Szlovénia, Ukrajna vagy egyes természeti erőforrások kiemelt, általában nemzeti vagyonként törté-nő védelme: Andorra, Ausztria, Bulgária, Csehország, Észtország, Görögország, Horvátország, Litvánia, Olaszország, Oroszország, Portugália, Románia, Svájc, Szlovákia.

<sup>10</sup> Pl. a környezetvédelem állami feladat vagy államcélként történő megfogalmazásával: Ausztria, Bulgá-ria, Csehország, Görögország, Hollandia, Lengyelország, Litvánia, Málta, Németország, Olaszország, Por-tugália, Spanyolország, Svédország, Szlovénia vagy önállósult részjogok, pl. a környezeti információhoz való jog, vagy a közösségi részvétel támogatása formájában: Belgium, Csehország, Lengyelország, Norvég-ia, Oroszország, Szlovákia, Ukrajna, Finnország, Szerbia és Montenegró.

- az alapjogok (egyéni és csoport szinten egyaránt) és az *állam* feladatai, illetve az államcélok egyaránt nélkülözhetetlenek, egymást kiegészítő és feltételező együttest alkotnak;<sup>11</sup>
- az egészséges környezethez fűződő *jogok és kötelezettségek* egyaránt jelennek meg minden szereplői körnél, különösen a tulajdonhoz fűződő jogokkal kapcsolatosan;
- az egyéni és állami jogok és kötelezettségek egysége mind a *jelen*, mind pedig a *jövő* nemzedékekre értelmezhető kell legyen: a jövő nemzedékek igényeit nem lehet és nem is szabad a jelen nemzedékeknek meghatározni, választási lehetőségeket kell hagyni a következő generációknak azáltal, hogy az alapvető erőforrásokból (termőföld, egészséges édesvizek, vadon élő/termő és mezőgazdasági genetikai örökség, nyersanyagok stb.) megfelelő mennyiséget hagyunk számukra, illetve a környezeti ártalmakkal nem tesszük lehetővé életfeltételeiket.

A fentebb vázolt rendszert az emberi és állampolgári jogok többi alrendszerével való ütközés feloldásának alapvető szabályai, azok között elsősorban az élethez, az egészséges környezethez, a jövő nemzedékek érdekeihez, valamint a környezet önértékéhez is fűződő jogosultságok primátusának kimondása, a legfontosabb alapelvek (a visszalépés tilalma, az integráció elve, az elővigyázatosság elve, a szennyező fizet elve, valamint a közösségi részvétel elve) kimondása, valamint alapvető definíciós egységek, a nemzet (a jelen és a jövő generációk folyama és együttese), illetőleg a nemzeti vagyon (a jelen és jövő generációk életfeltételeit biztosító alapfeltételek, mint az egészséges ivóvíz, a termőföld és a genetikai sokféleség, immateriális értékek stb.) kell, hogy teljesebbé tegyék.

### **Az Alaptörvény egészséges környezethez való joggal és a jövő nemzedékek érdekeinek védelmével kapcsolatos rendelkezéseinek az értékelése**

A JNO több mint 8 hónapos kutató-elemző munkája, az azon alapuló javaslatok megfogalmazása és képviselése – nagyrészt – eredményesnek bizonyult. Az Alaptörvény 2011. április 25-én kihirdetett szövege számos általunk megfogalmazott követelménynek eleget tesz, javaslatainkkal hozzájárultunk tehát az új alkotmány jövő nemzedékekre vonatkozó tartalmának alakításában.

<sup>11</sup> Bizonyos környezeti elemek és problémák megfelelő kezelésére nézve az egyéni vagy civil szervezettől eredő kezdeményezések (tipikusan pl. a zaj és a levegőtisztaság), másokra pedig az állami intézkedések (pl. a klíma vagy a hulladékkezelés) jelenthetnek garanciát.

Az Alaptörvény rendelkezései által a legmagasabb szintre emelkedett a jövő nemzedékek érdekeinek védelme. Egyedülálló módon emelkedik ki ezen alkotmányos érték a más hasonló alkotmányos értékek közül, a jövő nemzedékekre vonatkozó passzusok az Alaptörvény egészen végigvonulnak – jelezvén, hogy minden téren hangsúlyosan kell ezen érdekeket érvényre juttatni. Az Alaptörvény jogi, sőt erkölcsi felelősséget ró az államra és a társadalom egészére annak érdekében, hogy a jelen generációk saját igényeik korlátozásával, minden lehetséges eszközzel óvják meg a jövő nemzedékek életfeltételeit. Mindennek kimondása azonban önmagában kevés, a tényleges érvényesítés nélkülözhetetlen.

Az Alaptörvényből háramló felelősséget és kötelezettségeket ezért egy külön állásfoglalásban foglaltuk össze annak érdekében, hogy az Alaptörvény betűi ne maradhassanak meg egyfajta alkotmányos szándéknyilatkozatnak, hanem azokat a legteljesebb mértékben érvényesítsék a kormányzati és más döntéshozatalok során.

A JNO állásfoglalásban rendkívüli fontosságúnak ítéltük, hogy a jogrendszer alapjának tekinthető norma, azaz maga az Alaptörvény fogalmazta meg az állam elkötelezettségét, hogy a környezet védelmét szem előtt tartva és a jövő generációk iránti felelősségtől áthatva kívánja társadalmi politikáját és fejlődését alakítani.

Lényegében a JNO megelőző fél évben végzett munkájának megfelelően az Alaptörvény környezetvédelmi rendelkezései is két részre oszthatók. Egyfelől új szabályozási elemként az egész államszervezetre és jogrendszerre nézve kötelező erővel szabályozza a természeti erőforrások védelmét a jövő nemzedékek érdekeire tekintettel, másfelől pedig az Alaptörvény természetes módon a hagyományos alapjogi gondolkodásnak is eleget tesz, amikor elismeri az egészséges környezethez való jogot és rögzíti az e jog biztosításához elengedhetetlenül szükséges állami kötelezettségeket. Általánosságban megállapítható, hogy az Alaptörvény kiterjeszti és tovább erősíti a hazai környezetvédelmi jog alkotmányos alapjait, és jogi értelemben is magasabb szintre emeli a jövő nemzedékek iránti felelősséget.

Az első témakörben három fejezetbe tartozó rendelkezést kell figyelembe vennünk. A Nemzeti Hitvallás elején, 8. felhívásként az Alaptörvény leszögezi, hogy Magyarország államszervezetét a fenntartható fejlődés eredeti értelemben vett elve mentén kell alakítani és működtetni: „Vállaljuk, hogy örökségünket, (...) a Kárpát-medence természet adta és ember alkotta értékeit ápoljuk és megóvjuk. Felelősséget viselünk utódainkért, ezért anyagi, szellemi és természeti erőforrásaink gondos használatával védelmezzük az utánunk jövő nemzedékek életfeltételeit.”

Az Alapvetés P) cikke fogalmazza meg a természeti erőforrásaink védelmét, nevesítve a legfontosabbakat. A P) cikk nemcsak a magyar környezetvédelmi jognak, hanem jogrendszerünk összes, a környezetvédelem és nem-

zedékek közötti igazságosság szempontjából releváns jogszabályainak tartalmát meg kell hogy határozza egységes iránymutatásként: „A természeti erőforrások, különösen a termőföld, az erdők és a vízkészlet, a biológiai sokféleség, különösen a honos növény- és állatfajok, valamint a kulturális értékek a nemzet közös örökségét képezik, amelynek védelme, fenntartása és a jövő nemzedékek számára való megőrzése az állam és mindenki kötelessége.”

Az Alaptörvény a Közpénzek c. fejezet 38. cikk (1) bekezdésében szintén előremutatóan szabályoz, amikor a jelen nemzedékek szükségleteinek kielégítését a fenntartható fejlődés definíciójának megfelelően egyensúlyba hozza a jövő nemzedékek érdekeinek a figyelembevételével: „Az állam és a helyi önkormányzatok tulajdona nemzeti vagyon. A nemzeti vagyon kezelésének és védelmének célja a közérdek szolgálata, a közös szükségletek kielégítése és a természeti erőforrások megóvása, valamint a jövő nemzedékek szükségleteinek figyelembevétele. A nemzeti vagyon megőrzésének, védelmének és a nemzeti vagyonnal való felelős gazdálkodásnak a követelményeit sarkalatos törvény határozza meg.”

Az Alaptörvény környezetvédelmi rendelkezéseinek másik csoportja az alapjogok körében található. A hatályos Alkotmányhoz hasonlóan az Alaptörvény elismeri az egészséghez való jogot, továbbá megfogalmazza az egészséghez való jog biztosításának garanciáit, egyéb rendelkezések mellett, az állam környezetvédelmi felelősségét is. A genetikailag módosított élőlények mezőgazdasági alkalmazásának világos, egyértelmű tilalmával – az elővigyázatosság elvének megfelelően – a magyar alkotmányozó kifejezi, hogy nem kívánja az országot és a lakosságot kísérleti teleppé változtatni, különös tekintettel arra, hogy e kísérletek eredményei adott esetben csak évtizedek múltán válnának ismertté. A XX. cikk szerint: „(1) Mindenkinek joga van a testi és lelki egészséghez. (2) Az (1) bekezdés szerinti jog érvényesülését Magyarország genetikailag módosított élőlényektől mentes mezőgazdasággal, az egészséges élelmiszerekhez és az ivóvízhez való hozzáférés biztosításával, a munkavédelem és az egészségügyi ellátás megszervezésével, a sportolás és a rendszeres testedzés támogatásával, valamint a környezet védelmének biztosításával segíti elő.”

Az Alaptörvénybe bekerült a hatályos Alkotmányban is szereplő egészséges környezethez való jog megfogalmazása, ami az állampolgárok egészséges környezethez fűződő alanyi jogának elismerését is jelenti, továbbá az állam ún. intézményvédelmi kötelezettségét ezen jog biztosítására. Kibővül viszont ez a megfogalmazás a korábbiakhoz képest a szennyező fizet elvének egyik elemével, továbbá a minden fajtájú (szilárd, folyékony, veszélyes, nukleáris stb.) hulladékelhelyezés céljából történő importjának a tilalmával. A XXI. cikk szerint: „(1) Magyarország elismeri és érvényesíti mindenki jogát az egészséges környezethez. (2) Aki a környezetben kárt okoz, köteles azt – törvényben meghatározottak szerint – helyreállítani vagy a helyreállítás költségét viselni.

(3) Elhelyezés céljából tilos Magyarország területére szennyező hulladékot behozni.”

E jogosultságok alkalmazása során fontos figyelembe vennünk az Alaptörvényből az egyes alapjogok korlátozásának és más alapjogokkal való összehangolásának az Alkotmánybíróság által kimunkált és az Alaptörvény I. cikk (3) bekezdésébe beültetett szabályait: „Az alapvető jogokra és kötelezettségekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg. Alapvető jog más alapvető jog érvényesülése vagy valamely alkotmányos érték védelme érdekében, a feltétlenül szükséges mértékben, az elérni kívánt céllal arányosan, az alapvető jog lényeges tartalmának tiszteletben tartásával korlátozható.”

Végül felhívjuk a figyelmet arra, hogy az egészséges környezet és a generációk közötti igazságosság szabályainak az Alaptörvény nemzetközi dimenziót is ad a Q cikk (1) bekezdésében: „Magyarország a béke és a biztonság megteremtése és megőrzése, valamint az emberiség fenntartható fejlődése érdekében együttműködésre törekszik a világ valamennyi népével és országával.”

Álláspontunk szerint az Alaptörvény biztosítja az elmúlt húsz év környezetvédelmi jogértelmezésének folytonosságát, annak alapjai fenntartásával, legelsősorban is az egészséges környezethez való jog kimondásával és megerősítésével. Ez az Alkotmánybíróság és az ombudsmanok teljes joggyakorlatának, illetve az egészséges környezethez való jog kimunkált tartalmának, az azt megtöltő elveknek és követelményeknek a megőrzését jelenti elsősorban. Ez ad lehetőséget többek között arra is, hogy valamennyi környezetjogi alapelv (megelőzés, elővigyázatosság, integráció stb.) változatlan tartalommal érvényes maradjon, sőt a szennyező fizet elvének egyik „részszabálya” külön is alkotmányi szintre emelkedett (ezzel óhatatlanul is erősítve az egyéb alapelvek jelentőségét is). Az alapjog elismerése – és így voltaképpen megerősítése – egyúttal az alanyi jogi jogosultságok megerősítését is jelentik. Bár kifejezetten nem szerepel az Alaptörvényben a társadalmi részvétel, illetve annak részjogosítványainak rögzítése, azok a mindenkit megillető alapjogból, más alapjogokkal összhangban továbbra is levezethetők.

Az Alaptörvény ugyanakkor nem csupán a korábbi értékeket és alkotmányos eredményeket őrizte meg, hanem több tekintetben további érdemi eredményeket tartalmaz, illetve előremutató rendelkezéseivel lehetőséget teremt a tényleges előremozduláshoz, fejlődéshez. A szükségességi arányossági teszt Alaptörvénybe emelésével tulajdonképpen a visszalépés tilalmának az AB által kidolgozott elve is megfogalmazást nyert. Az Alaptörvény a jövő nemzedékek érdekei védelmének többszöri megfogalmazásával, a közös felelősség hangsúlyozásával, a nemzet közös öröksége és a nemzeti vagyon védelmével, a génmódosított szervezetek mezőgazdasági alkalmazásának tilalmával és az egészséges élelmiszerek kivánalmával összességében a fenntartható fejlődés követelményét jeleníti meg alkotmányos szinten.

Az Alaptörvény kiterjeszti a fenntarthatóság és a jövő nemzedékek védelme szempontjait Magyarország költségvetési gazdálkodására és külpolitikájára is. Az Alaptörvény által képviselt, átfogó előrelépés számos olyan ajánlás végrehajtásához teremt egyértelmű és kötelező alkotmányi alapot, amelyet a JNO korábban állásfoglalásaiban az Országgyűlés és a nyilvánosság elé tárt. Egészében véve, úgy érezzük, hogy a JNO-nak az Alaptörvény elfogadását megelőző mintegy féléves intenzív munkája sokoldalúan hasznosult az alkotmányos szövegben.

Felhívtuk ugyanakkor a figyelmet arra, hogy a jogalkotási munka még nem ért véget. Az új alkotmányos rendelkezések alapján kell gondoskodni arról, hogy az Alaptörvény egészséges környezethez való joggal és a jövő nemzedékek érdekeinek védelmével kapcsolatos iránymutatása szervesen beépüljön a másodlagos joganyagba, az állami intézményrendszer eszközei és keretei ennek megfelelően bővüljenek, javuljanak, s így összességében megtörténjék a tényleges előrelépés. Az Alaptörvényből egyenesen következik a kötelezettség a hazai természetvédelmi, vízvédelmi, környezetvédelmi, talajvédelmi, építésügyi és közegészségügyi stb. hatósági intézményrendszer megerősítésére, a munkájukat támogató tudományos monitoring és alapkutatóbiztosításra is.

Magyarországon a környezetromboló és fenntarthatatlan életmódot, hozzáállást és gazdasági gyakorlatot támogató kulturális, gazdasági és jogi szabályozókat és kereteket sürgősen és határozottan le kell építeni, át kell alakítani. Az Alaptörvény megteremtette ehhez a szilárd kereteket, ugyanakkor a végrehajtás elképzelhetetlen a következetes további jogalkotási tevékenység, a társadalom együttműködésének biztosítása, a környezetvédelmi oktatás és média, valamint az állami szervezetrendszer környezetvédelmi elemeinek megerősítése nélkül.

### **Gondolatok a jövő nemzedékek érdekeinek intézményes képviseletéről**

Az ombudsman intézményének, eszméjének fejlődése megfelelően igazodott a történelmi, jogfejlődési és környezeti, környezetvédelmi folyamatokhoz. 2007-ben az Országgyűlést alkotó politikai erők egyöntetűen ismerték fel annak jelentőségét, hogy a társadalom mind jelentősebb részét közvetlenül is érintik a környezeti problémák, s az ország fenntartható fejlődésének biztosítása igényli egy új ombudsmani intézmény létrehozatalát.

A jövő nemzedékek országgyűlési biztosáról szóló törvény elfogadásával korábban és más országokban nem ismert módon kiteljesedett az egészséges környezethez való jog alkotmányos védelme, a jövő nemzedékekért vállalt felelősség. Az intézmény létjogosultságát a nemzetközi tendenciák is alátámasztják, hiszen számos ország, nemzetközi szervezet, sőt az ENSZ is mintaként tekint a megoldásra.

A környezeti kihívások és problémák egyre súlyosabbak, a globális ökológiai összeomlás egyre fenyegetőbb. Ugyanakkor hazánk igen gazdag a válság elkerülésében, mérséklésében alapvető fontosságú vízben, termőföldben, biológiai sokféleségben, genetikai állományban. Egyedül ezeket megőrizve lehet biztosítani a jövőt.

A jövő nemzedékek biztosának funkciójában, feladatában mindegyre tekintettel nem a közigazgatás, vagyis a hatósági tevékenység feletti törvényességi ellenőrzésnek kell dominálnia. Lényegesen fontosabb a jövő nemzedékek érdekeinek, szempontjainak megjelentetése és képviselése, fenntartható irányok megfogalmazása az egyes – általános és egyedi – döntések, tervek, koncepciók megalkotásában, tevékenységek végzésében.

Ennek megfelelően nem pusztán egyedi panaszok elbírálására hivatott a jövő nemzedékek érdekeinek képviselője, hanem lényegesen többre: a panaszok nyomán általában jogosult és köteles a jogi szabályozási környezet véleményezésére és fejlesztésére, átfogó, ügyeken túlmutató vizsgálatára, a rendszerszintű hibák és hiányosságok feltárására. Nem elégedhet meg ugyanakkor pusztán a jogrendszer, a jogi szabályozás és jogalkalmazás vizsgálatával, befolyásolásával. A környezet, a világ és hazánk állapotára vonatkozóan a tudomány rendelkezik ismeretekkel. A tudományos eredményeket a környezetpolitikai döntésekben kell érvényre juttatni, majd ezek alapulvételével szükséges a jogi szabályozást, és végül a jogalkalmazást alakítani.

A jövő nemzedékek érdekeinek képviselése mindebből következően magában kell foglalja az ökológiai rendszerekre, törvényszerűségekre is kiterjedő vizsgálatok és kutatások végzését, a tudományos eredmények feltárását és elemzését, mindennek alapján a hazai és nemzetközi környezetpolitika befolyásolását, majd eredményeinek érvényre juttatását a jogalkotásban. Nélkülözhetetlen továbbá a jövőre irányuló megoldási javaslatok megfogalmazása és a szemléletformálás, a felelős környezeti magatartás hangsúlyozása.

Az egyedi ügyek hibáinak, visszasságainak feltárása önmagában nem jelent megoldást, ha maga a rendszerprobléma, tipikusan a téves helyzetértékelés, tisztázatlan koncepcionális, stratégiai kérdések, helytelen jogi szabályozás, téves hatósági gyakorlat, illetve az igazgatás ágazati vagy területi szintjeinek összehangolatlansága változatlanul maradnak. Ezek megfelelő kezelése nélkül – akár tömegesen, illetve igen súlyos ökológiai, társadalmi károk bekövetkezésével – megismétlődhetnek az egyedi visszasságok. Ha ellenben hatékony, a megelőzést szolgáló jogszabályok és stratégia születik, a különböző ágazati és területi érdekeket egy össztársadalmi cél érdekében együttműködve összehangolják, látványos javulás érhető el az egész ország környezetállapotában és így lakosságának közérzetében. Ennek felismerésével mindenkor az adott ügyön túltekintve, magasabb szintű, általános jogalkotási és környezetpolitikai megoldások sürgetése a feladat.



Néhány példát említve: a jövő nemzedékek képviselőjének alapvető feladata általában a környezeti fenntarthatóságot segítő jogszabályi rendelkezések érvényesülésének figyelemmel kísérése, értékelése és ellenőrzése. Hangsúlyos szerepet szán a törvény a jogalkotás befolyásolására, hiszen külön is nevesíti a jogszabályok véleményezési jogát, a fenntartható fejlődés megjelentése érdekében külön említi a helyi önkormányzatok terveinek véleményezését. A perbeli részvételi jogosultság biztosításával a jogalkotó ezen kívül a közérdekű igényérvényesítés kívánalmát teremti meg, amely az egészséges környezethez való alapjogi szemléletnek a bírósági gyakorlatban történő megjelenítését segíti elő.

A természeti értékek az élet feltételét, az élet alapjait jelentik, ezen javak végesek, elpusztulásuk jóvátehetetlen és visszafordíthatatlan. A tiszta ivóvíz, a termőföldek, az egészséges levegő, a természetes klíma, valamint az élőlények és azok társulásai stb. különlegesen becsben tartandó értékek, melyek különleges védelmet igényelnek. Ezek pusztulása, fogyatkozása miatt ugyanakkor a legkritikább esetben érkezik panasz az ombudsmani hivatalhoz, hiszen az állampolgárok a *számukra* zavaró hatások miatt kérik az ombudsman segítségét: tipikusan a zaj és levegőterhelés miatt. Látni kell ugyanakkor, hogy a panaszokkal közvetlenül nem érintett környezeti természeti elemek degradálódása lényegesen hátrányosabban érinti a jövő nemzedékek életesélyeit – ahogyan arra az Alaptörvény is felhívja a figyelmet.

A fentiekből több következtetés is levonható. Mindenekelőtt a jogi rendszervizsgálatok mellett, pontosabban azokkal egységben a *(humán)ökológiai, közgazdasági, természettudományi* stb. összefüggések vizsgálatára is szükség van. Semmiképpen nem elegendő továbbá pusztán a *környezetvédelmi* kérdéseket vizsgálni, sőt lényegesebbnek tűnnek a *fenntarthatósági szempontú* vizsgálatok és javaslatok. Továbbá az ombudsmani munka nem támaszkodhat egyedül, vagy főként a *panaszokra*, az Alaptörvény alapján fontosabbnak mutatkozik a *hivatalból indított vizsgálatok* lefolytatása.

Jóllehet az Alaptörvény folytán az ombudsmani rendszer egységes lett, és a jövő nemzedékek független ombudsmani képviselője megszűnt, a jövő nemzedékek érdekeinek védelme mégis lényegesen magasabb szintre emelkedett az Alaptörvény fentebb elemzett rendelkezései által.

Az alapvető jogok biztosáról szóló törvény számos szabályt, feladat- és hatáskört nem vett át a korábbi ombudsmani törvényből, azonban a jövő nemzedékek érdekeinek védelméhez szükséges széles feladat- és hatáskör, munkamódszer és látásmód kívánalma immár közvetlenül az Alaptörvényből ered.



**III.**  
**MAGÁNJOGI ÍRÁSOK**



CSEHI ZOLTÁN

## KETTŐS ÁLLAMPOLGÁRSÁG ÉS NÉMET NEMZETKÖZI MAGÁNJOG: ÚJ SZEMPONTOK ÉS ÚJ PRIORITÁSOK AZ ALAPJOGOK ÉRVÉNYESÜLÉSE ÉS AZ EURÓPAI JOG IRÁNYAIBÓL

### Előszó

Az állampolgárságnak közjogi és nemzetközi jogi vonatkozásai mellett napjainkban is kiemelt jelentősége van a magánjogon belül, különösen a nemzetközi magánjogon belül. Az Ünnepelet iránti tiszteletünk jeléül ezért választottunk olyan témát, amely nemzetközi jogi, közjogi és magánjogi kérdéseket egyaránt felvet, és ezen kérdések megválaszolása körében egyik jogágnak nevezett terület sem negligálhatja teljes egészében a másik szempontjait. Ez a jogszemlélet az, amely leginkább illik az Ünnepelet személyéhez és munkásságához. Az Ünnepelet jelentős szerepet játszott a Velencei Bizottság tagjaként a státustörvény<sup>1</sup> nemzetközi jogi értékelésében,<sup>2</sup> az állampolgárság újraértelmezése körében. A választott téma aktualitását mi sem bizonyítja jobban, hogy a kettős állampolgárság számos kérdést vet fel napjainkban is, az európai jog alkalmazásával összefüggésben<sup>3</sup> ugyanúgy (C-168/08),<sup>4</sup> mint a magyar állampolgársági törvény legutóbbi módosítása hatásaként.<sup>5</sup> Az állampolgársági jog ilyen irányú változása már évtizedekkel korábban megjelent Mexikó, Spanyolország, Finnország és Írország szabályozásában.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 2001. évi LXII. törvény.

<sup>2</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: What did the Venice Commission Actually Say? In KÁNTOR–MAJTÉNYI–IEDA–VÍZI–HALÁSZ (eds.): *The Hungarian Status Law: National Building and/or Minority Protection*. Sapporo, 2004, 365–370.

<sup>3</sup> JÜRGEN BASEDOW: Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union. *IPRax*, 2011, 109–116.

<sup>4</sup> Lásd ehhez WOLFGANG HAU: Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht. *IPRax*, 2010, 50. és skk.; JÖRG DILGER: EuEheVO: Identische Doppelstaater und forum patriae (Art. 3 Abs. 1 lit b). *IPRax*, 2010, 54. és skk.

<sup>5</sup> 2010. évi XLIV. törvény.

<sup>6</sup> RUTH DONNER: Dual Nationality in International Law. *Acta Juridica Hungarica Vol. 47*, 2006, 16.

## 1. Bevezetés

Mi az, amely egy embert legszorosabban köt egy állam jogrendszeréhez? Keresik, kutatják ezt a kérdést Savigny óta a jogászok. A Code civil Art. 3 3. bekezdése ebből a szempontból mérföldkőnek számít: „*Les lois concernant l'état et capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers.*” Ez a szabály az első az állampolgárság modern szabályozása történetében, és ezt tekinthetjük az állampolgárság 19. és 20. századi fejlődés kiindulópontjának. Az állampolgárság elvének elterjedését és felvirágzását a nagy olasz jogásznak, a korszellemet megszólaltató Pasquale Stanislao Mancininak köszönhetjük (1817–1888), akinek élete és munkássága elválaszthatatlan az állampolgárság nemzetközi jogi, nemzetközi magánjogi felemelkedésétől.<sup>7</sup> Az állampolgárság tartós kapcsolatot jelent az egyén és a haza közt, haza országához való kapcsolatát jeleníti meg, sok esetben egy nemzethez való tartozást is kifejez, amely szubjektív tartalommal is bírhat. Demokrációkban az állampolgárság egyúttal a *corpus politicus* kapcsoló elve, az egyén az állam politikai irányításában, akaratképződési folyamatában állampolgársága révén tud részt venni.

Állampolgárság és nemzetközi magánjog számos helyen kapcsolódnak egymáshoz, és a köztük lévő sorrend, az elsőség joga, azaz melyik döntsön a másik által eldöntendő kérdések előtt, sok esetben vitatott. Például a kettős vagy többes állampolgárságú személyek esetében nem egyértelmű, hogy a leszármazó melyik állampolgárságot szerzi meg, a felmenőjének valamennyi – vélelmezzük a *ius sanguinis* elvét –, vagy csak az ún. effektív, azaz az adott személyhez és életviteléhez legközelebb állót. Wengler vitatta, hogy ez a „közelségi” szabály, amit a nemzetközi magánjogászok dolgoztak ki, állampolgársági ügyekben is alkalmazható lenne.<sup>8</sup>

A többes állampolgárság problémája viszonylag régóta ismert a nemzetközi jogban.<sup>9</sup> Az elsőnek említendő ügy Don Rafael Canevaro ügye a *Permanent Court of Arbitration* előtt, ahol 1901-ben született döntés. Az olasz állampolgárságot vérségi leszármazás alapján szerezte meg Canevaro, a perui állampolgárságot pedig *jure soli* alapján nyerte el. Ebben az ügyben fogalmazódott meg először a „*the principle of effective nationality*” azaz az, hogy az adott személy melyik államhoz áll közelebb, az a döntő, alkalmazandó.

Ez az elv később nem vált egyeduralgódóvá a nemzetközi jogban, sokkal inkább a „*principle of equality*”, azaz az állampolgárságok egyenlő elismerésének az elve.

<sup>7</sup> ERIK JAYME: *Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*. Ebelsbach: 1980., valamint ERIK JAYME: *Gesammelte Schriften*. Band 4., 8. és skk.

<sup>8</sup> WILHELM WENGLER: *Zum Einbürgerungsanspruch nach Art. 116 II GG von nichtehelichen Kindern ausgebürgerter ehemaliger deutscher Staatsangehöriger*. *JPRax*, 1985, 82.

<sup>9</sup> P. WEIS áttekintése alapján, P. WEIS: *Effective Nationality (Nottebohm and after)*. In *Liber Amicorum: Adolf F. Schnitzer*. Geneve: 1979, 501. és skk.; NAGY KÁROLY: *Nemzetközi jog*. Budapest, 1999, 411.

Az International Court of Justice által eldöntött a Liechtenstein v. Guatemala ügyben hozott döntést sok esetben idézik. Friedrich Nottebohm, aki 1888-ban Németországban német állampolgárként született és 1905-től élt Guatemelában, 1939-ben kérte a liechtensteini állampolgárság felvételét, melyet meg is kapott. Ennek ellenére 1943-ben Nottebohmot Guatemelában elfogták, vagyonát – mint ellenséges vagyont – elkobozták, őt magát deportálták az USA-ba. A döntést a nemzetközi jogi irodalomban széles körben tárgyalták.<sup>10</sup>

A bíróság döntése szerint Guatemala nem volt köteles elismerni Nottebohm ily módon megszerzett liechtensteini állampolgárságát, hiszen Nottebohm és Liechtenstein között semmiféle kapcsolat nem volt, tehát Liechtenstein nem volt jogosult nevében fellépni, ezért Liechtenstein kérelmét nem találta befogadhatónak.

A többes állampolgársággal kapcsolatban a következőket fogalmazta meg a bíróság:

„According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinions of writers, nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties.”

Később ez vált ismertté, mint „link theory” (vagy „théorie de lien”). Azaz csak az a személy jogosult diplomáciai védelemre, akinek valós kapcsolata van a védőként fellépő állammal. A bíróság három tagjának különvéleményei is megfogalmazták azokat a kételyeket, hogy a nemzetközi jog tehet-e különbségeket állampolgárság és állampolgárság megszerzése között. Van, aki vér szerint szerzi meg az állampolgárságot, de soha nem volt kapcsolata az adott állammal, vagy van, aki születés helyének kapcsolata lévén, de az adott állammal egyébként nincs kapcsolata. A Nottebohm-ügy felvetése, vajon állam és állampolgára közti valós kapcsolat hiányában megtagadható-e az állampolgárságból fakadó jogok gyakorlása. Fritzmaurice, a híres *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* ügyben adott különvéleményének 27. lábjegyzetében teszi fel a kérdést: „It could be asked or instance whether Nottebohm case itself was rightly decided, exchanging as it does the certainties of nationality for the uncertainties of less well-defined criteria?”<sup>11</sup>

Az 1947-es olasz békeszerződés alapján felállított amerikai–olasz, „Italo-United States Claims Commission” Strunsky-Mergé asszony ügyében és további 14 ügyben alkalmazta a „link theory”-t, valamint a francia–olasz bizottság is számos ügyben döntött ez alapján.<sup>12</sup> A Felgenheimer-ügyben a bizottság azonban kételyének adott hangot<sup>13</sup> a Nottebohm-ügyben megfogalmazott

<sup>10</sup> JACQUES MAURY: L'arrêt Nottebohm 23 *RebelsZ.* 1958. 515. és skk., további irodalommal.

<sup>11</sup> Elérhető az International Court of Justice honlapjáról, [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

<sup>12</sup> WEIS: *Effective Nationality.* 510.

<sup>13</sup> 25 *International Law Report.* 91.

elvvel kapcsolatban, azaz, hogy az állampolgárnak valós kapcsolatot kell fenntartania az állammal ahhoz, hogy diplomáciai védelmet kaphasson. Ebből fejlődött tovább az az elv, hogy egyik állam sem adhat olyan állampolgárának diplomáciai védelmet azon országgal szemben, akinek ugyanaz a személy szintén állampolgára – amely a szuverén államok egyenlőségéből következik.<sup>14</sup>

A kettős és többes állampolgárság nemzetközi jogi fejlődését nem követjük tovább, csak annyiban utalunk a további eseményekre, hogy az emberi joggá acélosodott állampolgársághoz való jog nemzetközi jogi sorsa számos további nemzetközi egyezmény tárgyát képezte. Említésre méltó a férjzett nők állampolgárságáról szóló, New Yorkban, 1957. február 20. napján kelt nemzetközi egyezmény, amely a férjzett nők házasságkötést megelőző állampolgárságának védelmére került megalkotásra,<sup>15</sup> hogy a házasságkötéssel ne kizárólag a férj állampolgárságának legyen jelentősége a nők állampolgárságának meghatározásában.

## 2. Kettős állampolgárság a nemzetközi magánjogban

A jogirodalmi vélemények alapján a nemzetközi magánjogból ismert szabályt vette át a nemzetközi jog.<sup>16</sup> Jóllehet a korábbi gyakorlatot, miszerint kettős állampolgárság esetén mindig a hazai, *lex fori* szerinti állampolgárságot kell figyelembe venni, a közjogból vette át a nemzetközi magánjog.<sup>17</sup> Innen került át az 1930-as hágai egyezménybe: „*Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité*”. Ez az automatikus átvétel Samtleben szerint hibás volt, hiszen a nemzetközi magánjog szempontjából az a lényeg, hogy melyik állampolgárság kapjon előnyt objektív szempontok alapján. Az a gyakorlat, amelyik mindig a *lex fori*, azaz saját államához köti a kapcsoló szabály kiválasztását, megakadályozza a többes állampolgárság problémájára adandó egységes válasz megtalálását, továbbá akadályozza a nemzetközi döntési harmónia megvalósítását („*internationale Entscheidungsharmonie*”),<sup>18</sup> nemzetközi konszenzus helyett nemzetközi disszenzushoz vezet.

Az Európa Tanácsban előkészített, 1963. május 6-i egyezmény a többes állampolgárságról preambuluma szerint a többes állampolgárság sok nehézséget okozhat, ezért ajánlatos ezen esetek csökkentése, a többes állampolgárság megszüntetésének elősegítése. Az Egyezmény lényegében a „*renounce*” lehetőségét

<sup>14</sup> MAURY (10. j.) 530–531.

<sup>15</sup> 1960. évi 2. törvényerejű rendelet a férjzett nők állampolgárságáról szóló, New Yorkban, 1957. évi február hó 20. napján kelt nemzetközi egyezmény kihirdetéséről.

<sup>16</sup> MAURY (10. j.) 530.

<sup>17</sup> JURGEN SAMTLEBEN: *Mehrstaater im internationalen Privatrecht*, 42 *RebelsZ*, 1978. 461. (456. és skk.)

<sup>18</sup> SAMTLEBEN: *Mehrstaater. IPR*, 463.



adta meg a kettős állampolgároknak, amelyhez a tagállamok hozzájárulásukat nem tagadhatják meg (2 cikk.), azaz lehetővé teszi, hogy az illető személy szabadon dönthessen ebben a kérdésben.

Közeli múltunkból ismertek azok az államszerződések, amelyeket a szocialista országok egymás között kötöttek a kettős állampolgárság elkerülése céljából.<sup>19</sup>

### 3. A kettős vagy többes állampolgárság esetén az alkalmazandó állampolgárság meghatározásának kérdése a nemzetközi magánjogban

Murad Ferid – Alexander Makarov tiszteletére írott tanulmányában – 1958-ban emlékeztetett arra, hogy Makarov volt az első, aki 1947-ben megjelent munkájában felvetette, hogy az a kettős állampolgár, akinek a belső, a fórum államához való kapcsolata gyengébb, mint a másik állampolgárságának államához való viszonya, a nemzetközi magánjog kapcsoló szabályainak alkalmazása során figyelembe lehetne venni.<sup>20</sup> Ferid arra utal, hogy a második világháborút követően számos személy állampolgársága változott, kettős állampolgárok lettek. Vagy azért, mert a német állampolgárságtól megfosztották őket, és újabb állampolgárságot szereztek, majd a német állampolgárság megfosztása orvoslása révén újra megszerezték azt, vagy abból az okból, mert a hitleri birodalom szabályozása kiterjesztette rájuk a német állampolgárságot, melyet az NSZK továbbra is elismer, és 1945 után továbbra is ugyanott éltek, mint korábban, de az új állam – ahol most élnek –, szintén állampolgárságot adott nekik. Ez utóbbi esetben az egykori Csehszlovákiában és Lengyelországban maradt „*Volksdeutsch*”-nak minősített emberekről van szó.

A német nemzetközi magánjogi gyakorlatban ilyen kettős állampolgárságú személyek esetében, ha az egyik a német volt, akkor a *lex fori* alkalmazását mondták ki a bíróságok – törvényi rendelkezés nélkül.

Lényegében az állampolgárság nemzetközi magánjogi megítélése, kérdése elválik annak közjogi és nemzetközi jogi megítélésétől. Kahn korábbi javaslatát, amely a lakóhely szerinti jogválasztást kívánta az állampolgárság elve elé helyezni, Ferid nem fogadja el,<sup>21</sup> hiszen amint a lakóhely egy harmadik államban található, akkor a kívánt cél már nem érhető el. Ferid már 1958-ban az állampolgárság kapcsoló elvének gyengüléséről írt, még nem is sejtve ezen

<sup>19</sup> Szovjetunióval (1958. évi 2. tvr.; 1963. évi 21. tvr.), Bulgáriával (1959. évi 27. tvr.), Csehszlovák Szocialista Köztársasággal (1961. évi 6. tvr.), Lengyel Népköztársasággal (1962. évi 4. tvr.), NDK-val (1970. évi 17. tvr.) – forrás: HARASZTI GY. – HERCEGH G. – NAGY K.: *Nemzetközi Jog*. Budapest, 1985, 174–175. Ezek a kétoldalú egyezmények már nincsenek hatályban.

<sup>20</sup> MURAD FERID: Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Inländern mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit. 23 *RebelsZ*, 1958. 498. és skk.

<sup>21</sup> FERID 507.

folyamat felerősödését és napjainkig tartó folyamatát. Mivel az állampolgárság tartalma, az állam és egyén közti jelentősége is átalakult a 20. század elejére, ezért Ferid szerint nem kell ebben egy államok közti harcot, viaskodást látni a nemzetközi magánjogi viszonyokban. Ezért azon állampolgárság kiválasztása, amelyikkel az egyén szorosabb, szorosabb kapcsolatban van, „*organische Zusammenhang*” – ajánlandó. Különösen ez a helyzet azon *Volksdeutsch*-népesség körében, akiknek ügyében német bíróság járna el, de nem a lakó- és tartózkodásuk állama szerinti jog, hanem a német jog alapján. Így az „organikus kapcsolat” elve egyúttal közeledés az állampolgársági és a lakóhely közti kapcsolóelvek között is.

Samtleben<sup>22</sup> arra utal, hogy az egyenlő elbánás elve miatti törvénymódosítás – amely különbséget tett férfi és nő német állampolgár utáni állampolgárság megszerzése között –, az 1974-es állampolgársági novella a kettős állampolgárok számát megnövelte, és évente kb. tízezer új kettős állampolgárral kell számolni. Samtleben szerint az effektív, azaz hatékony állampolgárság tana nem ad kellő választ a kihívásokra, hiszen adott tényállás esetében több államhoz is szorosabb kapcsolatban állhat az érintett személy. Hasonló fogalmazható meg gyermekek estében is, hiszen ott még nem is tud kialakulni szorosabb kapcsolat személy és állam között.

Az állampolgárság gondolata azon a 19. századi eszmén alapul, amely szerint az államnak hatalma van a hozzá tartozó személyek felett – személyi főhatalom –,<sup>23</sup> az állami szuverenitásból pedig az következik, hogy az államnak joga van, hogy az állampolgárságot meghatározza,<sup>24</sup> ebből következhet, hogy saját állampolgáira az államnak a saját jogát kell alkalmazni. De ez a szuverenitás fogalom már a múlté – legalábbis Samtleben szerint, 1978-ban! Második elvként – Mancini nyomán – a lakóhelyet említi Samtleben, amely lakóhely nem korlátozódik az állampolgárság állam szerinti lakóhellyel, amelyet korábban Kahn, 1891-ben már javasolt. Lakóhely helyett a 70-es évek végére már elfogadott szokásos tartózkodási hely kapcsoló elve lehet a kisegítő szabály.<sup>25</sup> Samtleben a kettős állampolgárság esetében a szokásos tartózkodási hely államát javasolja alkalmazni a kollíziós szabályok közül.

Ezzel szemben Beitzke<sup>26</sup> azon véleményének ad hangot, hogy a tartózkodási hely sematikus alkalmazása nem megfelelő, hiszen a kettős állampolgárság kialakulásának eltérő oka, eredete lehet, és nem minden helyzetben megfelelő a tartózkodási hely állama szerint eljárni. Példái szerint a külföldi férfival tör-

<sup>22</sup> SAMTLEBEN i. m.

<sup>23</sup> NGUYEN QUOC DINH – PATRICK DAILLIER – ALAIN PELLET: *Nemzetközi jog*. Ford. Kovács Péter. Budapest, 1998, 329. pont.

<sup>24</sup> DINH – DAILLIER – PELLET: *Nemzetközi jog*, 329. 1. a) alpont.

<sup>25</sup> SAMTLEBEN i. m. 473.

<sup>26</sup> GÜNTHER BEITZKE: *Das Personalstatut des Doppelstaaters*. In *Liber Amiconum: Adolf F. Schmitzer*. Geneve, 1979, 19. és skk.

ténő házasságkötés következményeként számos feleség automatikusan, azaz amikor a házasságkötés ténye a külföldi jog szerint állampolgárság megszerzésével is jár, a feleség megszerzi férje állampolgárságát. Viszont ez az újonnan megszerzett, a házasságkötésből fakadó állampolgárság nem jelent mindig szorosabb kapcsolatot, mint az eredeti állampolgárság által kifejezett viszony.

Beitzke arra utal, hogy a joghatósági szabályok körében a tartózkodási hely, vagy közelebbi állampolgárság vizsgálata többes állampolgárság esetén nem mindig lehetséges, és a joghatóság megléte esetén a fórum bírósága sokszor szívesebben alkalmazza a saját jogát, így a fórum szerinti állampolgársághoz kapcsolódó jogot. Ebben nem is lát kivétlnivalót.

Utal arra, hogy az állampolgárság olyan alapvető jogi kérdésekre ad választ, mint a jogképeség, cselekvőképesség, örökbe fogadás, házasság stb. Ezen jogviszonyok körében eltérőek az anyagi jogi feltételek, eltérnek a nagykorúság szabályai és a tartózkodási hely feltétel nélküli elfogadása ezen esetekben gondot okozhat: például az egyik állampolgárság szerinti joga alapján még kiskorú, a másik szerint pedig már házasodhat – tehát nem lehet csak a tartózkodási hely alapján a házasságkötés megengedéséről dönteni.

A fenti jogirodalmi előzmények után – továbbá a Kegel által javasolt kapcsoló-létra kapcsán –, a bíróságon dőlt el az új elmélet alkalmazhatósága.

#### 4. Német bírói gyakorlat a kettős állampolgársági ügyekben

##### a) Szudétanémet apa apasági pere

A német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság 1979. június 20-i ítéletében<sup>27</sup> – a korábbi joggyakorlatot meg törve – egy csehszlovák és német kettős állampolgár esetében az apaság vélelmének megdöntésére irányuló – BGB 1594. §<sup>28</sup> – kereset esetében új utat nyitott a korábbi joggyakorlathoz képest. A kereset lényege: a korábbi vélelmezett jogi apa azt állítja, hogy a gyermek nem tőle, hanem harmadik személytől származik. Ezen kereset elbírálásakor eldöntendő volt, hogy a kettős állampolgár felperes ügyében mely állam jogát alkalmazza a bíróság. (A vonatkozó BGB 1594. § időközben megváltozott, többek közt 1969-ben,<sup>29</sup> majd 1997-ben.<sup>30</sup>)

<sup>27</sup> NJW 1979, 1776 és skk.; IV ZR 106/78.

<sup>28</sup> BGB 1594 (1) Die Ehelichkeit eines Kindes kann von dem Mann binnen zwei Jahren angefochten werden. (2) Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Mann Kenntnis von den Umständen erlangt, die für die Nichtehelichkeit des Kindes sprechen. Sie beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes. (3) Auf den Lauf der Frist sind die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechend anzuwenden.

<sup>29</sup> Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder v. 19.8.1969.

<sup>30</sup> Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16.12.1997.

A felperes szudétanémeként született Csehszlovákiában 1930-ban, 1938-ban megszerezte a német állampolgárságot az 1938. november 11-i „*Vertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Tschechoslowakischen Republik über Staatsangehörigkeit durch frühere tschechoslowakische Staatsangehörige deutscher Volkszugehörigkeit*” alapján, (mellesleg ezt az állampolgárságot az NSZK 1955-ben kifejezetten megerősítette), majd 1957-ben összeházasodott Brünnben egy csehszlovák állampolgárságú hölgygel, akitől 1960-ban gyermeke született, majd 1962-ben elvált, szintén Csehszlovákiában. 1965-ban költözött át az NSZK-ba, majd 1972. október 10-én nyújtott be keresetet az iránt, hogy a házasságban született gyermeknek nem ő az apja, mivel a feleségének 1959 és 1960 között volt egy harmadik személlyel is kapcsolata, és a gyermek ebből származott. A német bíróság megállapította joghatóságát a ZPO 640a §-a alapján. A nagy súlyú kérdés az volt, hogy a bíróság mely állam jogát alkalmazza, hiszen a német állampolgárság mellett a felperes csehszlovák állampolgársággal is rendelkezett.

A német nemzetközi magánjog jogszabályban nem szabályozta azt a kérdést, hogy többes állampolgárság esetében melyik állampolgárság szolgáljon a kapcsoló szabály alkalmazására. Ha mind a két állampolgárság külföldi, akkor az alkalmazandó, amelyikhez a legszorosabb személyi kapcsolat fűzi az egyént („*Grundsatz der effektiven Staatsangehörigkeit*”), általában, ahol a szokásos tartózkodási helye volt. Viszont, ha az egyik állampolgársága német, a vélemények erősen megoszlottak, a *Reichsgericht* kizárólag a német állampolgárság alkalmazását mondta ki több ítéletében, amely vélemény az ítélet időszakában is többséginek volt nevezhető. A BGH utal arra, hogy előbb a jogirodalomban, majd a gyakorlatban is megfogalmazódott, hogy német–külföldi kettős állampolgárság esetében is alkalmazni kell a fenti elvet, azaz a kettős állampolgárságúak esetében a „hatékony” állampolgárság államának joga alkalmazandó, amelyhez a személy szorosabban kapcsolódik.<sup>31</sup>

A fentiek alapján a felperes csehszlovák állampolgárságának az alkalmazása mellett döntött a legfelsőbb német bírói fórum, hiszen a gyermek születésének időpontjában a felperesnek sokkal szorosabb volt a kapcsolata Csehszlovákiával, mint az NSZK-val. A csehszlovák jog viszont az apaság megtámadására hat hónapos időhatárt biztosított, amelyet a születésről való tudomásszerzés-

<sup>31</sup> „c) Nach diesen Grundsätzen ist im vorliegenden Fall an die tschechoslowakische Staatsangehörigkeit des Kl. anzuknüpfen. Das BerGer. hat festgestellt, daß der Kl. zur Zeit der Geburt des Bekl., auf die es nach Art. 18 I EGBGB ankommt, die engste Beziehung nicht zur Bundesrepublik Deutschland, sondern zur CSSR hatte. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß es dabei wesentlich auf den Lebensmittelpunkt des Kl. abgestellt hat. Der gewöhnliche Aufenthalt einer Person in einem ihrer Heimatstaaten ist in aller Regel ein wesentliches Indiz dafür, daß sie zu diesem Heimatstaat die engste Beziehung hat. Soweit die Revision geltend macht, das BerGer. hätte aufgrund der deutschen Volkszugehörigkeit des Kl., der Dauer seiner deutschen Staatsangehörigkeit und aufgrund des Umstands, daß der Kl. später in die Bundesrepublik ausgeweist sei, das Übergewicht in der deutschen Staatsangehörigkeit sehen müssen, kann ihr nicht gefolgt werden.” – NJW 1979, 1778.

től kellett számítani. Ez a szabály nem ütközik a német *ordre public*-ba mondta ki a német Legfelsőbb Bíróság. Ez a megoldás a felperesre viszont hátrányosabb, hiszen a német jog két éves perindítási határidőt ad hasonló esetre, amely határidő a gyermek házasságon kívüli viszonyból való származásáról való tudomásszerzéstől számítandó. Ez a szabályozásban mutatkozó különbség viszont nem elegendő a BGH szerint az *ordre public* alkalmazására, és így a felhívott csehszlovák jogot nem lehet félretenni ezen az alapon, azaz, a felhívott csehszlovák jogi szabályt kell alkalmazni.

A hat hónapos perindítási határidő önmagában nem ellentétes a német jogrenddel, és az sem, hogy a német törvény a határidő kezdetét – amelyet a BGB eredetileg ugyanúgy szabályozott, mint a csehszlovák törvény, majd egy 1938-as módosítás következtében módosult – a házasságon kívüli tény tudomásszerzésétől számítja, melyet alapvetően a férjjel szembeni méltányossági megfontolások („*Billigkeitsenvägungen*”), nem pedig alapvető igazságossági elvek („*fundamentale Gerechtigkeitsvorstellungen*”) igazolnak. A megtámadási határidő rövidségét a gyermek védelme, jogállásának lehetőleg korai tisztázása indokolja, ráadásul a csehszlovák törvény a határidő elteltét követően az ügyész számára kereset indítását – ha társadalmi érdek indokolja –, teszi lehetővé.

Az ítéletet üdvözlő Kropholler a feridi gondolat győzelmét vélte a döntésből kiolvasni, de arra utal, hogy – nem vitatva az eljárásjog fórumállamához való erősebb kötődését és gyakorlatát – a közelebbi állampolgárság elvét az elismerési és végrehajtási ügyekben is, azaz a másik állampolgárság szerinti állani döntések elismerése körében is javasolja alkalmazni.<sup>32</sup>

Andreas Heldrich<sup>33</sup> is üdvözlöi a kettős állampolgárság kérdésében hozott döntést, de utal arra is, hogy számos ügyben ez sem tud gyógyírként szolgálni a probléma megoldásához. Heldrich szerint ezzel a német Legfelsőbb Bíróság azon nézete is kifejezésre jutott, hogy a nemzetközi döntési harmóniát – „*internationale Entscheidungsharmonie*” – előbbre helyezi a saját jog alkalmazásánál.

### b) Kettős állampolgár öröklése<sup>34</sup>

A fenti elvet, a hatékony állampolgárság kiválasztását, szabályként alkalmazta a német Szövetségi Legfelsőbb Bíróság egy német–osztrák kettős állampolgár öröklési ügyében.<sup>35</sup> A végrendeleti örökös mellett az örökhagyó anyja az osztrák jog szerint számított, tiszta hagyatékra 1/12 részben kötelesrészt érvénye-

<sup>32</sup> JAN KROPHOLLER, Anmerkung NJW 1979, 1776.

<sup>33</sup> FamRZ 1979, 1006–1007.

<sup>34</sup> BGH ítélet – 1980.4.17. – Iva ZR 8/80.

<sup>35</sup> Lásd IPRax 1981, 25 és skk.; NJW 1980, 2016. „*Es wird daran festgehalten, daß für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im deutschen internationalen Privatrecht bei Personen, die neben einer ausländischen auch die*

sített, majd miután megegyeztek, a német jog alapján 1/8 résznyi kötelesrészt igényelt. Az örökgyógó kettős állampolgárságától következően a német Legfelsőbb Bíróság – a közelebbi, vagy hatékony állampolgárság elvét – az öröklési jogi esetekre is kiterjesztette. Tekintettel arra, hogy az örökgyógó életviteleszerűen 1950 óta Ausztriában élt, ott gazdasága volt (Gutsbetrieb), állatokat tenyésztett, a bíróság szerint jóval közelebbi kapcsolatban állt Ausztriával, mint Németországgal.<sup>36</sup> Az osztrák nemzetközi magánjog szintén az örökgyógó állampolgársága szerint határozza meg az alkalmazandó jogot, többes állampolgárság esetén szintén a közelebbi jön számításba és alkalmazásra, kivéve akkor, ha az egyik az osztrák, mert akkor az osztrák jogot rendeli alkalmazni. (Ezt a szabályt az akkor még hatályba nem lépett 1979-es osztrák nemzetközi magánjogi törvény 9. § 1. bekezdése kifejezetten előírta.) További kérdésként merült fel, hogy egy az államosítás után járó kártalanítási összeg öröklési jog szempontjából ingóságának vagy az ingatlanhoz tapadó követelésnek minősül, mivel az a hagyaték megosztásának következményével járhat. Ez utóbbi viszont a német jog szerint nem minősül ingatlanak, ezért az osztrák jog alkalmazásával utasította új eljárás lefolytatására az alsó bíróságokat az ítélet.

Az ítélet így a Ferid által 1958-ban felvetett makarovi gondolatot, amelyet Beitzke, Kegel, Neuhaus és Heldrich is átvett, és a 70-es években néhány külföldi ítélet elismerésével kapcsolatos ügyben már fel-felbukkant,<sup>37</sup> véglegesen átemelte a német jogba, a joggyakorlat részévé tette.<sup>38</sup>

*deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, nicht stets die letztere maßgebend ist; wenn die Beziehung des Mehrstaaters zu seinem ausländischen Heimatstaat wesentlich enger ist als die zum Inland, ist vielmehr an die ausländische Staatsangehörigkeit anzuknüpfen (BGHZ 75, 32 = NJW 1979, 1776). Für das deutsche internationale Erbrecht gilt insoweit nichts anderes. BGH, Urteil vom 17. 4. 1980 – IVa ZR 8/80 (Köln)."*

<sup>36</sup> „Demgegenüber wurde in Fällen, in denen der Mehrstaater auch die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, bislang überwiegend stets an die deutsche Staatsangehörigkeit angeknüpft, wie dies auch weit verbreiteter Rechtspraxis des Auslands entspricht. Der BGH hat diese Meinung inzwischen aber aufgegeben; er hat sich den vornehmlich im Schrifttum gewonnenen neueren Einsichten nicht verschlossen und hat durch das genannte Urteil (für Art. 18 I EGBGB) nunmehr dahin entschieden, daß bei Mehrstaatern mit auch deutscher Staatsangehörigkeit im deutschen internationalen Privatrecht ebenfalls an die (effektive) Auslands-Staatsangehörigkeit anzuknüpfen und das ausländische Heimatrecht anzuwenden ist, sofern die Beziehung des Mehrstaaters zu seinem ausländischen Heimatstaat wesentlich enger ist (BGHZ 75, 32 [41] = NJW 1979, 1776). Diese Entscheidung hat im Schrifttum Zustimmung gefunden (Kropholler, NJW 1979, 2468; Heldrich, FamRZ 1979, 1006; vgl. auch Palandt-Heldrich, BGB, 39. Aufl., Vorb. Art. 7 EGBGB Anm. 7 a bb); der Senat hält an ihr fest. Für das internationale Erbrecht gilt insoweit nichts anderes.“ – 2017.

<sup>37</sup> Firsching említi: OLG Stuttgart, 1968.4.5. FamRZ 1968, 390; OLG Düsseldorf 1974.5.17. – FamRZ 1974, 528.; OLG Frankfurt, PIRspr. 1974. Nr.93 és OLG Köln – FamRZ 1976, 170. Ezzel ellentétes döntések OLG Hamm – NJW 1975, 2145; OLG Celle – FamRZ 1976, 157; ByObLG – BayObLGZ 1975, 153, 218, 1977, 180; 1978, 162.

<sup>38</sup> KARL FIRSCHING: Doppelstaater im internationaler Erbrecht. *JPRax*, 1981. 14.

### c) Kettős állampolgárság és a gyermek tartózkodási helye

1977-ben Olaszországban olasz apától és német állampolgárságát megtartó anyától született gyermeket, aki mind a két állampolgársággal rendelkezett, az anyja az apa beleegyezése nélkül Németországba vitte és nem kívánt visszatérni Olaszországba.<sup>39</sup> Az anya kérésére a német bíróság a gyermek feletti felügyeleti jogot az anyának ítélete meg, az apa ellenkérelmét és a gyermek kiadása iránti keresetet elutasította. Az itt röviden említendő probléma az alkalmazandó jog volt. Előkérdésként az 1961-es hágai egyezmény kapcsán felmerült, mi tekintendő a gyermek tartózkodási helyének (13. cikk 1. bekezdés), mivel ez határozza meg az egyezmény alkalmazhatóságát. NSZK az egyezményt már kihirdette, Olaszország viszonylatában viszont nem volt még alkalmazható, Olaszország csak aláírta, de nem ratifikálta és nem hirdette még ki ezt a hágai egyezményt.

A német bíróság a lakcím, lakóhely és tartózkodási hely fogalmait tisztázva jutott arra a következtetésre, hogy a korábbi tartózkodási hely helyébe léphet egy új tartózkodási hely, amely a jövőre nézve az élet központi terének tekinthető. Kiskorú esetében a kiskorú személyére kell ezt vonatkoztatni, nem pedig a felügyeletére jogosult személyre. Mely időpont alapján kell ezt vizsgálni, meglehetősen vitatott. A német Legfelsőbb Bíróság szerint az egyezmény a gyermek védelmére hivatott, ezért a felügyeleti jog sérelmére másik országba vitt gyermek esetében – a másik szülő beleegyezésének hiány ellenére – a tartózkodási helyként megállapítható. Egy féléves gyerek esetében miként lehet önálló kapcsolási elvként a gyermek tartózkodási helyét megállapítani, számunkra rejtélyes, hiszen ebben a korban a gyermekek általában az anyjukhoz vannak kötve.

Az egyezmény 3. cikkében szabályozott állampolgárság körében a kettős állampolgár gyermek – hiszen időközben a korábban ismertetett állampolgársági rendelkezést módosította a német jogalkotó – az olasz és német állampolgárságot is megszerezte. Itt utal arra a bíróság, hogy a hágai egyezmény alkalmazásában a fórum állam szerinti állampolgárság sematikus alkalmazását már korábban felváltotta az a felfogás, amely a gyermek szempontjából a legközelebbi állampolgárságnak tekinthető.

A 3. cikk alkalmazásának időpontja, az OLG ítéletének meghozatalának időpontja volt. Így a német jogot alkalmazta a bíróság, figyelembe véve, hogy a legújabb német felfogás alapján az effektivebb, a személyhez legközelebb álló állam állampolgársága alkalmazandó.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> BGHZ 75, 32; NJW 1981, 520.

<sup>40</sup> „Maßgeblich für die Anknüpfung nach Art. 3 MSA war für das OLG auch insoweit der Zeitpunkt seiner Entscheidung (BGH, FamRZ 1974, 180; BayObLGZ 1975, 218 (226); BayObLG, FamRZ 1976, 49 (50); OLG Schlesung, SchlHA 1978, 54 (55 f.)). Art. 3 MSA knüpft beweglich an. Der Wechsel der Effektivität inner-

A közelebbi állampolgárság meghatározása körében Schwind szerint a funkcionális megközelítése került előtérbe, ha azokat a kritériumokat vesszük figyelembe, hogy mi dönt a két szóba jöhető állampolgárság között.<sup>41</sup> A térbeli közelség (lakóhely, szokásos vagy átmeneti tartózkodási hely) és munkahely vizsgálata mellett az érintett személy nyelvi és kulturális kapcsolódása az egyik vagy másik országhoz mérendő. A kiválasztandó állam és jogának ilyen alapokon történő meghatározása – alapvetően funkcionális megközelítéssel –, ha elfogadható kettős vagy többes állampolgárság esetén, kérdéses, hogy ezt miért előzi meg az állampolgárság kapcsolódelve? Ezt Schwind csak a fórum államának belső rendjének, jogegységének megtartásával tudja indokolni.<sup>42</sup>

## 5. Az állampolgárság kérdése a német állampolgárság jogában

### a) Krakinowski-ügy

Az állampolgárság kérdését érintette és jóval bonyolultabb volt a tényállása az ún. Krakinowski-ügynek, amelyet a német Szövetségi Közigazgatási Bíróság döntött el 1983. december 6-án.<sup>43</sup>

Az ügy – erősen leegyszerűsített – tényállása szerint az 1951-ben Izraelben született, izraeli állampolgárságú felperes kérte német állampolgárságának megállapítását azon az alapon, hogy az 1897-ben Breslauban született apja, aki 1937-ben hagyta el Németországot, az 1941-es német törvény fosztott meg német állampolgárságától, tehát német állampolgár volt. Édesanyja ausztr-

*halb der Staatsangehörigkeiten eines Mehrstaaters ist daher ebenso wie ein Wechsel der Einzelstaatsangehörigkeit im Beurteilungszeitpunkt zu beachten. Mit dem Erwerb einer neuen effektiven Staatsangehörigkeit gilt das neue effektive Heimatrecht und wird ein gesetzliches Gewaltverhältnis, das nach dem früher effektiv gewesenen Heimatrecht bestanden hatte, unbeachtlich (Böhmer-Siehr, Art. 3 MSA Rdnm. 32). Diese Grundsätze erleiden für die sogenannten Entführungsfälle keine Einschränkung. Die Staatsangehörigkeiten eines Mehrstaaters sind als solche rechtlich gleichwertig. Die für die Anknüpfung ausschlaggebende Frage der Effektivität der Staatsangehörigkeit beurteilt sich – ebenso wie die Frage, ob ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet worden ist – nach den tatsächlichen Verhältnissen. Es kommt daher auch insoweit grundsätzlich nicht darauf an, ob das Effektivwerden einer weiteren Staatsangehörigkeit des minderjährigen Mehrstaaters dem Willen des Sorgeberechtigten entspricht. Ob in besonderen Ausnahmefällen der Umgehung des Willens des Sorgeberechtigten im Rahmen der ordre-public-Klausel des Art. 16 MSA eine Bedeutung zukommen kann, bedarf keiner Prüfung, weil ein Verstoß gegen den ordre public nicht in Frage steht. Das nach Art. 3 MSA maßgebliche Heimatrecht des Kindes ist daher das deutsche Recht. Es kommt somit nicht darauf an, ob und in welchem Umfang nach italienischem Recht ein gesetzliches Gewaltverhältnis über das Kind bestanden hätte, in das nicht hätte eingegriffen werden dürfen (vgl. hierzu Art. 155, 316, 317 Codice civile; Jayme, StAZ 1976, 193 m. w. Nachw.; Grunsky, Ital. FamR, 2. Aufl., S. 107 ff.; zur Streitfrage, ob und inwieweit in ein gesetzliches Gewaltverhältnis gegebenenfalls eingegriffen werden darf, vgl. Staudinger-Kropholler, Vorb. Art. 18 EGBGB Rdnm. 350 ff.; Henrich, in: Festschr. f. Schwind, S. 89).“ 522.*

<sup>41</sup> FRITZ SCHWIND: Die funktionelle Anknüpfung. IPR, FS W Müller-Freienfels. Baden-Baden, 1986, 553. (5447–558).

<sup>42</sup> SCHWIND: Die funktionelle Anknüpfung. IPR, 553.

<sup>43</sup> BVerwG, Urteil v. 6.12.1983 – 1 C 122.80 (Hamb. OVG), JZ 1984, 837. és skk.; IPRax 1985, 95. és skk.



ráliai zsidó származású volt, szülei nem kötöttek házasságot. Anyjának a férje az apjának a házasságából született egyik fia volt, akít bűncselekmény miatt 1949-ben börtönbe csuktak, és onnan való szabadulása után tudta meg a felperes születését, és hogy annak apja az ő apja, emiatt elvált 1955-ben. 1965-ben, egy évvel a valós apa halála után anyakönyvezték a felperes valós apját apaként. Ezen előzmények után kérelmezte német állampolgárság felvételét, alapvetően azon az alapon, hogy az apja német állampolgár volt. A jogi probléma egyik magját az okozta, hogy az állampolgárságot szabályozó 1913. július 13-i *Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz* alapvetően csak a házasságon belüli gyermek részére adta meg vérségi ágon az állampolgárság megszerzését, amely a kérelmező-felperes esetében hiányzott. A másik alkalmazandó szabály az Alaptörvény 116. cikk 2. bekezdése<sup>44</sup> volt.

A kérelmező felperes házasságon kívül született gyermek volt, anyja nem volt német állampolgár. Annak az előkérdésnek az eldöntésére, hogy házasságban született vagy házasságon kívüli gyermeknek minősül, a német jogot alkalmazták a német hatóságok, illetve a bíróság. Eljárásuk során figyelemmel voltak arra a szabályozási körülményre is, hogy az izraeli szabályok nem tettek különbséget házasságon belül és azon kívül született gyermek jogállása között. Amiként az ítéletet olvassuk, az a benyomásunk alakult ki, hogy a német állampolgárság „erős állami” jellege okán a német jog szabályaitól való eltekintés – az állampolgárság megszerzése körében – fel sem merülhetett. Ebben az ügyben az állampolgárság közjogi részéről, annak megszerzéséről volt szó. Jóllehet az indokolás utal arra, hogy a legitimitációt külföldi jogszerzés alapján is lehet igazolni, feltéve, hogy azt a német jog hatályosnak ismeri el. Itt utal a határozat arra a polgári bírósági gyakorlatra, hogy kettős állampolgárság esetében, amelyből az egyik német, a külföldi állampolgárság alkalmazandó, ha az adott időpontban a személynek ehhez az államhoz szorosabb a kapcsolata, mint Németországhoz (NJW 1981, 520, 521). Ezt a jelen ügyben azért nem lehetett alkalmazni, mivel az állampolgársági törvény 5. §-a szerint a külföldi legitimitációt a belső – német – jognak is el kell ismernie, például, ha egy házasságon kívüli gyermek jogállása időközben megváltozik. Mivel a zsidó jog nem ismeri a különbséget, a német szabály ebben a környezetben nem értelmezhető, viszont a német szabály szempontjából a gyermek státuszán nem változtat.

<sup>44</sup> Art 116 (1) *Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.*

(2) *Frühere deutsche Staatsangehörige, denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, und ihre Abkömmlinge sind auf Antrag wieder einzubürgern. Sie gelten als nicht ausgebürgert, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen haben und nicht einen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben.*

*„Im Rahmen des § 5 RuStAG ist für die Berücksichtigung ausländischer Rechtsfiguren kein Raum, die keine Legitimation in dem oben dargelegten Sinne darstellen, sondern ihr allenfalls entfernt ähneln mögen. Ihre Berücksichtigung im Rahmen des § 5 RuStAG stellte eine analoge Anwendung des Erwerbstatbestandes dar. Das Staatsangehörigkeitsrecht weist aber keine Lücke auf, die eine solche Analogie rechtfertigte.“<sup>845</sup>*

Ezt követően az indokolás külön kihangsúlyozza, hogy ez a német szabály nem sérti az Alaptörvény 6. cikk 5. bekezdését, mivel a német állampolgár, egy további állampolgársággal is rendelkező, házasságon kívüli gyermekét semmi sem akadályozta abban, hogy ezen feltételnek a német jog alapján eleget tegyen, még akkor sem, ha a másik állampolgársága szerinti jogrend nem ismeri el ezt a legitimációt.

A fellebbviteli bíróság szerint a vonatkozó rendelkezés szerint (Alaptörvény 116. cikk 2. bek. 1 mondata) a kérelmező nem lett megfosztva az állampolgárságától, és nem tekinthető egy megfosztott leszármazójának. Ezt követően is többször hangsúlyozza a bíróság, hogy az Alaptörvény 6. cikk 5. bekezdése nem sérült.

Ezzel szemben a felülvizsgálati bíróság további jogszabályi helyeket nevezett meg arra vonatkozóan, amelyek alapján az állampolgárság megszerezhető lehet, de azokhoz a tényállását újra kellett vizsgálni, ezért végül hatályon kívüli helyező határozat született, és a megismételt eljárásban az állampolgársági törvény egyéb lehetőségeinek e megvizsgálására van további lehetőség.

Ez utóbbi esetben az állampolgársághoz való jog előkérdése lett a nemzetközi magánjog által meghatározandó státusz-jogi helyzet. A nemzetközi magánjog előkérdése az állampolgársági jognak. A vérségi elven alapuló, és megszerezhető állampolgárság esetében a családjogi viszonyoknak van elsődlegessége, azok határozzák meg az állampolgárság megszerzését – vagy mint az utóbbi ügy is mutatta –, megszerezhetőségét.

### ***b) Krakinowski-ügy értékelése***

A Krakinowski-ügyben figyelemre méltó, hogy amíg a családi jogi vonatkozású ügyben a kettős állampolgárság közti választás a kapcsolóelvek miatt elmozdulni látszott a német jog hátrányára, addig a közjoghoz erősebben kapcsolódó, az állampolgárságot szigorú kogens szabályok alapján szabályozó joggyakorlat nem engedte meg azt az elegáns megoldást, hogy az apa-gyermek viszony alapján a törvényben előírt feltételeken a bíróság kicsit is „felülemelkedjen”. A magánjog elegáns könnyedségét visszahúzta a közjogi kötöttség.

<sup>845</sup> 840.

Nem véletlen, hogy a döntést különben üdvözlő jogirodalmi kritika rámutatott a döntés alapjogi gyengeségeire. Miért kellene különbséget tenni házasságon belül született gyermek és a házasságon kívüli gyermek állampolgárságának megszerzése között, ha az apa német állampolgár volt – merült fel a kérdés.

Ha lehet is ilyen különbséget tenni, akkor az melyik alapjogi norma alapján igazolható – teszi fel a kérdést von Mangoldt.<sup>46</sup> Az Alaptörvény 3. cikk 1. bekezdése nem lenne alkalmazandó? Vajon elegendő válasz az, hogy a házasságon kívüli, külföldön, külföldi anyától született gyermek esetében a szükséges kapcsolat a német honhoz hiányzik?<sup>47</sup>

Von Mangoldt másik kritikája azon minősítést illeti, hogy a kettős állampolgár esetében miért ne lehetne a külföldi jog szerint minősíteni, és utólag kváziházasságon belüli gyermekként elfogadni. Hiszen az a jogrendszer, amelyik nem tesz különbséget házasságban és azon kívül született gyermek között, legitim gyermekként ismeri el az apa-gyermek viszonyban a gyereket, és ezt a német jog elismerhetné.

Az eset alapjogi elemzését megelőzően azért ne feledkezzünk meg a tényállás meglehetősen delikát jellegétől. Vajon az az apa, aki fia házastársával gyermeket nemz, és fia távollétében együtt él a fia feleségével, majd ezen együttlétből származott újabb gyermekével, az vajon családnak minősül-e és családnak minősíthető-e akármelyik alapjogi elmélet vagy emberi jogi egyezmény alapján.

Wengler szerint nincs abban semmi különös, hogy a „leszármazó” fogalmát az egyes törvények eltérően határozzák meg. Állampolgárságuktól erőszakkal megfosztott zsidók német állampolgárságának visszaszerzését lehetővé tevő szabály, az Alaptörvény 116. cikk 2. bekezdésének „*Wiedergutmachung*” funkciója alapvetően az állampolgárságtól megfosztott személyt illeti meg, nem pedig a leszármazóját, akinek – mindezek mellett – számos jogi lehetősége lett volna, a valódi apától való származásának megállapíttatására.<sup>48</sup> Wengler szerint az állampolgárságtól megfosztott személy leszármazójának nincs joga a német állampolgárságra, amennyiben a leszármazó születése előtt a törvény „normális” rendelkezési alapján azt ismét elvesztette. Már pedig a jelen esetben erről van szó. Vitatja azt a felfogást, hogy a német nemzetközi magánjog alapján miért ne lehetne elismerni egy házasságon kívül született gyermeket ugyanolyan leszármazónak, mint a német jog által megkívánt házasságon belüli gyermeket, ha az alkalmazandó jog nem tesz különbséget a gyermek státusa között.

<sup>46</sup> HANS V. MANGOLDT: Effektive Staatsangehörigkeit bei familienrechtlichen Vorfragen des deutschen Staatsangehörigkeitsrecht? JZ, 1984, 821–828.

<sup>47</sup> V. MANGOLDT: Effektive Staatsangehörigkeit. 824.

<sup>48</sup> WENGLER: Zum Einbürgerungsanspruch nach Art. 116 II GG, 79. és ssk.

Alapvetően számunkra nem érthető, miként lehetne az időben később megalkotott alapjogi védelmet jelentő szabályokat az azok megalkotása előtt keletkezett tényállásokra alkalmazni. A diszkrimináció tilalma és a gyermekek közti különbségtétel Krakinowski születése idején még nem bírtak olyan jogi erővel, mint az Alapörvény megalkotását követően, visszamenőleges alapjogi bíraskodás indokát nem láttuk ebben az esetben igazoltnak.

## 6. A német Szövetségi Alkotmánybíróság értékelése

A német állampolgárság elvonását reparálni kívánó Alapjogi szabályozás, és annak nyomán hozott egyes államigazgatási határozatok felülvizsgálata során hozta meg határozatait a német Szövetségi Alkotmánybíróság több esetben, amelyek közül az 1968. február 14-i határozata az *Ausbürgerung-I*, majd az 1980. április 15-i az *Ausbürgerung-II* nevet kapta.

Az 1968-as *Ausbürgerung-I* döntés alapja egy öröklési kérdés volt. Egykori wiesbadeni zsidó ügyvéd és közjegyző 1933-ban kényszerült menekülni Hollandiába, onnan deportálták, 1945 után sem került elő. Leszármazói kérték a wiesbadeni bíróságtól az öröklési bizonyítvány kiállítását, mivel az elhunyt személy német állampolgár volt, és német jog alapján kívánták az öröklését lefolytatni. A bíróság szerint az örökösként jelentkező leszármazó nem jogosult az öröklésre, mivel az elhunyt személy a Németországból való elköltözésével elvesztette a német állampolgárságát a korabeli „11. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941*” 2. §-a alapján. Mint állampolgárság nélküli személy, az öröklésére a német bíróság a német nemzetközi magánjogot alkalmazta, és a tartózkodási helye szerinti állam joga határozta meg, az öröklésre alkalmazandó jogként. A holland jog alkalmazásával a bíróság arra az eredményre jutott, hogy a kérelmező a holland jog alapján nem örökös, ezért részére az öröklési bizonyítvány nem állítható ki. A másodfokú bíróság az első fokú ítéletet helyben hagyta, lényegében az Alaptörvény 116. cikkének rendelkezése alapján. Az Alaptörvény idézett rendelkezései szerint mindazok, akik 1933. január 30. és 1945. május 8-án elvesztették német állampolgárságukat, 1945 után Németországba történő visszaköltözéssel vagy erre irányuló kérelem előterjesztéssel visszanyerhették azt. Az adott ügyben egyik feltétel sem állt fenn, és a tartományi felsőbíróság szerint is az állampolgárság visszaszerzésére kizárólag az Alaptörvény 116. cikk 2. bekezdése alkalmazandó.

Ezt követően alkotmányjogi panasszal élt a kérelmező, amelynek a Szövetségi Alkotmánybíróság helyt adott. Az Alkotmánybíróság lényegében a korabeli, 1941-es rendelet jogi érvényét és az Alaptörvény 116. cikkét elemezve jutott arra a következtetésre, hogy mindazok, akik hajdanán a rendelet alapján elvesztették az állampolgárságukat, ezen jogvesztésük már nem tekinthető hatályosnak. Ezért ezen személyek vonatkozásában olyannak tekintendő,

akikre a törvény nem is fejtett ki joghatást. A nevezett rendelet nem olyan szabály, amit jognak lehetne tekinteni, tehát annak nincsenek olyan jogkövetkezményei 1945 után, és különösen az Alaptörvény hatályba léptét követően, melyek szerint ezen személyek állampolgárságuktól megfosztottaknak tekinthetők. Az Alaptörvény 116. cikkének rendelkezését pedig akként kell értelmezni az Alkotmánybíróság szerint, hogy a menekülésre, az ország elhagyására kényszerítettek közül azok, akik más állam – tehát nem a nemzetiszocialista jogszabályok – miatt veszítették el állampolgárságukat, azok azt vissza-településsel, vagy kérvény útján vissza tudják szerezni. A fentiek alapján az Alkotmánybíróság az eljáró bíróságok ítéleteit hatályon kívül helyezte, és új eljárás lefolytatására utasította immáron a jogszabály helyes és alkotmányos értelmezése alapján. A döntésnek különösen szépek azok a sorai és gondolatai, amelyek a nemzetiszocialista „Unrecht”-ről, mint nemjogról szólnak, mindezt az igazságosság nevében kifejtve. Azért nem tekinthetők ezen szabályok jognak az Alkotmánybíróság szerint, mert „*fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit*” – nem felelnek meg.

Az 1980. április 15. alkotmányjogi panasszal kapcsolatos *Ausbürgerung-II* döntés az Alaptörvény 116. cikkének további értelmezésére vonatkozott, és részben eljárásjogi akadályokon elbukott. Úgy tűnik, mintha részben eltért volna a korábbi értelmezésétől az Alkotmánybíróság. Azt hangsúlyozta, hogy az 1930. január 30. és 1945. május 8. között az állampolgárságukat faji, vallási politikai okból elvesztett személyek részére az új német állam nem kívánta – az érintettek akarata ellenére – az állampolgárságukat visszaállítani, hanem lehetővé tette részükre, hogy erre irányuló akaratukat kinyilvánítsák, és ebben az esetben a német állampolgárságot visszaszerezzék. Az *Ausbürgerung-II* alaptényállásában egy 1934-ben Svájcba, majd 1946-ban az USA-ba kivándorolt egykori német állampolgár kérte állampolgárságának megállapítását. A korábbiaknak megfelelően az 1980-as döntésében a bíróság már „*fundamentale Prinzipien der Idee der Gerechtigkeit*”-ről szólt.

Vajon maga az igazságosság, vagy annak csak eszméje lenne az irányító ezekben a döntésekben, megérne egy külön elemzést.

Mann utal arra, hogy a német állampolgárságtól történő megfosztást a svájciak és belgák *ordre public*-be ütközőnek tekintették,<sup>49</sup> a franciák viszont elismerték joghatályát (Court de cassation 1953). Az USA már 1943-ban elismerte az állampolgárságtól való megfosztást, sőt Izrael még 1945-ben is ezt a nézetet képviselte, kvázi állampolgárság nélkülieknek minősítette az érintett személyeket.<sup>50</sup> Márpedig ha az örökhagyó nem volt német állampolgár, akkor

<sup>49</sup> F. A. MANN: *Ausbürgerung und Wiedereinbürgerung nach Art. 116 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Auslands. Festschrift Coing*, 1982. Band II. 332. (323. és skk.).

<sup>50</sup> MANN: *Ausbürgerung und Wiedereinbürgerung*, 333.

a végrendeletére a zsidó jogot alkalmazták, lényegében ez vezetett az állampolgárságtól való megfosztás elismeréshez – Mann állítása szerint.<sup>51</sup>

### 7. Tudományos vita a többes állampolgárság esetén alkalmazandó kapcsoló elv alkotmányosságáról

Amint a bevezető sorokban már említettük, az állampolgárság a második világháború után emberi joggá erősödött. Az Emberi Jogok Nyilatkozata (15. cikk), a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya (24. cikk), a Gyermek Jogairól szóló 1989. évi egyezmény (7. cikk), az Emberi Jogok Amerikai Egyezménye (20. cikk) az állampolgársághoz való jogot az emberi jog rangjára emelték. Ennek a jognak a tartalmát nem bontjuk ki, a nők védelmére külön nemzetközi egyezmény került megalkotásra még 1957-ben. Az emberi jogi védelem a házasságot kötő nők mellett alapvetően az államutódlás és a hontalanok esetein kapott erőt.<sup>52</sup> Az emberi jogi védelemből fakadó és azzal kapcsolatos alapjogi védelem pedig érvényesülést keresett magának, amely a német jogtudományban erős hangon szólalt meg.

#### a) Scholz–Pitschas véleménye

A kettős állampolgárság nemzetközi magánjog problémájával kapcsolatos bírói alkalmazására vonatkozó gondolatait és aggályait fejtette ki a Rupert Scholz és Rainer Pitschas szerzőpáros 1984-ben.<sup>53</sup> Kiinduló tételeik a következőképpen foglalhatók össze:

Az Alaptörvényből nem vezethető le, hogy a külföldi jog alkalmazása ugyanolyan kötelezettsége lenne az államnak, mint a német jogé; szintén nem igazolható az egyenlő bánásmód alapjogi felfogásának sérelme, ha több állampolgársággal rendelkezők esetében csak az egyik kerül alkalmazásra. A másik alapl dilemma, hogy az Alaptörvény alkalmazásának köre – jóllehet már 1984-et írunk – pontosan nem határozható meg:

*„Auch auf diesem Rechtsgebiet ist von den Leitnormen der Art. GG Artikel 1 GG Artikel 1 Absatz III, GG Artikel 20 GG Artikel 20 Absatz III GG auszugehen, die im Geltungsbereich des Grundgesetzes alle staatliche Gewalt unmittelbar an das Verfassungsrecht binden, ohne danach zu differenzieren, ob es sich um inländische*

<sup>51</sup> MANN: Ausbürgerung und Wiedereinbürgerung, 333.

<sup>52</sup> NAGY: Nemzetközi jog (8. j.) 415. sorszám.

<sup>53</sup> RUPERT SCHOLZ – RAINER PITSCHAS: Effektive Staatsangehörigkeit und Grundgesetz. *NJW* 1984, 2721–2730.

oder ausländische Sachverhalte handelt. Eine in diesem Sinne bloß territoriale Geltung der Grundrechte oder anderer Verfassungsaussagen kennt das Grundgesetz nicht."<sup>54</sup>

Az Alaptörvény alkalmazása csakis a konkrét tényállás ismerete alapján, esetről esetre vizsgálendő és állapítható meg.

Fontos kiinduló elv még az, hogy az állampolgárság kapcsoló elve önmagában nem ütközik az alkotmányba, ezt a német Szövetségi Alkotmánybíróság is már kimondta.<sup>55</sup>

A lényegi mondanivaló ezen premisszák alapján a következő: az ún. „Efektív” állampolgárság alkalmazása – amely megtagadja a német állampolgártól a német állampolgársághoz való kapcsolást – önkényes, továbbá az Alkotmány védelmi kötelezettségét sérti („*Schutzpflicht des Heimatstaates*”).

A meglehetősen pontatlan és elnagyolt megfogalmazásból az is kiolvasható, hogy német állampolgárságból ered az a jog is, hogy a német bíróság előtt a német jog kerüljön alkalmazásra. De valóban van-e ilyen joga a németeknek? – tehetjük fel a kérdést.

Scholz–Pitschas szerint ezt a tételt az is igazolja, hogy többes állampolgárság esetén, ha az egyik a német, akkor nem tagadható meg a német állampolgársághoz történő kapcsolás, hiszen az az Alaptörvény egyenlő elbánás alkotmányos alapelvébe ütközne (3. cikk). Ebben a körben más szerzőt is idéznek – Mikát –, akik szerint a nemzetközi magánjog hatékony állampolgárság elve nem zárhatja el a német állampolgárokat attól, hogy alkotmányos védelmet kapjanak. Utalnak továbbá arra, hogy míg az alapjogi védelem értéktartalommal rendelkezik, azaz érvényesülését meghatározott – alkotmányos – értékek megvalósítása szolgálja, addig a kritizált nemzetközi magánjogi elv egy értékmentes, neutrális elv. Ez azért fontos a szerzők szerint, mert a második világháborút követően az állampolgárság tartalmában is módosult, így az állampolgárságba azon állami kötelezettség is bele tartozik, amely az egyén védelmét is magában foglalja.

Scholz–Pitschas a nemzetközi magánjog hatékony állampolgárságának elvét és alkalmazását alkotmányjogi keretek közé helyezné.<sup>56</sup> Érvelésüket a német–német viszony sajátos helyzetével és alkotmányos alapjaival is indokolják. Az Alaptörvény 16. cikk 1. bekezdés 1. mondata és a 116. cikk ren-

<sup>54</sup> SCHOLZ – PITSCHAS: *Effektive Staatsangehörigkeit und GG*, 2725.

<sup>55</sup> „Wie das BVerfG nämlich betont, beruht die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers hierfür auf der Annahme, „es entspreche dem Interesse der Beteiligten, in persönlichen Angelegenheiten nach dem Recht ihres Heimatstaates beurteilt zu werden, weil bei genereller Betrachtung die Staatsangehörigkeit ihre fortdauernde persönliche Verbundenheit mit diesem Staat dokumentiere und ihnen das vom Gesetzgeber der eigenen Nationalität geschaffene, auf Personen ihrer Nationalität ausgerichtete Recht am vertrautesten sei“ (BVerfGE 31, BVERFGE Jahr 31 Seite 58 (BVERFGE Jahr 31 Seite 78) = NJW 1971, NJW Jahr 1971 Seite 1509; dies will BVerfGE 63, BVERFGE Jahr 63 Seite 181 (BVERFGE Jahr 63 Seite 195) = NJW 1983, NJW Jahr 1983 Seite 1968 ersichtlich nicht generell in Zweifel ziehen; zu weitgehend deshalb – in anderem Zusammenhang – auch Lüdenitz, JZ 1984, JZ Jahr 1984 Seite 141 (JZ Jahr 1984 Seite 142).)” SCHOLZ – PITSCHAS: *Effektive Staatsangehörigkeit und GG*, 2726.

<sup>56</sup> SCHOLZ – PITSCHAS: *Effektive Staatsangehörigkeit und GG*, 2727.

delkezései alapján csak egységes német állampolgárságról lehet beszélni, amely az akkori nyugatnémet felfogás szerint a keletnémetekre is kiterjedt. Ekként nem lehet az NDK esetében külön államról, külföldről beszélni. A német Szövetségi Alkotmánybíróság fentebb már idézett határozata sem változtatott ezen alkotmányos és egyúttal nemzetközi jogi felfogáson. Ebből viszont arra következtet a Scholz–Pitschas szerzőpáros, hogy a többes állampolgárság elve német–német viszonylatban nem alkalmazható. Idézik a német Szövetségi Alkotmánybíróság 1973. július 31-i híres határozatát az NSZK–NDK állam-szerződés felülvizsgálatáról:

*„Müßte der Vertrag dahin verstanden werden, daß die Bürger der Deutschen Demokratischen Republik im Geltungsbereich des Grundgesetzes nicht mehr als Deutsche i. S. des Art. 16 und des Artikel 116 Absatz IGG behandelt werden dürften, so stünde er eindeutig im Widerspruch zum Grundgesetz.“ (BVerfGE 36, 30=NJW 1973, 1539) Das Gericht fährt fort, „daß die Deutsche Demokratische Republik auch in dieser Beziehung nach dem Inkrafttreten des Vertrages für die Bundesrepublik Deutschland nicht Ausland geworden ist.“<sup>57</sup>*

A fentiek alapján megfogalmazott javaslatuk viszont figyelmet érdemel, a többes állampolgárok esetében a német állampolgársághoz kapcsoló jog akkor alkalmazható, ha az érintett személy ekként dönt, azaz részére választási jogot adnak, hogy a német jog alkalmazása helyett a másik állampolgársághoz kapcsolódó állam joga legyen alkalmazandó.

### **b) Mansel válasza**

A fenti érvekre – Mikat és Scholz–Pitschas által felvetett alkotmányos gondolatokra – az állampolgársági jog kiváló ismerője, Heinz–Peter Mansel válaszolt.<sup>58</sup>

Mansel először is azon kételyének ad hangot, hogy az Alkotmányból levezethető lenne, hogy német állampolgár esetében jogi ügyeiben mindig a német anyagi jog szabályait kellene alkalmazni; ilyen szabály az Alkotmányból szerinte nem származtatható.

Mansel vitatja továbbá, hogy az NDK–NSZK szerződést értelmező alkotmánybírósági döntésből az következne, hogy valamennyi németnek joga lenne arra, hogy német bíróság német anyagi jogot alkalmazzon ügyében. Idéz egy korábbi, 1956-os alkotmánybírósági ítéletet, ahol az NDK jog szerinti nagykorú, de NSZK-ban élő, és az ottani jog szerint még kiskorúnak számító személy esetében a DDR-jog alkalmazását nem tartotta önkényesnek

<sup>57</sup> SCHOLZ – PITSCHAS: *Effektive Staatsangehörigkeit und GG*, 2728.

<sup>58</sup> HEINZ-PETER MANSEL: *Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz, deutsche Doppelstaater und die Lehre von der effektiven Staatsangehörigkeit im Internationalen Privatrecht*. NJW 1986. 625–632.



és alkotmányellenesnek az Alkotmánybíróság a hivatalos kézbesítés hatályosulása kapcsán.

Mansel további észrevétele azt a vélt diszkriminációt illeti, miszerint az Alaptörvény 3. cikke alapján a kettős állampolgársággal rendelkező német állampolgárok eltérően kapnának jogvédelmet a másik állampolgárságukhoz való kapcsolás lehetősége miatt, szemben a „csak” német állampolgársággal rendelkezőkkel. Cáfolata szerint a kapcsoló elv ugyanaz, az állampolgárság elve, mégpedig azon megfontolásból, hogy számos ügyben ez az a kapcsoló elv az, amely a „legközelebb” van a tényálláshoz, az érintett személyhez. A kettős vagy többes állampolgárok esetében a kérdés abban áll, hogy a felhívható állampolgárságok közül melyik felel meg ezen kívánalomnak, a tényálláshoz legközelebb állónak. Nincs szó diszkriminációról, hangsúlyozza, hiszen az „effektív” állampolgárság keresésével a személyhez és tényálláshoz legközelebbi jog meghatározásáról van szó. A kettős állampolgárok közt a különbséget a német állampolgársághoz való „közelségük” határozza meg, az, hogy a személyes kötődés és kapcsolat Németországhoz mennyiben erős. Például mennyiben tekinti hazájának az adott személy Németországot. A diszkriminációtílalom mércéje, hogy a lényegében egyenlőt egyenlőtlenül, a lényegében eltérőt egyenlően tekinti, de ez a tárgyalt esetben nem igazolható. Utal Mansel arra a német Szövetségi Alkotmánybírósági határozatra is, amely az effektív állampolgárságot alkotmányosnak tekintette, pontosabban nem emelt ellene alkotmányos kifogást (NJW 1974, 1609).<sup>59</sup> Kollíziós jogi értelemben egyenlő elbánásban részestül valamennyi német állampolgár, nincs hátrányos megkülönböztetés.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> „V. Die zu prüfende Regelung läßt sich auch nicht damit rechtfertigen, daß sie im Verhältnis Kind-Staat der Verneidung doppelter Staatsangehörigkeit dient. Ob dieser Gesichtspunkt gegenüber Art. 3 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich überhaupt durchgreifen könnte, kann dahingestellt bleiben. Denn vom Standpunkt des Kindes wiegen die Nachteile einer doppelten Staatsangehörigkeit nicht schwerer als die Vorteile eines zusätzlichen Erwerbs der mütterlichen Staatsangehörigkeit; ebenso besteht kein überragendes öffentliches Interesse daran, Kindern mit fremder Staatsangehörigkeit die Aufnahme in den deutschen Staatsverband zu verwehren.” NJW 1974, 1610.

<sup>60</sup> „Freilich mag im Internationalen Privatrecht doppelte Staatsangehörigkeit die Gefahr widersprechender Entscheidungen im In- und Ausland vergrößern. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie noch überragend – bei eigenen Staatsangehörigen der Besitz einer weiteren Staatsangehörigkeit ignoriert wird, d.h. jeder der beiden Heimatstaaten die betreffenden Personen nur seinem eigenen Recht unterstellt. Entgegen dieser früher herrschenden Auffassung setzt sich im deutschen Internationalen Privatrecht zunehmend die Auffassung durch, in Fällen doppelter Staatsangehörigkeit müsse an die „effektive“ Staatsangehörigkeit angeknüpft werden (Ferid, *RabelsZ* 23, 1958, 498 ff., insb. S. 506 ff.; Soergel-Siebert-Kegel, *BGB*, 10. Aufl., Bd. 7, 1970, An. 29 *EGBGB Anm.* 37 m.w. *Nachw.*; BGHZ 60, 68, 82 = NJW 73, 417). So betrachtet ist eine doppelte Staatsangehörigkeit für Kinder aus gemischt-nationalen Ehen sogar günstiger, weil sie – im Gegensatz zur Anknüpfung an eine ausschließliche, möglicherweise bloß formelle Staatsangehörigkeit – zur Anwendung des den Beteiligten näher stehenden Rechts führt.

Insgesamt sind danach vom Standpunkt des Kindes die Nachteile der doppelten Staatsangehörigkeit nicht so erheblich, daß sie das Kindesinteresse am Erwerb der Staatsangehörigkeit der deutschen Mutter überrögen. Dies gilt namentlich, wenn das Kind in der Bundesrepublik lebt oder leben möchte.” (C V 1 b)

A további érvként felhozott arányosság követelménye – „*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*” – szintén nem sérül Mansel szerint, hiszen nem kizárólag objektív, hanem a tényállás szubjektív körülményei is jelentőséggel bírhatnak. Így adott esetben vizsgálja a bíróság, hogy a többes állampolgár szabad akaratából élt-lakott az egyik államban, vagy kényszerítve volt, esetleg korlátozva volt szabad választásában, mint az egyes kelet-európai államok esetében felmerült.

### c) Mikat hozzászólása

Mikat szerint a többes állampolgárságú német állampolgárok esetében a német állam szerinti jog választása az Alaptörvény 16. cikkébe ütköző állampolgárságtól való megvonás tilalmába ütközne, ha nem a német jog szerinti védelemben részesül. Maga az állampolgárság önmagában nem jelent automatikusan egyes jogokat és kötelezettségeket. A német jog alkalmazása – alapvetően – a német nemzetközi magánjog szabályai szerinti elvek alapján kerülhet meghatározásra. Az állampolgárság nem jelenti azt, hogy az adott személy külföldi tényállású ügyében is csakis német jogot lehetne alkalmazni. Az állam védelmi kötelezettsége az állampolgáraival szemben nem jelenti azt, hogy csak német jogot lehetne alkalmazni az állampolgár magánjogi jogvitájában. Pontosan az állampolgárság meghatározása körében – Wengler nyomán – hangsúlyozza Mansel, fontos, hogy a nemzetközi magánjog egyes előkérdések, és az állampolgárság meghatározása körében eltérő kapcsoló-szabályokat, körülményeket is vizsgálnia kell. Mansel a fentiek alapján vitatja, hogy a ketős vagy többes állampolgárság esetében, ha azok közül az egyik a német, ezen személynek választási lehetősége, opciója lenne az alkalmazandó jogot illetően.

„*Gegen die Einräumung eines prinzipiellen und nicht auf besondere Fallgruppen beschränkten Optionsrecht des inländischen Doppelstaaters spricht, daß die Gefahr einer opportunistischen, anwendungsergebnisorientierten Ausübung des Wahlrecht besteht, die andere am Rechtsverhältnis beteiligte Personen unter dem Gesichtspunkt der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit unangemessen benachteiligen könnte.*”<sup>61</sup>

Családjogi kérdések esetében az állampolgárságot illető, valamint a honosokat (hazaiakat) védő szabály körében (EGBGB 22. cikk 2. bek.) alapvetően a német állampolgárságból kell kiindulni. Az effektív állampolgárság alkalmazásának természetesen további korlátai is lehetnek Mansel szerint.

Visszatérve eredeti témánk fonalához, azaz a kollíziós szabályok alapjogi megmértetéséhez, az állampolgársággal kapcsolatban a közjogi szabályozás súlya sokszor maga alá gyűri a nemzetközi magánjog érzékeny megközelítését.

<sup>61</sup> MANSSEL: *Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz*, 632.

## 8. Kettős állampolgárság kérdése a német-német viszonylatban

Egy olasz apától és „keletnémet” állampolgár anyától származó személy ügyében merült fel – először közigazgatási hatáskörben, majd az azt felülvizsgáló közigazgatási bírósági eljárásban – az az alkotmányos kérdés, vajon NSZK és egyúttal német állampolgár-e az a személy, aki „csak” az NDK állampolgárságát szerezte meg, majd áttelepült az NSZK-ba. A kérdés valójában a német jogban védett munkakört betöltő tanárt érintett és ezen munkajogviszony jogellenes megszüntetésével kapcsolatos kártérítési kérelem vonatkozásából merült fel. A bíróságnak azt kellett eldöntenie, hogy német állampolgárnak tekintendő-e vagy sem, apja ráadásul olasz volt.<sup>62</sup>

Az Alaptörvény 116. cikk 1. bekezdéséből és 16. cikk 1. bekezdéséből az alkotmánybírák az újraegyesítés kívánalmának alapjogi szabályát alkalmazva mondták ki, hogy az NDK-állampolgárság megszerzése egyúttal az Alaptörvény szerinti állampolgárság közvetlen megszerzését is jelenti: *„Indes folgt aus dem Gebot der Wahrung der Einheit der deutschen Staatsangehörigkeit (Art. 116 I, 16 I GG), das eine normative Konkretisierung des im Grundgesetz enthaltenen Wiedervereinigungsgebots ist, daß dem Erwerb der Staatsbürgerschaft der Deutschen Demokratischen Republik für die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland in den Grenzen des ordre public die Rechtswirkung des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit beizumessen ist.”* (I. 3.).

A két alkotmányos rendelkezés szó szerinti értelme meglehetősen távol áll a fenti mondatban olvasható következtetéstől:

A 116. cikket fentebb már érintettük. A 16. cikk a német állampolgárság elvesztéséről, és a német állampolgárságból fakadó alapjogokról rendelkezik. Jelenkori szövege szerint:

(1) *Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.*

(2) *Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden. Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.*

Az Alkotmánybíróság a német nép identitásának megőrzési kötelezettségével, a német nép egységének – amely a nemzetközi jog alapján az önrendelkezésre jogosult – a jövőre nézve történő megtartásával igazolja az NDK-polgárok német állampolgárságának elismerését. Figyelemre méltó, hogy az Alkotmánybíróság a nemzetközi jog szempontjából is vizsgálja tételének helyességét és álláspontja szerint a német megoldás nem ütközik sem a nemzet-

<sup>62</sup> 2 BvR 373/83 – BVerfG, Beschluß v. 21.10.1987, NJW 1988, 1313. és skk.

közi jogba, sem az NDK-val kötött nemzetközi egyezményekben, valamint szinte valamennyi nemzetközi jogi dokumentumot sorba vesz, amely az NSZK és a korábbi német állam azonosságát mondja ki. Jóllehet a Szovjetunió a keletnémet államot ismerte el, a nagyhatalmak nem jutottak ebben a kérdésben egységes álláspontra.<sup>63</sup> Németország kettészakadása nem a német önrendelkezésből fakad – mondták ki a határozat indokolásában az alkotmánybírók –, ezért a békés újraegyesítés és a teljes állami egység helyreállítása az, amely a valós népakaratot megtestesíti.<sup>64</sup> A német nép a nemzetközi jog általános elveként elismert önrendelkezés jogának a hordozója.<sup>65</sup>

A határozat megfogalmazása: „*daß – unbeschadet jeder Regelung des Staatsangehörigkeitsrechts in der Deutschen Demokratischen Republik – die Bundesrepublik Deutschland jeden Bürger der Deutschen Demokratischen Republik, der in den Schutzbereich der Bundesrepublik und ihrer Verfassung gerät, gem. Art. 116 I und 16 I GG als Deutschen wie jeden Bürger der Bundesrepublik behandelt.*”

Mit jelent pontosan „jeden Bürger der DDR”, azaz az NDK valamennyi polgárát, vagy „derjenigen Bürger”, azaz mindazon állampolgárok, akik az NSZK állampolgársági törvényének is megfelelnek, nem egyértelmű és a korabeli kritika észrevételét is felhívta.<sup>66</sup>

Az ítélet előtt mintegy húsz évvel korábban írt cikkében F. A. Mann az egységes német állam egyik bizonyítékát éppen az egységes állampolgársági jogban látta, még 1967-ben.<sup>67</sup> Mi tekinthető oknak és okozatnak, ezek szerint az idő függvényében változhat, az állam és az állampolgárság viszonyában is.

A határozat másik – számunkra kiemelendő – gondolati eleme, az alaptörvény területi érvényességi körének a meghatározása. Ez az a kérdés, amely napjainkig erősen vitatott. Az Alkotmánybíróság – ezt a problémát is érintve – a következők szerint fogalmazott:

<sup>63</sup> A jogi helyzet pontos leírásához lásd F. A. MANN: Deutschlands Rechtslage 1947–1967. JZ, 1967, 586. és skk., valamint 617. és skk.

<sup>64</sup> „c) Aus dem Währungsgebot folgt insbesondere die verfassungsrechtliche Pflicht, die Identität des deutschen Staatsvolkes zu erhalten. Diese Pflicht ist nicht statisch auf den Kreis derjenigen Personen begrenzt, die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes deutsche Staatsangehörige waren, und auf jene, die später zufolge des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben und noch erwerben werden.”

<sup>65</sup> „c) Das deutsche Volk ist Träger des Selbstbestimmungsrechts im Sinne des allgemeinen universalen Völkerrechts. Es stellt keine nach Maßgabe des Völkerrechts sachwidrige Anknüpfung dar, wenn durch staatsangehörigkeitsrechtliche Regelungen der Bundesrepublik Deutschland die rechtliche Form und Gestalt dieses Volkes als Träger des Selbstbestimmungsrechts bis zu dem Zeitpunkt gewahrt bleiben soll, in dem ihm die freie Ausübung dieses Rechts ermöglicht wird. Dabei kann hier offenbleiben, in welcher Art und Weise dieses Recht wahrzunehmen ist, um den Anforderungen an seine freie Ausübung zu genügen.” – C II 1 d cc; hasonlóan ezt hangsúlyozza: W. WENGLER: Internationales Privatrecht. Berlin 1981, Band I, 121.

<sup>66</sup> LUTZ GUSSEK: Neues zu Deutschland und zur deutschen Staatsangehörigkeit? NJW, 1988. 1302. és skk.

<sup>67</sup> F. A. MANN: Deutschlands Rechtslage 1947–1967. JZ, 1967, 619.

49 / „a) Weder das Grundgesetz selbst (s. o. C I 3 c) noch die auf seiner Grundlage gebildeten Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland haben diesen Vorgang als Untergang des deutschen Staates bewertet. Die Bundesrepublik Deutschland betrachtete sich vielmehr von Beginn an als identisch mit dem Völkerrechtssubjekt Deutsches Reich. An dieser Subjektsidentität hat nichts zu ändern vermocht, daß sich die gebietsbezogene Hoheitsgewalt der Bundesrepublik Deutschland auf den räumlichen Anwendungsbereich des Grundgesetzes beschränkt. Selbst eine endgültige Statusänderung von Teilen seines Staatsgebiets ändert nach Völkerrecht die Identität eines staatlichen Völkerrechtssubjekts nicht.“ (C II 1 b aa)

A nemzetközi egyezményből fakadó, és először külföldi ítéletek elismeréséhez kapcsolódó kettős, illetve többes állampolgárság esetén a nemzetközi magánjogi kapcsolóelv meghatározására kialakult közel 30 év után – valamint a közben megvívott alapjogi harcok –, a „legközelebbi”, érvényesülő állampolgárság vizsgálata eljutott addig, hogy a fórum állama adott esetben nem az azzal megegyező állampolgárságot, hanem a külföldi állampolgárságot választja ki, mint a legszorosabb kapcsolatot jelentő kapcsolatot egyén és tényállás közt.<sup>68</sup>

A kapcsoló szabályok közül a 80-as évek elején még mindig az állampolgárság szerepelt az első helyen. Az állampolgárság alapvetően nemzetközi jogi és közjogi probléma, léte, fennállása, megszerzése és elvesztése sok esetben külön szabályokban található. A nemzetközi magánjog keretében nem beszélhetünk speciális „nemzetközi magánjogi állampolgárságról”, a nemzetközi magánjog az állampolgársági jog tételeit fogadja el.<sup>69</sup>

Az 1978. június 15-i osztrák nemzetközi magánjogi törvény 9. § 1. bekezdés 2. mondata alapján, ha a kettős vagy többes állampolgárság közül az egyik az osztrák, akkor az osztrák veendő figyelembe.

Az osztrák irodalom is elismeri, hogy ez számos esetben nem szerencsés, ha a másik államhoz az adott személy szorosabb kapcsolat fűzi.<sup>70</sup> Ezért az osztrák nemzetközi magánjogi törvény 5. § 3. bekezdésének szabályát lehet ilyen esetekben alkalmazni.

A jelenlegi magyar nemzetközi magánjogi szabályozás is ezt követi,<sup>71</sup> és ez a szabály megjelent már Szászy 1948-as tervezetében, annak 3. §-ában.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> CHRISTIAN VON BAR: Neue Rechtsprechung zum Kollisionsrecht (Teil I). JZ, 1984. 126.

<sup>69</sup> WENGLER: *Internationales Privatrecht*. Berlin – New York: 1981. 250.

<sup>70</sup> FRITZ SCHWIND: *Internationales Privatrecht*. Wien: 1990. 184.

<sup>71</sup> 1979. évi 13. sz. tvr. 11. § (2) bek., lásd BURIÁN L. – CZIGLER D. – KECSKÉS L. – VÖRÖS I.: *Európai és magyar nemzetközi kollíziós magánjog*. Budapest, 2010, 8., 7. margószám.

<sup>72</sup> SZÁSZY ISTVÁN: *Magyar Nemzetközi Magánjog. Törvénytervezet és indokolás*. Budapest: 1948, 53.

## 9. 1986-os német nemzetközi magánjogi reform vonatkozó elemei

A 80-as években is még folyamatban volt a német nemzetközi magánjog reformja,<sup>73</sup> Neuhaus és Kropholler tervezete<sup>74</sup> felhagyott volna az állampolgárság kapcsolóelvével a nemzetközi magánjog család- és öröklési jogi részben, és a hamburgi Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht munkatársai által készített javaslat is korlátozni javasolta az állampolgárság kapcsolóelvének alkalmazását.<sup>75</sup> Ehelyett a szokásos tartózkodási helyet javasolták kodifikálni, de akkor, ez a javaslat nem került elfogadásra.<sup>76</sup>

Az állampolgárság kapcsolóelvének megtartása mellett alapvetően két érv szólt: 1. nagyobb biztonsággal állapítható meg, mint a tartózkodási hely; 2. Stabilabb, biztosabb és kevésbé manipulálható. Így a „kegeli-létrának” elnevezett, azaz egymást követő, a korábbi alkalmazását valamilyen oknál fogva a következő kapcsolóelv alkalmazásához vezető kapcsolóelv-sorozat került elfogadásra.

A német nemzetközi magánjog 1986-os reformja a kettős állampolgárság szabályát is érintette, de az állampolgárság kapcsolóelvét személyi, család és öröklési jogban megtartotta.

Az újonnan megfogalmazott EGBGB 5. cikk<sup>77</sup> a többes állampolgárság esetére a jogirodalom által felvetett és a német bírói gyakorlatban is megfogant „közelebbi” állampolgárság elvét tette a törvény szabályává, azzal, hogy a közeli kapcsolatot a tartózkodási hely és az életvitel helyei segítik megállapítani.<sup>78</sup> Az 1. bekezdés 2. mondataként került be a korábban az osztrák nemzetközi magánjogi törvényből ismert szabály, ha a több állampolgárság közül az egyik a német, akkor annak alkalmazása előnyt élvez. Ez nem jelenti azt, hogy a korábbi kritikát ne hallotta volna meg a jogalkotó, nevezetesen hogy többes állampolgárság esetén a közelebbit rendeli alkalmazni, a német esetben pedig erről nem vesz tudomást. A törvény indokolásának lábjegyzetben megfogalmazott válasza erre az, hogy eltérő a kiindulási pont a német és egyéb kettős állampolgár és a „tisztán” külföldi kettős állampolgár helyzete

<sup>73</sup> PAUL HEINRICH NEUHAUS – JAN KROPHOLLER: Kürze oder Kazuistik im Gesetz über Internationales Privatrecht? *JZ*, 1981, 58–60.

<sup>74</sup> PAUL HEINRICH NEUHAUS – JAN KROPHOLLER: Entwurf eines Gesetzes über internationales Privatrecht- und Verfahrensrecht (*IPR-Gesetz*). *44 RabelsZ* 1980, 326. és skk.; DIETER HEINRICH: Zum Stand der deutschen IPR-Reform. *IPRax*, 1981, 3.

<sup>75</sup> Thesen zur Reform des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, unter Federführung P. Doppl u. K. Siehr. *44 RabelsZ*, 1980, 344. sk..

<sup>76</sup> DIETER HEINRICH: Abschied vom Staatangehörigkeitsprinzip? In *Festschrift für Hans Stoll*, Tübingen: 2001, 437. (437–449.)

<sup>77</sup> THOMAS RAUSCHER: *Internationales Privatrecht*. 3. Aufl. Heidelberg 2009, 223. és ssk. margószám alatt.

<sup>78</sup> LOOSCHELDERS, DIRK: *IPR – Art. 3–46 EGBGB*. Heidelberg: 2004. Art 5, 16 és skk. margószám.

között, hiszen a német esetében a német alkalmazása gyakorlati és jogbiztonsági okokkal magyarázható.<sup>79</sup>

A nemzetközi jog alapján sem vitatható el egyik államtól sem az a jog, hogy saját szabályainak előnyt adjon. Az 1930-as hágai egyezményben ez akként fejeződik ki, hogy kettős állampolgárság esetén valamennyi állam állampolgárának tekintheti az adott személyt.<sup>80</sup> A szabály nem jelenti azt, hogy minden esetben a német állampolgársághoz kell kötni a kapcsolást; a 10. cikk 2. bek. 1., 5. bek. 1., 14. cikk 2. bek., 26. cikk 1. bek. 1. mondata szabályainál is a nem közeli vagy – német többes állampolgárnál – külföldi állampolgárságra is figyelemmel kell lenni.<sup>81</sup>

### 10. Az alapjogi korrekció – alapjogok és a nemzetközi magánjog viszonya

A nyolcvanas évek végére a német nemzetközi magánjog alkotmányjogi beágyazottsága és alkotmányos értékek érvényesülésének a kényszere alá került. Amiként Pitschas fogalmazta meg: „*Das Grundgesetz kennt somit kein verfassungsnutrales Internationales Privatrecht.*” Ennek következtében nemcsak a kollíziós norma maga, mint a német belső jog szabálya áll alkotmányos megmérettetés alatt, hanem a külföldi jog alkalmazása is a német bíróság által. A külföldi jog alapjogba való ütközése esetén, illetve a külföldi jog alkalmazásával elért eredmény alapjogba való ütközése esetén a nemzetközi magánjog *ordre public* szabályával utasíthatja vissza a német bírót az Alaptörvénybe ütköző eredményt.

A múlt század 80-as éveinek végére egyértelművé vált, a német alkotmány, így különösen az alapjogok alkalmazásának térbeli, személyi és időbeli hatályát nem a nemzetközi magánjog szabályai szerint kell elbírálni, hanem az adott norma értelmezéséből autonóm módon.

Wengler nemzetközi magánjogi kommentárjában a 7. § alatt „*Leitprinzipien zur Gestaltung des internationalen Privatrechts*” részben összefoglalta azt a kétszeresen is monista koncepciót, amely – jóllehet csak később, de – megvalósulni tűnt a német jogban. Kétszeresen monistának nevezzük ezt a felfogást, egyrészt mert a klasszikus monizmus a nemzetközi jog és belső jog viszonyában valósul meg, továbbá második értelemben is monista rendszert tükröz ez a felfogás, mert az alkotmány és a tárgyi jog viszonylatában is egységet mutat. Wengler kiindulópontja a nemzetközi jog és az államok egymásközi békés viszonya. Ezt az a priori tételt egy másikkal egészíti ki, a belső jogban az alkotmány által meghatározott jogrend követelményével. Az alkotmány meg-

<sup>79</sup> KEGEL – SCHURIG: IPR. 9. Aufl. München: 2004. § 13 II 5. pont alatt.

<sup>80</sup> STAUDINGER – BLUMENWITZ IPR, 2003, Art 5. EGBGB 21. margószám.

tilthatja a jogalkotónak bizonyos tartalmú jogszabályok alkotását és a bíróságok számára is megtilthatja az ezzel ellentétes normák alkalmazását.<sup>82</sup> Ebből az alapgondolatból fejti ki nézetét az alkotmánnyal, alapjogokkal ellentétes, belső joghoz tartozó kollíziós norma, valamint az ugyanilyen tartalmú külföldi norma német bírói alkalmazásának mellőzését illetően. Ez utóbbi körben az *ordre public* lehetővé teszi – ha a tényállásban elegendő belföldi kapcsolat áll fenn, amelynek elbírálása csak mérlegelés útján lehetséges.<sup>83</sup>

A fentiek közül a legtöbbet vitatott kérdést az állampolgársághoz kötődő kapcsolószabályok alkotmányos megítélése jelentette, amely körül a vita lényegében napjainkig sem zárult le. Jóllehet időközben, elsősorban az Európai Közösségek, illetve az Európai Unió intenzív kollíziós jogalkotása következtében az állampolgárság kapcsoló elv jelentősége lényegesen csökkent a nemzetközi eljárásjog körében. Ezért napjaikban is jelentőséggel bír a többes állampolgársággal rendelkezők esetében, hiszen csak az egyik állampolgárság után lehetséges a kapcsolószabály alkalmazása. A német gyakorlat és elmélet nagyon helyesen az „effektív”, hatékony állampolgárság jogának alkalmazását mondja ki, amelynek meghatározása alapvetően objektív tényállási elemeken, mint például a tartózkodási hely, alapszik, de kivételesen szubjektív tényezők, mint például az egyén által szülőhazának tekintett állam, is szerepet játszhatnak.<sup>84</sup>

Az állampolgárság – még a 80-as év végén is – rendkívül erős közjogi viszonyt jelent az egyén és egy állam között. Sokszor ez a viszony érzelmi töltésű is, természetesen az egyén részéről. A már idézett Nottebohm-ügyben a Nemzetközi Bíróság 1955. április 6-i döntésében a következőket mondta:

*„la nationalité est un lien juridique ayant base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiment, joints à une réciprocité de droit et de devoirs... L'individu auquel elle est conférée... est en fait plus étroitement attaché à l'État qui la lui confère qu'à celle de tous autre Etat.”*<sup>85</sup>

Pitschas – egy másik írásában – azt emelte ki, hogy az állampolgárság kapcsolóelve azon a vélelmen alapul, hogy az adott személy legközelebbi kapcsolata azzal az állammal áll fenn, akinek az állampolgára.<sup>86</sup> Az állampolgárság ennél jóval bonyolultabb viszonyt jelent az egyén és az állam között, melynek fontos eleme az állam védőfunkciója állampolgárát illetően. Pitschas gondolatai Jayme professzorból a következő gondolatokat váltották ki: *„Folgt man den Ausführungen von Herrn Pitschas, so müßte man eine eigene Lehrveranstaltung über*

<sup>81</sup> PIRRUNG 122., 4. lábjegyzet.

<sup>82</sup> WENGLER: IPR, 125.

<sup>83</sup> WENGLER: IPR, 125.

<sup>84</sup> PITSCHAS: *Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Staatsangehörigkeitsprinzip* 113.

<sup>85</sup> Nottebohm-észetet idézi UBERTAZZI, 405.

<sup>86</sup> PITSCHAS: *Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Staatsangehörigkeitsprinzip* 107.



*Verfassung und Internationales Privatrecht einrichten. Wir würden ganz arbeitslos, die Internationalprivatrechtler könnten ihre Vorlesung nahezu streichen.*<sup>87</sup>

Az EGBGB vitatott 5. cikk 1. bekezdés második mondatának<sup>88</sup> szabálya körül megoszlottak a vélemények. A szabály szerint többes állampolgárság esetén, ha az egyik a német, akkor az mindig előnyt kell, hogy kapjon az alkalmazásban, mint a másik. Kegel szerint az effektív állampolgárság feltételét ebben az esetben is kellene vizsgálni, a normát Kegel<sup>89</sup> jogpolitikailag tévesnek tartja, és Ferid<sup>90</sup> hatásának tudja be.

Von Bar/Mankowski szerzőpáros szerint az állampolgárság kapcsoló szabálya napjainkig alapvetően meghatározza a német kollíziós normákat a személyi, családi és öröklési jogban, valamint egyéb részletszabályokban (Art. 28 V, 30 II 2, 41 I, 46 EGBGB – ezekből időközben, 2009-ben hatályát veszítette a 28. és 30 cikk). Álláspontjuk szerint az állampolgárság kapcsolószabályával alkotmányos szükségszerűség nincs, és ez a megoldás éppen úgy alkotmányos, mint a szokásos tartózkodási hely kapcsoló szabálya.<sup>91</sup>

Az állampolgárság alapjogi megmérettetésével kapcsolatos az a korábban már érintett gondolat, hogy az alapjogok térbeli, személyi és tartalmi alkalmazási körét miként határozzuk meg. Stern szerint az alapjogok térbeli és személyi hatályát nem a kollíziós szabályok határozzák meg, hanem az adott alkotmányos jog tartalma és védelmi köre.<sup>92</sup> Az Alaptörvény által biztosítani hivatott szociális jogállam eszméjének (20. és 28. cikkek) a kollíziós szabályokban is érvényre kell jutniuk – amiként az USA-ban a „full faith and credit clause” és a „due process clause” érvényesül –, hangsúlyozza Pitschas.<sup>93</sup> A nemzetközi magánjog Alkotmányhoz való kapcsolódását az alapjogok érvényesítésnek biztosításában látja, de másik oldaltól nemzetközi jogi követelményként az alapjogok nemzetközi joggal összeegyeztetésének szükségességét is kiemeli: a „Grundrechtsimperialismus” és az alapjogi oktróí elkerülése érdeké-

<sup>87</sup> JAYME, a vitában, in JAYME–MANSEL (Hrsg.): *Nation und Staat*. Heidelberg, 1990, 331.

<sup>88</sup> Artikel 5 Personalstatut

(1) 'Wird auf das Recht des Staates verwiesen, dem eine Person angehört, und gehört sie mehreren Staaten an, so ist das Recht desjenigen dieser Staaten anzuwenden, mit dem die Person am engsten verbunden ist, insbesondere durch ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder durch den Verlauf ihres Lebens. <sup>2</sup>Ist die Person auch Deutscher, so geht diese Rechtsstellung vor.

(2) Ist eine Person staatenlos oder kann ihre Staatsangehörigkeit nicht festgestellt werden, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, mangels eines solchen, ihren Aufenthalt hat.

(3) Wird auf das Recht des Staates verwiesen, in dem eine Person ihren Aufenthalt oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, und ändert eine nicht voll geschäftsfähige Person den Aufenthalt ohne den Willen des gesetzlichen Vertreters, so führt diese Änderung allein nicht zur Anwendung eines anderen Rechts.

<sup>89</sup> Soergel–Kegel § 5, 12 margó (206.o.) – Soergel Kommentar. Band 10, 12. Aufl., Stuttgart 1996.

<sup>90</sup> 23 RabelsZ (1958) 498–514.

<sup>91</sup> VON BAR–MANKOWSKI: *IPR*<sup>2</sup>, 560.

<sup>92</sup> PITSCHAS: *Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Staatsangehörigkeitsprinzip* 100.

<sup>93</sup> PITSCHAS: *Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Staatsangehörigkeitsprinzip* 101.

ben, mindegyik állam köteles a másik jogrendszerét respektálni – mondja.<sup>94</sup> „Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum Grundgesetz ist *keine Paradigmafrage*.<sup>95</sup>”

## 11. Az állampolgársági kapcsoló szabály visszaszorulása

Az állampolgárság kapcsoló szabályának alkotmányos és alapjogi kritikájával egyidejűleg, azzal lényegében párhuzamosan, megindult az állampolgárság kapcsoló szabályának visszaszorulása, egyre kevesebb tényállásnál, jogviszonyban fordul elő. A nemzetközi magánjog nemzetköziesedésének és harmonizációjának egyik áldozata az állampolgárság kapcsoló elvének a nemzeti szabályok közé szorulása.

Ez a két folyamat valahol egymást erősítette, egyrészt támadás a férj és az apa állampolgárságának szabályai ellen, amely új szabályok keresését és megalkotását kényszerítette ki.<sup>96</sup> Másrészt a nemzetközi magánjogi szabályozás nagyfokú nemzetköziesedése, akár a hágai egyezmények körében, akár a szűkebb Európai Közösségek országai között, amely az angolszász világban meghonosodott domicil elv látszati könnyebbége okán, továbbá az állam és egyén kapcsolatának alapvető megváltozása is közrejátszhatott abban, hogy az állampolgárság kapcsoló szabályai jelentősen visszaszorultak.

Az utóbbi húsz évben az állampolgárság kapcsoló elve egyre inkább visszaszorult.<sup>97</sup> A tartózkodás kapcsoló elvét az 1951-es hágai konferencia emelte a nemzetközi magánjog kapcsoló elvei közé.<sup>98</sup> A rokонтartási jogban és gyermekjogban az 1973-as hágai tartásra vonatkozó jog meghatározására vonatkozó egyezményben, majd a 1961-es hágai egyezményt felváltani készített 1996. október 19-i gyermekvédelmi egyezmény már nem tartalmazza az utalást az állampolgárságra. 1993. május 29-i hágai egyezmény a gyerekvédelemről és a nemzetközi örökbefogadás elősegítéséről a gyermek szokásos tartózkodási helye szerinti államot nevezi meg, amely jöllehet kollíziós normát nem tartalmaz, mivel politikailag az nem volt keresztülvihető, de a hatását tekintve az állampolgárság kapcsoló elve itt is tért vesztett.

<sup>94</sup> PITSCHAS: *Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Staatsangehörigkeitsprinzip* 104.

<sup>95</sup> RAINER PITSCHAS: *Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Staatsangehörigkeitsprinzip des Internationalen Privatrechts*. In JAYME – MANSSEL (Hrsg.): *Nation u. Staat*. (87. j.), 98. (93–124.)

<sup>96</sup> CSEHI ZOLTÁN: A német nemzetközi magánjog és az alapjogi octroi. In HORVÁTH A. – KOLTAY A. – MÁTHÉ G. (szerk.): *Sapientia iniuria non potest fieri. Ünnepi tanulmányok Zlinszky János tiszteletére*. Budapest: Gondolat, 2009, 97–135.

<sup>97</sup> DIETER HENRICH: FS Stoll nyomán.

<sup>98</sup> FRITZ SCHWIND: *Die funktionelle Anknüpfung. IPR*, FS W. Müller-Freienfels, Baden-Baden, 1986, 554, 547–558.

A családjogban az időközben már nem hatályos Brüsszel-II rendelet megadta a fejlődés irányát,<sup>99</sup> joghatósági kapcsoló szabálynak a házastársak „szokásos tartózkodási helyét” jelöli ki a 2. cikk (1) bek. a) alpontjában.<sup>100</sup> Ezt a szabályt a Brüsszel-IIa rendelet is megtartotta.<sup>101</sup>

A 1978. március 17-i hágai egyezmény a házassági vagyonközösségre vonatkozóan, illetve a 1989. augusztus 1-jei hágai egyezmény az öröklésre vonatkozóan közös abban, hogy nem az állampolgárságot, hanem a szokásos tartózkodási helyet rendelik kollíziós normaként.

Henrich szerint a kegyeli „szabályozási létrának” – azaz az 1986-os reform során bevezetett kapcsolóelvek egymásba fonódó sorrendjének – lassan a maradéka is el fog tűnni. Henrich szerint, amint az eljárásjogban a szokásos tartózkodási hely minél nagyobb teret kap, annál jobban tud majd érvényre jutni az új kapcsoló-elv az anyagi jogban is.<sup>102</sup>

A fentiek ellenére az állampolgárság kapcsoló szabálya számos területen még tovább fog élni Henrich szerint, így számos házasság esetében még mindig a közös állampolgárság erősebb lehet, mint az átmeneti lakóhely.

Mansel lényegében megerősíti Henrich proféciját, és a hágai egyezmények szabályain túlmenően példáit a német nemzetközi magánjog változásaiával is igazolja. A szülő-gyermek viszonyban az 1998-as jogi reform során bevezetett tartózkodási elv felülírta az állampolgárság kapcsoló elvét, a származásra vonatkozó szabály is a gyerek szokásos tartózkodási helyének jogát hívja fel (EGBGB 19. cikk 1. bek. 1. mondat). A bejegyzett élettársi kapcsolat tekintetében a regiszter helye szerinti jogot nevezi meg (EGBGB 17b cikk),

<sup>99</sup> A Tanács 2000. május 29-i 1347/2000/EK rendelete a házassági ügyekben és a házastársaknak a közös gyermekekkel kapcsolatos szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról.

<sup>100</sup> (1) A házasság felbontásával, a különválással vagy a házasság érvénytelenítésével kapcsolatos ügyekben annak a tagállamnak a bíróságai rendelkeznek joghatósággal:

a) amelynek területén:

- a házastársak szokásos tartózkodási hellyel rendelkeznek vagy
- a házastársak legutóbb szokásos tartózkodási hellyel rendelkeztek, amennyiben egyikük szokásos tartózkodási helye még mindig ott található, vagy
- az alperes szokásos tartózkodási hellyel rendelkezik, vagy
- közös kérelem esetén, a házastársak egyike szokásos tartózkodási hellyel rendelkezik, vagy
- a kérelmező szokásos tartózkodási hellyel rendelkezik, ha közvetlenül a kérelem benyújtása előtt legalább egy évig ott tartózkodott, vagy
- a kérelmező szokásos tartózkodási hellyel rendelkezik, amennyiben a kérelem benyújtását közvetlenül megelőzően legalább hat hónapig ott tartózkodott, és vagy az adott tagállam állampolgára, vagy az Egyesült Királyság és Írország esetében ott van a „domicile”-ja (lakóhelye);

b) amelynek mindkét házastárs az állampolgára, illetve az Egyesült Királyság és Írország esetében mindkét házastárs ott rendelkezik „domicile”-l (lakóhellyel).

(2) E rendelet alkalmazásában a „domicile” (lakóhely) megegyezik az Egyesült Királyság és Írország jogrendszerében alkalmazott kifejezés jelentésével.

<sup>101</sup> KENGYEL – HARSÁGI 2009<sup>3</sup>, 399 és 402. margók.

<sup>102</sup> HENRICH FS Stoll 444.

a házastárs védelmét szolgáló szabályozás szintén belföldi tartózkodási helyet nevez meg (EGBGB 17a cikk, ez utóbbi is változott 2009. 9. 1-jétől).

Egy másik fontos szempont is felmerült ezzel kapcsolatban; Németország még mindig a bevándorlás egyik célja, évente több tízezeren érkeznek. A török származásúak jelentős hányada magát kettős kultúrájúnak vallja, német-töröknek, másrészt a német nagyvárosokban etnikai kolóniák alakulnak ki, valahol ez a városi népesség 30%-át is eléri. Ezek a népcsoportok saját vallásuk, származásuk szokásait, sőt jogi szabályait is sokszor megőrzik és azok szerint élnek.

Mindezek ellenére az állampolgárságot a személy és egy állam közötti erős kapcsolat jellemzi, amely az adott személy személyi viszonyainak megállapításához megfelelő alapul szolgál. A tartózkodási hely kapcsolási elve a bevándoroltak, nem állampolgár személyek tagozódását jobban segíti, míg az állampolgárság a személy és a hozzá kulturálisan kapcsolódó állam viszonyát fejezi ki, és nem sérti az EU diszkrimináció tilalmát.<sup>103</sup>

Mosconi az Institut de Droit International 1987-es állásfoglalása alapján felvetette, hogy az állampolgárság kapcsoló elvére az Unión belül mennyiben van még szükség, hiszen a kapcsoló elv már elvesztette eredeti funkcióját, egységes nemzetté, jogilag egységes országgá kovácsolja az embereket. A nemzeti egység ilyen fogalma szerinte az Európai Unión belül már nem bír létjogosultsággal.<sup>104</sup>

Az Institut de Droit International 1987-es kairói ajánlását olvasva inkább az tűnik ki számunkra, hogy a jogtudósok az állampolgárság és a szokásos tartózkodási hely fontosságát egyaránt elismerve, az eltérő szabályozási *regime*-hez tartozó államok közti kölcsönös elismerését szorgalmazták, továbbá a felek jogválasztását ajánlják ezen két kapcsoló elv közt.

## 12. Állampolgárság és az európai diszkrimináció tilalom – névjog és európai jog

Az állampolgárság diszkrimináció tilalommal való kollíziója az Európai Közösség szabályozásának szintjén merült fel. Az Európai Közösség és az Európai Unió diszkrimináció tilalmának kérdéseit ehelyütt nem kívánjuk tárgyalni, és a jelen dolgozat vizsgálódásait sem tudjuk kiterjeszteni a közösség által garantált szabadságok és a nemzetközi magánjogi szabályok kollíziójára.

<sup>103</sup> HEINZ-PETER MANSEL: Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht: Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person. In JAYME (Hg.): *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*. Heidelberg, 2003, 119–150.

<sup>104</sup> FRANCO MOSCONI: A few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor. In *Liber Amoenorum Kurt Siehr*. The Hague, 2000, 465–480.

Az állampolgárság és a diszkrimináció tilalom ütközését három, az Európai Bíróságot megjárt ügy kapcsán érintjük. A jogszabályi alap, a Római Szerződés óta változatlanul érvényben lévő, eredetileg 7. cikk 1. bekezdés, majd Maastricht után 6. cikk 1. bekezdés, majd a 12. cikk 1. bekezdésének, jelenleg a konszolidált szerződésben a 18. cikk 1. bekezdésének szabályát jelenti.<sup>105</sup>

### a) Egyenlő elbánás elve

A „*principle of equal treatment*” eredetileg a gazdasági verseny biztosítását szolgálta és a nemzeti kedvezmények lebontására irányult. Az elv más területekre is alkalmazásra került, majd – az Európai Bíróság jogfejlesztő tevékenysége révén –, egyes magánszemélyek viszonyaira is alkalmazta a bíróság, mint például az Angonese-ügyben (Rs C-281/98) vagy a Phil Collins (Rs C-92/92), és az azt követően Ricordi-ügyben (Rs C-360/00). Az elv alkalmazása megjelent a más tárgyú ügyekkel kapcsolatban is, például egyetemi tandíj kapcsán (Grzelczyk Rs C-184/99).<sup>106</sup>

Ebben az összefüggésben három eset említendő,<sup>107</sup> egy brüsszeli hivatalnok nyugdíját érintő ügy és két névválasztással kapcsolatos előzetes döntéshozatali eljárásban kifejtett értelmezés. Nem kívánjuk azt a kérdést sem tárgyalni, hogy az egyenlő bánásmód közösségi szabálya mennyiben és milyen személyi, tárgyi és egyéb feltételek esetén alkalmazandó magánszemélyek között, a jogirodalom – bizonyos feltételek megléte esetén –, a horizontális hatályt, azaz a szabály magánszemélyek közti alkalmazását elismeri.

A diszkrimináció tilalma nem csak a szabályozás jellegét érintheti, hanem mindazon szabályokat, amelyek valamely szabadságjog érvényesülését korlá-

<sup>105</sup> 18. cikk (korábbi 12. Cikk) A Szerződések alkalmazási körében és az azokban foglalt különös rendelkezések sérelme nélkül, tilos az állampolgárság alapján történő bármely megkülönböztetés. Az Európai Parlament és a Tanács rendes jogalkotási eljárás keretében az ilyen megkülönböztetés tilalmára vonatkozó szabályokat fogadhat el.

<sup>106</sup> A diszkrimináció tilalma olyan esetekben került megállapításra, ahol a diszkriminációt közvetlenül meg lehetett állapítani, mint a külföldi felperestől megkövetelt perköltség előlegezése, vagy a külföldiek szerzői jogának korlátozása (Phil Collins), kartelljogi szabályok eltérő alkalmazása külföldiekre és belföldiekre (Rs. 14/68 Walt Wilhelm), csak belföldiek részére biztosított ingyenes múzeumi belépés (Rs. C-45/93 – Bizottság/Spanyolország). Külföldi diákoktól magasabb tandíj követelése (Rs. C-47/93; Bizottság/Belgium), hajóregiszterbe való bejegyzés során különbség megkövetelése (Rs. C-334/94; Bizottság/Franciaország) stb. Ismertek olyan esetek is, amelyeknél a diszkrimináció közvetetten volt csak megállapítható (Rs. C-111/91; Bizottság/Luxemburg; Rs. 41/84 (Pinna); Rs. C-85/96 (Martinez Sala); vagy a gyermek állampolgárságától függően biztosítandó anyasági segély ügyében [Rs 237/78 (Toja); Rs. C-272/92 (Spotti)].

<sup>107</sup> Nem tárgyaljuk a Konstantinidis görög orvos nevének görögről németre történő átírásával kapcsolatos jogesetet IPRax 1994, 113. lásd HENRICH, DIETER: Das internationale Namensrecht auf dem Prüfstand des EuGH, in Festschrift für Andreas Heldrich, München, 2005, 667–677., további esetek BASEDOW: Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der EU (3. j.) 112.

tozzák, azaz belföldi és határokon átnyúló tényállások között – ez utóbbi kárára – hátrányt jelentenek.<sup>108</sup>

### b) Brüsszeli hivatalnoki nyugdíj

Az elsőként említendő eset egy német nyugdíjast érintő tartási igényre vonatkozik. A német állampolgárságú felek 1963-ban kötöttek házasságot, utolsó közös lakóhelyük szerinti hatáskör alapján a brüsszeli bíróság bontotta fel a házasságot 1988-ban, amelyet 1995-ben elismert Észak-Rajna-Wesztfália tartomány Igazságügyi Minisztériuma. A férj 65 éves korában az Európai Közösségek alkalmazottjaként nyugdíjba ment. A volt feleség a kölni bíróság előtt tartásdíj iránti keresetet terjesztett elő. A felek közös állampolgársága miatt a német jog volt alkalmazandó az igényre, volt feleség ún. „*Versorgungsausgleich*”-iránt perelt. A volt feleség nem ismerte a volt férj nyugdíjának összegét, a férj arra hivatkozott, hogy közösségi nyugdíja és nyugdíjas jogállása külön jogi státusszal bír, amely a tartást részben szabályozza, és amelyből igény nem vezethető le a német jog szerinti tartási igényre; továbbá a német jog állampolgársági szabálya a diszkrimináció tilalmába ütközik, nem alkalmazható. A kölni bíróság az ügygel kapcsolatban előzetes döntéshozatali eljárásban megkereste az Európai Bíróságot, hogy az európai hivatalnoki státusszal a tartási igény összeegyeztethető-e. A bíróság szerint is, a hivatalnoki jogviszony az a hivatalnok és a közösség-hivatal közti jogviszonyt érinti, nem pedig a feleség tartásdíj igényét. A diszkrimináció tilalom abban állt, hogy a régi 6. cikkely alapján csak a német és holland állampolgárságú hivatalnokoknak kell ilyen volt házastársi igényekkel szembe nézniük, a többieknek nem. A bíróság szerint a diszkrimináció tilalom alkalmazási köre a közösségi szerződésre, EK-Szerződés alkalmazási körére vonatkozik, továbbá sem a nemzetközi magánjogi szabályozás, sem pedig a házasság felbontásának anyagi jogi szabályai nem esnek a közösségi szabályozás kompetenciájába. Ezért nem ütközik a közösségi jogba, ha egy tagállam a házastársi válást követő anyagi jogviszonyokra az állampolgárság kapcsoló elvét rendeli alkalmazni.

Pirrung<sup>109</sup> utal arra, hogy mind az ítélet, mind pedig annak előkészítése során elfeledkeztek arról, hogy időközben hatályba lépett az amszterdami szerződéssel módosított EK-Szerződés, és a módosított szerződés 61. cikk c) pontja, 65. cikk b) pontja alapján új hatásköröket biztosított a közösségnek. Felmerült, hogy vajon a Bíróság álláspontja az új jogi *regime*-ben is érvényes-e. Kérdéses továbbá az is, hogy az alapeljárásban melyik időpontot kell alapul

<sup>108</sup> BETTINA HEIDERHOFF: *Gemeinschaftsprivatrecht*. München, 2005, 17.

<sup>109</sup> JÖRG PIRRUNG: *EuGH und Versorgungsausgleich – keine Diskriminierung durch Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit* In *Gedächtnisschrift Alexander Lüderitz*. München, 2000, 543–553.

venni, hiszen az európai szerződés időközben megváltozott, BGB 1587g § 1. bek. 2. mondata szerinti tartási igény korábban még nem állt fenn, vagy csak a módosítás ex nunc hatálya folytán érintve van.

Pirrung olvasata szerint az amszterdami szerződés értelmezése, vajon a válást követő tartási igényt érintő kollíziós szabályok is a közösségi szabályozás alá értendők-e vagy sem, nem tartozik a közösségi jogba.

### c) *Garcia-Avello*

A második eset jóval bonyolultabb, és valóban az állampolgársággal kapcsolatos, mégpedig az állampolgárságból származó név meghatározásának kérdésében. A Garcia-Avello-ügyben 2003-ban megfogalmazott gondolatok dolgozatok és monográfiák sorát váltotta ki.<sup>110</sup> A tényállás szerint a kettős – spanyol és belga – állampolgár gyermek, Belgiumban élő spanyol anya és a belga állampolgár férj gyermekének névválasztásával kapcsolatos. A gyermek kettős állampolgár, de a szülők névválasztását illetően a belga hatóságok megtagadták azt a lehetőséget, hogy a gyermek nevét a szülők közös megegyezéssel a spanyol jog szerint határozzák meg. Az Európai Bíróság szerint a diszkrimináció abban valósult meg, hogy kettős állampolgárookra a csak belga állampolgárookra vonatkozó szabályokat kell alkalmazni a névválasztás körében.

A Bíróság szerint a diszkrimináció tilalmába ütközhet az, ha a tagállami hatóságok, a tagállamban lakó, kettős állampolgárságú kiskorú névválasztására irányuló kérelmét azon az alapon utasítják el, hogy a kérelem arra irányul, hogy a gyermek nevét nem a tartózkodási hely állampolgársága szerinti állam joga, hanem a másik állampolgársága szerinti állam joga szerint kívánják meghatározni. A névjog eltérő tagállami szabályozása önmagában még nem ütközik a diszkrimináció tilalomba.<sup>111</sup>

A döntés kettős állampolgárságból fakadó névválasztás kérdését érinti, amely névválasztás joga mindazon államokban, ahol az állampolgárság kapcsoló elve érvényesül, rendkívül bonyolult tényállási és jogi helyzeteket képes kreálni. Míg ezen döntés előtt felmerült a jogirodalomban, hogy a névválasztás korábbi, tradicionális meghatározását alátámasztó okok már megszűntek, a névválasztást szabadon lehetne a felekre hagyni.<sup>112</sup> A német nemzetközi magán-

<sup>110</sup> CH. KOHLER: Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und internationalem Privatrecht. In *FS Jayme*. München, 2004. 445 és skk.; HÉLENE GAUDEMET-TALLON: Nationalité, statut personnel et droit de l'homme. In *FS Jayme*. 205–221.; CLAUDIA STERN: Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Europa. Baden-Baden, 2008.

<sup>111</sup> HENRICH: Das internationale Namensrecht auf dem Prüfstand des EuGH. In *Festschrift für Andreas Heldrich*. 677.

<sup>112</sup> Lásd DIETER HENRICH: Wie soll unser Kind heißen? Gedächtnisschrift Lüderitz. München. 200. 273–285.

jog kivételes módon külön jogválasztást enged ebben a kérdésben (lásd Art. 10 EGBGB).

Mivel a Közösség és az Unió kompetenciája az Amszterdami Szerződés óta (61. cikk c) alpontja együtt 65. cikk b) pontjával) alapvetően megváltozott nemzetközi magánjogi ügyekben, a közösségi kompetencia hiányára nem lehet hivatkozni. De erre vonatkozóan nincs közösségi szabály, és az is biztos, hogy a belga és a spanyol kollíziós jog és névjog eltérő szabályozásának összemérésére, belga fórum előtti ügyben, a luxemburgi bíróságnak hatásköre lenne.

Akkor áll fenn diszkrimináció, ha az érintett uniós állampolgár a tartózkodási hely államában az ottani lakosokkal szemben éri diszkrimináció vagy a tartózkodásából eredően jóhiszeműen megszerzett jog gyakorlására – a tiltó szabályok miatt – nincs lehetősége.<sup>113</sup>

Amint már említettük, a döntést feldolgozó jogirodalom szerint az Európai Bíróság döntése nem értelmezhető akként, hogy az állampolgárság kapcsola elve önmagában diszkriminatív lenne. A Maastrichti Szerződés záródokumentuma külön kiemeli, hogy az állampolgárság megszerzése és elvesztése a tagállami hatáskörbe tartozik,<sup>114</sup> az EK-Szerződés korábbi 12. cikk 1. bekezdése együtt a 18. cikk 1. bekezdésével elegendő teret biztosít a tagállamoknak, hogy a személyi státusra vonatkozó normát ezen elvekkel összhangban alkossák meg.

Nyilvánvaló nem lehet túlzó jelentőséget annak sem betudni, hogy már ekkor megfogalmazódott az uniós állampolgárság jövőben megvalósítandó célja.

#### *d) Grunkin-Paul*

A következő döntés az állampolgárság és a névválasztás körében a Grunkin-ügy (C-353/06). A Dániában élő német házaspár a Dániában született gyermeknek a dán jog szerint adott nevet az apa és az anya vezetékneveinek összeállításával, Grunkin-Paul, amely a dán jog szerint lehetséges volt. A dán jog a németek névadására a tartózkodásuk szerinti állam, azaz saját joguk szerint vizsgálta a szülők névadását és anyakönyvezte azt. A felek házasságának bontását követően, amikor a kettős nevet megpróbálták a német hatóságokkal elfogadtatni, szembesültek azzal a problémával, hogy a német jog alapján az ilyen névadás nem megengedett. Lévéen mind a két, pontosabban mind a három fél német állampolgár volt, a német hatóság a német jog alkalmazásától nem tért el. A niebüllli anyakönyvi hivatal a kettős név regisztrációjára vonatkozó kérelmet elutasította, az azt felülvizsgáló német bíróság előzetes

<sup>113</sup> STERN: *Das Staatsangehörigkeitsprinzip* (110. j.) 229.

<sup>114</sup> Erklärung zum Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates, Abl. C 191 vom 29.7.1992, [www.europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/dat/EU\\_treaty.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/dat/EU_treaty.html).



döntéshozatal iránti kérelmet terjesztett elő az Európai Bírósághoz. A Bíróság szerint Németország nem tagadhatja meg állampolgáraitól, hogy a másik, születés helyének tagállamában bejegyzett nevet ne ismerje el. Mi alapján kényszerítette ki ezt a Bíróság, tudósok sora kérdezett rá erre a meglehetősen önkényes döntésre.<sup>115</sup> A döntés alapja az EK 18. cikke (jelenlegi 21. cikk),<sup>116</sup> mivel a gyermek, aki Dániában kapta a nevét, a 18. cikkben biztosított szabadsága sérült, mivel Németország megtagadta szerzett név elismerését. A Bíróság szerint „...az a tény, hogy abban a tagállamban, amelynek állampolgárságával az illető rendelkezik, más nevet köteles viselni, mint amelyet a születési és lakóhely szerinti tagállamban kapott, alkalmas az EK 18. cikkében előírt, a tagállamok területén való szabad mozgáshoz és tartózkodáshoz való jog gyakorlásának akadályozására.” A 18. cikk szabad mozgást és tartózkodást garantáló normája új szemponttal gazdagodott, a jóhiszeműen állampolgárságtól eltérő tagállamban megszervezett névhez való joggal. A Nagytanács által összefoglalt verdikt a következő: „Az EK 18. cikkel ellentétes az, hogy valamely tagállam hatóságai a nemzeti jog alkalmazásával megtagadják egy gyermek családi nevének olyan formában történő elismerését, ahogyan azt egy másik tagállamban, ahol a szüleihez hasonlóan kizárólag az első tagállam állampolgárságával rendelkező gyermek született és azóta is lakik, meghatározták és anyakönyvezték.”

Az indoklásnak az a része, amely szerint a hátrányt az okozhatja, hogy a különböző tagállamokban kiállított különböző személyi okmányokban eltérő nevek szerepelnek, jóllehet ugyanazt a személyt igazolják, a személynek nem tudható be. A különböző névhasználat kételyeket kelthet a személyazonosságot illetően, és ez kihathat a személy szabad mozgásának uniós alapelveire. Az indok érthető, de komolysága erősen kétséges. Véleményünk szerint nem az igazolvány tesz bennünket azzá, amik vagyunk, különösen nem európai emberré, ha nem merülhetnek fel kételyek személyünket illetően.

Szerintünk a Grunkin-ügy esetlegessége pont abban rejlik, hogy az állampolgárság és tartózkodási hely vitájában egy harmadik rendszer, az európai jog kényszerítő ereje oktrojált egy olyan megoldást, amely félresöpörte mind az állampolgárságon, mind a nemzetközi magánjogon alapuló gondolkodást, és jogi megoldást. Ez az európai jogi erőszakosság az, amely leginkább hasonlít az alapjogi térnyeréshez. Grunkin-ügy további aspektusairól mások már sokat írtak, amelyekre itt csak utalunk.<sup>117</sup>

Az állampolgárság nemzetközi jogi, közjogi és nemzetközi magánjogi vetületei keverednek a névjog közjogi-magánjogi problémájával, ezt az uniós

<sup>115</sup> Martiny, Anmerkung, DNotZ 2009, 454.

<sup>116</sup> 21. cikk (1) A Szerződésben és a végrehajtásukra hozott intézkedésekben megállapított korlátozásokkal és feltételekkel minden uniós polgárnak joga van a tagállamok területén való szabad mozgáshoz és tartózkodáshoz.

<sup>117</sup> GAUDEMET-TALLON: FS Jayme (110. j.)

diszkrimináció elvének mentén nem lehet általános jelleggel feloldani. Alapvetően Basedownak kell igazat adnunk, hogy a diszkrimináció tilalmával a nemzetközi névjog problémái nem oldhatók meg.<sup>118</sup> Véleményünk szerint a jóhiszeműen szervezett és gyakorolt jogok elve elegánsabb megoldást kínált volna erre a problémára a nemzetközi magánjogban belül.<sup>119</sup>

### 13. Kettős állampolgárság és az Európai Jog

A közösségi és uniós jog elsődleges jogforrásából eredő norma tiltja az állampolgárságon alapuló diszkriminációt (EKSz korábbi 12. cikke, jelenleg 18. cikk). Ezen tilalom azonban nem jelenti azt, hogy az állampolgárság kapcsoló elve nemzetközi magánjogi és nemzetközi eljárásjogi szabályozásból származó üzendő lenne.

A fent említett eseteken túlmenően kettős állampolgársággal kapcsolatban született már néhány értelmezés és döntés az Európai Bíróságon. A letelepedés szabadsága megilleti a kettős, argentin–olasz Michelettit Spanyolországban, jóllehet a közelebbi, erősebb kapcsolat az argentin állampolgárságához áll fenn (C-369/90). Az Európai Bíróság 1990. decemberi döntésében kimondta, a kettős állampolgársággal rendelkező személyt még akkor is megilleti a letelepedés szabadsága, ha a letelepedés állama szerint harmadik állambelinek (közösségen kívüli állampolgárnak) minősül.

1997-ben döntött arról az Európai Bíróság, hogy a Floridában élő, kettős, USA-brit állampolgár Saldanhatól perkölttség biztosítékadás nem követelhető egy Ausztriában indított polgári perben (C-122-96), mert ez a diszkrimináció tilalmába ütközik (EK-Szerződés 6 cikk).

Az európai jogegységesítés körében is megmaradt az állampolgárság kapcsoló szabálya egyes joghatósági rendelkezéseknél. A Brüsszel-II megújított változata a Brüsszel-IIa<sup>120</sup>, amelynek 3. cikk (1) bekezdés b) alpontja joghatóságot állapít meg a házasság felbontásával, különválással vagy a házasság érvénytelenítésével kapcsolatos ügyekben mindkét házastárs állampolgársága esetén.<sup>121</sup>

Felvetődött ezzel a rendelkezéssel kapcsolatban, hogy hasonlóan, mint a Code civil 14. cikke, diszkriminatív lenne. A Code civil nevezett rendelkezése valamennyi francia állampolgárnak perlési lehetőséget adott francia bíróság előtt. Modern megismételője, a nevezett joghatósági rendelkezés Schlosser

<sup>118</sup> BASEDOW: *Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der EU* (3. j.) 113.

<sup>119</sup> KURT SIEHR: *Renvoi und wohlerworbene Rechte*. In *FS Anton Heini*. Zürich, 1995, 407. és skk.

<sup>120</sup> A Tanács 2201/2003/EK Rendelete – Brüsszel IIa – a házassági ügyekben és a szülői felelősségre vonatkozó eljárásokban a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról, illetve az 1347/2000/EK rendelet hatályon kívül helyezéséről (2003. nov. 27.)

<sup>121</sup> KENGYEL MIKLÓS – HARSÁGI VIKTÓRIA: *Európai polgári eljárásjog*. 2. kiadás. Budapest: Osiris, 2006, 530, 533.; 2009<sup>2</sup>.

szerint viszont sérti az Európai Emberi Jogi Egyezmény 6. cikkelyét.<sup>122</sup> Ezzel a kör bezárulni látszik, az állampolgárság régi kapcsoló elve – jóllehet ebben az értelemben joghatóságot jelölt –, amely nemzetközi jogi princípiumokat is magában hord, végül emberi jogi szempontokat sért. Ezzel a gondolati szállal tovább „államtalanítódik” az egyén, és pusztán tartózkodási helyének esetlegessége az, amely személyállapotát érintő magánjogi hatályokat befolyásolja.

Magyar–francia kettős állampolgárok közötti házasság felbontási ügyében foglalkozott az Európai Bíróság a Brüsszel-IIa 3. cikk b) alpontjában szereplő állampolgárság joghatóságot megállapító normájának értelmezésével (C 168/08 – Hadadi v Hadadi). A 2009. július 16-i előzetes döntéshozatali eljárásban meghozott ítéletében az Európai Bíróság kimondta, a rendelettel ellentétes az állampolgárság és állampolgárság közti azon különbségtétel, hogy a tényállás alanyai melyik állammal állnak szorosabb kapcsolatban.<sup>123</sup> A Bíróság szerint ilyen ügyekben az állampolgárságok között formális egyenlőség van, ezzel azt a fejlődési ívet, amelyet az anyagi nemzetközi magánjog a kettős állampolgárság esetére kidolgozott, az európai nemzetközi eljárásjogban nem tartja alkalmazandónak. Ez utóbbi bírói ítélet is mutatja azt a jogi hatóerőt, amely az állampolgárság tényének jogi erejében napjaikban is benne rejlik.

A 2008-as tartási rendelet – 4/2009/EK rendelet – a tartással kapcsolatos ügyekben a joghatóságról, az alkalmazandó jogról, a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról szól, továbbá ezen a területen folytatandó együttműködésről 6. cikke szubszidiárius jelleggel a felek közös állampolgársága szerinti tagállam bíróságát is felruhazza joghatósággal.<sup>124</sup> A felek is megállapodhatnak a joghatóságban, ha az az egyik fél állampolgárságának az államában van (4. cikk 1. bek. b) alpontja). Ezen rendelet 3. cikke b) és c) alpontjaiban is történik utalás az állampolgárságra, mint kivételre.

Az európai polgári eljárásjog jogegységesítése körében megalkotott szabályok között a felek megállapodása alapján kiköthető a házasság bontására is azon állam joga, amelyik az egyik házastárs állampolgárságának állama ezen megállapodás megkötésekor.<sup>125</sup>

<sup>122</sup> PETER F. SCHLOSSER: Unzulässige Diskriminierung nach Bestehen oder Fehlen eines EG-Wohnsitzes im europäischen Zivilprozessrecht. In *Festschrift für Andreas Heldrich*. München, 2005, 1011. (1007–1019).

<sup>123</sup> (51) Mindazonáltal a 2201/2003 EK rendelet 3. cikke (1) bekezdése b) pontjának szövegezése egyáltalán nem enged arra következtetni, hogy csupán a „szorosabb kapcsolatot tükröző” állampolgárságot lehet figyelembe venni e rendelkezés alkalmazásakor. Mivel ugyanis e rendelkezés az állampolgárságot határozza meg joghatósági okként, egy egyértelmű és könnyen alkalmazható kapcsoló elemet részesít előnyben. Nem ír elő semmiféle, az állampolgársághoz kapcsolódó többletkritériumot, nunt például az állampolgárság szoros mivoltát.

(52) Egyébiránt azon értelmezés, miszerint kizárólag a „szorosabb kapcsolatot tükröző” állampolgárságot lehet figyelembe venni a 2201/2003 EK rendelet 3. cikke (1) bekezdésének alkalmazása tekintetében, e rendelkezés célkitűzései, illetve azon jogi környezet fényében, amelybe illeszkedik, nem megalapozott.

<sup>124</sup> KENGYEL – HARSÁGI: i. m. 492. margószám.

<sup>125</sup> A Tanács 1259/2010/EU rendelete a házasság felbontására és a különválásra alkalmazandó jog területén létrehozandó megerősített együttműködés végrehajtásáról, 5. cikk.

Az Európai Közösségek Bizottsága 2009. 10. 14-ei végleges javaslata az Európai Parlament és a Tanács által megalkotandó rendeletre az öröklési ügyekre irányadó joghatóságról, alkalmazandó jogról, az öröklési ügyekben hozott határozatok és közokiratok elismeréséről és végrehajtásáról, valamint az európai öröklési tanúsítvány bevezetéséről 17. és 18. cikkelyei az állampolgárság kapcsolószabályát javasolják elfogadni.

Ezek a példák is azt mutatják, hogy az állampolgárság kapcsoló elve a jövőben is megmarad az európai polgári eljárásjogon belül. A kettős állampolgárság sem veszélyezteti ezt a szabályozási módszert.

#### 14. Összefoglaló

A jelenlegi német nemzetközi magánjog szabályozásban – hasonlóan a magyar szabályozáshoz<sup>126</sup> –, az állampolgárság elve a személyi, családi és öröklési jogban még mindig uralkodó, továbbá felhívható még az EGBGB 41. cikk 1. bekezdése és 46. cikke alkalmazásával.

Az állampolgárságot az emberek többsége nem változtatja, a legtöbb ember egyetlen állampolgársággal rendelkezik. Bar–Mankowski szerzőpáros szerint nincs alkotmányos kényszer az állampolgársági elv használatára, és nemzetközi jogi kötelezettség sem állapítható meg, külföldi állampolgárság elfogadására. Mind az állampolgárság, mind a tartózkodási hely kapcsoló szabálya alkotmányos. Számos esetben viszont problémát jelent az állampolgárság kapcsoló elve, menekültek, hontalanok, többes állampolgárok, olyan államok esetében, amelyek területén többfajta jog érvényesül, többszemélyes viszonyok esetében.<sup>127</sup>

Az állampolgársági elv hátrányára Bar–Mankowski hét alapvető érvet hoz fel a tartózkodási elvhez képest: (1) először is a külföldi állampolgársági jogot kell vizsgálni; (2) gyakrabban vezet a külföldi jog alkalmazásához, amely drága és problémaérzékeny; (3) a külföldieknek külön problémát okoz; (4) renvoi-barát, míg a tartózkodási elv renvoi-elutasító, azaz könnyebben vezet a kívánt eredményhez; (5) a nemzetközi joghatósághoz képest eltérő eredményt tud produkálni; (6) a nemzetközi jogban a *status privatus* vizsgáljuk, az állampolgárság a *status politicushoz* kapcsolódik; (7) az állampolgárság egymással divergáló elv alapján keletkezhet, a *ius soli* és a *ius sanguinis* alapján. A fentiek alapján azon államokban kedvező, amelyeknek a népessége kivándorol.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> 1979. évi 13. sz. tvr. 11. §-ában meghatározott személyes jog, és annak felhívásával 36., 37. és 39., valamint többi szabály.

<sup>127</sup> BAR – MANKOWSKI – IPR. 2. kiadás. Band I., 561.

<sup>128</sup> BAR – MANKOWSKI i. m. 562.

Azért semmi sem annyira egyszerű, mint amilyennek tűnik. A tartózkodási hely meghatározása sem. Az állampolgárság és a tartózkodási hely (*domicile*) nem annyira fekete-fehér kérdés. Mutatja például az az angol szabályozás alapján kialakult indiai nemzetközi magánjogi szabály (jóllehet az öröklési jogban van elhelyezve), amely a '*domicil*' alatt nem tartózkodási helyet, hanem valamely jogterülethez (*Rechtsgebiet*) való tartózkodást jelöl.<sup>129</sup> Tehát nem feltétlenül a személy tartózkodási helyének felel meg (akárcsak az állampolgárság). Az indiai jog két fajtáját ismeri a '*domicil*'-nak, a '*domicil of origin*' és a '*domicil of choice*'. Míg az előbbi a születéshez kapcsolódik és az apa (!) '*domicil*'-ja határozza meg, és mindaddig érvényesül, míg az utóbbi fel nem váltja. Az új '*domicil*' akkor vehető figyelembe, ha az új helyre való költözés azzal az egyértelmű szándékkal történik, hogy a korábbi helyre való visszaköltözés kizárt. A külföldre költözés, házasságkötés és az ezzel kapcsolatos helyváltás fejezhet ki ilyen szándékot.

Egy hasonló megközelítést, bizonyos társadalmi beágyazottságot, az adott területhez, államhoz való szorosabb kapcsolatot fogalmazott meg egyik 2009. évi döntésében az Európai Bíróság is a tartózkodási hely értelmezése körében:

„2) A »szokásos tartózkodási helynek« a 2201/2003 rendelet 8. cikke (1) bekezdése szerinti fogalmát úgy kell értelmezni, hogy az együtt jár a gyermeknek a szociális és családi környezetbe való, bizonyos fokú beilleszkedésével. E célból figyelembe kell venni különösen a család adott tagállam területén való tartózkodásának időtartamát, szabályszerűségét, az e tagállam területén való tartózkodás, illetve az e tagállamba való költözés körülményeit és indokait, a gyermek állampolgárságát, az iskola- látás helyét és körülményeit, a nyelvismeretet, valamint a gyermeknek az említett tagállamban kialakított családi és szociális kapcsolatait. A nemzeti bíróságnak a gyermek szokásos tartózkodási helyét az adott ügy konkrét tényállásában szereplő valamennyi körülmény alapján kell megállapítania.”<sup>130</sup>

Az Európai Bíróság fent idézett gondolata részben új irányt mutat, ha nem is teljes egészében, de némiként visszafordulva az állampolgárság eredeti értelméhez, annak tartalmából merítve.

<sup>129</sup> ELWAN OMAIA – OTTO, DIRK: Rechtliche Probleme deutsch-indischer bigamischer Ehen. *Mélanges Fritz Stumm*. Liege. 1999. 1439–40. (1424–1469).

<sup>130</sup> 2009.4.2. – R.s. C-523/07.

HARMATHY ATTILA

## ALKOTMÁNYJOG – POLGÁRI JOG

1. Különös érzés Sólyom László születésnapja alkalmából tisztelgő írásművet fogalmazni. Azt hiszem közismert jelenség, hogy az ember meglepődik, mikor régi ismerősünk idősebbé válásáról kell tudomást venni. Saját magunk változását, öregedését naponta észleljük, de más személynél meglepő tudomásul venni, hogy múlik az idő. Az ember saját öregedése is más megvilágításba kerül. A különös érzés azonban nem elsődlegesen ezért jelentkezik. Számomra Sólyom László nem egyike az ismerősöknek és nem magas tisztségek olyan viselője, akit tevékenységéért tisztellek, és akivel véletlenül ismeretségben voltam. Nekem elsősorban az a Sólyom László jut mindig eszembe, aki kutató, aki segítő barát, aki családapa, akivel sok éven keresztül a Jogtudományi Intézetben napi kapcsolatban megbeszéltük gondolatainkat, megosztottuk örömeinket, gondjainkat. Írás közben tehát úgy érzem, hogy ez a régről ismert barát ül velem szemben, beszélgetünk és köszöntöm születésnapja alkalmából.

Amikor a távolabbi és a közelebbi múlt eseményeire gondolok, Sólyom Lászlóról egy régen olvasott, a második világháború után megjelent, sokak által kedvelt regény címe jut eszembe: Eric Knight művének találó magyar fordítással megadott címe a *Légy hű önmagadhoz*. Én mindig olyannak ismertem Sólyom Lászlót, aki hű önmagához. Pályáján még remélhetőleg hosszú út áll előtte, de az eddigi tevékenységére gondolva, ez a következetesség egyike azoknak a tulajdonságainak, amiért becsülni kell.

2. A Sólyom László tiszteletére készülő kötetbe szánt kis írás témáját úgy próbáltam megtalálni, hogy kapcsolódjak azon fő kérdéskörök némelyikéhez, amelyek szakmai tevékenysége során évtizedekig foglalkoztatták. Ilyennek vélem az alkotmányjog és a polgári jog összekapcsolódó témáit.

Az alkotmányjog és a polgári jog kapcsolata, a két jogág intézményeinek azonos és eltérő szempontjai olyan témakört jelentenek, amelyről nagyon sokat írtak, amelynek vizsgálata a jogfejlődésünk jelenlegi szakaszában (különösen az Alkotmánybíróság hatáskörének új szabályozására tekintettel) fokozott mértékben fontos. Az ünnepelt azonban remélem, megérti, hogy ez a rövid írás csak az üdvözlés, a tisztelgés jele, mert – eredeti elképzelésemtől eltérően

– a jelenlegi körülményeim között átfogó elemzésre nem volt módom. A kérdések vizsgálatára vonatkozó közös alapelképzeléseknek megfelelően a megjegyzések részben történeti, részben más országok megoldásainak figyelembevételén alapuló jellegűek.

3. Az alkotmányjog és a polgári jog kapcsolata a magyar jogirodalomban viszonylag hosszabb idő óta vizsgálat tárgya. Az elemzések részben a polgári jog egyes intézményeire voltak tekintettel, részben általában foglalkoztak a felmerülő kérdésekkel. A kapcsolat elsődlegesen a személyiségi jogoknál, a tulajdonjog alapkérdéseinél és a szerződési szabadságnál található meg (ezen kívül általánosabban is jelentkezik azonban a kérdés). Ezt Sólyom László is jelezte egy korábbi tanulmányában.<sup>1</sup> A személyiségi jogokról szóló, a rendszerváltozást megelőzően, 1983-ban megjelent művében, külön alkotmányjogi fejezet beiktatása nélkül, már megjelent az alkotmányjogi elem.<sup>2</sup> Az említett polgári jogi intézményeknek alkotmányjogi összefüggéseit külföldön és Magyarországon sok tanulmány és könyv vizsgálta.<sup>3</sup> Témánk szempontjából különösen jelentős az az elemzés, amelyet Vékás Lajos végzett a polgári jogi kodifikációval összefüggésben.<sup>4</sup> A közelmúltban pedig monográfia is foglalkozott a témakörrel.<sup>5</sup>

4. A polgári jog és az alkotmányjog kapcsolatát a magyar álláspontok nem egyformán ítélik meg. Az alkotmányjognak a polgári jogra való hatását széles körben határozza meg Lábady Tamás. Szerinte a magánjogra háruló feladatok jelentős része átcúsúszik az alkotmányjogba, az állam szerepének megnövekedése következtében. Ezzel egyidejűleg az állami beavatkozás a magánjog alapintézményeit érinti és az alkotmányjog a jogállamiság szintjén hatol be a ma-

<sup>1</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Polgári jogi kérdések az Alkotmánybíróság gyakorlatában. *Jogtudományi Közlöny*, 1994/3, 99–107. Ismételtén SÓLYOM LÁSZLÓ: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest: Osiris Kiadó, 2001, 126–140.

<sup>2</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: *A személyiségi jogok elmélete*. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1983, 310–311, 332–334.

<sup>3</sup> Nem feladata ennek a rövid írásnak, hogy a vonatkozó jogirodalomról információt adjon. Néhány saját publikáció megemlézésére csak azért kerül sor, hogy jelezze, nem előzmények nélkül áll az alkotmányjog és a polgári jog kapcsolatáról szóló néhány mondat: HARMATHY ATTILA: A tulajdonjog alkotmányos védelme. *Jogtudományi Közlöny*, 1989/5, 217–228.; uő: Droit civil – droit constitutionnel. *Revue Trimestrielle de Droit Comparé*, 1998/1, 45–66.; A szerződési szabadságról. In *Liber amicorum. Studia E. Weiss dedicata*. Budapest: ELTE Polgári Jogi Tanszék, 2002, 117–131.; A személyhez fűződő jogok egyes kérdéseiről. In *Emlékkönyv Lontai Endre egyetemi tanár tiszteletére*. Budapest: 2005, 71–90.; A tulajdonjog korlátozásáról. In *Tanulmányok Dr. Benczyei Lajos egyetemi tanár 70. születésnapjára. Acta Universitatis Szegedinensis Acta Juridica et Politica* Tomus, LXIX, Szeged, 2007, 238–245.

<sup>4</sup> VÉKÁS LAJOS: *Az új Polgári Törvénykönyv elméleti alapkérdései*. Budapest: Hvg-Orac, 2001, 140–163.

<sup>5</sup> KISS GYÖRGY: *Alapjogok kollíziója a munkajogban*. Pécs: Justis Bt., 2010; GÁRDOS-OROSZ FRUZZINA: *Alkotmányos polgári jog?* Budapest–Pécs: Dialóg Campus, 2011; monográfián belül a témára vonatkozó részlettel: HALMAI GÁBOR – TÓTH GÁBOR ATTILA (szerk.): *Emberi jogok*. Budapest: Osiris, 2003.; a teljesség igénye nélkül említendő Menyhárd Attila számos tanulmánya, Vincze Attila és Vörös Imre művei.

gánjogba. Magyarországon az elmúlt időszakban mindez azzal járt, hogy az Alkotmánybíróság gyakorlata szinte a magánjog teljességét felölelte.<sup>6</sup>

Lábady Tamás álláspontjánál lényegesen szűkebben jelöli meg egy új Polgári Törvénykönyv előkészítésével kapcsolatban Vékás Lajos az alkotmányjognak a polgári jogra való hatását. Vékás Lajos is hangsúlyozza, hogy az Alkotmány elveinek és értéktartalmának érvényesülnie kell a magánjog világában. Emellett azonban a szűkebb körű hatás elfogadását jelzi annak kiemelése, hogy az Alkotmány normái közvetlenül mindenekelőtt az állam szerveit, elsősorban a jogalkotó és jogalkalmazó szerveket kötelezik. Vékás azt is hangsúlyozza, hogy az alkotmányos elvek érvényre juttatása mellett a magánjogi szabályozás sajátosságait kifejezésre kell juttatni. Különösen figyelembe veendő a diszkrimináció tilalmának polgári jogi területen való alkalmazásánál a magánautonómia követelménye.<sup>7</sup>

5. Magam részéről itt nem az alkotmányjog polgári jogra való hatásával kapcsolatos nézetek ismertetését és a vita folytatását tartom feladatnak. A témakörnek egy olyan irányú megközelítését szeretném inkább jelezni, amely összhangban áll Sólyom László kutatási irányával is. Az elemzésnél fontosnak tartom egyrészt a történeti összefüggések és változások megfelelő súlyú figyelembevételét, másrészt az összehasonlító vizsgálatok végzését. Ezt különösen azért látom indokoltnak, mert a magyar jogászi felfogásban – úgy tűnik – gyakran fennáll annak veszélye, hogy elfelejtődik a történeti tényező, továbbá csak a német alkotmányjogi megoldás tanulmányozására és érvrendszerének követésére kerül sor. Feltételezésem szerint a napjainkban jelentkező, vitatott téma szélesebb összefüggésekben történő vizsgálata esetén érthető meg és lehet megoldást keresni. Az itteni keretek között nem álláspontom kifejtésére töreksem, hanem csak a megközelítés irányait próbálom jelezni.

6. Évek óta vitatéma az alkotmányjognak a magánjogra gyakorolt hatása. Ennek a jelenségnek a fontosságát nem kívánom vitatni, de úgy gondolom, hogy a jogrendszer átalakulásának ennél átfogóbb kérdéseiről van szó. Nem kétséges, hogy a XIX. században kialakult magánjoggal összehasonlítva, napjaink polgári joga más. Lényeges változások következtek be. A változásnak azonban csak egyik eleme az alkotmányjog által gyakorolt hatás. Magyar Zoltán meggyőzően fejtette ki a magyar közigazgatás kérdéseiről szóló könyvének előszavában, hogy a közigazgatás szemlélete elszakadt a valóságtól. Duguit felfogására hivatkozva írta, hogy azok az alapfogalmak, amelyek jogintézményeink alapjai voltak, szétesnek, helyüket másoknak adják át. A jogrendszer új eszmék alapján alakul át. Az iparosodás és a demográfiai változá-

<sup>6</sup> LÁBADY TAMÁS: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*. 3. kiadás. Budapest–Pécs: Dialóg Campus, 2002, 23–24.



sok következtében az állami feladatok megszorodnak. A közigazgatás jelentősége lényegesen megváltozik. A végrehajtó hatalom súlya megnő a törvényhozással és az igazságszolgáltatással szemben. Mindez lényegesen átalakítja az alkotmányjogot is. Az állami feladatok megváltozása döntő jelentőségű hatást gyakorol a polgári jogra is.<sup>8</sup> A megváltozott életkörülmények következtében a polgári jog alapintézményeiben, jogi szabályozásában, gyakorlatában lényeges átalakulás történik.<sup>9</sup>

A francia jogirodalomban az állam gazdasági beavatkozásának jogi kérdéseivel széles körben foglalkoztak. Az elemzések jelentős részben az intézményeknek a közigazgatási jog szempontjából való vizsgálatában jelentek meg; gazdasági alkotmányjogi felfogás (Németországtól eltérően) Franciaországban nem került kidolgozásra és elfogadásra.<sup>10</sup> A közjog és a magánjog elválasztásának, e két jogterület eltérő jellegének kérdése Franciaországban is felmerült, de nagyobb jelentőséget nem tulajdonítanak ennek. A megkülönböztetést lényegileg meghaladottnak tekintik, ennek ellenére fenntartását lényegesnek tartják az egyetemi oktatás, a kutatás szempontjából, valamint döntő módon a jogviták kialakult fórumrendszere miatt.<sup>11</sup> Érdekes megfigyelni egyébként a felfogás változását a polgári jog olyan alaptételénél, mint a szerződési szabadság. A francia jogi elemzés szerint ez a tétel eredetileg nem játszott szerepet a Code civil megalkotása idején, csak a XIX. század folyamán kapott hangsúlyt, majd az állami beavatkozással összefüggésben háttérbe szorult és a bírói gyakorlat nem is említi. A más szemléletű alkotmányjogi gyakorlat következtében ez az elv a Conseil constitutionnel határozataiban jelenik meg.<sup>12</sup>

A német jogirodalomban a polgári jog egész szabályozási szemléletének felülvizsgálatát is igényelték az alkotmányjogtól függetlenül. Friedrich Kübler különösen éles megfogalmazása szerint a polgári jog XIX. századból származó, szabadság és egyenlőség szemléletére alapított szabályozása nem vesz

<sup>7</sup> VEKÁS LAJOS (szerk.): *Szakértői Javaslát az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest: Complex Kiadó, 2008, 57–58.

<sup>8</sup> MAGYARY ZOLTÁN: *Magyar közigazgatás*. Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, 1942, V, 48–53, 71–75.

<sup>9</sup> Ennek a változásnak egyes elemeiről próbál képet adni HARMATHY ATTILA: *Szerződés, közigazgatás, gazdaságirányítás*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1983.

<sup>10</sup> HUGUES RABAULT: *La constitution économique de la France. Revue française de Droit constitutionnel*, 2000, 708; GÉRARD TIMSIT: *La science administrative d'hier, à demain ... et après-demain. Revue du Droit Public*, 1982, 943. sköv.

<sup>11</sup> J.-B. AUBY: *Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français*, valamint O. BEAUD: *La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques*, mindkettő in MARK FREEDLAND–JEAN-BERNARD AUBY (ed.): *The Public Law/Private Law Divide*. Oxford: Portland (Oregon): Hart, 2006, 13, illetve 23–24.; F. MONIER: *Justice administrative. Droits*, 2001, 106, 111.

<sup>12</sup> GEORGE ROUHETTE: *Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France*. In *Freedom of Contract and Constitutional Law*, ed. by A. M. Rabello, P. Sarcevic, Sacher Institute, Jerusalem, 1998, 24.; JACQUES GHESTIN: *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3. éd. Paris, 1993, 31, 33; MARC FRANGI: *Constitution et droit privé*. Aix-en-Provence, Paris: Economica, 1992, 159.

tudomást arról, hogy most már létfeltételek biztosítását kell megoldani, és az állami beavatkozások miatt vegyessé vált szabálytömeg nem felel meg az alkotmányból fakadó követelményeknek.<sup>13</sup> Steindorf szerint pedig az eddig hagyományosan polgári jog körébe tartozó jogintézmények új szerepe a régi alapokon álló polgári jogi dogmatikától távol áll; az új feladatok ellátását nem lehet egyszerűen a versenyre és a privatautonómiára bízni.<sup>14</sup> Az időszakonként eltérően érvényesülő politikai eszmeáramlatok egymástól eltérő hatást gyakorolnak, és nehézségekkel jár összeegyeztetni a szociális gondoskodást, a jóléti állam követelményeit a verseny szabadságán alapuló piacgazdaság felfogásával. Az NDK megszűnte után az új jogi megoldások keresésekor a kérdés ismét élesen vetődött fel, és többen a politikailag semleges polgári jogi szabályozás helyett a gazdasági alkotmánnyal összefüggő rendezést tartják indokoltnak.<sup>15</sup> A BGB-ben szabályok formájában megnyilvánuló polgári jogi felfogást az 1930-as évektől náci ideológia alapján bírálták, majd a második világháború után pedig a szociális piacgazdaság elvei alapján minősítették túl liberálisnak. A legújabb történelmi álláspont ezzel szemben a BGB szemléletét, szabályozási irányvonalát úgy minősíti, hogy sem megalkotása idején, sem később nem voltak meg az ehhez illő társadalmi-gazdasági viszonyok.<sup>16</sup>

A gazdasági-társadalmi változások, az állam szerepének változása és a polgári jog intézményeinek lényeges változása témájában a példák további szaporítása nélkül megjegyezhető, hogy a jogrendszerben a XIX. század végén, a XX. században lényeges változás történt. Ennek a változásnak része a közigazgatási jog és általában a közjog szerepének erősödése, új szerepe, valamint a magánjog intézményeinek, gyakorlatának lényeges átalakulása.

7. A történelmi és az összehasonlítási szemlélettel közelítve az alkotmányjog térnyerését, több tényre is érdemes a figyelmet felhívni.

Az egyik figyelembe veendő tény az alkotmányjog szerepének és az alkotmánybírói gyakorlat alakulásának sajátos helyzete Németországban. A második világháború után a háború és a holokauszt borzalmaiért való felelősséget, majd a kettéosztással (az NDK létrejöttével) járó megrázkódtatás lelki terheit viselő ország számára összetartó erővé, jelképpé vált az alkotmány. A külföld által is elfogadott Grundgesetz az önzonosságot, önbizalmat nyúj-

<sup>13</sup> FRIEDRICH KÜBLER: *Privatrecht und Demokratie*. In Fritz Baur, Josef Esser, Friedrich Kübler, Ernst Steindorf (hrsg.): *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*, Tübingen: Mohr 1974, 708–710.

<sup>14</sup> ERNST STEINDORF: *Wirtschaftsordnung und –steuerung durch Privatrecht*. In FRITZ BAUR – JOSEF ESSER – FRIEDRICH KÜBLER – ERNST STEINDORFF (hrsg.): *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*, Tübingen: Mohr, 1974, 631.

<sup>15</sup> ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER: *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechtes*. In Mestmäcker: *Recht in der offenen Gesellschaft*, Baden-Baden: Nomos 1993, 68–69.

<sup>16</sup> HKK/Rückert, vor § 1, Rn 97, JOACHIM RÜCKERT, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. I, Mathias Schmoeckel (red.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, 101.

totta a németek számára.<sup>17</sup> Ilyen szerepe az alkotmánynak más országokban általában nincs. Hasonló módon hiányzik az alkotmányba foglalt alapjogoknak a német jogban megtalálható szerepe. Jól mutatja ezt a helyzetet annak a Franciaországban megrendezett konferenciának az egyik francia előadó által tett megjegyzése, amely szerint az alapjogok szerepének, hatásának vizsgálatánál először is tisztázandó, hogy mi tekintendő alapjognak.<sup>18</sup>

8. A német sajátos helyzetre bizonyos fokig emlékeztető alapról indult az emberi jogok nemzetközi védelmének megteremtése. A közös értékek és ezeken belül az emberi jogok védelmének szükségessége a második világháború után általánosan elfogadott álláspont volt; állásfoglalást jelentett a náciizmussal, a diktatúrával, a koncentrációs táborokkal szemben. Ennek alapján keletkezett az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata, amelyet az ENSZ Közgyűlése 1948 decemberében fogadott el, és ez a Nyilatkozat befolyásolta az emberi jogok védelmi rendszerét kiépítő európai emberi jogi egyezményt is. Az európai egyezmény sajátos regionális rendszert teremtett meg.

Az európai egyezmény szövegének elfogadásánál döntő szerepet játszott az a szándék, hogy olyan rendszert teremtsenek, amely az államoktól nem pozitív magatartást, cselekvést követel meg, hanem csak meghatározott magatartástól való tartózkodást. Ilyen módon próbálták biztosítani azoknak az értékeknek a védelmét, amelyek nélkül az emberi méltóság és a demokrácia elképzelhetetlen (így maradtak ki az állam tevéleges magatartását igénylő gazdasági és szociális jogok, amelyek elfogadása egyébként is több állam, különösen Anglia ellenállásába ütközött).<sup>19</sup> Az emberi jogok védelmét a Bírósághoz fordulás lehetősége biztosítja. A Bíróság az egyezmény alkalmazása során az egyezményt, mint élő, tartalmában változó anyagot kezeli és felülbírálja a nemzeti jogokban alkalmazott elveket. A Bíróság nem függetlenítheti magát azonban teljesen az egyes államokban általánosan elfogadott felfogástól.<sup>20</sup> Az egyezményben meghatározott emberi jogok felfogása tekintetében azonban az egyes országokban lényeges eltérések vannak. A különbségek sok olyan elemben megnyilvánulnak, amelyek az ügyek elbírálását döntően befolyásolják. Így különböznek az erkölcsi felfogások, a jogrendszer felépítése, a közigaz-

<sup>17</sup> ARMIN VON BOGDANDY: *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? In Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 62, Berlin 2003, 163.

<sup>18</sup> ANNE PÉLISSIER: *La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats. In Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Paris: Société de Législation comparée 2008, 30.

<sup>19</sup> JUAN ANTONIA CARILLO SALCEDO: *The Place of the European Convention in International Law*, és PIERRE-HENRI TEITGEN: *Introduction to the European Convention on Human Rights*. In R. ST. J. MACDONALD – FRANZ MATSCHER – HERBERT PETZOLD (eds.): *The European System for Protection of Human Rights*. Dordrecht, Boston, London: Nijhoff 1993, 4, 10, 16, 19.

<sup>20</sup> JOCHEN ABROMEIT FROWEIN – WOLFGANG PEUKERT: *Europäische Menschenrechtskonvention*. Kehl, Strassburg, Arlington: Engel Verlag, 2. Aufl. 1996, 5–8.

gatási gyakorlat, a közrend felfogása. A különbség nagyságát jelzi az a körülmény is, hogy nem egy esetben az egyezmény ratifikálása fenntartással történik.<sup>21</sup> Az egyes emberi jogok felfogásának különbözőségét különösen hangsúlyozzák az Egyezményt később aláíró államok esetében.<sup>22</sup>

9. Az alkotmányjog polgári jogra gyakorolt hatásának vizsgálatánál nem lehet figyelmen kívül hagyni az állam szerepének és a jognak másfajta változását sem. Ilyen sokat emlegetett változás a globalizáció, a nemzetközi hatás. Ennél a hatásnál több kérdésre is figyelemmel kell lenni. Az egyik a nemzetközi kötelezettségvállalások következménye. Ebbe a körbe sorolható a már említett Európai Emberi Jogi Egyezmény és az ezen alapuló bírósági gyakorlat. Az Emberi Jogok Európai Bírósága a saját hatáskörében egyfajta sajátos alkotmánybíróságként tevékenykedik.<sup>23</sup> A Bíróság határozatai nem mindig azonosak az érdekelt államok legmagasabb szintű bíróságainak, alkotmánybíróságának álláspontjával. Ezt tehát a polgári jogi elvek, szabályok alakításánál szintén figyelembe kell venni.

10. Hasonló helyzet előfordulásával, azaz az egyes országok alkotmánybíróságainak gyakorlatától való eltéréssel lehet számolni az Európai Unió Bíróságának gyakorlatánál. A helyzet ebben a viszonylatban annyival bonyolultabb, hogy itt a különösen fontos négy szabadság – és az emberi jogok ütközése is előfordulhat. Az Európai Közösségek Bíróságának első időszakát azzal jellemzik, hogy a Bíróság nem volt tekintettel az emberi jogokra a követendő magatartás meghatározásánál, hanem – a Közösségeket létrehozó egyezményekkel összhangban – a piac szabad működését biztosító elveket vette alapul. Ezen a területen lassú, fokozatos változás csak az 1960-as évek végétől következett be.<sup>24</sup>

Az emberi jogok iránti közömbösség és a közös piac működéséhez kapcsolódó gazdasági szabadságokra koncentráció jellemezte azonban később is az Európai Közösségeket. A jogfejlődésre általában az volt jellemző ugyanis, hogy a politikai jogok védelme áll előtérben, ezzel szemben a gazdasági természetű emberi jogok védelme nemcsak háttérben marad, hanem nem is éri

<sup>21</sup> RENATE JAEGER: Menschenrechtsschutz im Herzen Europas. *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2005, 202.

<sup>22</sup> WALTER LEISNER: Der europäische Eigentumsbegriff. In J. I. IPSEN – H.-W. RENGELING – J. U. MOSSNER – A. WEBER (hrsg.): *Verfassungsrecht im Wandel*. Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, 407.; FRÉDÉRIC SUDRE: Introduction. In FRÉDÉRIC SUDRE ET HENRI LABAYLE (dir.): *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*. Bruxelles, 2000, 21–22., hasonlóan WOLFGANG HOFFMANN-RIEM: Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte. *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2002, 474.

<sup>23</sup> LUCIUS WILDHABER: Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte? *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2002, 569.

<sup>24</sup> CHRISTIAN TOMUSCHAT: *Human Rights between Idealism and Realism*. Oxford, 2003, 215.

el a politikai jogok védelmi szintjét (a gazdasági-szociális, kulturális jogok gyakran inkább célként jelennek meg, nem jogokként).<sup>25</sup> A közösségi jogban a mai napig a gazdasági szabadságoknak van alapvető jelentőségük.<sup>26</sup>

A Bíróságnak az alapjogok védelme tekintetében követett gyakorlatával szemben ismételten azt a kifogást hozták fel, hogy a piaci szabadságok nagyon erős hangsúlyt kapnak; a gazdasági-szociális jogoknál viszont a tagállamok szociálpolitikája és a Bíróság határozatai nem azonos felfogást tükröznek.<sup>27</sup> Az említett, viszonylag gyakran hangoztatott véleménnyel szemben a Bíróság jelenlegi elnöke határozottan védekezett és hangsúlyozta, hogy nincs ellentét a piaci szabadságoknak és az alapjogoknak a védelme között. Kifejtette, hogy a piaci szabadságok és az alapjogok védelme eltérő természetű és a Bíróság vigyáz a megfelelő egyensúly fenntartására. Álláspontja szerint nincs szó hierarchiáról. Hangsúlyozta azt is, hogy a Bíróság nemcsak egyensúlyt igyekezett kialakítani a piaci szabadságok és az alapjogok között, hanem tartózkodott a bírói aktivizmustól is.<sup>28</sup>

A tagállamokra gyakorolt hatás tekintetében nem közömbös az, hogy megjelent a Bíróságnak az Unió alkotmánybíróságaként való fellépésének gondolata, és ennek lehetséges következményei a tagállamok alkotmánybíró-ságai tekintetében.<sup>29</sup>

11. A polgári jog anyaga rendkívül nagy és eltérő természetű összetevői vannak. Más sajátosságai vannak a személyek jogát, a családjogot, a dologi jogot, a kötelmi jogot, öröklési jogot, szellemi alkotások jogát képező joganyagnak. A nemzetközi hatások a különböző részeknél nem egyformán jelentkeznek. Az Európai Unión belüli és az azon kívüli nemzetközi kapcsolatokból származó hatások, a globalizáció következményei egyes részeknél erősebben érvényesülnek, másoknál kevésbé. 2008-ban az *American Journal of Comparative Law* cikksorozatban közölt a polgári jog és az állam kapcsolatáról. A téma

<sup>25</sup> RÁCZ ATTILA: Vezérlő elvek az európai alkotmányfejlődésben. *Jogtudományi Közlemény*, 2007/12, 538.; RENÁTA UITZ: Yet Another Revival of Horizontal Effect of Constitutional Rights. In ANDRÁS SAJÓ – RENÁTA UITZ (eds.): *The Constitution in Private Relation.*, Utrecht: Eleven International Publishing, 2005, 18.

<sup>26</sup> JO SHAW – JO HUNT – CHLOE WALLACE: *Economic and Social Law of the European Union*. London: New York: Palgrave, Macmillan, 2007, 351.

<sup>27</sup> GRAINNE DE BÚRCA: The constitutional challenge of new governance in the European Union. *European Law Review*, 2003, 827.

<sup>28</sup> VASSILIOS SKOURIS: Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance. *European Business Law Review*, 2006, 226–239; lényegileg ugyanez németül: VASSILIOS SKOURIS: Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht. *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, 93–97.

<sup>29</sup> GIL CARLOS – RODRIGUEZ IGLESIAS: The Court of Justice. Principles of EC Law, Court Reform and Constitutional Adjudication, *European Business Law Review*, 2004, 1118–119, 1121; KOEN LENAERTS: The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union. *Common Market Law Review*, 2007, 1651–1652.

jelentős részben a globalizáció hatására vonatkozott. A különböző gazdasági területeken jelentkező összefonódás összehangolt gyakorlatot eredményez a jog különböző területein. Az egyes államok nem hagyhatják figyelmen kívül a gazdasági életnek ezt a változását. A jelenség azonban nem új, hiszen a nemzetközi gazdasági kapcsolatokban hasonló helyzet évszázadok óta létezik. Az új elem az ilyen gyakorlat kiterjedésének mérete és a kis államok esetében a szabályok alakulásának kevésbé befolyásolható jellege. Bár ez a terület valószínűleg nem jelentkezik alkotmánybírói gyakorlatban, a jogrendszer egészében történő gondolkodásnál, továbbá a polgári jog anyagának egészének áttekintésénél számolni kell ezzel a jelenséggel is. A polgári joggal együtt az alkotmányjognak is tekintettel kell lennie a gazdaságra vonatkozó elveinek kialakításánál arra, hogy a gazdaság nem a XIX. században kialakult elképzelések szerint működik.

12. Az alkotmányjog és a polgári jog kapcsolatának vizsgálatánál figyelembe kell venni történeti helyzeteket is. Sólyom László a személyiségi jog elméletéről szóló művében rámutatott arra, hogy a személyiségi jogok alakulása szorosán kapcsolódik a mindenkori történeti szituációkhoz. Ezeknek a jogoknak más alapintézményekhez (például alkotmányos szabadságjogokhoz, tulajdonjoghoz) való viszonya is változó. A jogvitákban a bírónak alapvető és általános érdekeket kell mérlegelnie; a mérlegelés során tevékenysége gyakran politikai természetű.<sup>30</sup>

A történeti helyzetek sajátosságainak, a politikai mérlegeléseknek a figyelembevétele szükséges a külföldi és a hazai elvi tételek elfogadásánál is. Ez vonatkozik a német Lüth-határozat értékelésére is. Csehi Zoltán erről a határozatról azt állapította meg, hogy sarkított megfogalmazásában inkább a véletlenek egybeeséséről van szó.<sup>31</sup> Megállapítását német történeti munkák megerősítik. A második világháború utáni első német közjogi időszak vége felé született a Lüth-határozat. Ennek a kezdeti időszaknak a hangulatát idézi a jogtörténeti Max-Planck-Intézet igazgatója, Michael Stolleis abban a tanulmánykötetben, amely az 1958-ban hozott határozat után közel ötven évvel először tartalmaz történeti elemzést az elbírált ügyről. Ez az első időszak a háború során szétrombolt, elpusztított országban, a szövetséges hatalmak megszállása alatt indult és zajlott egy ideig. A közjogászok, szakterületük folytán politikához közeli vagy egyértelműen politikai kérdésekkel foglalkoztak a nemzeti szocialista időszak alatt és a háború befejezése után igazolási eljárások kellett számot adniuk a korábbi években végzett tevékenységükről. Az adott-

<sup>30</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: *A személyiségi jogok elmélete*. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1983, 43, 324, 330.

<sup>31</sup> CSEHI ZOLTÁN: Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán. *Alkotmánybírói Szemle*, 2011/1, 104.

ságok folytán generációváltásra az első időszak végétől kezdve került sor. A generáció tagjainak közös magatartása a náci időszaktól való elhatárolódás volt.<sup>32</sup> Ezt a képet egészíti ki Stolleis a német közjog történetéről szóló művében azzal, hogy az 1949-ben elfogadott Grundgesetz új élet kezdetét jelentette. A közjogászok újra a vezetéshez tartozónak érezhették magukat azok után a borzalmak után, amelyekhez tevőlegesen vagy passzívitással maguk is valamiképpen hozzájárultak.<sup>33</sup> Úgy gondolom, hogy a Lüth-határozat megértéséhez ez a történeti helyzet hozzátartozik.

13. A magyar alkotmányjog új útjainak keresésénél, a polgári joghoz való viszonyának és a polgári jognak az alkotmányjoghoz való kapcsolódásának átgondolásánál a hazai adottságokból kell kiindulni. A külföldi tapasztalatokat a külföldi adottságok és történeti tényezők értékelésével célszerű figyelembe venni. Nem lehet elfelejteni arról, hogy meghatározó szerepet játszik az Európai Emberi Jogi Egyezmény és annak bírói gyakorlata, valamint az Európai Unió jogfejlődése és az Unió Bíróságának gyakorlata. Döntő szerepet kell játszania annak, hogy a polgári jog egésze is – alapjaiban és részleteiben – átalakulásban van. Abban a tekintetben pedig, hogy mit célszerű jogszabállyal és mit bírósági gyakorlattal rendezni, figyelembe lehet venni azt a megállapítást, hogy szerkezeti jellegű, átfogó változásokat jogszabályokkal célszerű rendezni.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> MICHAEL STOLLEIS: Die Staatsrechtslehre der fünfziger Jahre. In Thomas Henne – Arne Riedlinger (Hrsg.): *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht.*, Berlin: Berliner Wissenschaftlicher Verlag, 2005, 293–294, 300.

<sup>33</sup> MICHAEL STOLLEIS: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland.* München: Beck Verlag, III. Band 1999, 414.

<sup>34</sup> MICHAEL J. TREBILCOCK: *The Limits of Freedom of Contract.* Cambridge, London: Harvard University Press, 1993, 249.

KECSKÉS LÁSZLÓ

## KONTINENTÁLIS ÁLTALÁNOSÁGOK A COMMON LAW-RÓL

Sólyom László akadémikus előttem bő egy évtizeddel volt joghallgató a pécsi jogi karon. Személyesen akkor még nem ismertem, Pécsen maradt kortársaitól, évfolyamtársaitól viszont már abban az időben is sokat hallottam róla. Elragadtatással emlegették olvasottságát, műveltségét, széles körű zenei szakismereteit és tudományos felkészültségét. Habár hasonló okból – lévén, hogy mindketten már egyetemi éveink alatt mindenki számára nyilvánvalóan polgári jogásznak készültünk – egyikünk sem kapott jó jegyet a polgári jogi államvizsgán, a későbbiekben mégis mind a ketten a polgári jog területén próbálkoztunk. Ő világhírű polgári jogász lett, bár az utóbbi időben szerényen csak alkotmányjogásznak nevezi magát. A régi polgári jogászok ezt azonban persze nem veszik komolyan.

Budapesten, az MTA Állam- és Jogtudományi Intézetében volt már nemzetközileg is ismert fiatal kutató az 1970-es évek végén, amikor személyesen megismertem. Akkori főnöke, Eörsi Gyula professzor mutatott be neki. Az azóta híressé vált íróasztalt pótló pultja mellett állva, írógépen dolgozott farmernadrágban, kitűrt, bő ujjú fehér ingben. Tudva pécsi előzményeimről, kitüntetően kedvesen fogadott, szakmai támogatását azóta is érzem. Kandidatúrám akadémiai védésén Ő volt az egyik opponensem. Elismerő véleménye zárásaként a pécsi jogi karról korábban távozni kényszerült Mádl Ferenc-re, Takáts Péterre és saját sorsára utalva ahhoz gratulált, hogy nekem adatott meg először a Pécsről indult civilisták közül, hogy a saját hazámban legyek „próféta”.

Alkotmánybíróági elnöki tevékenységét az igazságügyi minisztérium felelős jogszabály-szerkesztőjeként viszonylag közelről figyelhettem. Élmény volt esetenként megpróbálni az Ő fejével gondolkodni. Ha ez nem sikerült, akkor emberi hangon, szakszerűen korrigált. Abban az időben az Alkotmánybíróság olyan eljárási rendben működött, hogy a felelős jogszabályszerkesztőket esetenként személyesen is meghallgatták a határozat-előkészítő teljes üléseken. Kemény vizsga volt ez a kodifikátoroknak. Emlékszem, volt, hogy még sügtünk is egymásnak, annak a kollégának, akit éppen faggatott az Alkotmánybíróság. Feltűnő volt ezeken az üléseken az Elnök másokhoz viszonyított szerény viselkedése.



Az Alkotmánybíróság elnökeként szakított időt a szakmai kapcsolatok ápolására is. Fontos volt a pécsi és dél-dunántúli jogászok számára, hogy 1993. december 18-án az első pécsi polgári jogi szimpóziumon előadást tartott „Polgári jogi kérdések az Alkotmánybíróság gyakorlatában” címmel.

Alkotmánybírósági elnöki és köztársasági elnöki megbízatásai közötti években választottbíróként is dolgozott. Tárgyaltam vele egy választottbíró-sági tanácsban. 2011-ben sajnos sikertelen voltam, amikor megpróbáltam meggyőzni arról, hogy továbbra is szerepeltethessük a választottbíró-ságunk bírói névjegyzékén.

Kandidátusi disszertációja „A polgári jogi felelősség hanyatlása” címmel monográfiaként 1977-ben jelent meg, akkor, amikor elvégeztem az egyetememet. Nagy hatással volt rám ez a könyv, mély tudományosságán túlmenően azért is, mert szerzője szépirodalmi igényességgel írta meg. A könyv angol kártérítési joggal foglalkozó fejezetének a címe: „Kontinentális általánosságok *on torts*”.<sup>1</sup> Évtizedek óta fülemben van ez a mondat. Az Ünnepelet előtt tisztelgő tanulmányom címválasztásánál engedtem a kísértésnek. Ha nem is a lényegi, hanem a formai hasonlóságot megkísérelve a common law-val kapcsolatos kontinentális általánosságokról készítettem egy rövid vázlatot.

### Common law, angol jog

Thomas Hogg szerint a nem angol jogász csodálkozva kérdezné: „Ki ez a sehonnai, talán a dél-tengerek valamely szigetéről szalajtott, vagy valamelyik őserdőből érkezett, tetovált, meztelen, bemázolt képű barbár ősember, orrcimpájában, fülében ékszerekkel?”<sup>2</sup> – miközben Cuiacius kortársának, a King's Bench főbírájának, Sir Edward Coke-nak valamely művét forgatja. A német jogászoknak rendszerint ez a reakciójuk, amikor a furcsán kazuisztikus természetű, bizarr jogi tradíciókon nyugvó angol joggal, vagy a common law és az equity érthetetlennek tetsző kapcsolatával és összefüggéseivel kerülnek kapcsolatba. Valójában maguk az angolok is érdekeltek voltak abban, hogy jogrendszerük különlegességének mitikus jellegét egy afféle őshonos, bennszülött (autochtón) nemzeti karakter kialakításával megőrizték.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> SÖLYOM LÁSZLÓ: *A polgári jogi felelősség hanyatlása*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1977, 117–155.

<sup>2</sup> THOMAS J. HOGG: An Introductory Lecture on the Study of the Civil Law. In MICHAEL H. HOEFELICH: *The Gladsome Light of Jurisprudence*. New York: Greenwood, 1988, 96. és 99. Thomas Hogg 1792 és 1862 között élt Percy Bysshe Shelley barátjaként és életrajzírójaként. Egyebek mellett az ókori görög irodalmat, az ateizmust és a vegetarizmust is népszerűsítő angol ügyvéd 1825-ben utazott egy 209 napos körútra a kontinentális Európába. Összehasonlító tapasztalatait vélhetően ezen útván szerezte meg.

<sup>3</sup> REINHARD ZIMMERMANN: Roman Law and European Legal Unity. In ARTHUR HARTKAMP et al. (eds.): *Towards a European Civil Code*. Nijmegen, Ars AequiLibri, 1998, 34.

Minthogy az angol jog valójában mindig is kapcsolatban volt a kontinentális jogi kultúrával, ezek az állítások csupán egy mítosz elemei, hiszen a normann hódítás óta szellemi kapcsolata a kontinenssel számos kimutatható nyomot hagyott rajta. A kontinentális jogi kultúra e recepciójának motorjai éppen azok a nagyhatású angol jogtudósok voltak, akiket a XIII. századi Bractontól a XVIII. századi Blackstone-ig, illetve a XX. századi Birksig jegyez az angol jogtörténet. Az angol jog és a kontinentális jog közötti kapcsolatnak ékes bizonyítéka, hogy a természetjog nagy opuszai mind megtalálhatók voltak angol fordításban – így például Pufendorf „De jure naturae et gentium”-a 1730-ra már négyedik kiadást, Grotius „De jure belli ac pacis” című műve pedig hat kiadást ért meg. Pothier „Traité des obligation”-ja is rendkívül jelentős hatást gyakorolt az angol szerződési jogra. Savigny és Mackeldey műveinek lefordításával pedig a történeti jogi iskola jutott befolyáshoz Angliában. A legnagyobb angol bírók – így Lord Holt, Sir Matthew Hale vagy Lord Mansfield – szakmai hagyatékában szintén kimutatható a kontinens jogtudományára iránti erős érdeklődés.<sup>4</sup>

A common law történeti értelemben az a bírói döntésekből álló szokásjogi rendszer, amelynek forrását az eldöntött ügyekről készített kommentárok képezik, és az angol common law bíróságok ítélkezési gyakorlata alapján a középkorban, főként II. Henrik uralkodása alatt alakult ki. A common law fogalmát azonban többféle értelemben is használják:<sup>5</sup> Common law-n értik egyrészt az Angliában kialakult teljes joganyagot, szemben a kontinentális civiljogi rendszerekkel, másrészt az angol bíróságok alkotta jogot, szembeállítva a törvényi joggal, továbbá a westminsteri bíróságok jogát, szemben a más bírói fórumok által alkalmazott joggal, valamint a három legrégebbi westminsteri bíróság<sup>6</sup> (Exchequer, Common Pleas és a King's Bench) jogát a kancellári equity-joggal szemben.<sup>7</sup>

A common law Angliában a normannok hódítása óta főleg a királyi bíróságok által hozott ítéletekből alakult ki. A common law jogcsalád az alapot szolgáltató angol jogon kívül magában foglalja, néhány kivételtől eltekintve, minden angol nyelvű ország jogrendszerét. Az angol nyelvű országokon kívül a common law-nak igen jelentős volt a befolyása mindazokban az országokban, amelyek a múltban vagy azóta is közjogilag valamilyen formában kapcsolatba kerültek Angliával. Bár ezek az országok bizonyos területeken

<sup>4</sup> R. ZIMMERMANN: *Roman Law and European Legal Unity*. In ARTHUR HARTKAMP et al. (eds.) i. m. 34–35.

<sup>5</sup> S. H. BAILEY – M. J. GUNN: *Smith & Bailey on The Modern English Legal System*. Második kiadás. London: Sweet&Maxwell, 1991, 4–8.

<sup>6</sup> ALBERT K. R. KIRALFY: *The English Legal System*. Nyolcadik kiadás. London: Sweet&Maxwell, 1990, 129–131.

<sup>7</sup> KONRAD ZWEIGERT – HEIN KÖTZ: *Introduction to Comparative Law*. Harmadik kiadás. Oxford: Oxford UP, 1998, 188.

megtartották saját hagyományaikat, intézményeiket és fogalmaikat, de az angol befolyás alapvetően éreztette hatását, befolyásolta jogászainak gondolkodásmódját, mindenekelőtt azért, mert mind az igazgatási és bírói szervezetet, mind pedig az eljárást (polgárit vagy büntetőt) és a bizonyítás területét az angol modell szerint alakították ki.<sup>8</sup>

Technikai értelemben az angol jog alkalmazása Angliára és Walesre korlátozódik. Nem mondhatjuk, hogy az Egyesült Királyság vagy Nagy-Britannia az alkalmazási területe, egyrészt, mert Észak-Írország, másrészt pedig mivel Skócia, a Csatorna (La Manche) szigetei és a Man-sziget nem az „angol” jog alá tartoznak. Ezért tehát a „brit jog” kifejezés tulajdonképpen értelmetlen. Meg kell különböztetnünk viszont egyrészt a szűkebb értelemben vett angol jogot, amely az Angliában jogilag kötelező szabályok összessége, és másrészt ugyanezen jog normáinak egyetemes érvényességét, amelyeket az emberiség tekintélyes része modelljének tekint. Az angol jog a common law jogcsaládban kiemelkedő helyet foglal el. Ez nemcsak abból ered, hogy a common law történetileg Angliában alakult ki, de számos országban napjainkban is modellnek tekintik, amelytől számos ponton és bizonyos területeken kétségtelenül eltérnek ugyan, azonban az eltérések ellenére általában továbbra is figyelembe vesznek és nagyra értékelnek.<sup>9</sup>

Az angol jogban nem váltott ki sem a római jog, sem pedig a kodifikáció hatása megújulást, ami pedig a francia és a római-germán jogcsaláddhoz tartozó más jogokra oly jellemző volt.<sup>10</sup> Az angol jog önállóan fejlődött, s csak igen korlátozott mértékben érte el az európai kontinens befolyása. Az angol jog megismeréséhez és megértéséhez a történelmi ismeretek sokkal nélkülözhetetlenebbek, mint más jogrendszerek vizsgálatánál. Az angol jogász – aki alábecsüli a kontinens jogainak kontinuitását, s azt tartja, hogy a kodifikáció e jogok tradícióiban törést idézett elő – előszeretettel hangoztatja saját jogának történelmi folyamatosságát. Számára ez a jog hosszú történelmi fejlődés eredménye. Büszke erre a körülményre, amelyben, nem minden ok nélkül, a common law nagymértékű ésszerűségének, alkalmazkodási képességének, állandó értékének, valamint az angol jogászok és az angol nép ugyanilyen képességeinek bizonyítékát látja. Az angol jognak ezt a „történelmi” jellegét azonban nem kell eltúlozni, hiszen figyelembe kell venni, hogy az angolok szeretik is hangoztatni ezt a tradicionális jelleget, míg a franciák például inkább joguk racionális és logikus jellegét emelik ki, és ezekre az értékekre büszkék. Valójában ugyanakkor a hagyományos és a racionális alkotóelem

<sup>8</sup> Az Egyesült Államok joga – ma teljesen eltér az angol jogtól, mások viszont, mint India és Szudán joga – mindig csak részlegesen vették át az angol jog kategóriáit, s így annak befolyása csak korlátozott mértékben érvényesült. Lásd RENÉ DAVID: *A jelenkor nagy jogrendszerei*. Budapest: KJK, 1977, 253.

<sup>9</sup> RENÉ DAVID i. m. 255.

<sup>10</sup> A római jogi hatásokhoz lásd THEODORE F. T. PLUCKNETT: *A Concise History of the Common Law*. Ötödik kiadás. London: Butterworth & Co., 1956, 294–300.

mindkét jogrendszerben megvan, tehát nem olyan alapvető az eltérés. Mind a francia, mind az angol jognak igazodnia kellett a változásokhoz, szembe kellett néznie a társadalom szükségleteivel, amelyek, ha jól meggondoljuk, mindig igen hasonlóak voltak és még ma is azok.<sup>11</sup>

### A common law különlegességének okairól

A common law sajátosságait elsősorban három általános okra szokták visszavezetni. Az egyik az, hogy Angliában már korán, nem sokkal a normann hódítás után létrejött a nemzeti állam és vele a *lex terrae*: a common law, tehát itt a kontinentális értelemben vett „gemeines Recht” a partikuláris jogok fölé kerekedett, és ez szükségtelenné tette a kodifikálást, amely másutt Európában a feudális partikularitás leküzdése, a nemzeti jogegység kialakítása érdekében ment végbe. A másik ok pedig az, hogy Angliában a jogászképzés a gyakorló jogászok és szakmai szervezeteik, a Bench és a Bar kezében volt, mintegy céhszerűen folyt az Inns of Courtban, nem pedig egyetemeken, mint a kontinensen. Ez a képzési mód pedig az esetjogi módszernek, az elméleti koncepciók, a rendszeralkotás, az általánosított jogi fogalmak kidolgozása mellőzésének kedvezett. A harmadik ok nyilvánvalóan a római jog recepciójának sokszor emlegetett elmaradása.<sup>12</sup> Ezt egyebek mellett azzal a lényeges körülménnyel is összefüggésbe hozzák, hogy a korai angol jogi gondolkodás erősen eljárás jogi szemléletű volt, és ez taszította a római jog elemeinek átvételét.<sup>13</sup>

Ezeknek az általános okoknak lényeges szerepük volt a common law sajátos fejlődésében, de nem ezek voltak a döntően meghatározó okok. A kérdéseknek ugyanis csak az egyik oldala az, hogy a kapitalizmust megelőzően miért és hogyan alakult ki a jog, a másik oldala az, hogy ami ebből megmaradt, miért és hogyan maradt meg, ami megváltozott, miért és hogyan változott meg, és miért tűnt el, ami eltűnt a kapitalista átalakulás folyamatában. Az angol jog vonatkozásában elsősorban a folyamatosság eleme szorul magyarázatra, az a jelenség tudniillik, hogy az angol jog a legleleményesebb módon tette alkalmassá a feudális jogi technikát, sőt, sok vonatkozásban a feudális korbéli jogászai gondolkodást a későbbi polgári társadalom messzemenő szolgálatára.<sup>14</sup> A common law sajátosságait sokféle egyéb okra is visszavezetik. Ezek között vannak olyan közhelyszámba menő, helyenként csak rutinszerűen említett jellegzetességek, melyeknek az összefüggésekből kiragadottan az olvasó számára gyakran alig van közlésértékük. Ilyen a sokszor emlegetett angol histo-

<sup>11</sup> RENÉ DAVID i. m. 255. és 256.

<sup>12</sup> EÖRSI GYULA: *Összehasonlító polgári jog*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1975, 113.

<sup>13</sup> PLUCKNETT i. m. 43, 44. és 298, 299.

<sup>14</sup> EÖRSI i. m. 113.

rizmus, konzervativizmus, empirizmus,<sup>15</sup> pragmatizmus, intuitivizmus, individualizmus, de méltán aggályos az is, amikor bizonyos jelenségeket az angol nép harmóniaigényével, sőt tengerszeretetével próbálnak megmagyarázni.<sup>16</sup> Az angolok „jellemformáló” tengerszeretete és tengerészeti szemlélete pszichológiai és improvizációs elemeket is magába foglal. Ez azért van így, mert a tengerészetnél gyakran előfordul, hogy minden másképpen történik, mint ahogy tervezik.<sup>17</sup> A common law sajátosságainak megértéséhez a kulcsot többek szerint a „dicsőséges forradalom” angliai évszázada (XVII. század) adja. Ekkor dőlt el ugyanis a common law további sorsa. Ebből a szempontból a legfontosabb az a körülmény, hogy kompromisszum jött létre a feltörekvő polgárság és a korábbi feudális nagybirtok, a feudális arisztokrácia között.<sup>18</sup>

Ez a kompromisszum tette lehetővé a forradalom előtti és utáni intézmények folytonosságát, és mindez arra vezetett, hogy a kifejlődő kapitalizmusba beépültek prekapitalista jogi módszerek és formák. Az említett kompromisszum fő következményei a következő lényeges területeken mutatkoztak meg: a) lehetővé vált az Angliában történelmileg kialakult prekapitalista elemek továbbélése; b) a polgárság ereje, pozíciói hamar kialakították és a jogrendszer jó részében meggyökerezették a polgárság által a kor szintjén igényelt jogintézményeket; ezekre azután mindmáig rányomja bélyegét az a kor, amelyben létrejöttek; c) mindennek lényeges következménye volt, hogy a common law olyan nagymértékben tudott a legutóbbi időkig alkalmazkodni a körülmények változásához, hogy a jog megkettőzésére két alkalommal és csak rövid időre került sor. A két kísértést a common law kiheverte, és magába olvasztotta az átmenetileg „veszélyt jelentő” tényezőket: az equityt, valamint a kereskedelmi jogot is.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Az empirizmus korai térhódítása Angliában összefügghet a gyapjútermeléssel. A földművelők a természeti erőknek kiszolgáltatva irracionálisra, mágiára hajlanak, a gyapjútermelők ellenben ésszerűen gazdálkodhatnak portékájukkal. Túl kínálat esetén az árut visszatartják, a kereslet-kínálat viszonyát (ratio) úgy befolyásolva, hogy minél magasabb legyen a bevételük. Ahogyan az általános képzet nincsen valóságosan jelen a dolgokban, az áru ára sem valóságos értékének kifejezése. Ugyanúgy empirikusan, összehasonlítás révén alakítják ki, mint a nominalisták felfogása szerint a képzetet. Ez az elmélet nem bizonyítható. De tény, hogy az angol szellemi életben a virágzó középkor óta nagyfokú racionalitás érvényesül, kitetszik ez abból is, hogy a német középkor jellegzetes misztikája Angliában nem honosodott meg. Az angolok a későbbiekben is ragaszkodtak empirista racionalizmusukhoz, amely az egyedi jelenség realitásából kiindulva elutasítja az általánosító metafizikai spekulációt. Ők az egyedi esetre irányuló piaci spekulációt művelték, míg a németek spekulációja, Meister Eckarttól Jakob Böhmén át Hegelig és Heideggerig mindenkor a totalitást idézte meg. Lásd HANS-DIETER GELFERT: *Nagy-Britannia rövid kultúrtörténete*. Budapest: Corvina, 2005, 46.

<sup>16</sup> SIR FREDERIC POILLOCK – FREDERICK WILLIAM MAITLAND: *The History of English Law Before the Time of Edward I*. Második kiadás. Cambridge: Cambridge UP, 1898.; ROSCOE POUND: *The Spirit of the Common Law*. Boston: M. Jones, 1921.; HORVÁTH PÁL BARNÁ: A Common Law ideológiája és a jogismeret ideológiája. In *Társadalomtudomány*, 10/3 (1930) 87–125. Lásd KECSKÉS LÁSZLÓ: *Perelhető-e az állam? Immunitás és kárfellelősség*. Budapest: KJK, 1988, 34–35.

<sup>17</sup> EÖRSI i. m. 113.

<sup>18</sup> EÖRSI i. m. 114.

<sup>19</sup> EÖRSI i. m. 115.

## Az angol jog szerkezetéről

A kontinens jogászai a törvény kultuszában nevelkedtek, és áthatotta őket a törvénykönyvek tisztelete és csodálata. Különösnek, sőt szinte elfogadhatatlannak tartották, hogy egy, a civilizáció magas fokán álló ország, a világ talán legnagyobb kereskedő nemzete elveti a kodifikációt, s a jog legfőbb forrását a bírói gyakorlatban látja. Ez az európai kontinens jogászainak akkori felfogása szerint idejét múlt nézet volt.<sup>20</sup>

Való igaz, hogy a törvény és a joggyakorlat nem játszik azonos szerepet a kontinentális Európa jogrendszereiben és az angol jogban. A romanista jogok és az angol jog között fennálló e szerkezetbeli különbségeket hosszú ideig elhanyagolták, és csak a legutóbbi időszakban figyeltek fel a különbségek lényeges meghatározóira. Ennek az volt az oka, hogy az egyik elméleti irányzat hatására hosszú ideig azt hitték, hogy a jog mint a normák összessége elemezhető. Ha azonban elmélyültebben foglalkozunk a kérdéssel, akkor azt látjuk, hogy nem egy bizonyos időpontban hatályos jogszabályok alkotják a jogrendszer lényegét, hanem a jog struktúrája, felosztásai, használt fogalmai, a jogszabályok típusai, amelyeken a jogrendszer alapul. Maga a jogi oktatás is arra az alapvetésre épül, hogy a változó szabályok felett vannak viszonylag állandó keretek. A joghallgató számára az a legfontosabb, hogy megtanulja a „szótárt”, hogy megismerkedjék a fogalmakkal, amelyek később lehetővé teszik számára a jogi kérdések vizsgálatát, még akkor is, ha azok a jogszabályok, amelyeket a jogi oktatás során megtanult, valószínűleg hamar megváltoznak. A fennálló jog egyik vagy másik szabályának megváltoztatása vagy eltörlése a jogalkotótól függ. De a jogászok által használt kifejezéseknek és érvelésük módjának megváltoztatása már nagyon kevésbé függ tőle. Sok változáson és forradalmon túl is megtartották a franciák például a tulajdon, a szerződés, a házasság és a jelzálog szavakat és fogalmakat. S bár a polgári jogi és a polgári eljárásjogi művekben tárgyalt anyag a rendelkezéseket illetően 500 esztendő alatt sokat változott, a francia jog kategóriái és a jogi művek felépítése csak igen lassan módosultak.<sup>21</sup>

Az angol jog éppen ebben a tekintetben igen eltérőnek tűnik a kontinentális jogokhoz képest. Szerkezete nem azonos a római-germán jog szerkezetével, és ebben a szerkezetbeli különbségben rejlik az angol jog tanulmányozásának legnagyobb nehézsége. Szerkezetileg a két jog valóban tökéletesen különbözik egymástól. A jogágakra tagolás szintjén nem találjuk meg az angol jogban, egészen a XX. századig sem a közjog-magánjog megkülönböztetést, sem a kontinentális jogászok nagy része számára oly természetesen differenciálást magánjog, kereskedelmi jog, közigazgatási jog és társadalombiztosítási jog

<sup>20</sup> RENÉ DAVID i. m. 273.

<sup>21</sup> RENÉ DAVID i. m. 274.

között. E nagy osztályozások helyett másokat találunk. Ilyen elsősorban a common law és az equity közötti megkülönböztetés.<sup>22</sup> A fogalmak szintjén ismeretlen a szülői hatalom fogalma, a haszonélvezet, a jogi személy, a dolus vagy a vis maior fogalma, ezzel szemben találkozunk olyan új fogalmakkal, mint trust, bailment, estoppel, consideration, trespass, amelyek a kontinentális jogászok számára nem mondanak semmit, vagy legalábbis csak igen keveset. Az angol jog e kifejezései bármely más nyelvre lefordíthatatlanok. A mindenáron való lefordítás szándéka rendszerint a fogalmak értelmének megváltoztatását idézi elő, s nem kisebb a nehézség akkor sem, ha a fordítás magától adódónak tűnik: a contract az angol jogban egészen mást jelent, mint a szerződés a római-germán jogokban,<sup>23</sup> az angol equity nem azonos az említett jogrendszerekben használatos méltányosság fogalmával,<sup>24</sup> az administrative law nem azonos az igazgatási joggal,<sup>25</sup> a civil law a polgári joggal és a common law sem azonos a droit communnel.<sup>26</sup>

Az alapvető művek, amelyeket az angol jogászok használnak, ilyen címet viselnek, mint: contract, torts, real property, personal property, trusts, evidence, companies, bailment, quasi-contract,<sup>27</sup> local government, conflict of laws, pleading and practice stb. A romanista jogokban ismert kategóriák és klasszifikációk (osztályozások) helyett Angliában tehát olyan osztályozást és kategóriákat találunk, amelyek esetleg lefordíthatók, de legalábbis nagy általánosságban nem azonosak a kontinensen megszokott osztályozásokkal és kategóriákkal.<sup>28</sup>

A romanista jogok és az angol jog közötti szerkezeti különbség nemcsak a kategóriák és a fogalmak szintjén mutatkozik meg. Az angol jogban a bírői gyakorlat által kimunkált „legal rule” mást jelent, mint az elmélet által rendszerezett, vagy a törvényhozó által kihirdetett, a kontinentális jogokban megszokott jogszabály. A „legal rule” kevésbé általános, mint a kontinentális jogszabály, ennek következtében a common law-ban nincs meg az alapvető megkülönböztetés a kógens és diszpozitív jogszabály között sem, s ismeretlen Angliában az a fajta kodifikáció is, amely a kontinensen elterjedt.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> BAILEY-GUNN i. m. 5–8.

<sup>23</sup> „Contract as an Agreement” – lásd SIR JOHN C. SMITH: *The Law of Contract*. Második kiadás. London: Sweet & Maxwell, 1993, 46–56.

<sup>24</sup> „Equity is a word with many meanings. In a wide sense, it means that which is fair and just, moral and ethical; but its legal meaning is much narrower.” – lásd JILL E. MARTIN: *Hunbury & Martin Modern Equity*. Tizennegyedik kiadás. London: Sweet & Maxwell, 1993, 3–4.

<sup>25</sup> BAILEY – GUNN i. m. 866–871.

<sup>26</sup> Az angol-francia vagy francia-angol jogi szótárak, szerzőik minden erőfeszítése ellenére elkerülhetetlenül fogyatékosak, sőt gyakran veszélyesek. Helyettük inkább angol nyelvű értelmező szótárak használata ajánlatos. Ilyen például az EARL JOWITT szerkesztésében és kiadásában megjelent *Dictionary of English Law* (2 köt. 1959.). Lásd erről a problémáról is RENÉ DAVID i. m. 274–275.

<sup>27</sup> JILL E. MARTIN i. m. 296. és 297.; KIRALFY i. m. 62.

<sup>28</sup> RENÉ DAVID i. m. 276.

<sup>29</sup> RENÉ DAVID i. m. 275.

Az angol jog kodifikálatlanságának magyarázataként a következő tényezőket szokták emlegetni: angol mentalitás, elzárkózottság, sok évszázados folyamatos fejlődésben kicsírázott nemzeti gőg, a common law nem partikularizált egysége, a római jog recepciójának hiánya, a hagyományosan gyakorlati jogi oktatás, a kötelező precedensek rendszere, a statute law töredékes jellege és a common law elvein keresztül történő értelmezést feltételező jogalkalmazás s végül a reformok – különösen a jogi változtatási szándékok és sikerek – elaprózottsága.<sup>30</sup>

A kodifikálatlanság okainak összetevői között szerepel a precedensrendszer is,<sup>31</sup> ami az egységes nemzeti jog történelmi kifejlődésével, a jogszolgáltatás és a gyakorlati jogfejlesztés erre épülő technikájával, az ennek ideológiai kifejezését nyújtó jogszemlélettel, s az ezek konzerválását-átörökítését segítő gyakorlati jogi képzés meghonosodott rendszerével áll összefüggésben. A hatékony kodifikációt a precedensek felváltásával, normatív kiiktatásával képzelte el a jogászok többsége. Mindez azonban az angolszász jognak hagyományai-ból való kiforgatását, alapjaiban történő megrendítését feltételezte volna. Ezért a kodifikációs gondolat gyakorlati realizálása során mindig maximalista programnak, és mint ilyen, kivihetetlennek bizonyult. Az angol kodifikáció jogrendező szerepre kárhoztatott ideologikus kifejeződést is kapott az angol részkodifikációs aktusokban. A Bills of Exchange Act<sup>32</sup> (1681) – sok más angol törvényhez hasonló – félutas, „gyakorlati realizmusról” tanúskodó rendelkezése például a törvénnyel nem összeférhetetlen common law szabályokat szintén változatlanul kötelezőknek ismerte el. Ez az oka annak, hogy a mennyiségileg időközben jelentős méretűvé vált törvényhozás a kontinentális törvényhozással analóg hatást valójában nem mutat. Mindenekelőtt azért nem, mert nem jogfelváltó, hanem jogreformáló aktusok ezek, amelyek a közvetlenül nem érintett common law precedenseket nemcsak változatlan állapotban hagyják, de a bírói gyakorlat közvetlenül élő forrásaiivá, inspirálóivá is csak common law-ként való értelmezésükkel: precedenssé válásukkal, precedensekben feloldódásukkal lesznek.<sup>33</sup>

A kodifikációval szembeni ellenérvek között említhetnénk még különböző társadalompszichológiai tényezőket is. Ilyen például az idegenkedés, sőt egyenesen félelem a „valóban végigharcolt” forradalomtól és termékétől, Napóleontól s a nevével jelzett kodifikációtól. Ilyen a forradalmi módszerektől való idegenkedés, illetve a reformáló módszerek előnyben részesítése, ami szintén az angol polgári forradalom kompromisszumának a hagyomány leplé-

<sup>30</sup> Hasonlóan HARLAN FISKE STONE: Some Aspects of the Problem of Law Simplification. In *Columbia Law Review* 23 (1923) 319–337. Lásd VARGA CSABA: *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2002, 174–175.

<sup>31</sup> KIRALFY i. m. 100–101.

<sup>32</sup> PLUCKNETT i. m. 665–669.

<sup>33</sup> VARGA CSABA i. m. 175. és 176.



be burkolt következménye. Ilyen a „magasan szervezett hivatásrendi testület”, a jogászság (legal profession<sup>34</sup>), amely öröklött és társadalmi helyzetétől meghatározott konzervativizmusán túl a kialakult helyzetnek egyúttal kétségtelenul haszonélvezője.<sup>35</sup> Shakespeare az 1450-es angliai Jack Cade-féle felkelésről szólva *VI. Henrik* című drámája II. részében (IV. felvonás 2. szín) azt mondhatja Cade bajtársaival: „Az első tennivaló: öljünk meg minden törvénytudót.”<sup>36</sup> Sőt idézhetnénk a naiv, ámbár történelmileg szintén kondicionált véleményt: „csak ha polgártársaink ráébrednének, hogy a jog nem elkerülendő, mint a betegség (...), akkor követelnék csupán saját érdekükben is, hogy világos és hozzáférhető legyen”.<sup>37</sup>

Az angol jogban a kategóriák és a fogalmak történelmi okoknál fogva nem azonosak a romanista kontinentális jogok osztályozásával és fogalmaival. Ebből ered azután az a nehézség, amit kontinentális jogászok számára az angol jog tanulmányozása jelent.<sup>38</sup> A romanista jogok rendszere egy viszonylag racionális és logikus rendszer, mert anyagi jogszabályait az egyetemek és a törvényhozók rendezték. Kétségekívül adódnak itt is szép számmal következetlenségek és anomáliák, amelyek a történelemnek tudhatók be, vagy gyakorlati megfontolásokkal magyarázhatók. A római-germán jogcsalád jogait távolról sem tisztán logikai alapon rendezték, de e tekintetben nagy erőfeszítések történtek, már csak azért is, hogy megkönnyítsék a jog megismerését. Az angol jogot ezzel szemben, minden anyagi jogi logikára törekvés nélkül, az eljárásjogból adódó kategóriákban rendezték. Csak a XIX. század végén, a régi eljárási rendszer felszámolása után jutott el a jogtudomány oda, hogy erőfeszítéseket tegyen az ésszerűségi szempontok szerint történő rendezés érdekében. Igen jelentős haladást értek el e téren, de általánosságban természetesen megtartották azokat a fogalmakat és felosztásokat, amelyeket a hagyományok alapján megszoktak.<sup>39</sup>

Az angol dologi jog például két részből áll, personal propertyből és real propertyből. A real property azokat a jogokat foglalja magában, amelyeket az 1833-as eljárási reform előtt az úgynevezett dologi keresetek, a personal property pedig azokat a jogokat, amelyeket 1833 előtt az úgynevezett személyi keresetek védtek.<sup>40</sup> Az angol contract fogalma pedig a hagyományokhoz igazodóan csak azokat a kötelezettségvállalásokat tartalmazza, amelyeket valami-

<sup>34</sup> PLUCKNETT i. m. 215–231.; BAILEY–GUNN i. m. 105–113.

<sup>35</sup> MAX RADIN: *Handbook of Anglo-American Legal History*. St. Paul, Mn.: West Publishing Company, 1936, 339.; VARGA CSABA uo.

<sup>36</sup> PETER STEIN: *A római jog Európa történetében*. Ford. Földi Éva. Budapest: Osiris, 2005, 121. és 122.

<sup>37</sup> Lásd *Law Reform Now*. (ed.): *The Law Reform Committee of the Haldane Society*. I. kiadás. London: Gollancz, 1947, 35.; VARGA CSABA i. m. 175. és 176.

<sup>38</sup> RENÉ DAVID i. m. 276.

<sup>39</sup> RENÉ DAVID i. m. 276. és 277.

<sup>40</sup> KIRALFY i. m. 14–17.

kor az *assumpsit* elnevezésű kereset szankcionált.<sup>41</sup> E fogalom nem alkalmazható az ajándékozásra, a *trustra*, sem a letétre; az ilyen jogügyletekből eredő igényeket ugyanis a történelem során más keresetek útján szankcionálták. Ezekből a példákból kitűnik, hogy az angol jog kategóriái és fogalmai teljesen eltérhetnek a romanista kontinentális jogtudomány kategóriáitól és fogalmaitól.<sup>42</sup>

Angliában a polgári jogot tulajdonképpen nem is ismerik. „Civil law”-n a római jog recepcióján alapuló mai jogokat értik. A *common law* megfélemlíti a polgári forradalom véghezvitele előtt, a hűbéri központosság jegyében az európai kontinensen is létezett, az ott a partikuláris jogokkal szembeállított „közönséges jog”-nak, a „*gemeines Recht*”-nek, amely jobbára bírói jog volt alig rendszerbe foglalva. Ez a *common law* is kiterjed az egész bírói jogra, és nem hasad a kontinentális polgári fejlődésre jellemző közjogra és magánjogra. Magában foglalja például a büntetőjogot is. Minthogy Angliában a polgári fejlődésre ugyancsak jellemző kodifikáció is elmaradt, a *common law* bíró-joga az angol jog alapvető rétege. A törvényeket – „*statutes*” – a *common law*-val szemben kivételesnek tekintik: a legutóbbi időkig törvények hozatalát csak valamilyen visszásság (*mischief*<sup>43</sup>) kiküszöbölésére irányuló törekvés indokolhatta, és a törvényt mindmáig szó szerint, megszorítóan kell értelmezni.

Az angol jog tehát alapjában bíró-jog, bíró alkotta jog („*judge made law*”). Létét – mint másutt – eredetileg a viszonyoknak az a mintegy „felsőfokú kezdetlegessége” kívánta meg, amely mellett a jogi tevékenység már kivált a valási-mágikus tevékenység köréből, de még nem volt meg a talaja a jogalkotás intézményes különválásának. Fennmaradását a polgári forradalom „lefékezése”, közelebről elsősorban a földtulajdonosok korábbi privilégiumainak, a jogviszonyaikat sajátosan szabályozó jogintézményeknek a védelme indokolta. A kiinduló fikció mindmáig érvényesülően az, hogy a bíró ítéletével nem alkot jogot, hanem „megtalálja”, „felfedezi” a XII. század óta fennálló *common law* megfelelő szabályát, és korszakonként változóan szigorú *precedens*-jog alakult ki. A jog megtalálásának, felfedezésének („*to refind the law*”, „*to restate the law*”) mozzanata az angol jognak tabu értékű alapeleme, olyan, amit reformok nem érinthetnek.<sup>44</sup>

A *common law* azonban fejlődése bizonyos szakaszaiban így is túlságosan merevnek bizonyult. Ennek hátrányait volt hivatott kiküszöbölni a sokáig egyházi személy vezetése alatt állott királyi különbíróság, a kancellária bíró-

<sup>41</sup> SIR JOHN C. SMITH i. m. 2.

<sup>42</sup> RENÉ DAVID *uo.*

<sup>43</sup> S. H. BAILEY – M. J. GUNN i. m. 321–322.

<sup>44</sup> EÖRSI i. m. 118.

sága (Chancery Court<sup>45</sup>) által kifejlesztett jog, az equity, amely úgy rakódott a common law mellé, mint a *ius aequum* a *ius strictum* mellé a római jogban, megkettőzve a jogot, és elveiben külön maradvá a bírósági rendszer egységsítése után is.<sup>46</sup>

Az angol jog alkotóelemei – a common law, az equity és a statute law – három párhuzamosan fejlődő jogrendszert is jelentenek, de a jogrendszer kifejezését ez esetben nem modern értelemben értve és használva. A két eredeti jogforrásrendszer – a szokásjog (common law) és a törvényi jog (statute law) – mellé a XIV. századtól alakult ki az ugyancsak szokásjogi jellegű, „méltányossági jog” (equity), amely mint a common law vetélytársa csak a XVIII. századra emelkedett a másik két jogtesttel azonos szintre. A törvényhozás a XIX. században vált csak igazán fontossá, s nőtt a két szokásjogi rend fölé, melyek – ha különállásukat megőrizték is – az 1873. évi jogalkalmazási törvény (Judicature Act<sup>47</sup>) óta nincsenek fórumhoz kötve, tehát szükségképpen bármely bíróság által alkalmazhatók.

Az angol jog története a híres francia összehasonlító jogász René David szerint négy fő időszakra osztható. Az első az 1066. évi normann hódítást megelőző időszak. A második, 1066-tól a Tudor-uralkodóház uralomra jutásáig, 1485-ig terjedő korszak, a common law kialakulásának időszaka, amelyben a helyi szokásokkal szemben egy új jogrendszer volt kialakulóban. Azoknak a körülményeknek a hatása, amelyek között a common law kialakult, még ma sem szűnt meg teljesen. A harmadik időszak, amely 1485-től 1832-ig tartott, a common law felvirágzásának ideje volt. Kompromisszumra kellett azonban lépnie egy időnként versenytársként fellépő, kiegészítő rendszerrel, amely az „equity szabályok”-ban jutott kifejezésre. Az 1832-vel kezdődő és egészen napjainkig tartó negyedik korszak a modern kor, amelyben a common law-nak szembe kellett néznie a törvényi joganyag addig nem tapasztalt fejlődésével, és hozzá kellett idomulnia egy olyan társadalomhoz, amelyet egyre inkább a közigazgatás irányít.<sup>48</sup>

A XIII. század, amelynek során a common law kialakult és a XVI. század, amelyben az equity kifejlődött, volt az a két nagy korszak, amelyekben az angol jog szerkezetének jellemző vonásai kirajzolódtak. A common law és az equity szembenállásával járó válságot a XVII. és XVIII. században az összhang megteremtődésének korszaka követte, amikor is az angol jog különösebb látványos események nélkül továbbfejlődött. Igen jelentős és említésre méltó esemény volt a XVIII. század második felében a kereskedelmi jognak a common law-ba való beolvadása. Addig a kereskedelmi jogot Angliában idegen

<sup>45</sup> JILL E. MARTIN i. m. 5–18.

<sup>46</sup> EÖRSI uo.

<sup>47</sup> PLUCKNETT i. m. 211. és 212.

<sup>48</sup> RENÉ DAVID i. m. 256.

testként kezelték, amely lényegéből eredően nemzetközi gyökerű és jellegű volt, s amelynek alkalmazását kizárólag a kereskedők (merchants) számára kellett fenntartani. A hajdani külön kereskedelmi bíróságok az évek folyamán elvesztették önállóságukat.<sup>49</sup> A fejlődés e szála a XVIII. század második felében zárult le, amikor Angliában megvalósult a common law és a kereskedelmi jog (law of the merchants, mercantile law) egyesítése. A kereskedelmi jog a common law részévé vált, és a kereskedelmi jog intézményei ezek alkalmazhatósága ezentúl már nemcsak a kereskedők osztályának kiváltságai voltak.<sup>50</sup>

### Az eljárásjogias szemléletről

A régi angolszász jog szerint ítélkező grófsági bíróságok és századbíróságok felügyeletét a XII. század végén megállapított kerületekben cirkáló utazó királyi bírók (justitiiarii itinerantes) látták el<sup>51</sup> oly módon, hogy olykor magát a bíraskodást ténylegesen is átvették. Mellettük a grófságok élére kinevezett sheriffek is a központi hatalmat képviselték.<sup>52</sup> A három westminsteri felsőbíróság<sup>53</sup> és az utazó bírók hálózata csak úgy egységesíthette a bíraskodást, ha a peres eljárást is e fórumok igényeihez igazították. Az angolszász időkben, s még 1066 után is a formális bizonyítási eszközökkel élő akkuzatórius per volt alkalmazásban, melyben az eljárás urai a felek voltak. Ez a szerkezet nem felelt meg a perekbe beleavatkozni kívánó királynak. Az igény a per továbbfejlesztésére a hatalom által felügyelt és befolyásolt eljárássá, természetesnek tűnt.

Elsőként az egyházi bíróságok ítélkezésében sikerült e törekvéseknek teret nyerniük. Azon bíróságokban, amelyek a római császárkori per számos elemét mentették át eljárásukba. A világi hatalomgyakorlók – köztük a XIII. századtól a francia király –, ha tehették, átvették és alkalmazták az egyházi perjog intézményeit, mindenekelőtt az anyagi bizonyítást magával hozó, egyébként már Nagy Károly idejében ismert inquistio (enquête) különböző formáit. Franciaországban ennek sikerét IX. (Szent) Lajostól szokták számítani, akinek idejében a párizsi parlament is létrejött, ám a jelek arra vallanak, hogy ez sem volt előzmény nélküli (Angliában inquests, inquiry).<sup>54</sup> A tartományurak, köztük a királlyal formálisan hűbéri kapcsolatban álló normann hercegek perjogi törekvései is hasonlóak voltak már a XII–XIII. század fordulóján. Ez a körülmény is azt bizonyítja, amit egyébként a romanisták is elismertek, hogy az

<sup>49</sup> PLUCKNETT i. m. 660–664.

<sup>50</sup> RENÉ DAVID i. m. 271.

<sup>51</sup> Vö. HORST FUHRMANN: *Deutsche Geschichte im hohen Mittelalter. Von der Mitte des 11. bis zum Ende des 12. Jahrhunderts.* Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, 190.

<sup>52</sup> RUSZOLY JÓZSEF: *Európa jogtörténete.* Budapest: Püski, 1996, 173. és 174.

<sup>53</sup> KIRALFY i. m. 129–131.

<sup>54</sup> PLUCKNETT i. m. 109. és 110.

egyházjog és művelői: a XII–XIV. században közvetlenül és a legistáknál jobban hatottak a hazai jogokra, különösen a perjogra. s ők természetesen megtalálhatók voltak a londoni (westminsteri) királyi udvar intézményében is. Még inkább az angol királyi kancelláriában (Chancery). Maga a kancellár is 1527-éig főpapi méltóságot viselt.<sup>55</sup> A következő évszázadokban Angliában az igazságszolgáltatás koncentráldott, a jog pedig egységesült. A helyi feudális bíróságok hatásköreinek fontossága csökkent. Nemcsak azért, mert a királyi bíróknak nagyobb volt a tekintélye, hanem amiatt is, hogy a királyi bíróságok eljárása modernebb, haladóbb volt. A perlekedő felek számára lényeges alakításokat („forms of action”<sup>56</sup>) a királyi adminisztráció könnyebben elérhetővé tudta tenni. Ugyanakkor az angolszász időkben egykor még fontos helyi jogok is vesztek jelentőségükből, noha formálisan soha nem helyezték azokat hatályon kívül. A királyi bírók azonban egyre kevésbé alkalmazták az e jogrendszerek adta szabályokat, így aztán Angliában már nagyon korán kialakulhatott az egységes, központi jog, a „common law”.<sup>57</sup> Angliában ezért nem játszott szerepet a kodifikációs tevékenység a jogi egység megteremtésében.<sup>58</sup> Nem volt szükség rá.

A perlés a középkorban az úgynevezett „writ”-eken alapult. A writ (latinul „breve”) tulajdonképpen egy, a felső hatalomtól származó levél volt, amely egy kívánságot vagy utasítást megfogalmazó üzenetet tartalmazott. Jogi értelemben a writ a királynak a megfelelő hivatalnokhoz, bíróhoz intézett utasítása, parancsa volt, és arra vonatkozott, hogy a címzett az alperest hívja bíróság elé, és döntse el a vitát a felek jelenlétében. A writeket a király nevében idővel a legmagasabb rangú királyi tisztviselő, a „capitalis iudicarius”, majd pedig a kancellár írta. A writek tartalma hamarosan tipizálódott és standardizálódott. A XII. század vége felé a kancellár hozzávetőleg 75 fajta writ közül válogathatott, később, a XIII–XIV. században a writek száma jelentősen emelkedett. A writek típusait félhivatalos kiadványokban, a „Registers of Writs”-ben gyűjtötték össze, amelyek utóbb nagyon hasznosakká váltak a gyakorló jogászok számára. Hasonlóan fontosak voltak a két híres angol jogásznak, Glanvillnek (1190) és Bractonnak (1268) a korabeli writekról szóló művei, amelyek szerzőik nagy tekintélye folytán valóban „books of authority” lettek.<sup>59</sup> Bracton írásaiban még a királyi bíróság határozatait is kommentálta.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> ZWEIGERT–KÖTZ i. m. 183.

<sup>56</sup> PLUCKNETT i. m. 297.

<sup>57</sup> Az egységesedés tekintetében a francia jog csak a XVI. században, a német pedig a XIX. században jutott el erre a szintre, akkor is csak a pandektisták elméleteiben. Lásd ZWEIGERT–KÖTZ i. m. 184.

<sup>58</sup> Lásd ZWEIGERT–KÖTZ uo.

<sup>59</sup> HANS PETER: *Actio und writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*. Tübingen: Mohr, 1957, 21. és 105.; ZWEIGERT–KÖTZ i. m. 184.

<sup>60</sup> ZWEIGERT–KÖTZ uo.

A felpereseknek gondosan kellett eljárniuk a perindításnál, a megfelelő writ kiválasztásánál. Ha rossz writet választottak ugyanis, akkor keresetüket elutasította a bíró. A writek számának növekedésével a megfelelő writ kiválasztása egyre összetettebb feladattá vált, ráadásul minden writhez speciális eljárási szabályok is kapcsolódtak. Ebben a helyzetben érthető a kancellár és a bírók ama törekvése, hogy az egyes writekhez kapcsolódó bizonyítási eszközök körének bővítése által vonzóbbá tegyék a királyi bíróságok eljárásait.<sup>61</sup> Bizonyos típusú ügyekben a királyi bíróságok ugyanakkor korlátozhatták, sőt ki is zárhatták különböző módokon – pl. bajvívás, eskü alkalmazásával – a bizonyítást. A bizonyítási eljárást kizáró vagy helyettesítő ezen eszközöket váltotta fel később a „jury” intézményének alkalmazása, amely 12 erre felesketett férfi tényfeltáró tevékenységét jelentette.<sup>62</sup>

A jury eleinte a szomszédokból állt, akik saját személyes tapasztalatuk alapján döntöttek el az ügyeket. A jury fokozatosan a tények bírójává vált, s ítéletét mások megfigyelésén alapuló bizonyítékok, a bíróság előtti vallomás alapján hozta meg. A XIV. század közepén kétfajta jury működött. A változó létszámú grand jury és a 12 főből álló petit jury.<sup>63</sup> A grand jury, melynek eljárása titkos volt, megvizsgálta az állítólagos bűncselekmény bizonyítékait, s döntött, hogy ténylegesen vádat emeljenek-e. Ha perre került sor, az eljárás a petit vagy petty jury előtt nyilvánosan zajlott, mely a vádlott bűnösségéről vagy ártatlanságáról döntött. A petit jury magánjogi ügyekben is eljárt, s a tényeket illetően ítélezett. A jury eljárás ebben a kezdeti formájában is jelentős előrelépést jelentett a korábban alkalmazott természetfeletti erőkön alapuló eljárással szemben. A királyi igazságszolgáltatást közmegeledettség erősítette meg, és ez a hűbérurak által vezetett helyi bíróságok hatalmának további csökkenéséhez vezetett.<sup>64</sup>

A jury eljárás mellett a királyi bíróságok működésének másik jellegzetessége az volt, hogy döntéseik precedensekké váltak. A bírók gyakran találtak olyan esetekkel, melyekre nem volt előre megfogalmazott szabály. Törvényi rendelkezés hiányában a bírók új jogot alkottak, egyfajta „természetes igazság” alapján döntöttek. Nem volt általános szabály, mely kötötte volna őket, a felek vitáját saját megítélésük alapján döntöttek el. Az ítéletekben nyomatékosították a döntések alapjául szolgáló érveket. E döntéseket jogi feljegyzésekben rögzítették, őrizték meg, melyek irányt mutattak a későbbi jogesetek elbírálásához. A stare decisis vagy precedenselv alapján a bíróságokat kötötte a korábbi jogesetekben hozott ítélet. Ha egy jogeset lényegét tekintve hasonlított egy korábban már eldöntött üggyhöz, az ítéletet az előző döntés alapján

<sup>61</sup> KIRALFY i. m. 31–35.

<sup>62</sup> ZWEIGERT–KÖTZ i. m. 184. és 185.

<sup>63</sup> KIRALFY i. m. 30.

<sup>64</sup> KIRALFY i. m. 132.

kellett meghozni. Ha a későbbi ügy lényegesen eltért a korábbi jogesettől, abban az esetben szabadon dönthetett a bíró, s ítélete újabb precedenssé vált.<sup>65</sup>

A kancellárt soha nem illette meg az a lehetőség, hogy pusztán a jogfejlődés előmozdítása érdekében vezessen be új writeket. Ezt a főurak köre azért nem fogadta volna szívesen, mert a jogfejlesztésnek ez a módja olyan jogalkotáshoz vezetett volna, amelyben nekik szerep nem jut. Az 1285. évi II. westminsteri statútum is emiatt próbálta meg korlátozni a kancellárt. Olyan rendelkezést tartalmazott ugyanis, miszerint a kancellár csak akkor vezethet be új writeket, ha annak tartalma levezethető egy korábbiól; kétség vagy vita esetén azonban a problémát a Parlament következő ülése elé kellett terjeszteni.<sup>66</sup> Ebben a szabályban plasztikusan megmutatkozott a későbbi precedensrendszer logikája.

Az 1285. évi II. Westminsteri Statútum, a writek „*numerus clausus*”<sup>67</sup> előrendítette a jogfejlődést azáltal, hogy kiterjesztő értelmezésre, általánosabb jogi fogalmak kidolgozására készítetett, és hozzájárult a processzuális, writekben való gondolkodásnak anyagi jogi kategóriákban, alanyi jogokban való gondolkodással való felváltásának folyamatához.<sup>68</sup> A bírói parancsok (writs) intézményére hatott I. Richárd iustitariusának, William de Longchamp, ely-i püspöknek a király franciaországi birtokai számára írt kis eljárásjogi tankönyve (*Practica legum et decretorum*) és a XIII. század elején elterjedt olasz formuláskönyvek is.<sup>69</sup>

Az angol common law alapvonalait és lényegét tekintve normann alkotás volt, létrejött a XII–XIII. század folyamán a curia regisen, a normann és Anjou királyok udvari és igazgatási szervén belül a központi bíróságok elkülönüléséhez köthető. A XII. század elején különült el a curia regisen belül az első önálló bíróság, a Court of Exchequer, mely eredetileg a királyi jövedelmeket kezelte, s a királyi tisztségviselőket számoltatta el. Ennek megfelelően kezdetben az adószedéssel kapcsolatos perek képezték hatáskörét. A Court of Common Pleas létrejött II. Henrik azon rendelkezéséhez kötődik, melyben tanácsának öt tagját magánszemélyek magánjogi vitáiban való bírászkodásra rendelte, hogy ezáltal elkülönítse azokat az ügyeket, amelyekben peres félként a korona szerepelt.<sup>70</sup> A királyi tanácsadóknak ez a fóruma kezdetben nem kü-

<sup>65</sup> GÖNCZI KATALIN: Angol alkotmány- és jogtörténet. In GÖNCZI KATALIN – HORVÁTH PÁL – STIPTA ISTVÁN – ZLINSZKY JÁNOS: *Egyetemes jogtörténet* I. (Szerk.: Horváth Pál) Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó, 1997, 263–266.

<sup>66</sup> ZWEIGERT–KÖTZ i. m. 185.

<sup>67</sup> PLUCKNETT (1956) i. m. 28.

<sup>68</sup> EÖRSI i. m. 113.

<sup>69</sup> PAUL VINOGRADOFF: *Roman Law in Medieval Europe*. Második kiadás. Oxford: Clarendon, 1929, 98–101.; PLUCKNETT (1936) i. m. 263. és 264. GERALD RICHARDSON: *The Oxford lawschool under John*. In *Law Quarterly Review* 57 (1941) 319–338. Lásd BÓNIS GYÖRGY: *A jogtudó értelmiség a középkori Nyugat-és Közép-Európában*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1972, 154.

<sup>70</sup> BAILEY–GUNN i. m. 107. és 108.

lönült el a curia registől. A Court of Common Pleasnek a curia regisből való kiválására az 1215. évi Magna Charta azon cikkelye alapján került sor, amely a magánjogi bíraskodást egy állandó székhelyű bírói fórum elé utalta. Ekkortól működött önálló bíróságként, westminsteri székhellyel a Court of Common Pleas. A középkorban a Court of Common Pleas volt a leggyakrabban ülésező common law bíróság. Hatáskörébe nemcsak magánjogi jogviták tartoztak, hanem a helyi és uradalmi bíróságok ítéleteivel szembeni fellebbezések is. Ítéleteit a King's Bench felülvizsgálhatta. A király személyes bíraskodásából (coram rege) eredeztethető a Court of King's Bench státusza, amely kezdetben az úton lévő királyi udvarban ülésezett. Királyi peres ügyek és privilegiumlevélben feljogosított főurak pererei tartoztak kezdetben a King's Bench elé, de más bíróságok által elbírált ügyeket is felülvizsgált. A XIII. századtól kezdve hatáskörébe főként már büntetőügyek tartoztak. 1268 óta állandósult a King's Bench főbírójának a tisztsége, de mint önálló bírói fórum csak lassan függetlenedett a királytól. Elkülönülésére a XIV. század végén került sor. Hatáskörébe ettől kezdve a korona pererei tartoztak, és a legfőbb büntetőbíróság volt, de a writek kibocsátását s az összes többi bíróság ítéleteit is felülvizsgálhatta. Az 1873-as „Judicature Act” szüntette meg a common law bíróságok korábbi, hármass rendszerét.

A XIV–XVII. században a common law folyamatos és jól érzékelhető fejlődésen ment keresztül, amelynek során a writek listája jelentősen megváltozott. Egyesek közülük feledésbe mentek, mások pedig egyre gyakrabban kerültek alkalmazásra. Néhány writ különösen színes fejlődésen ment keresztül. Az eleinte gyakran csak a fizikai behatással járó károkozások szankcionálására („vi et armis contra pacem domini regis”) alkalmazott úgynevezett „writ of trespass” felhasználási körének kiszélesedése igen jó példája ennek. A Westminsteri Statútum „in consimili casu” formulája<sup>71</sup> alapján ugyanis 1350-től más jellegű deliktuális károkozásokra is kiterjesztették alkalmazhatóságát, miután a kancellár azt „action on the case” (vagy „action sur le case”) kezelte. Sőt 1348-ban egy komphajó túlterhelése miatt elpusztult ló gazdájának a károkozó hajótulajdonossal szembeni trespass keresetét szerződésszegési jogalapon fogadta be a bíró. Ez azért volt történelmi jelentőségű lépés, mert abban az időben a szerződésszegéssel okozott károk szankcionálására még nem volt writ. A szerződésszegésből eredő igények érvényesítésére az idő tájt használható „writ of covenant” és „writ of debt” ugyanis a szerződésszegéssel okozott károk szankcionálására nem volt alkalmazható. „Covenant” esetén pecsét alatti dokumentumra, „debt” esetében pedig előzetesen rögzített árra lett volna szükség. Ezek az előfeltételek azonban nem voltak meg az említett komphajó túlterhelése miatt elpusztult ló tulajdonosának, mint károsultnak

<sup>71</sup> PLUCKNETT (1956) i. m. 28–29.



az esetében. Ebben az ügyben a kancellár által kibocsátott, a hagyományos trespassnál általánosabb „action on the case” writből alakult ki a közérdekű szerződések megszegésével kárt okozók kárfelelősségének megalapozására az úgynevezett „assumpsit”.<sup>72</sup>

Pollock és Maitland állapította meg szemléletesen a középkori angol jogfejlődést vizsgálva – a korábbi római jogi jogfejlődési sajátosságokhoz, főleg a glosszátorok és a kommentátorok adaptációs igyekezetéhez viszonyítva – hogy Anglia, ha nem is tudatosan, de valósággal reprodukálta a történelmet.<sup>73</sup> A király arra törekedett, hogy királyságában kifejlessze szuverén igazságszolgáltató hatalmát. A kancellár és a királyi bírók érdeke ugyancsak az volt, hogy több ügyben hozzanak ítéletet, mivel az igazságszolgáltatás hasznot is hajtott. A Királyi Bíróságokat másrészt az egyes emberek sürgetése is arra készítette, hogy kiterjesszék hatáskörüket; az ő szemükben ugyanis a királyi igazságszolgáltatás messze felette állt a többi bíróság tevékenységének. Valójában csak a Királyi Bíróságok rendelkeztek olyan hatékony eszközökkel, amelyekkel biztosíthatták a tanúk megjelenését a bíróság előtt és az ítéletek végrehajtását. Csak a király és az egyház kötelezhette alattvalóit az eskütételre. A Királyi Bíróságok így korszerűsíthették eljárásukat, és a vitás ügyek elbírálását esküdt-szék<sup>74</sup> elé terjeszthették, míg a többi bíróság kénytelen volt megtartani elavult bizonyítási rendszerét.<sup>75</sup>

A Királyi Bíróságok kifejlesztették bíráskodási rendszerüket, s így a középkor végére lényegében ezek váltak az angol igazságszolgáltatás egyedüli szerveivé. A földesúri bíráskodásnak ugyanaz lett a sorsa, mint a Hundred-bíróságoknak. A városi és a kereskedelmi bíróságok elé is csak egészen csekély jelentőségű ügyekben fordultak. Az egyházi bíróságok pedig már csak a házasság szentségét vagy a klérus fegyelmi ügyeit érintő vitás ügyekben ítéleztek.<sup>76</sup>

A Királyi Bíróságok azonban csak a XIX. században váltak „általános hatáskörű bíróságokká”. 1875-ig elvileg kivételes bíróságok maradtak. Eddig az időpontig az egyes embereknek nem volt joguk ahhoz, hogy ügyeiket királyi bíróságok elé terjesszék. A keresetindítás kiváltság volt, amelyet kérelmezni kellett, s a királyi hatalom csak alapos megfontolás után tett eleget a kérelemnek. Aki a királytól akart igazságot kérni, annak a Korona egy magas rangú

<sup>72</sup> FREDERIC WILLIAM MAITLAND: *The Forms of Action at Common Law*. Második kiadás. Cambridge: Cambridge UP, 1948, 53.; KONRAD – HEIN i. m. 185–186.

<sup>73</sup> POLLOCK – WILLIAM: *The History of English Law Before the Time of Edward I*. 2. kötet. 2. kiadás. Cambridge: Cambridge UP, 1898, 558.

<sup>74</sup> Arra vonatkozóan, hogy milyen körülmények között jött létre az esküdt-szék intézménye Angliában, hogy milyen figyelemre méltó hatást gyakorolt egészen napjainkig az angol eljárásra lásd CHARLES JOHN JOSEPH HAMSON – THEODORE F. T. PLUCKNETT: *The English Trial and Comparative Law*. Cambridge: Hefter & Sons, 1952.; RENÉ DAVID i. m. 259.

<sup>75</sup> RENÉ DAVID i. m. 259. és 260.

<sup>76</sup> Uo.

tisztviselőjéhez, a kancellárhoz kellett fordulnia és tőle egy writ kiállítását kérnie, s csak ennek alapján lehetett a királyi bíróságokhoz fordulni.

Kezdetben a kancellár minden esetben megvizsgálta, hogy van-e helye writ kiadásának. Idővel azonban kialakult az a gyakorlat, hogy bizonyos helyzetekben a writeket minden előzetes vizsgálat nélkül kiadták. Így jegyzékbe foglalták a writeket – a *brevia de cursu*kat –, amelyek bizonyos feltételek fennállása esetén a megfelelő díj megfizetése ellenében az egyes emberek rendelkezésére álltak a kancellárián. Ezen kívül panasz vagy folyamodvány (*querela*,<sup>77</sup> *billa*) útján közvetlenül is lehetett a bírókhoz fordulni. Egyes writek vélhetően egyszerűen az e panaszok alapján kialakult bírói gyakorlat kikristályosodását jelentették.<sup>78</sup>

Az, hogy a kancellária megadja a writet, vagy a bíró meggyőzhető legyen arról, hogy eljárjon a panasz útján megindított perben, nem volt magától értetődő. A királyi hatalom a XIII. században még nem volt olyan erős, hogy a kancellária kiadhatott volna egy writet, vagy hogy a bírók minden ügyben eljárhattak volna. Még hosszú időn át szem előtt kellett tartani a célszerűségi szempontokat, ezért a „*brevia de cursu*” csak igen csekély mértékben bővült.<sup>79</sup>

A királyi bíróságok túlkapásai kiváltották a hűbérurak ellenállását, akik az igazságszolgáltatásból származó hasznot a maguk számára kívánták biztosítani, s nyugtalansággal figyelték a királyi hatalom növekedését. Az 1215-ben közzétett Magna Charta volt Anglia történelmében a leghíresebb kompromisszum, amely a hűbérurak érdekei és a király igényei között jött létre. Hosszú időn keresztül egy másik okmányt tekintettek elsődleges jelentőségűnek, ez az 1285-ben kiadott II. Westminsteri Statútum volt, amelynek – a Coke tekintélyére támaszkodó elmélet szerint – az lett volna a rendeltetése, hogy véget vessen a királyi bíráskodás további terjeszkedésének, és a *status quo* szerinti, vagyis a Magna Chartában is rögzített helyzet alapján megegyezést hozzon létre a király és a bárók között. A királyi bíróságok továbbra is eljárhattak olyan típusú perekben, amelyekre nézve hatáskörüket már elismerték, de hatáskörüket tovább nem bővíthették. A hatáskörök kiterjesztését eredményező új writet csakis a Parlament hozhatott létre.<sup>80</sup>

A II. Westminsteri Statútum valójában mégsem volt olyan nagy jelentőségű, mint ahogyan azt hosszú ideig tartották. Az angol jog fejlődése ugyanis függetlenítette magát attól. Angliában az említett „*in consimili casu*”-writeket csak egészen kivételes esetekben alkalmazták. Nem a writek meglévő

<sup>77</sup> PLUCKNETT (1956) i. m.

<sup>78</sup> STROUD FRANCIS CHARLES MILSOM: *Historical Foundations of the Common Law*. London: Butterworths, 1969.; RENÉ DAVID uo.

<sup>79</sup> Számuk még csak 56, amikor 1227-ben egy jegyzéket állítottak össze iránymutatóként azoknak a bíróknak a számára, akik Írországból bíráskodtak; számuk csak 72-re emelkedik 1832-ig, amikor ezt a rendszert teljesen újjáalakították. Lásd RENÉ DAVID i. m. 261.

<sup>80</sup> RENÉ DAVID uo.

sztereotip formuláit használták. Annak eldöntéséhez, hogy kiterjesszék-e a királyi bíróságok hatáskörét, más technikát alkalmaztak. A felperes előkészítő iratban (declaration) részletesen kifejtette a konkrét eset (case) tényeit, és felkérte a királyi bírót, hogy a tények figyelembevételével szíveskedjék a vitás ügygel foglalkozni. Az új kereseteket, amelyekre nézve a bírók elfogadták hatáskörüket, ennek következtében „super casum” kereseteknek (actions on the case) nevezték. Idővel a kereseteknek különböző válfajai alakultak ki, sajátos elnevezéseik azokból a tényekből eredtek, amelyek motiválták a megítélést: *assumpsit*,<sup>81</sup> *deceit*,<sup>82</sup> *trover*,<sup>83</sup> *negligence*<sup>84</sup> stb. keresetek.<sup>85</sup>

A Westminsteri Királyi Bíróságok által a középkorban kialakított jog tartalmazta tehát erősen függött a kereseti és eljárési formáktól. Maitland azt írja, hogy „A Királyi Bíróságokra most már úgy tekintenek, mint amelyek a bírászkodásban teljes hatáskörrel rendelkeznek. Igazságot kellett szolgáltatniuk minden jelentős polgári ügyben..., de ezt olyan szűkre szabott eljárési formák keretei között kellett végezniük, amelyek lépésről-lépésre alakultak ki abban az időben, amikor a földesúri és egyházi bíróságok komoly vetélytársai voltak a Királyi Bíróságoknak”.<sup>86</sup> Ha meg akarjuk érteni az angol jogot, sohasem szabad elfeledkezni, az eljárásnak a jelentőségéről és az anyagi joghoz viszonyított elsődlegességéről. Az anyagi jog és az eljárás közötti viszonyt Angliában az a megállapítás fejezi ki, hogy: „Remedies precede rights.” Korlátozott számú eljárési forma létezett, s az angol jognak e formák által nyújtott kereteken belül kellett kialakulnia és továbbfejlődnie. Maine megfogalmazása szerint az angol jog olyan, mintha „a perjog mellékterméke lenne”.<sup>87</sup>

A középkorban Angliában inkább az eljárás iránt, mint az anyagi jog iránt érdeklődtek. Azzal a céllal, hogy az egész angol jogot leírja, egy XII. századbeli szerző, Glanvill (1187–1189 körül), majd a XIII. században egy másik szerző, Bracton (1256-ban) az angol jog elveit egészen természetes módon azoknak a különböző writeknek a tanulmányozása alapján foglalta össze (latinul), amelyekkel a Westminsteri Bíróságokhoz lehetett fordulni. A francia jogi nyelven (Law French) megfogalmazott bírósági krónikák, amelyek *Year Books*<sup>88</sup>

<sup>81</sup> PLUCKNETT (1956) i. m. 372–374., 637–640.

<sup>82</sup> KIRALFY i. m. 42., 44. és 49.; PLUCKNETT (1956) i. m. 640–643.

<sup>83</sup> KIRALFY i. m. 44. és 74.

<sup>84</sup> PLUCKNETT (1956) i. m. 460. és 461.

<sup>85</sup> RENÉ DAVID i. m. 261. A jelenkor nagy jogrendszerei. Budapest, KJK, 1977. 261.

<sup>86</sup> FREDERIC WILLIAM MAITLAND: *The Forms of Action at Common Law*. Második kiadás. Cambridge: Cambridge UP, 1948, 52. Lásd RENÉ DAVID i. m. 262.

<sup>87</sup> SIR HENRY S. MAINE: *Early Law and Custom*. 1861. E mű francia fordításának címe: *L'ancien droit considéré dans ses relations avec l'histoire des sociétés primitives et avec les idées modernes*. 1874. Lásd RENÉ DAVID uo.

<sup>88</sup> A *Year Books* valószínűleg olyan szerepet töltek be, mint a joghallgatók sokszorosított jegyzetei. 1482-től kezdve egyesek nyomtatásban is megjelentek. 1679-ben egy általános kiadást készített Maynard: *Reports del Cases en Ley*. Századunk elejétől a Selden Society megkezdte kritikai kiadásukat. Lásd még T. J. LAMBERT: *Les Year Books de langue française*. 1928. Lásd RENÉ DAVID uo.

néven ismertek, és az 1290 és 1536 közötti időszak angol jogáról nyújtottak tájékoztatást, az eljárással foglalkoztak elsősorban, és gyakran mellőzték a vitás ügy érdemi megoldásának ismertetését. Azok a különleges körülmények, amelyek között a common law kialakult, négy szempontból is tartós nyomot hagytak az angol jogon. Elsősorban azzal, hogy az angol jogászok érdeklődésüket az eljárásra összpontosítják. Másodsorban számos jogi fogalom kategória alakulását meghatározták, és közrehatottak az angol jog számtalan speciális fogalmának kimunkálásában. Harmadsorban elvezettek a közjog-magánjog megkülönböztetésének elvetéséhez. Végül pedig megakadályozták Angliában a római jog intézményeinek és fogalmainak recepcióját.<sup>89</sup>

Az angol jog sem nem egyetemi jog, sem nem az alapelvek joga, hanem az eljárásjogászok és a gyakorlati jogászok joga. Angliában nem az egyetemi tanár, hanem a bíró a „nagy jogász”, aki a gyakorlati szakemberek sorából emelkedett fel.<sup>90</sup> Jogi egyetemi tanulmányokat a jogászok kisebbsége végzett csupán, többségük a gyakorlat útján, a bírók által tartott előadások hallgatásával és az ügyvédek munkájában való részvétellel nyerte képzését. Az alapelvek tanulmányozása és ismerete csak csekély segítséget jelentett volna számukra. Angliában a XIX. századig az volt a lényeges, hogy megtalálják a kereset legmegfelelőbb formáját, amelyet a Királyi Bíróságok elé lehetett terjeszteni, s elkerülni azokat a buktatókat, amelyeket az erősen formákhoz kötött eljárás rejtett magában. Ha valaki elérkezett a per végéhez, bízhatott abban, hogy az esküdtszék elismeri igazát. A nehézséget azonban elsősorban az jelentette, hogy miként lehet eljutni az eljárás végéig, s ezért minden figyelmet azokra a különféle akadályokra kellett összpontosítani, amelyek az eljárás során felmerülhettek. Az eljárás esküdtszék előtt folyt, ezért szigorú bizonyítási szabályok kidolgozására volt szükség ahhoz, hogy a jogi szakmai kérdésekben tájékozatlan és az érzelmi hatásoktól gyakran befolyásolt esküdttek „ésszerűen” tudjanak döntené. Az eljárásjogi megközelítés a jogszolgáltatás racionalizálásának kezdetei óta általánosan megfigyelhető. Angliában a „writ”-ek, vagyis a királyi parancsok 1873-ig minden igénytípusnak megfeleleltek, és csak akkor létezett anyagi jogi igény, ha létezett egy arra vonatkozatható writ. A XVIII. században például 70-80 writ között lehetett választani. A választás visszavonhatatlan volt és eldöntötte, hogy a precedensek milyen csoportja lesz az ügyben releváns, hogyan kell az eljárást és a végrehajtást lefolytatni. Csak 1873-ban jött létre a „writ of summons” általános keresete és az általános eljárás.<sup>91</sup>

Az angol jogászok érdeklődésének fő tárgya tehát az eljárás volt, mert jó érzékkel felismerték, hogy hiába van valakinek igaza, ha nem tudja kivívni

<sup>89</sup> RENÉ DAVID i. m. 262.

<sup>90</sup> PLUCKNETT (1956) 215–231.; S. H. BAILEY – M. J. GUNN i. m. 107–113.

<sup>91</sup> RENÉ DAVID i. m. 290.

az igazságos ítéletet. Az angol anyagi jog egészen a XIX. századig rendkívül pontatlan és kialakulatlan volt. Az angol szerződési jog például csak a XIX. és a XX. században fejlődött ki.<sup>92</sup>

Az angol eljárás mintegy száz év alatt igen leegyszerűsödött. Az anyagi jog ezzel szemben gazdaggá és olyan szabályozottá vált, mint az európai kontinens országainak jogrendjei. Egyre több angol jogász látogatta az egyetemek jogi karait, hogy megismerjék a jogelveket, amelyeket Angliában a különböző romanista jogok alapelveihez hasonlóan rendszerbe foglaltak. A századok hagyományának nyomát magán viselő szellem számos intézményben tovább élt azonban, s él még ma is a jogászok gondolkodásában.<sup>93</sup>

A bíróságok előtt folyó eljárás ma igen hasonló ahhoz, amelyet az esküdtszék előtt folytattak, habár az esküdtszéki eljárás Angliában, különösen polgári ügyekben, ma már kivételszámba megy. Az eljárást gondosan előkészítik, úgy hogy a felek közötti vitás ügy világos legyen, s az arra vonatkozó kérdésekre igennel vagy nemmel felelhessenek. Az eljárás nyilvános tárgyalással ér véget („the day in Court”), amelynek során a vitás kérdésekre szóban előadott bizonyítékokkal derítenek fényt, vagyis kihallgatják a tanúkat, akikhez a felek ügyvédjei egymást követve intézik kérdéseiket („examination in chief” és „cross examination”). Az ügyeknek egykoron nem voltak iratai, a tárgyaláson mindennek szóban kellett történnie, hogy az esküdtek, akik korábban nagyrészt írástudatlan emberek voltak, véleményt alkothassanak. A tárgyalást nem volt szabad megszakítani és az ügyben azonnal döntést kellett hozni. Az esküdtszéket lehetőség szerint mielőbb fel kellett oszlatni. Voltak olyan bizonyítékok, amelyeket mind polgári, mind büntetőügyekben ki kellett zárni, mert alkalmasak lehettek arra, hogy a tudatlan esküdtekre – mert ilyenek mindig lehettek – nem megfelelő hatást gyakoroljanak.

A perbeli bizonyításra vonatkozó angol jogot az előírások sokasága és szakszerűsége oly mértékben jellemzi, amit egyesek túlzásnak is tartanak.<sup>94</sup> E szabályok miatt az eljárási jognak Angliában az európai kontinens országaihoz viszonyítva ma is nagy a jelentősége, főleg ha az angol jog hagyományos részeit vesszük tekintetbe, azokat, amelyeket jogászi jognak (lawyers' law) neveznek.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> BLACKSTONE az 1765–69-ben megjelent, az angol jogról írott Kommentárokból mindössze 26 oldalt szentelt a szerződéseknek. Az első – középszerű – angol mű a szerződésekről 1847-ben jelent meg. F. HARRY LAWSON: *The Oxford School 1850–1965*. Oxford/Toronto, Clarendon, 1968, 21. Lásd RENÉ DAVID uo.

<sup>93</sup> RENÉ DAVID i. m. 290.

<sup>94</sup> Idővel különböző enyhítéseket vezettek be e szigorú jog területén és a lordkancellár sem habozott, hogy 1968 márciusában a Lordok Háza előtt a következő kijelentést tegye: „Egészen biztos vagyok abban, hogy 20 év múlva nem lesz egyetlen szabályunk sem, amely a bizonyítási eljárásra vonatkoznék.” Lásd RENÉ DAVID i. m. 291.

<sup>95</sup> CHARLES JOHN JOSEPH HAMSON: *Le trialanglais*. In *Revue Internationale du Droit Comparé* 8 (1956) 429–537. Lásd RENÉ DAVID uo.

Említést kell tenni továbbá arról a pszichológiai szempontról is, amelynek eredményeként az angol jogászokban tovább él az a felfogás, amely igen nagy jelentőséget fűz az eljáráshoz. Az európai kontinens jogásza a jogban a társadalmi rend elvét vagy elveit látja. Ezeknek az elveknek a szem előtt tartása mellett próbálja meghatározni és jobbra tenni a jogot. Elveket állít fel a politikai szabadságra, a szociális jogokra, a tulajdon szentségére, a szerződésekre vonatkozóan, de a gyakorlati szakembernek engedi át ezeknek az elveknek az érvényre juttatását vagy szankció nélkül hagyását. Az angol jogász – mint a gyakorlati szakember örököse – bizalmatlan e számára üres formulák iránt: mit ér valamely jog vagy elv kijelentése, ha érvényesítésükre nincs meg a mód. Az angol jogászok figyelme évszázadokon át az eljárásra irányult, s csak lassan fordult az anyagi jog szabályai felé.<sup>96</sup>

Angliában a vitás ügyek döntő többségét úgynevezett „alacsonyabb” bíróságok, magándöntőbírók, választottbírók döntenek el. A „felsőbb” bíróságok e szervezetek felett gyakorolt felügyelete számos esetben kiterjed arra, hogy a korábban eljáró bíróságok hogyan értelmezték és alkalmazták a jogot. De e felügyelet gyakran csak a pervezetésre irányul. A határozatot többnyire csak akkor bírálják felül, ha megalkotója kifogásolható magatartást tanúsított (misconduct). A közigazgatási határozatok jogi alapjának a helyességét nem vizsgálják felül; a lényeg az, hogy ezt a határozatot csakis a becsületesen lefolytatott eljárás végén hozzák meg, amelynek során minden érdekelt felet meghallgattak, s így a döntés az ügy teljes ismeretében született meg. Azzal, hogy érdemben milyen e határozat, az angol jogász nem sokat törődik. E tekintetben bizik a közigazgatásban. Angliában nem tartották szükségesnek, hogy a közhatalom túlkapásai ellen bírói jogorvoslati lehetőséget biztosítsanak. Viszont Angliában a közigazgatás köteles határozatait megindokolni.<sup>97</sup>

Az angol bíróságokat semmi sem akadályozza abban, hogy a jog megtartásának biztosítására utasításokat adjanak a közigazgatásnak. Az angol bíróságok nem szorítkoznak csupán arra, hogy a törvényellenes közigazgatási aktusokat megsemmisítsék, hanem egy úgynevezett mandamus rendelettel utasítják a közigazgatást, hogy tegye meg azokat az intézkedéseket, amelyek a joggal az adott körülmények között összhangban állnak. Habeas corpus-writtellel utasítják például a rendőrséget, hogy bocsássák szabadon a törvényellenesen fogva tartott személyt.<sup>98</sup>

Az az elgondolás, hogy az alperesnek fair trialt (az eljárás során tisztességes bánásmódot) kell biztosítani, s hogy határozatokat csakis a szabályos eljárási

<sup>96</sup> RENÉ DAVID i. m. 291.

<sup>97</sup> RENÉ DAVID i. m. 292.

<sup>98</sup> RENÉ DAVID i. m. 292–293.

formák megtartásával lehet hozni (due process of law),<sup>99</sup> az angol jognak a legfőbb alapgondolatai.<sup>100</sup>

Az angol jogász számára elképzelhetetlen, hogy a bírói hatalmat oly mértékben vegyék semmibe, mint ahogyan ez néha a római-germán jogcsalád országaiban előfordul. Elképzelhetetlen például, hogy valaki, akit kártérítésre, kötbér megfizetésére vagy pénzbüntetésre ítélték, bőségben éljen anélkül, hogy hitelezői előtt felfedné, hol van a vagyona, s honnan ered a jövedelme.<sup>101</sup> Az is elképzelhetetlen az angol jogász számára, hogy valamely közigazgatási szerv egy ítélet végrehajtásához megtagadja segítségét, anélkül, hogy ezért komoly felelősséggel tartoznék. Az angol jogász továbbá nehezen érti meg miért szükséges egyes országokban új eljárást indítani azért, hogy egy már jogerős határozatnak érvényt szerezzenek.<sup>102</sup>

A kontinens jogászait meghökkenti a végrehajtás lehetőségének angol szigorja és hatékonysága. Angliában nem engedik meg, hogy akár egy személy, de még kevésbé egy közigazgatási szerv csúfot üzzön az igazságszolgáltatásból. A vétkes hamarosan börtönben gondolkodhat azon, milyen kellemetlen következményekkel jár a bíróság rendelkezésének semmibevétele. A „contempt of Court”, vagyis a bíróság megsértésének büncselekménye az angol jogfelfogást alapvetően jellemző intézmény.<sup>103</sup> Angliában az adósok börtönét a törvény elvben eltörölte ugyan, de ez az intézmény mégis túlélte jogi megszűnését, hiszen ha az adós a teljesítési fizetést rosszhiszeműen megtagadja, s ha a teljesítési fizetés megtagadása ugyanakkor bírói rendelkezéssel szándékosan szembehelyezkedő magatartásnak minősül, továbbra is számolhat a büntetőjogi felelősségre vonással.<sup>104</sup>

Az eljárásjogi szemlélet dominanciáját mutatja az is, hogy az elévülést is eljárásjogi intézménynek tekintik, és nem anyagi joginak, mint a kontinensen. Ez a megoldás merevségre vezet ugyan, mert nem teszi lehetővé az elévülési idő oldását. Ugyancsak az eljárásjogi megközelítés jelensége az, hogy a szerződési nyilatkozati elvnek elvileg csak a bizonyítás vonatkozásában van jelentősége, és nem a szerződés anyagi érvényessége kérdésében. Általában véve

<sup>99</sup> PLUCKNETT (1956) i. m. 125., 188. és 381.

<sup>100</sup> „Justice before Truth”, ez az angol jog irányelve; vö. VISCOUNT KILMUIR lordkancellár cikkét: *Law Quarterly Review*, 76/1960, 41. Az igazságszolgáltatásra vonatkozó szabályok tiszteletben tartása – kivételes esetekben – még az igazság rovására is kötelező. Lásd RENÉ DAVID i. m. 292.

<sup>101</sup> ALEXANDER HAIM PEKELIS: *Legal Techniques and Political Ideologies. A Comparative Study*. In *Michigan Law Review*, 41/4 (1943) 665–692.; újra közölte a *Law and Social Action*, 1950, 42–74. Lásd RENÉ DAVID i. m. 293.

<sup>102</sup> JEAN RIVERO: *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*. Dalloz: *Chronique VI*, 1962, 37–40.; MARCEL FREJAVILLE: *Le déclin de la formule exécutoire et les réactions des tribunaux. Le droit privé français au milieu du XXe siècle*. In *Études offertes à Georges Ripert*. I. köt. Vol. I. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1950, 214–225.; RENÉ DAVID uo.

<sup>103</sup> KIRALFY i. m. 22., 28., 51. és 65.; S. H. BAILEY – M. J. GUNN i. m. 222.

<sup>104</sup> RENÉ DAVID uo.

elmondható, hogy az eljárásjogi megközelítés merevebb, formalisztikusabb mint az anyagi jogi. A széles értelemben vett common law-ban azonban ennek az ellenkezőjére is vannak példák. Az equity nemegyszer éppen eljárásjogi eszközökkel visz bele ugyanis rugalmasságot a merev jogba. Az equity eredetileg eljárásjogi eszközökkel eljárásjogi eszközök ellen lépett fel: bírói parancsokkal törte át a „durva ujjú” writ-rendszer merev falait. Valójában azonban egyre inkább kitűnt, hogy ezek a bírói parancsok az anyagi jog érvényesülésének állták útját. Ilyen jellegű bírói parancs az „injunction” (bírói úton való megtiltása vagy elrendelése egy jogcselekmény megtételének), továbbá az „estoppel” (megtiltása egy olyan tényre való hivatkozásnak, amely tény ellenkezőjére a másik fél ésszerűen számíthatott is).<sup>105</sup>

Összegezve megállapíthatjuk, hogy az eljárásjog rendkívül bonyolult, igen sok buktatót rejtget, és könnyen vezet arra, hogy egy csekély eljárási technikai hiba megakadályozza jogos igények érvényesítését. Ebben eléggé szerencsétlenül találkozunk minden primitív eljárásjog szakrális eredetű és az általános jogérvényesítési bizonytalanságra visszavezethető formalizmusa az individuális garanciáknak az angol jogra jellemző túltengésével. Hajdanában a writek tartalma a per tárgyától függött; ahány tartalmi fajtája lehetett a pernek, annyiféle writ fogalmazódott meg. A writben a kancellár körülírta a felperes jogait; ezzel egyszersmind ennek mintegy tükörképeként meghatározta, hogy az alperesnek milyen követeléssel szemben lehetett és kellett védekeznie. Ha valaki peréhez nem illő, rossz writet kért, eleve peresztéssel számolhattott, a writben meghatározott anyagi jogi tartalmi körből ugyanis a per folyamán már nem lehetett kilépni. Idővel a pertárgyak egyre bonyolultabbak lettek, új életviszonyok keletkeztek, amelyek újabb és újabb tartalmú writeket igényeltek. A társadalom tradicionális feudális elemeinek érdeke inkább a már kialakult performák és pertárgyak fenntartása volt, semmint a változtatásokkal járó újfajta writek kibocsátása.<sup>106</sup> A writekben mintegy a sorok között megbúvó anyagi jogi tartalmat a bíróságok, mindenekelőtt a három westminsteri felsőbíróság fejlesztette ki judikatúrájában. Az írásba foglalt ítéletek egyben előző bírói döntést, precedenst is jelentettek a későbbiek számára, melyekre hasonló esetekben hivatkozni lehetett (judge made law). A bírói alkotott jog további terméke az esetjogi megközelítés volt. A jogeset és nem az anyagi jogi jogintézmény állt a középpontban, a fa és nem az erdő volt a lényeg. Ez a szemlélet a jog társadalmi szerepének felismerését, figyelembevételét nagymértékben megnehezítette. A bíró alkalmatlan a common law rendszerében az absztrakt normaképzésre, mert a társadalmi hatások elemzésére nincs lehetősége, továbbá, mert jogot csak süszéghelyzetben alkothat

<sup>105</sup> EÖRSI i. m. 119.

<sup>106</sup> Bracton is követelte a „contra ius et regni consuetudinem” kiadott writek semmissé nyilvánítását. Lásd MAX RADIN: *The Myth of Magna Carta*. In *Harvard Law Review* 60 (1946–1947) 1070.



és nem átfogóan, hanem csak részkérdésekben. Ez a jelenség határozott akadály volt az általánosított jogi fogalmak képzésének és teljesen uralta és uralja még az ugyancsak kazuisztikus törvényi jogot is, noha a törvényalkotás jellegénél és módszerénél fogva általánosított jogi fogalmak kidolgozására jobban ösztönöz. Az angol jog csak nagy vonakodással követte a jogintézmények általánosodásának fontos tendenciáját. Elég csupán az egységes tulajdonfogalom, az általános civiljogi deliktum, a jogalap nélküli gazdagodás, a negotiorum gestio, a joggal való visszaélés általánosított tilalmának angol jogbeli hiányára utalni. Más nézetek szerint viszont konkrétabb szemlélete miatt a „judge-made law” szociológikusabb a kodifikatórius jogoknál, hiszen a bíró élettapasztalatait, mindennapi élményeit, benyomásait közvetlenebbül figyelembe veheti ítélezésnél, mint a kodifikatórikus rendszerben.<sup>107</sup>

A jog a common law rendszerében ilyen körülmények között óhatatlanul bonyolulttá, áttekinthetetlenné, ellentmondásossá vált. Nem pusztán a bírójog velejárója ez, hanem elsősorban abból ered, hogy prekapitalista eszközökkel kell a kapitalizmussal összefüggő feladatokat megoldani. Ez csak úgy lehetséges, hogy egy formailag, technikailag, fogalmi rendszerében nagyon bonyolult, csak jogászok számára érthető jogászjog jön létre. A jogászjog természetesen a jogászrend terméke és egyben annak fenntartója. Igen magas bevételek és igen magas társadalmi presztízs forrása ez a jogászjog. A jogászrend erőteljesen ragaszkodik is ehhez a joghoz, és ebben ismét segítségére sietnek prekapitalista intézmények. Mint például az ügyvédség – amelynek sorából Angliában a bírókat kiválasztják –, amely igen sokat megőrzött hajdani céh jellegéből.<sup>108</sup> Bár a kereset kötelező formáit, a writeket már régen, 1873-ban eltörölték, az angol jog szabályai és kategóriái még elég gyakran magukon viselik azoknak az akadályoknak a bélyegét, amelyek az eljárás területén szembehelyezkedtek a jogintézmények ésszerű fejlődésével. „Eltöröltük a kereset formáit – mondotta Maitland –, de ezek sírjuktól még mindig kormányoznak bennünket.”<sup>109</sup> Az ügyvédeket kevésbé zavarta és zavarja az a helyzet, amelyről Maitland írt.

<sup>107</sup> EÖRSI i. m. 119–121.

<sup>108</sup> PLUCKNETT (1956) i. m. 215–231.; S. H. BAILEY – M. J. GUNN i. m. 107–113.

<sup>109</sup> FREDERIC WILLIAM MAITLAND i. m. 264.

LANDI BALÁZS

**A JOGELLENESSÉG  
MINT EMBERI MAGATARTÁSMÉRTÉK  
TÖRTÉNETI KEZDEMÉNYEI**

Fogalmi, dogmatikai és kodifikációs különbségek  
a szerződésen kívül okozott károkért való  
polgári felelősség körében

**1. „Semmitmondó bevezetés”<sup>1</sup> – mint invocatio**

„[Első könyv] 1. Ami szintiszta, fennmarad  
Színarany, drágakő, sziklabérc Napfényben,  
Kristály tiszta rendje: mind lelkedben légyen!”

„[Ötödik könyv] 263. befejezés  
Barátom, ha elég, menj, de mégse végleg.  
Magad légy az írás, magad légy a lényeg!”<sup>2</sup>

Ez a kezdő és záró versciklusa Angelus Silesius, *A kerubi vándor* című írásának. Kezdet és vég, felütés és lezárás: „[...] mind lelkedben légyen!” / „[...] magad légy a lényeg”.

Egy riport alkalmával Sólyom László azt nyilatkozta, hogy a legszebb gondolatokat Szabad György mondta Antall Józsefről, e három szóval: „alkotmányos ember volt”.<sup>3</sup> Önkéntelenül felvetődik a kérdés: melyik három szó jellemezné – akár a fentiekén túlmenően is – leginkább Sólyom Lászlót?! Őt – már csak szerénységére és életszeretetére is tekintettel – valószínűleg e két másik szóval is megfelelően méltón jellemezhetnénk: „szabad ember”. De honnét e szabadság?

<sup>1</sup> Így kezdődik SÓLYOM LÁSZLÓ: *A polgári jogi felelősség hanyatlása* (Budapest: Akadémiai Kiadó, 1977.) című kötete, melynek egy példányát magától a szerzőtől kaptuk ajándékba 2005 júniusában, az alábbi ajánlással: „Landi Balázsnak és feleségének ajánlom esküvőjük alkalmából, nem minden célzat nélkül, első könyvem utolsó megmaradt példányát. A legjobb kívánságokkal, Sólyom László”. Eljött az alkalom, hogy részben megfelelve a „célzat”-nak, feleségemmel együtt viszont fejezzük ki a legjobb kívánságunkat, s ajánljam tisztelettel írásomat Sólyom Lászlónak és feleségének!

<sup>2</sup> ANGELUS SILESIUS: *A kerubi vándor*. Budapest: Kairosz Kiadó, 2002, 85. és 381.

<sup>3</sup> Sólyom Lászlóval Tóth Gábor Attila beszélget. *Fundamentum*, évkönyv, 2000, 390.

Tonio Kröger, miután őt Lizavetta „tévútra jutott polgárnak” nevezi, rádőbben önnön élete sorsszerűségére: „Két világ között állok, egyikben sem vagyok otthon, épp ezért kissé nehéz a sorsom. Maguk, művészek, polgárnak neveznek, a polgárok pedig kísértésbe esnek, hogy lefüleljenek.”<sup>4</sup> Sólyom Lászlónak megadatott, hogy mindkét világban otthon érzi magát. Egyszerre polgár és művész.<sup>5</sup> Talán ez szabadságának forrása.

A kimagasló tudományos és közéleti munkásságának záloga pedig az, hogy Sólyom László nemcsak megtalálta, felismerte szabadsága forrását, de mindent meg is tesz annak megóvása érdekében: „Szükség van arra, hogy szabadságom határai a kis, mindennapi ügyekben is egyértelműek legyenek, és hogy megvédhessem őket.” Mert ha ez nem így volna, az „tűrhetetlen és élehetetlen állapot lenne – a szó mindkét értelmében”.<sup>6</sup>

Számomra ő Sólyom László, egy szabad ember, aki kitartó, türelmes vagy éppen merész harcokon át őrzi azt, ami a lényeg: a saját és mások szabadságát, méltóságát.

## 2. Propositio

A szerződésen kívül okozott károkért való polgári jogi felelősség megállapításának vannak bizonyos közös és az egyes nemzeti jogrendszerekben is kivétel nélkül megtalálható előfeltételei, amelyeknek fennállását valamennyi – általános és speciális – felelősségi alakzat esetében vizsgálni kell. Ezeknek a tényállási elemeknek – mind az általános, mind a speciális felelősségi alakzatok esetén – elengedhetetlen a fogalmi és dogmatikai tisztázottsága, ellenkező esetben nemcsak az adott felelősségi alakzat szabályozása és az annak alapján kialakuló joggyakorlat nyithat meg tévutakat, hanem maga a felelősségi rendszer egészének felépítménye, de legalábbis az abba vetett jogalkalmazói bizalom is megrendülhet.

Az alábbiakban a deliktuális felelősséget megalapozó jogellenesség fogalmi, dogmatikai és kodifikációs átváltozásait mutatom be a magyar jogtudományban a 19. század második feléig, amelyet – szemben a vonatkozó angolszász vagy a kontinentális jogfejlődéssel – érdekes módon kevésbé részleteznek a vonatkozó monográfiák (így pl. Sólyom László felelősségi írása sem tárgyalja azt részletesen). Ennek különös aktualitást ad a 1061/1999. (V.28.) Korm. határozattal módosított 1050/1998. (IV.24.) Korm. határozat nyomán elindult és lassan a végéhez közeledő Ptk. kodifikáció, amelynek már az indulás-

<sup>4</sup> THOMAS MANN: *Tonio Kröger*. Budapest: Európa Könyvkiadó, 1973, 178.

<sup>5</sup> Közvetve minderről maga Sólyom László így nyilatkozott egy interjúban köztársasági elnökké történt választását követően: „Nem címkézem magam. A konzervatívoknak liberális vagyok, a liberálisoknak konzervatív. Én vagyok a belga Magyarországon.” SZOMBATHY PÁL – SZTANKÓCZY ANDRÁS: Nem akárok szeretett elnökünk lenni. *Magyar Hírlap*, 2005. augusztus 5.

<sup>6</sup> SÓLYOM LÁSZLÓ: Mit szabad és mit nem? *Valóság*, 1985/8.

nál „beismerték” a közreműködő jogtudósok a vétkesség eredetileg erkölcsi kategóriájának Gustav Radbruch által találóan „verschämte Zufallshaftung”-gá való (meg)hasonulását, és javasolták a polgári jogi kártérítési felelősséget „őszintébb alapokra helyezni”.<sup>7</sup>

A felelősségi elméletek évszázados és visszatérő dilemmája, melyet elsőként talán éppen Sczwarz Gusztáv fogalmazott meg a károkozás körében, hogy ti. „Vétkesnek kell-e lennie a károkozásnak vagy elegendő-e, és mikor, a vétlen is?”. Ennek büvökörében írt Marton Géza, Eörsi Gyula, de Mádl Ferenc, Harmathy Attila és Sólyom László is. Ugyanígy fogalmaz összefoglalóan Földi András is: „A kötelezettség és a sérelem közötti felelősségalapító összefüggést a jogalkotó alapvetően objektív és szubjektív alapon tételezheti. A polgári jog tulajdonképpen ma is a *dolus*, a *culpa lata*, a *culpa in concreto*, a *culpa levis* és a *custodia* fogalmával operál. Úgy vélem, hogy e felelősségi alakzatok rendszerbe foglalására, bármennyire is divatjamúltnak számít, jobb híján ma is az objektív (tárgyi) és a szubjektív (vétkességi) felelősség megkülönböztetése a legalkalmasabb.”<sup>8</sup>

A jelen írás nem jut el a felelősség ezen mélységéig, ugyanis megtorpan a károkozás előszobájában, a jogellenesség – polgári jog egészének dogmatikájára és szellemiségére reflektáló – fogalmánál, amelynek vizsgálata (megértése: „mérése” és „korlátozása”) – feltételezésünk szerint – egyfajta sajátos magatartási klauzula formális felállítását teszi szükségessé, vagy pontosabban fogalmazva: a már létező magatartási klauzulák őszinte és nyílt értelmezését, majd fogalmi pontosítását várja el a polgári jog tudományától.

### 3. Részleges és félreérthető magatartási klauzula „kísérletek”

#### 3.1. *In medias res* – kezdetek a középkorban

A jogellenességgel, mint önálló és absztrakt fogalommal a magánjog, de talán a tágabb jogtudomány sem tud mit kezdeni. A magánjogi jogellenesség, mint jogi tény általános és elsődleges fogalmát, csakis az emberi magatartásokkal összefüggésben tudjuk meghatározni. A magánjog azon egyszerű oknál fogva kapcsolja a jogellenességet eleve és kizárólagosan az emberi magatartások, mint jogi tények körébe, hogy ti. a jog parancsai kizárólag embereknek szólnak, így a jogellenesség is csak emberi magatartással szoros kapcsolatban képzelhető el, és nyerhet értelmet.

<sup>7</sup> Az új Polgári Törvénykönyv koncepciója. *Magyar Közlöny*, II.kötet. 2002/15, 151.; ZLINSZKY JÁNOS: Indokolt javaslat a Ptk. felelősségi fejezetéhez. *Magyar Jog*, 2001/8.

<sup>8</sup> FÖLDI ANDRÁS: *A másért való felelősség a római jogban*. Budapest: Rejtjel Kiadó, 2004, 94.

Ezt már a *contrario* Werbőczy István is – mint létező valóság és szokás – állapítja meg kézikönyve Bevezetésében, hogy: „[...] jognak mondatik azon törvényes szabályok összessége, melyek minket a jónak és helyesnek, azaz hasznosnak és méltányosnak, vagyis a jogosságot jelentő igazságnak megtartására köteleznek.”<sup>9</sup>, majd ennek folytatásában kimondja, hogy „[...] a törvény emberek találmánya, Isten ajándéka, bölcsék tanítása, az erőszakos kihágások fenyítéke, a polgári társaság megnyugtatója, a bűnnek eltávolítója”<sup>10</sup>, és ezzel gondolati egységben már a 16. században eljut Werbőczy István az emberi magatartás normatív mércéjének generál klauzulájáig, s így kimondatlanul a polgári jogi felelősség egységes alapelveihez is, vagy ahogy azt később Sólyom László nevezte, az „egyszerre általános felelősségalapító és felelősségkorlátozó formuláig”:<sup>11</sup> „[...] természeti jog alatt értjük azt, ami a mózesi törvényben és az evangéliumban foglaltatik; melynél fogva mindenki köteles úgy viselkedni mással szemben, a mint akarja, hogy más viselkedjék ő irányában; és tilos mással olyat tennie, a mit nem akar, hogy más tegyen ő vele.”<sup>12</sup>

Az „elvárt és tanúsítandó emberi magatartásmérték” – Werbőczy István által kifejezetten a magánjog, mint az egyes emberek érdekeit szabályozó normák<sup>13</sup> körében – megfogalmazott, és Lukács evangéliumából<sup>14</sup> származtatott formulája, egyfelől nem tévesztendő össze a szerződéses jogviszonyokra korlátozódó objektív értelemben vett jóhiszeműség fogalmával – az ugyanis inkább az előreláthatósági szabályához (*reasonable foreseeability*) közelít, másfelől nem is ebből a korból és nem is ebből a kézikönyvből ismert a magánjog művelőinek.

Ami a fenti emberi magatartásmérték középkori magyar *bona fides* fogalmától való megkülönböztetését illeti, Földi András tanulmányára hivatkozással elmondhatjuk, hogy bár a jóhiszeműség fogalmát legtöbbször szubjektív értelemben használták, nem volt ismeretlen az objektív értelemben vett *bona fides* fogalma sem, jóllehet ilyenkor inkább a *honeste vivere regulájára*<sup>15</sup> vagy az *aequitasra* hivatkoztak.<sup>16</sup> Ezzel együtt a *bona fides* (*honeste vivere*) köve-

<sup>9</sup> WERBŐCZY ISTVÁN: *Tripartitum* (Prologus/Bevezetés – II. cím, 2. §). Budapest: Téka Könyvkiadó, 1990, 29.

<sup>10</sup> WERBŐCZY i. m. (Prologus/Bevezetés – VI. cím, 4. §), 36.

<sup>11</sup> SÓLYOM (1977) i. m. 141.

<sup>12</sup> WERBŐCZY i. m. (Prologus/Bevezetés – II. cím, 5. §), 30.

<sup>13</sup> WERBŐCZY i. m. (Prologus/Bevezetés – II. cím, 3. §), 29.

<sup>14</sup> LUKÁCS, 10.

<sup>15</sup> Vö. majd háromszáz évvel később Kelemen Imrénél: „A’ törvénynek főbb cikkelyei, a’ mellyeket vagy az embereknek általjában és polgároknak kötelességeik ’s a’ törvényeknek megerősítései (sanctiones) magokban foglalnak, röviden ki vannak fejezve e’ háromban: Tisztességesen élni, mást meg nem sérteni, és kinek kinek, a’ mi az övé megadni. (*Honeste vivere, alterum non laedere, et uniuersique, quod suum est, reddere.*)”

<sup>16</sup> FÖLDI ANDRÁS: *A jóhiszeműség és tisztesség elve*. Budapest: Publicationes Instituti Juris Romani Budapestinensis, 2001, 75.

telménye mégsem esik egybe a fenti emberi magatartásmértékkel, mert egyrészt a quidquid-klauzulában megfogalmazott bona fides fogalmából fejlődik ki idővel a különböző típusú kötelmi jogi tényállásokhoz igazodó differenciált felelősségi rendszer<sup>17</sup> – s nyilvánvalóan sem itt, sem a közel négyszáz évvel későbbi „neighbour-principle” esetén nem ezt a fejlődési utat érintjük, másrészt azért sem lehet azonos a két fogalom, mert arra ugyanezen forrás más helyütt eltérő és kifejezett megjelölést tartalmaz: „a Digestának a Tripartitum 1581-es bécsi kiadásához, majd 1628 óta a magyar törvénytárhoz függetlenül kapcsolódott, de nyilván már a korábbi évszázadok magyar jogtudó értelmisége számára is jól ismert utolsó titulussal (D. 50, 17: De diversis regulis iuris antiqui) több regula is kifejezetten utal az objektív értelemben vett bona fidesre”.<sup>18</sup>

De hasonlóképpen meg kell különböztetni a Bevezetésben említett emberi magatartásmértéktől – a középkori magyar bona fides fogalma mellett – a gonosz szándékot (dolus) is. Werbőzy István maga két helyütt,<sup>19</sup> mégpedig egymásra is reflektálva említi: „Már pedig nem szabad, hogy a csalárdság és ravaszság valakinek hasznára váljék.” Ezen esetekben az emberi magatartás egyidejűleg akaratlagos és célzatos. Vagyis az objektív tényállási elemekhez képest a szubjektív körülmény, a beszámítás válik meghatározóvá: feltételezi az akarat cselekvő általi szabad, de kifejezetten az elérni kívánt eredményhez igazodó (szándékolt) elhatározását.

Ami pedig a fenti emberi magatartásmérték újabb kori magyar magánjogtudomány részére történt „elsőnek vélt” felfedezését eredményezte – több mint négy és fél évszázaddal a Hármaskönyv megjelenését követően, de nem arra hivatkozással! – éppen Sólyom Lászlónak a felelősség hanyatlásáról írt monográfiája,<sup>20</sup> ami – alapvetően ugyanezen gondolatissággal – Lord Atkin bíró a Donoghue v. Stevenson jogeset kapcsán elemzi a precedens jogrendszerben azóta legendássá vált „neighbour principle”-t: „At present I content myself with pointing out that in English law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. [...] The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then,

<sup>17</sup> FOLDI (2001) i. m. 16.

<sup>18</sup> Idézi ECKHART FERENC: *Magyar alkotmány- és jogtörténet*. Budapest, 1946, 322. című munkájára hivatkozással FOLDI i. m. 76.

<sup>19</sup> WERBÓCZY i. m. (Első Rész – LXXI. cím, 1. § és Második Rész – LXXXIII. cím, 5. §), 187. és 467.

<sup>20</sup> SÓLYOM (1977) i. m. 140 skk.

in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.”<sup>21</sup>

Természetesen, ha törekszünk elfeledni a Hármaskönyvben és a Donoghue v. Stevenson jogesetben több mint négy évszázadnyi különbséggel leírt magatartási klauzula közel szó szerinti – és így a nemzeti becsvágyat indokkal erősítő – egyezéseit (az emberi magatartásmérték „in medias res” – kezdetét), legalább négy olyan körülményre kell utalni, amelyek – a négy évszázadnyi korkülönbségen túl is – árnyalják (szűkítik vagy tágítják) a Hármaskönyv fenti megállapításának jelentőségét és jelentését. Az első, szűkítő pontosítás, hogy a Bevezetés, a Tripartitum eredeti kiadásában és ezzel a címmel nem szerepelt, azt csak a lapok homlokán szereplő szó (Prologus) alapján emelte be utóbb Csiky Kálmán fordító, aki még külön hozzáteszi, hogy: „Mátfelől viszont a gyakran amúgy is nehéz tárgy világosabb előadására való törekvés tette meggyőződésem szerint szükségessé, hogy az eredeti szöveget itt-ott némi szabadsággal tegyem át nemzeti nyelvünkre. Ezzel a szabadsággal azonban ritkán s majdnem kizárólag csak a Prologusban éltem, mely tele van a római és a kánonjogból vett definitiókkal és oly műszavakkal, melyeknek magyar nyelven való egyszerű visszaadása nem fődözi azt a fogalmat, melyet hazai jogunkban vele kifejezni kellene.”<sup>22</sup> S bár Werbőczy István az Első Rész 1. címében maga utal vissza az Introductioban kifejtett alapfogalmak fontosságára, mégis annak csak kései korokban, széles körben és magyar nyelven lehetővé vált megismerhetősége felmentést adhat e hivatkozási alap elsikkadására a 20. századi magyar magánjog tudományában.

A második, óvatosságra intő és szintén inkább szűkítő pontosítás, hogy Werbőczy István több, a római jogból ismert általános jogfogalmat és jogi tételt is átvett – legalábbis formálisan – a Prologusba, amelyek „[...] sind in der Einleitung (Prologus) zu finden, werden jedoch bei der Erörterung der konkreten Rechtsinstitute nicht berücksichtigt”,<sup>23</sup> így azt nem követte – angolszász mintára – különféle dutyk bevezetése sem. Hasonló kritikát fogalmaz meg Ujlaki László is, amikor elismerve ugyan a Hármaskönyv korát meghaladó szellemiségét, hiányolja annak gyakorlati megvalósulását: „Ez azt mutatja, hogy Werbőczy túllépett az ő korában még virágzó *aequitas canonica*, és egyfelől visszanyúlva, a római jogban kikristályosult *aequitas*-fogalomra, másfelől szinte megelőlegezve az új kor kifejlődő technikájának hasz-

<sup>21</sup> House of Lords – M’Alister (or Donoghue) (Pauper) appellant; and Stevenson respondent. 1932 May 26., A.C. 581.

<sup>22</sup> CSIKY KÁLMÁN: A fordító előszava. In WERBŐCZY ISTVÁN: *Tripartitum*. Budapest: Téka Könyvkiadó, 1990, XXXIX.

<sup>23</sup> GÁBOR HAMZA: *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*. Budapest: Eötvös Universitätsverlag, 2009, 142.

nossági elvét, sajátos szintézist hozott létre. [...] Eme általános elvszerű, egyfajta generálklauzulaszerű megfogalmazásokon túl, a Hármaskönyv gyakorlati részeiben nem foglalkozik külön a méltányossággal.”<sup>24</sup> Ennek részbeni cáfolataként utalunk ugyanakkor a Hármaskönyv harmadik részében, a barmok és marhák által okozott károk megtérítése körében írtakra, amely kimondja: „Az okozott károkat pedig azon hely birájának és esküdt polgárainak, melynek határában elkövették, lelkiismeretes vizsgálata és becslése szerint kell megtéríteni.”<sup>25</sup> Ehelyütt bár formálisan nem kerül említésre a méltányosság – s e tekintetben helytálló Ujlaki László megállapítása, megítélésünk szerint az tartalmilag mégis átsugárzik e szakaszban.

A harmadik, tágító pontosság, hogy a barmok és marhák által okozott károk megtérítéséről rendelkező – fentebb idézett – XXXIII. cím folytatásában bár „szintén elhangzik a *Who is my neighbour?*” kérdés, arra a Hármaskönyvben megfogalmazott válasz még túl is mutat (!) Lord Atkin bíró több mint négy évszázaddal későbbi érvelésén: „Mert annak különös és kifejezett teherrel való tilalmazása, hogy a vetésekben, réteken vagy erdőkben károk ne okoztassanak, csupán azon falunak parasztjaira vonatkozik, a melynek határán az ilyen vetések, erdők vagy rétek fekszenek. Az idegenek ellenben nem a tilalom terhét, hanem a kár mennyiségét tartoznak megfizetni.”<sup>26</sup> Azaz, az emberi magatartásmérték, csak a szűken vett és érintett közösség tagjaira (quasi szomszédokra) vonatkozik, mintegy intern érvényesülő és kölcsönösen elvárt normakövető magatartásmértékként („ne árts parancsa”), amit, ha az érintett személyek megsértenek, önmagában a közösségi norma és az elvárt magatartásmérték be nem tartásáért felelnek, és viselik e „tilalom terhét”, ti. a jogellenesség bélyegét. A közösség tagjain kívüli személyek azonban nem ezen belső, intern és kölcsönösen elvárt magatartásmérték be nem tartásáért felelnek, mivel velük szemben már túlságosan távolinak, közvetettnak és ennélfogva önmagában elégtelennek tűnik a magatartás klauzula érvényesíthetőségének jogi lehetősége. Itt tehát szükségessé válik egy objektív és külső felelősség alapító körülmény nevesítése, amely inkább önállóságában új, mintsem az intern érvényesíthető magatartásmértéket kiegészítő többlet követelményként jelenik meg: ez pedig nem más, mint a magatartás *in concreto* eredménye, az okozott kár. Így a Hármaskönyvben megfogalmazott emberi magatartásmérték valóban egyszerre felelősség alapító és felelősség korlátozó formula, amelyben a „szomszédok” a „tilalom terhét”, a „nem szomszédok” pedig a „kár mennyiségét tartoznak megfizetni”.

A negyedik, s szintén inkább szűkítő értelmezésre okot adó kortörténeti körülmény, amely érdemben módosítja a Bevezetésben megfogalmazott ke-

<sup>24</sup> UJLAKI LÁSZLÓ: *Méltányosság a polgári jogban*. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1990, 98.

<sup>25</sup> WERBÓCZY i. m. (Harmadik Rész – XXXIII. cím, 3. §), 534.

<sup>26</sup> WERBÓCZY i. m. (Harmadik Rész – XXXIII. cím, 4. §), 535.



resztényi, erkölcsi, természetjogi magatartási klauzula jelentését, maga a történelmi környezet, amelyben az megszületett. 1514 nyarán lángokban állt az ország: Dózsa György már Temesvárt ostromolta, amikor a király kérésére udvari ellenfele, Szapolyai János erdélyi vajda szétverte a lázadó paraszt csapatokat. Az ezt követő ősszel egybegyűlt országgyűlés így érthető módon, „kárörvendő kéjjel” szavazta meg a fellázadt, majd leverett parasztok ellen hozott szigorúbbnál szigorúbb törvényeket, amelyeket Werbőczy István, hogy gyűjteményes művének aktuális voltát bizonyítsa „nem átalított írásba foglalni, örök emlékezetül;<sup>27</sup> [...] Ha a felkelés leverése után az országvezetők megelégedtek volna a vezérek kivégzésével, nem történt volna tragédia. Az igazi tragédia a magyar paraszti nép kollektív büntetése volt. Még tizenkét évünk van Mohácsig.”<sup>28</sup>

### 3.2. *Enumeratio – a joggyakorlat és a jogtudomány tükrében a polgárosodás időszakáig*

Kivételes és a fentihez hasonló jelentőségű párhuzam – e két egymáshoz oly közeli témában, hogy – mint Földi András fogalmaz<sup>29</sup> – mennyire meglepő az a magától értetődő természetesség, ahogy Huszty István 1745-ben megjelent *Jurisprudentia practica*jában megkülönbözteti a bona fides két jelentéstartalmát: „Megjegyzem, hogy a jóhiszemőség a jogban kettős jelentésű szó: először is azt jelenti, ami idegen a megtévesztéstől, a csalárdságtól és a ravaszságtól; ilyen értelemben jóhiszeműnek nevezünk azt a vevőt, aki nem tudja, hogy amit megvett, az lopott vagy egyéb okból idegen dolog. [...] Másodszor a jóhiszemőség azt jelenti, ami a jog szigorával ellentétben méltányos és jó. Ebben a jelentésben értendő a jóhiszemőség [...] a bonae fidei contractusoknál, amelyeknél a bíró széles mérlegelési joggal rendelkezik: nemcsak azt ítélni meg, amit a felek a szerződésben kikötöttek, hanem azt is, amit a természetes méltányosság indokol.”<sup>30</sup> Földi András pedig éppen arra hivatkozással, hogy mivel maga Huszty István sem jelzi, hogy egy addig nem ismert összefüggést fedezett volna fel, „nem is meri feltételezni (bár magyar kutatóként szívesen tenné)”, hogy a bona fides dichotómiájának egy nemzetközi viszonylatban is páratlan és úttörő munkáját alkotta meg Huszty István. Földi András – kézbe vehető és nyomon követhető bizonyítékok hiányában – azzal

<sup>27</sup> Ugyanígy értékeli Werbőczy István művét Hóman Bálint is: „a népet kettészakította, ez nagy vétke, melyet Werbőczy akkor követett el, amikor munkáját az 1514. évi országgyűlésre benyújtva az utolsó pillanatban beillesztette az országgyűlés jobbjágyellenes határozatait”, In MEZEY BARNA: Werbőczy István. *Rubicon*, 1999/7.

<sup>28</sup> NEMESKÖRTY ISTVÁN: *Mi Magyarok*. Budapest: Dövény Művészeti Kft., 1989, 198.

<sup>29</sup> FÖLDI (2001) i. m. 34.

<sup>30</sup> HUSZTY ISTVÁN: *Jurisprudentia practica*. Agrariae: 1745, lib. II, tit. 5.

csendesíti lelkesedését, hogy „Huszty kivételesen világos és progresszív gondolatai fejlett gyakorlati jogási érzékén is alapulhattak, hiszen az ő munkásságában teljes mértékben megvalósult a *theoria cum praxi* ideálja.”<sup>31</sup>

Bizonyítékokkal hasonlóképpen alá nem támasztható meggyőződésünk, hogy ugyanez a „*theoria cum praxi*” eredményezi Werbőczy Istvánnál az – objektív értelemben vett *bona fides* fogalmától eltérő – evangéliumi magatartásmérték megfogalmazását. Másképpen megfogalmazva: „[...] ezek a szabályok benne élnek a társadalom ezreinek lelkében, személyes egyéni meggyőződését formálják, erkölcsi, vallási vagy jogi szempontok egyaránt és hatalmas súllyal hatnak így, mind az egyén meggyőződésére, aki e társadalom tagja, mind az elkövetkező nemzedékek meggyőződésére is. E tagok nem tudják egyszerűen elvetni ezeket a szabályokat, gyakran követik azokat öntudatlanul és egész szolgálai módon is, mint saját erkölcsi, vallási vagy jogi meggyőződésüket, bár az a pozitív normák rendszeréből alakult ki abban a társadalomban, amelyben élnek, és amelynek elválaszthatatlanul tagjai.”<sup>32</sup>

A fenti elméleti fejtegetéseknek, mint az emberi magatartásmérték kibontakoztatása első lehetséges próbálkozásainak éles kritikáját – ha nem is tagadását – adja az 1769-ben első ízben publikált *Planum Tabulare*,<sup>33</sup> amely még csak nem is említi a feldolgozott jogesetekben a Hármaskönyvben megfogalmazott – és az objektív értelemben vett *bona fides* fogalmától fentiek szerint eltérő tartalmú – evangéliumi magatartásmértéket.<sup>34</sup> Ugyan kiolvasható egyik-másik döntvényből pl. a károkozás tilalma: „[...] mert közönséges és általános Törvény által azoknak, a’kiknek bosszúságok és károk tétettek, azt megbosszúlni lehet, következésképpen mind azoknak eltörlésekre valamelyek a’kárvallásra okot adnak, a’pör indítására tehetség adatik”,<sup>35</sup> de ennek nincs a jogosulatlan vagy oneltolődást helyreállító követelményen túlmutató tartalma. Ezt igazolja az is, hogy egy kimondottan jogellenes cselekedetre válaszul adott másik jogellenes cselekedet (quasi szükséghelyzet) esetén sincs helye a marasztalásnak: „Ha valaki a’rajta esett megvertetéséért az Erőszaknak büntetésére Pört indít, és a’Pörbeli Irományokból ki sül, hogy a’Felpörös-Aszszony az Alpörös-Asszonnal csaknem azon egy időben<sup>36</sup> mintegy baj vívására

<sup>31</sup> FÖLDI (2001) i. m. 34.

<sup>32</sup> MARTON GÉZA: *A polgári jogi felelősség*. Budapest: Triorg Kft., 1993, 7. pont.

<sup>33</sup> *Planum Tabulare: Sive decisiones curiales per excelsam deputationem a pie memoriae imperatrice et Regina Hungariae Diva Maria Theresia eatenus ordinatam collectae et in ordinem redactae*. Budae: Anno 1769., 1825. (Czövek István kiadásában magyar és deák nyelven.)

<sup>34</sup> Vö. „A XIX. század első felében a *bona fides* még a ’jó lelkűség’ kifejezéssel magyarosították, ld. a *Planum Tabulare* fent idézett kiadásában található magyar szöveget a 264.old.” In FÖLDI (2001) i. m. 78., 506. lábjegyzet.

<sup>35</sup> *Planum Tabulare*, 916. döntvény.

<sup>36</sup> Vagyis valóban csak „qasi” szükséghelyzet és „quasi” jogellenes támadás elhárításáról van itt szó, mert a támadás elhárítás bár arányos, de nem azonnali és közvetlen.

öszvetsaptak és egymást megverték légyen; illyenkor sem a'Felpörös-Aszszonyt a'Helytelen-Keresetnek, sem az Alpörös-Asszonyt az Erőszaknak büntetéseiben elmarasztalni nem szokták, mert már a'magok saját tselekedeteik által a'szitkos-szavakat szitkos-szavakkal, és az ütlekeket ütlekekkel egymásnak kipótolták."<sup>37</sup> Ugyanakkor a szomszédos malmok egymás – pontosabban az alvízi-malom – hatékonyságát rontó áthatásai kapcsán a *Planum Tabulare* külön kiemeli, hogy a döntő bírónak igenis figyelmet kell fordítani az eset valamennyi körülményeire, így a peres felek tudattartalmára is, mert míg általában „[...] csak azon akadályokat kell elhárítani, a'mel melyek a'Felpörös'Malma'kerekeinek forgásaikat megállították; mert azon kívül hogy, senkit a'maga saját Földterületjén az olyan haszonvételben, a'mel melyet másnak szembetűnő és terhes kára és Jus-sérülése nélkül beszédhet, megakadályoztatni nem lehet, az 1751:14. törvény is az olyan esetekben, a'mel melyekben a'régiebb Malmoikat, az akadályoknak elhárításaik által, használható régi állapotjaikra vissza tenni lehet, csak a'Megigazítást vagy az Akadályoknak elhárításaikat parantsolja”,<sup>38</sup> addig abban az esetben, ha a felvízi-malom használója „[...] gyakori és ismételt Megintések mellett is az akadályokat elhárítani elmúlatta; illyenkor nem csak az akadály hártatik el, hanem az Alpöröst a'megakadályozott jövedelemnek bészédéséből származott károknak vissza-térítéseikben is elmarasztalják;” hiszen – folytatja a döntvény – magától való természetszerűséggel ilyen esetekben: „[...] tehát nem látszik, miért hogy a'megtiltás ellenére is, a'Malom'forgásának megakadályoztatása miatt elvesztett jövedelmeket vissza-téríteni nem kellene?”<sup>39</sup> Megint másutt, a határviták körében pedig még általános iránymutatást is ad ezen mérlegelési döntéshelyzetekre nézve, melyek célja: „[...] hogy a'Szomszédok közt a'békesség és a tsendeség virágozhasanak” és melyek bírói útja: „[...] hogy a'Feleknek könnyebségeik, hasznaik, és illendőségeik méltó tekintetbe vétetődnek.”<sup>40</sup> S ennyiben a *Planum Tabulare* felveti a méltányosság követelményét a bírói mérlegelés körében, amely elsőként a magyar jogtudományban a *Tripartitum* – már fentebb is idézett – II.czím 2.§-ban került rögzítésre,<sup>41</sup> de ez egyben Ujlaki László azon megállapítását is cáfolja, mely szerint: „A méltányosság eszméjének jogszabályi lecsapódása – mint már említettük – első ízben a Hármaskönyvben történt, majd sok évszázados szünet következett be<sup>42</sup> amelynek folyamán

<sup>37</sup> *Planum Tabulare*, 854. döntvény.

<sup>38</sup> *Planum Tabulare*, 918. döntvény.

<sup>39</sup> *Planum Tabulare*, 919. döntvény.

<sup>40</sup> *Planum Tabulare*, 945. döntvény.

<sup>41</sup> Vö. UJLAKI i. m. 97.

<sup>42</sup> „Nincsenek nyomok arra, hogy a későbbi évszázadokban az elméletben és a jogalkotásban a méltányosság betöltött volna-e valamiféle szerepet. Annyi bizonyos, hogy az Optk. Hatálya alatt (1849–1861) annak természetjogi irányzatú 7. §-a mindenképpen teret engedhetett bizonyos méltányossági törekvéseknek.” In UJLAKI i. m. 98.

a feudális viszonyok nem engedtek teret a földesúri érdeket csorbítani alkalmas eszme érvényesülésének.”<sup>43</sup> Ennél azonban fontosabb kérdés, hogy vajon a 18. századig terjedő gyakorlat miként rendezte a károkozás tilalma, a kártérítési kötelezettség, a méltányosság, és mindezek ismeretében a szerződésen kívüli (kötelmi) helyzetekre is irányadó elvárt emberi magatartás, mint elvárt magatartásmérték egymáshoz való viszonyát, ti. azok határait hol jelölte ki akár egymás ellenében is? E tekintetben a *Planum Tabulare* a Vármegyei Törvényszékekre tartozó keresetek között említ egy döntvényt, amelyben a felperes „[...] Pört indítván, megmutassa is azt, hogy attól az időtől fogva, a’miolta a’ Szomszéd Földes Úr azt a’ víz-gátot elpusztítani engedte, ő a’ maga kaszállóiban nevezetes károkat kéntelen szenvedni, és így az elmulatott megigazítást néki nagyon károsnak lenni megmutassa [...]”. Ebben az esetben azonban, ha az alperes bizonyítani tudja, hogy „[...] a’ követeltt megújítás és vízgát gondviselés, mind az ő Szomszéd malmának, mind pedig az ő kaszállóinak az ott folydogáló Folyó vízének kiáradása miatt káros volna”, úgy a bírói eljárásban „[...] az Alpöröst a’ Felpörösnek követelésétől feloldozzák; mert ellenkezik a’ törvényes rendel, hogy [...] a’ Tulajdonosnak ártogató és káros megújítás megengedődjön.”<sup>44</sup> Azaz az elvárt emberi magatartás határait – meghatározó módon – a saját tulajdon védelme iránti elementáris igény jelöli ki; azt sem a határos telkek tulajdonosai között gyakorolni rendelt méltányosság, sem a *casus domino nocet* elve, sem a károkozás tilalma nem tudja érdemben befolyásolni. Vagyis, ha a tulajdonhoz való jog ütközik a tulajdonhoz való joggal, nemcsak jogi instrumentumoknak nincs helye, de még az evangéliumi magatartásmértéknek sem; ilyenkor visszatér a természeti állapot, s érvényesül az „ősi jog”.<sup>45</sup>

Érdekes momentum ugyanakkor, hogy míg a *Planum Tabularéban* feldolgozott döntvények nem említik a Hármaskönyvben megfogalmazott emberi magatartásmértéket, addig Kelemen Imre tanításai nyomán az 1800-as évek elején összeállított három kötetes kézikönyvben nem került el a szerkesztő Czövek István tabuláris prokátor figyelmét a Werbőczy István által háromszáz évvel korábban megfogalmazott magatartási klauzula: „A’ törvénynek főbb cikkelyei, a’ mellyeket vagy az embereknek általjában és polgároknak kötelességeik ’s a’ törvényeknek megerőssítései (sanctiones) magokban foglalnak, röviden ki vannak fejezve e’ háromban: Tisztességesen élni, mást meg nem sérteni, és kinek kinek, a’ mi az övé megadni (*Honeste vivere, alterum*

<sup>43</sup> UJLAKI i. m. 125.

<sup>44</sup> *Planum Tabulare*, 892. döntvény.

<sup>45</sup> Ehhez képest mutat(hat) akár jelentős változást a közel nyolc évtizeddel későbbi jogtudomány, amikor arról szól, hogy: „illőbb is hogy akárkinek és akárminő tette inkább magának ártson, mintsem másnak”; lásd alább Frank Ignácnál írtakat.

non laedere, et unicuique, quod suum est, reddere). Mert a' mit a' Szent Evangyéliom mond: Valamit akartok, hogy az emberek tselekedjenek tiveletek, ti is azt tselekedjétek azokkal; és valamit nem akartok, hogy azok ne tselekedjenek ti veletek, ti se tselekedjétek azokkal, mert ez a' Törvény és a' Próféták: benne van ama régi, nem eléggé ékes versetskében: Quod tibi vis fieri, mihi fac; quod non tibi, noli; sic potest in terris vivere iure poli."<sup>46</sup> Ez utóbbi idézet hivatkozásául pedig Czövek István tabuláris prokátor éppen Werbőczy Istvánt már idézett Bevezetőjét jelöli meg teljes pontossággal (Prol. tit. 2. §. 5.), jóllehet az több vonatkozásban is tartalmi eltérést mutat már az eredeti szöveghez képest, aminek már közvetlen és nyomon követhető hatása a bona fides (honeste vivere) értelmezési lehetőségeinek megnyílta.

A főbb eltérések közül elsőként említendő, hogy egyfelől teljesen kikopik a szövegből az eredetileg meghatározni kívánt „jus naturale” fogalma, s helyébe egy kevésbé magasztos cím kerül: „A' Törvénynek legközönségesebb parancsolatai (Generalia Juris Praecepta.)”, ami nemcsak elnevezésében, de az egész szakasz megfogalmazásában és szóhasználatában is sokkal konkrétabb, gyakorlatiasabb, s mint ilyen nyilvánvalóan a tételes jogra utal. A másik, előző különbségtételt erősítő eltérés, hogy ezt és az ezzel együtt közölt öt szakaszt a szerkesztő „A' magyar törvénynek czéljáról és hasznáról” című cikkely alatt közli, szemben Werbőczy István által írt „A jogról és a jognak fölosztásairól” cím helyett. Mindezek alapján az ebben a cikkelyben, de különösen az idézett szakaszban közölt fogalomhasználatukat, tartalmukat és vélt funkciójukat tekintve is megfelelnek egy jogi kódex bevezető rendelkezéseinek: nemcsak a törvény célját, szabályozási területét és alapelveit határozzák meg a maguk elvontságában, hanem közvetlen segítséget is adnak a jogalkalmazás számára az egyes normák értelmezésénél és az élethelyzetek értékelésénél. Mindezek foglalataként pedig tömören kifejezik a törvény egészének eszmei alapját, szellemiségét, amelyet a következőkben foglalhatunk össze a magánjog vonatkozásában Kelemen Imre tanításainál – figyelembe véve, hogy az „elvárt és tanúsítandó magatartásmérték” klauzuláját Werbőczy István is kifejezetten a magánjog (és nem a szűkebb szerződések joga!), mint az egyes emberek érdekeit szabályozó normák körében fogalmazta meg:

- elsőként szembetűnik, hogy a magatartás-klauzula kifejezetten természetes, vagyis akarattal rendelkező emberi személyekre vonatkozik, holott a forrásként alapul szolgáló Hármaskönyv bőven tartalmaz rendelkezéseket világi és egyházi intézményekre (de jure és helyenként de facto jogi

<sup>46</sup> CZÖVEK ISTVÁN: *Magyar hazai törvényről írt tanítások, melyeket néhai Kelemen Imre, császári és apostoli királyi felség' tanácsosának, és közönségesen negyvennégy esztendőökig törvényt tanító professornak, minden dítséreteket felül haladó halhatatlan munkája szerint, a' magyar hazafjak' és a' törvény tanuló nemes ifjúság számára magyar nyelven készített és kiadott Czövek István, tabuláris prokátor. Nemes Petrózai Trattnem János Tamás betűivel, Pesten, 1822, Első Könyv, 77–78.*

- személyekre) is. Itt azonban kifejezetten emberi magatartás-klauzula kerül meghatározásra;
- a második, s talán legfontosabb jellegzetesség pedig, hogy – a rendi különbségeket figyelmen kívül hagyva, de legalábbis ehelyütt nem említve a szakasz szóhasználatában<sup>47</sup> – mellérendelt érdekállású természetes személyekre vonatkozik az.

Vagyis a mellérendelt természetes személyeknek a magánjogi – vagyis a szerződések jogán túli általános magánjogi – jogviszonyaikban is tisztességesen („*honeste vivere*”), mást meg nem sértve („*alterum non laedere*”) és kötelességeiket maradéktalanul teljesítve („*et unicuique, quod suum est, reddere*”) kell eljárniuk. S tegyenek így a természetes személyek – Lukács evangéliuma nyomán – a viszonzóság, a kölcsönös bizalom és az elvárhatóság reményében („*Valamit akartok, hogy az emberek tselekedjenek tiveletek, ti is azt tselekedjétek azokkal; és valamit nem akartok, hogy azok ne tselekedjenek ti veletek, ti se tselekedjétek azokkal*”). Aki pedig ezt a törvényi parancsolatot megszegi, vagyis magatartása nem tesz eleget a magatartási klauzula követelményének, annak magatartása quasi „jogellenesség” válik. E körben a fogalomhasználat tudatosságát mutatja az is, hogy a másért való felelősség körében mindezekkel gondolati és fogalmi összhangban rögzíti Kelemen Imre, hogy „*Ha valaki, maga hibájából, a 'dolog' végbe vitelét gondatlan, és annak elvégzésére világ szerte tudva lévő alkalmatlan 's' élheterlen emberre bízta, és e' miatt más, rövidséget szenvedett, a' mennyiben az meg nem fizethetne, azt a' Reábízó tartozik kipótolni, p.o. a' Maiszter a' legényeért, vagy inasáért, az Úr a' szolgájáért 's a' t.*”<sup>48</sup>

Ugyanakkor Kelemen Imre a tételes (szerződési) jogi tanításai között, „a szerződések természetes elemeiről (*contractuum naturalia*) értekezve megállapítja, hogy »kétoldalú« (vagyis a visszterhes) szerződésekben (*contractus bilaterales*) az adósnak *bona fide* tájékoztatnia kell a másik felet a szerződés tárgyát képező dolog hibáiról, továbbá gondosan kell eljárnia, és tartózkodnia kell a *culpa levis* elkövetésétől”,<sup>49</sup> vagyis a *bona fides* alapvetően mégsem objektív és elvárható magatartásmértékként, hanem – a fentiekben leírt és alapvetően evangéliumi magatartásmértéktől is eltérő – vétkekesség hiányával szinonim. Viszont „a szerződésen kívüli másért való felelősség” – fentebb idézett esetét leszámítva – „Kelemen a kontraktuális másért való felelősség kérdését nem tárgyalja”.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> „az emberek átalájában”, „polgároknak”.

<sup>48</sup> CZÖVER i. m. Második Könyv, 727.

<sup>49</sup> Vö. I. KELEMEN: *Institutiones juris Hungarici private*. II. Pestini, 1814, 1046 sk., idézi: FÖLDI (2001) i. m. 77.

<sup>50</sup> FÖLDI (2004) i. m. 356.

Itt érhető tetten tehát elsőként, hogy az áruforgalom inspirálta magánjog, s annak részeként az emberi magatartásmérték – a Hármaskönyvben megfogalmazottakhoz képest „új”, de legalábbis – határozott irányt vesz, amely mintegy kimozdítja és az aktuális elvárásokhoz igazítja a keresztény gyökerű magatartásmértéket: a központba az emberi magatartást, és abban is elsődlegesen az emberi akaratot állítja, a magatartást pedig aszerint értékelik, hogy abban az akarat milyen szerepet játszik.

Megjelenik mindez negyed évszázaddal az 1848-as áprilisi törvények előtt, hivatkozással a három évszázada közzétett Hármaskönyv rendelkezéseire!

A magyar jogtudomány polgárosodásának korában Frank Ignác, mint a történeti jogi iskola első magyarországi képviselője<sup>51</sup> fő művében, A közigazság törvénye Magyarhonban, bár nagy ívű bemutatását adja a magánjog és a perjog történeti fejlődésének, külön nem elemeli ki a Hármaskönyv bevezetőjében megfogalmazott emberi magatartásmértéket. Ellenben a Kelemen Imre által még döntően szubjektív értelemben használt bona fides fogalma helyett már sokkal konkrétabban jelentkezik az objektív értelemben vett jóhiszeműség gondolata nála a csalárdság tárgyalása kapcsán, amikor kiemeli: a törvény a szerződéseket azért oltalmazza, hogy „a’ bizodalmat és jó hitet (bonam fidem) a’ közéletben és főképpen a’ keresetben, a’ haszonváltásokban (in commercio) fenntartsa.”<sup>52</sup> A szerződésen kívüli károkozás körében ugyanakkor Frank Ignác megfogalmazza a károkozás általános tilalmát: „[...] mert ember-társunkat károsítani nem szabad”,<sup>53</sup> amely még akár hasonlóságot is mutathatna a Hármaskönyvben megfogalmazott emberi magatartásmértékkel, ha azt csak szerződésen kívüli kárkötelmi helyzetekre vonatkoztatjuk. Azonban a károkról szóló szakaszban Frank Ignác – bár eljut a vétkes (dolus<sup>54</sup> és culpa<sup>55</sup>) és a vétlen (quasi jogos<sup>56</sup>) károkozás közötti alapvetően ma is helytálló megkülönböztetéséig – mégsem tudja „függetleníteni” az emberi magatartás minősítését a kártól (ti. a saját tulajdon védelme iránti elementáris igénytől), mint eredménytől: „De úgy látszik, hogy a’ ki javaiban kárt szenvedett maga

<sup>51</sup> „Az újítók úgy is nagy számmal vannak, én beérem a régivel, és annál maradtam.” – írja le hitvallását már a Principia első részét is magában foglaló Osztó igazság című munkája bevezető fejtegetéseiben 1845-ben. In FRANK IGNÁC: *Az osztó igazság*. 1. köt. Pest: 1845a, 17.

<sup>52</sup> FRANK IGNÁC: *A közigazság törvénye Magyarhonban*. 1–2. köt. Buda: A Magyar Királyi Egyetem Be-tüivel, 1845b, 560.

<sup>53</sup> FRANK (1945b) i. m. 698.

<sup>54</sup> „Nincs hiba nélkül, a’ ki törvénytelen úton jár; és mind a’ mellett, hogy a’ kár akarattya ellen történt, felelni tartozik.” In FRANK (1945b) i. m. 699.

<sup>55</sup> „Sőt mivel minden ember kötelessége óvakodva eljárni, LEGALÁBB kárpótlást attul is vagy azoktul követelhetünk, a’ kik vesztességünknek, nem ugyan szántszándékkal, de mégis gondatlanság, hanyagság, pajkosság által (közvetetlen) okai, vagy (közvetve) okozói lettek, [...]” Uo.

<sup>56</sup> „A’ ki pedig a’ törvény korlátjai között maradvá csak maga igazságával él, vagy éppen kötelességét teljesíti, annak hibátlan tette miatt a’ kárvalló hiában panaszkodna.” Uo.

hibája nélkül, már saját igazsága erejével is a' kár helyre igazítását keresheti, ha ti. jószágot talál, mellyhez magát tarthassa; illőbb is hogy akárkinek és akárminő tette inkább magának ártson, mintsem másnak. Igaz ugyan, hogy casus domino nocet; de itt éppen az a' kérdés, cui domino? mért nem domino corporis nocentis?"<sup>57</sup>. S e tekintetben pedig az ellentmondást sem tudja feloldani a vétlen károkozás miatt esedékes „kárpótlás (ti. a' valóságos kár megtérítése)” és „a' kin történt (casus domino nocet)” viseli a kárt elve között. Ugyancsak az emberi magatartásmérték Frank Ignác általi tudatos használatának cáfolatát adja a következetlen fogalomhasználat: „ember-társunkat károsítani nem szabad”, „minden ember kötelessége óvakodva eljárfi”, „akárkinek és akárminő tette inkább magának ártson, mintsem másnak”, melyek bár megítélésünk szerint továbblépést jelentenek a Planum Tabularében megfogalmazottakhoz képest – hiszen itt már a saját tulajdon védelméhez való elemetáris igény veszt „mindent eluraló” jelentőségéből –, összességében mégis inkább – és megint csak – az objektív értelemben vett jóhiszeműség kifejeződését mutatják, s azt ennyiben Czövek István és Kelemen Imre által korábban leírtakhoz képest óvatos visszakozásként kell értékelni.

Nagyon érdekes egyúttal utána gondolni, hogy Frank Ignác a más által okozott károk körében bár több helyütt foglalkozik az alkalmazott által, így közvetve okozott<sup>58</sup> károk megtérítésével, sőt szinte teljes körűen – normaszöveg szerint és szinten – ismerteti a mezei rendőrségről szóló terjedelmes 1840. évi IX. törvénycikket is, ez utóbbi körében azonban – tudatosan avagy szándékolatlanul – elmulasztja mind ismertetni, mind meghivatkozni a jelzett törvénycikk 28. §-át, s annak is e) pontját, mely szerint: „Egyébként a kártevő bitang marhának behajtása, vagy birói kézhez általadása, vagy legalább feljelentésének elmulasztása, nem különben abból eredő kölcsönös keresetekre nézve, továbbá is fennmarad a Hármaskönyv III-ik Részének 33-ik czíme, ugy az 1729:XLII-ik törvénycikkelynek rendelete.” Ezen utaló norma pedig igenis jelentős, hiszen három évszázad távlatából is beemeli – s ezáltal közvetve és kimondatlanul részévé teszi – a 19. század közepi joggyakorlatnak a Hármaskönyv fentebb már elemezett, egyszerre felelősség alapító és felelősség korlátozó formulájának sajátos emberi magatartásmértékét. Ezért, s valóban csakis ezért marad érdekes, de sajnos megválaszolhatatlannak tűnő kérdésseltevés, hogy vajon ennek említését tudatosan avagy szándékolatlanul mulasztja el Frank Ignác korszakos művében.

Vagyis a 19. század közepén, a feudális magánjog összefoglalását adó korszakos (és összességében inkább egy korszakot lezáró) műből elmarad a Hármaskönyv bevezetőjében a magánjogi jogviszonyokra általában – vagyis nem csak a szerződéses viszonyokra – megfogalmazott emberi magatartásmérték

<sup>57</sup> FRANK (1945b) i. m. 700.

<sup>58</sup> FRANK (1945b) i. m. 699.



kifejezett említése, s így – figyelemmel arra, hogy Frank Ignác műve utóbb is a tudományos írások elsődleges forrása maradt – a későbbi korok szerzői sem említhetik azt csupán e mű ismerete alapján. De hasonlóképp jelentőségén alul szerepel a 19. század első felében megmutató európai kodifikációk hatása is, különös figyelemmel az 1838. évi porosz és az 1869. évi osztrák vasúti törvényre, miközben az idézett fordulatokból egyértelműen kitűnik, hogy például a másért való felelősség körében „tétéles jogunkban tehát legkétször ekkor már ismert volt ez a Ptk.-ban ma is megtalálható felelősségi formula”<sup>59</sup>.

#### 4. A magatartási klauzula alakulása a tétéles jogi jogalkotási kísérletek időszakában

##### 4.1. A polgári jog polgárosodása és a magánjog közjogiasodása

A rendi (elő)jogokkal szemben – amely a közjogi és magánjogi elemeket, így az emberi magatartásmértékre vonatkozó elvárásokat is gyakran kapcsolja össze ugyanazon intézmény keretében –, a reformkortól mutatkozik meg hazánkban a mind erőteljesebb és általános elvárás egy önálló, egységes és áruforgalom által inspirált magánjog iránt. Maga Széchenyi István „Hitel”, „Világ” és „Stádium” című írásaiban is döntően a tulajdon szabadságán álló, tőkés vállalkozásokra való áttérés legfontosabb elveit hirdeti meg egy modern Magyarország reményében. Ezzel útjára indult az a határozott és önálló törekvés, amely nyomán „a XIX. századi polgári jogrend – főleg amíg a gazdasági liberalizmus volt benne túlnyomó – lehetőleg különválasztotta a közjog és a magánjog intézményeit”.<sup>60</sup> Márpedig a liberális gazdaságpolitikát támogatta a reformkor ellenzéki politikusainak többsége is, így: Kossuth Lajos, Deák Ferenc, Batthyány Lajos, Eötvös József. Végül soron ennek eredményeképp az 1839–1840. és az 1843–1844. évi, majd az 1848. évi országgyűléseken „szinte mindent elértek, ami az akkori körülmények között lehetséges volt”, s ennek értékét az sem csökkenti, hogy „bizonyos értelemben a politikai-jogi rendszert csupán hozzáigazították a gazdasági környezet teremtette helyzetéhez.”<sup>61</sup> Ezeket, az egyes nyugat-európai államokhoz képest fél évszázaddal később bekövetkezett, így annál inkább várt és el nem vitathatóan lényegi változásokat,<sup>62</sup> azonban gyakorta és érthető módon túlzott jelentőséggel tün-

<sup>59</sup> FOLDI (2004) i. m. 356.

<sup>60</sup> SZLADITS KÁROLY: *A magyar magánjog*. I. Budapest: Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1941, 20.

<sup>61</sup> MEZEY BARNA (szerk.): *Magyar jogtörténet*. Budapest: Osiris kiadó, 1996, 115.

<sup>62</sup> Vö. „Eddig tankönyveink a magánjogot többnyire nem a jogéletet szabályozó elvek és tétélek; hanem a honlakosok egymás közti jogait és kötelezéseit tárgyozó törvények, szabályok és határozatok foglaltjának értelmezték; mi annak súlypontját a jogéletből a törvényhozásba teszi által. Így értelmezi azt az ausztr. ált. polg. törvénykönyv 1. §-a is. De már Unger József bécsi jogtanár ezen felfogás fonákját meg-

tetik fel: „A közjog és a magánjog szétválasztásával az állam kivonult a magánszférából, és az így relatíve önállósulni tudott vele szemben. [...] A magánjog a civil társadalom joga lett, a hatalom gyakorlása pedig kizárólag a közjog területe. Ezzel megvalósult a szabadságnak az a feltétele, amelyet Montesquieu óta a magyar jogászok és politikusok is követeltek.”<sup>63</sup> Pedig itt nem arról van szó, hogy – még ha több évtizedes késedelemmel is, de a maga szerves fejlődési útját bejárva – teljesedett volna ki hazánkban a felvilágosodás gondolatvilága a jog területén, mert egyfelől a vívmányokat döntően a bécsi abszolutista kormányzat hajtotta végre – nyilvánvalóan más szellemben, mint ahogy a 48-as törvények készültek –,<sup>64</sup> másfelől már jelentkeztek az éjjeliőr állam válságtünetei Európa szerte,<sup>65</sup> és az ezekre adott megoldási javaslatoknak – szerencsére, és elsődlegesen a kibontakozó nemzetközi áruforgalom okán – nem állhatták útját a kiépülő nemzetállamok határai: „A legújabb jogfejlődés azonban, kivált a világháború alatt és után, ismét bővelkedik egyes természetű alakulatokban. [...] A jogfejlődés irányzata a közjogi és magánjogi intézmények kombinációja és felcserélhetősége felé utal [...]”<sup>66</sup> Ezt nevezzük a magánjog közjogiasodásának, amely „a klasszikus liberalizmus korának „lecsengésével” kezdődő és napjainkig is tartó folyamat”.<sup>67</sup> Ez ugyan-

---

mutatván, helyesen mondja: „Das Recht tritt nicht als ein selbstständiger Hebel von aussen an die Lebensverhältnisse heran; sondern in den Lebensverhältnissen selbst liegt die Macht, welche sie zu Rechtsverhältnissen gestaltet.” (System des österr. allg. Privatrechts. 1. köt. Lipcse, 1856. 2. és 3. II.)”. In WENZEL GUSZTÁV: *A magyar magánjog rendszere*. 1. köt. Pest: Atheneum, 1872a 3–4.

<sup>63</sup> HORVÁTH ÁTTILA: *A Magyar magánjog történetének alapjai*. Budapest: Gondolat Kiadó, 2006, 53–54.

<sup>64</sup> Vö. pl. Tóth Lőrinc ügyvéd álláspontjával az úrbéri törvény kapcsán folytatott vitában: „Hisz nemcsak az 1836-ki, s 1840-ki törvények magyar alkotmányos törvények, hanem az 1848-ki törvény is az, mely a hűbéri viszonyokat s a jobbágyiságot eltörölte; s nem ohajtánám, hogy a volt jobbágy azt higgye, hogy ezen jótétmenyt nem a magyar törvényhozástól, nem a magyar arisztokráciától, mely azon időben kizárólag gyakorolta a törvényhozást, s a volt jobbágyiság irányában a legönzéstelenebb testvéri indulatot tanusította, hanem egyenesen az osztrák ministeriumtól, a civilisátio család álarczát viselő rendszertől nyerte. Szükséges, hogy ez megenlítve s kitüntetve, s a volt jobbágy e részben figyelmeztetve, és minden téveszmétől megőrizve legyen. (Helyeslés)”; In RÁTH GYÖRGY [országbírói elnöki titkár, és az értekezlet jegyzője]: *Az országbírói értekezlet a törvénykezés tárgyában*. Pest: Landerer és Heckenast, 1861, 327.

<sup>65</sup> Vö. „Az individuális liberalizmus (gazdasági szabadság; „laissez-faire” rendszer), a kereskedelem ki-fejlődésének legtokéletesebb léggömbje. A Kt. [az 1875. évi XXXVII. törvénycikk, a kereskedelmi törvényről] ennek a gazdasági irányezsmének a szolgálatába szegődött, ami teljesen érthető, ha figyelemmel vagyunk arra, hogy a liberalizmus a Kt. alkotásának idejében (a múlt század 60-as éveiben) élte fénykorát. [...] Ennek az irányezsmének azonban erős kinövésai is jelentkeztek (a nagytőke felelőden politikai hatalma, a nyereség bálványozása, az üzleti tisztesség hanyatlása, a munkavállalók elnyomása, a kartellek és trösztök garázdálkodása, a kis- és középipar lezüllesztése, a mezőgazdaság érdekeinek háttérbe szorítása stb.), amelyek kiváltották a reakciót és újabb gazdasági irányezsméket léptettek előtérbe. [...] Ezt bizonyítja, hogy a kultúr államokban már a háború előtt is mindenütt öntudatosan bontakozott ki az állami beavatkozás (az intervencionizmus), amelyet csak fokozott a gazdasági életnek a háború alatt és után beállott megváltozása.” In KUNCZ ÖDÖN: *A magyar kereskedelmi- és váltójog tankönyve*. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1938, 6–9.

<sup>66</sup> SZLADITS K. (1941) i. m. 20.

<sup>67</sup> LABADY TAMÁS: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*. Budapest–Pécs: Dialóg Campus Kiadó, 1997, 22.

akkor nem egy kizárólagos és meghatározó mód nemzetközi indíttatásra érvényesülő irány a hazai (magánjogi) jogalkotásban, amit mi sem bizonyít jobban, mint az ország közjavát és kereskedését gyarapító magányos vállalatokról szóló 1836. évi XXV. törvénycikk, amely hazánk közműveinek, köz- és vasútjainak fejlesztését volt hivatva előmozdítani. E törvény pedig még az utóbb mintaként használt és állított porosz vasúti törvényt is megelőzően kimondta, hogy az ilyen vállalatok – természetükre és különösen méreteikre figyelemmel – „[...] az akár véletlenül, akár hibából okozott károkért [...] rögtöni teljes elégtételt szerezzenek, s ezen felül hogy azok, kik szegénységök miatt a kárt megtéríteni nem képesek, ezen Törvény általhágására a büntetés elmaradásának reménységével magokat ne kecsegtethessék [...]”<sup>68</sup> S bár e törvény kifejezetten hangsúlyozta a vállalatok szigorú felelősségét még az alkalmazottakért is, azt mégsem tárgyalta a kibontakozó hazai magánjogtudomány, így végül feledésbe merült. Így a közel négy évtizeddel később, az 1874. évi XVIII. törvénycikk kapcsán sem szolgált hivatkozásul: nem ismert, s ezáltal nem is tisztelt nemzeti jogi hagyományunkat könnyedén uralta el a porosz és német jog hatása.<sup>69</sup>

A polgári jogi jogegyenlőség, és a magánjog quasi jogági önállósodása mellett egy további új és a vizsgált témánk szempontjából jelentőséggel bíró fejlemény, hogy a magánjog tudományos felosztásának szokásos ötös felosztása, mint a pandektatudományból eredő történeti fejlődés – szintén közel fél évszázados késéssel – a 19. század második felében terjedt el a hazai jogtudományban: „Wenzel Gusztáv volt az első, aki 1863-ban megjelent tankönyvével az ötös pandektarendszert vezette be irodalmunkban. [...] Ezt a pandektarendszert fogadta el utóbb Suhayda, majd Zlinszky tankönyve is, amely utóbbiak e rendszert irodalmunkban állandósították.”<sup>70</sup>

Különösen érdekes – már csak az általunk tárgyalt történeti előzményekre tekintettel is –, hogy Wenzel Gusztáv előszavában úgy határozza meg kutatá-

<sup>68</sup> 1836. évi XXV. törvénycikk, 8. §.

<sup>69</sup> Vö. az 1874. évi XVIII. törvénycikk indokolása: „Az újabb időben nálunk nagyobb mérvű fejlődésnek induló személyforgalom szükségessé teszi ennél fogva ily törvény hozatalát. Ezen előbb említett szempontok voltak mérvadók a vaspályákban leggazdagabb államokban ily természetű kártalanítási törvények hozatalánál. Így keletkezett a vasutak hazájában Angliában a 9. és 10. biktoria cap. 93.-ik törvény, vagyis az ismeretes Lord Campbell-féle statute, mely a tárgyban több államnak mintául szolgált. Ezek az elvek voltak mérvadók az Ausztriában 1869. évi március 5-én kihirdetett törvény hozatalánál. Ezekre az egész Németországra kötelező erővel bíró 1871. június 7-én szentesített törvény alkotásánál éppen úgy volt figyelem, mint a jelen törvényjavaslat szerkesztésénél. Anúnt ezekből látható, a jelen törvényjavaslat gyakorlati iránya leginkább azáltal van kijelölve, hogy nem új, eddig ismeretlen alapelveket akar törvényeink közé felvenni, hanem célja az általános kártalanítási elv sikeres alkalmazását, a vaspályák sajtásterüviszonyai mellett a külföldi törvényhozásnak e téren tett tapasztalatai alapján a jog és a méltányosság fogalmainak megfelelőleg biztosítani.”

<sup>70</sup> SZLADITS K. (1941) i. m. 29.

sainak irányát, hogy „a fősúlyt fennálló jogunk érvényben lévő kútfőinek áttanulmányozásába kell helyezni. [...] azokat (t.i.: a kútfőket) magukban véve volt szükséges egybefoglalni, s az elvi értelmezésüket és gyakorlati alkalmazhatóságukat tárgyzó eljárás módját kifejteni. Ez munkám első könyvének, vagyis az ún. joghermeneutikának tárgya.”<sup>71</sup> Ezen célkitűzés, és a pandektatudomány ötös felosztása alapján Wenzel Gusztáv az általános rész körében külön nevesítve tárgyalja a személyek jogát, a dolgok jogát valamint a cselekmények és keresetek jogát. Ez utóbbi, a cselekmények és keresetek joga (jus actionum) körében pedig a jogi tények egy korai, de szintén a pandektisztika rendszerező felfogását tükröző csoportosítását adja: „Bármily eredetűek legyenek a magánjogok, mindenkinek keletkezéséhez oly tény kiváltatik, mely alapjául szolgáljon. Ez vagy személy cselekménye lehet, vagy jogügy, vagy egyszerű tény, mely akarattunktól független.”<sup>72</sup> A cselekmények, mint a jogviszonyok alapjául szolgáló legfontosabb jogi tények körében kiemeli Wenzel Gusztáv, hogy „ezekben a cselekvő személyt és a cselekmény tényét külön kell tekintetbe vennünk. [...] A cselekvő személyben megkívántatik 1) akarathetség, 2) az akarat eltökélése és 3) az akarat nyilvánítása.”<sup>73</sup>

Azaz, itt találkozhatunk először jogpolitikailag a közjogtól elhatárolt magánjog, mint polgári jogi jogegyenlőségen alapuló önállósult jogág, dogmatikailag megkonstruált, rendszer szemléletű kategorizálásának tankönyvi példájával az emberi magatartások, mint a polgári jogi jogviszonyok keletkezését, módosítását és megszűnését eredményező legfontosabb jogi tény vonatkozásában.

A rendszerszemléletű felosztáson túl, további érdeme Wenzel Gusztávnak, hogy nemcsak érti, de érzékelteti is az objektíve és a szubjektíve jóhiszeműség közötti különbséget a jogellenes cselekmények körében: „Ezeknek [t.i. a tiltott cselekmények általi jogsértések] néhányában pusztán az erőszak alkalmaztatása teszi az objectiv tényállásnak főrészt; másokban ellenben, p.o. az álarcban (larva) és vértagadásban (proditio fraterni sanguinis), a cselekvőnek szándoka lényeges tényező. Ez utóbbiakban tehát a beszámítás kérdése igen fontos; névszerint a jó vagy rossz hiszem (bona vel mala fides), s a gonosz szándék (dolus) vagy hibás elvetés (culpa) másrészt szintén tünteti fel a tényállást.”<sup>74</sup> Ezeket azonban, részben eltérő természetük ellenére is egy csoportba, a „tiltott cselekmények”, vagy másként nevezve „magánjogi bántalmak (delicta juris privati vel delictum privatum)” közé sorolja Wenzel Gusztáv, azzal az indoklással, hogy ezek alatt „azon jogellenes cselekményeket értjük, melyek nem csupán károsítást, hanem valóságos jogsértést eredményeznek,

<sup>71</sup> WENZEL (1872a) i. m. IX–X.

<sup>72</sup> WENZEL (1872a) i. m. 432.

<sup>73</sup> WENZEL (1872a) i. m. 435.

<sup>74</sup> Uo.

melyek mindazáltal sem gonosz szándéknál (*dolus*), sem a közrend és csend háborításánál fogva tisztí bünvád vagy keményebb rendőri fenyték tárgyává nem tétethetnek; hanem a sértett fél magánkeresetere szolgáltatnak okot és alapot.”<sup>75</sup> Azaz, miközben a tiltott cselekmények magánjogi hatásának megítélése kapcsán a beszámításra teszi a hangsúlyt Wenzel Gusztáv, eközben – szinte észrevétlenül, bár jól követhető ésszerűséggel – megkülönböztetést tesz a tiltott cselekmények és a – szintén jogellenes magatartáson alapuló – károsítások között. Ennek a különbségtételnek az alapja pedig egyszerre a jogellenes cselekményt tanúsító személy szándéka („az akarat eltökélésének indokai”) és a jogellenes cselekmény megvalósítása (különös tekintettel a védett jogtárgy jellegére és a cselekmény kivitelezésének módjára): „A károsítás módjához képest, meg kell különböztetni az egyszerű károsítást, mely egyéb jogsértést nem foglal magában, és azon kárt, mely egyszersmind bűnös tettel vagy magánjogi bántalommal jár.”<sup>76</sup>

Azaz annak következtében, hogy az emberi cselekmény, mint jogi tény értékelésénél külön-külön értékeli a cselekvő személyt és a cselekmény tényét, megkülönböztet egyszerű és quasi minősített károsítást. Arra figyelemmel ugyanakkor, hogy mindkét károsítást jogellenes magatartásra vezet vissza, a jogellenesség meglétét (mibenlétét) csak e két károsítás közös elemeiben lehet keresni. Ezek a közös elemek: „az akarat szabad eltökélése” (de nem annak indokai!), és „a károsítás” (de nem a kártérítés!). Az utóbbi vonatkozásában nem indokolt különösebb vizsgálódás, hiszen az általános magánjogi deliktum elve már korábban is fel-felbukkan a magyar jogéletben,<sup>77</sup> amely alapján maga Wenzel Gusztáv is evidenciaként említi, hogy: „A kárnak legnevezetesebb magánjogi hatása az, hogy kötelemeknek képezi alapját.”<sup>78</sup> Az előbbi, „az akarat szabad eltökélése” tekintetében azonban érdemes kihangsúlyozni, hogy itt „az akarat eltökélésének teljes szabadsága okvetlenül megkivántatik” fordulat nemcsak valamely elvontan, a maga absztrakciós szintjén vizsgálendő feltételt jelent, hanem átfogja a magatartás/jogügylet célzatát is, hiszen „feltételezi az akarat szabad eltökélését és irányzatát tárgyára”.<sup>79</sup>

Ugyanakkor az előzőekben részletezett két közös elem egymáshoz való viszonyát – a fentiekhez képest – némi következetlenséggel rendezi Wenzel Gusztáv: „A károsítások beszámításához megkivántatik: 1. hogy valóságos

<sup>75</sup> WENZEL GUSZTÁV: *A magyar magánjog rendszere*. 2. köt. Pest: Atheneum, 1872b, 285–286.

<sup>76</sup> WENZEL (1872b) i. m. 270.

<sup>77</sup> Vö. „Ezen szempontból nem csekély érdekel, hogy károsítás és kártérítés mint magában álló fogalom nálunk már a XV. század óta több országos törvényeinknek tárgya volt [...]; s hogy a Hármaskönyvben a károsítás kérdése egészen magában objective fölfogás szerint fejtegettük [...]” In WENZEL (1872b) i. m. 271.

<sup>78</sup> WENZEL (1872b) i. m. 270.

<sup>79</sup> WENZEL (1872a) i. m. 436.

károsítás bekövetkezett legyen; 2. hogy a kárt nem egyedül a vétkes eset (casus) okozta, hanem olyan tény, mely e tekintetben valamely beszámításképes személy cselekményére visszavezethető; 3. hogy ezen cselekmény jogellenes legyen; 4. hogy az név szerint is így cselekvő személynek vétségül, azaz vagy vétkül (culpa) vagy álnokságul (dolus) felrovattathassék; vagy különben 5. hogy valakinek a kár következtében nyeresége legyen.”<sup>80</sup>

Az 1. feltétel egyértelműen beazonosítható: a kár megléte. A 2. feltétel az 1. feltétel egy fontos kiegészítése, amely a casus nocet domino elve alapján pontosítja, hogy a kár csak abban az esetben eredményezheti kötelmi helyzet létrejöttét, ha legalább két alany kerül egymással úgy kapcsolatba, hogy a károsító és a károsult személye eltér egymástól. Együttal azt is megállapíthatjuk, hogy az 1. és a 2. feltétel – Wenzel Gusztáv hermeneutikai felosztására figyelemmel – inkább a cselekmény tényéhez közelítő körülmények.

A 3. feltétel: az önállóan nevesített és magára a cselekményre vonatkoztató jogellenesség, amely ez esetben kizárólag „az akarat szabad eltökélése” fordulattal azonosítható, mivel Wenzel Gusztáv a kárt külön nevesíti az 1. és részben a 2. feltételben, valamint külön szól „az akarat [szabad eltökélése és] irányzatáról” és részben „az akarat eltökélésének indokairól” a 4. és 5. feltételekben, azzal a megszorítással, hogy ez utóbbi két feltétel már inkább a beszámítás kérdését részletezi.

Ezt a feltételrendszert alapul véve pedig megállapíthatjuk, hogy a jogellenesség minősítése (megléte/mibenléte) a fentebb kiemelt két közös feltétel közül alapvetően mégis csak az egyikhez, nevezetesen „az akarat szabad eltökélése” fordulathoz kötődik, mellyel Wenzel Gusztáv ismételt – és ennyiben legalábbis a hermeneutikai célkitűzéseikhez következetesen – a cselekvő személyében fellelhető, illetve a cselekvő személyéhez köthető minősítésként/körülményként határozza meg a jogellenességet, amely így azonban egyfelől nem köthető a cselekmény tényéhez, másfelől nem azonosítható a cselekmény eredményével, a károkozással sem!

Mindez pedig különösen érdekes összevetésre ad lehetőséget, hiszen a fentebb írtakkal mind időben, mind térben párhuzamosan jelentkezett a 19. század második felében a vétkességű, s így látszólag a cselekvő személyétől is független veszélyes üzemek fokozott felelőssége iránti elementáris igény. A vasút, a gőzhajó, az autóközlekedés, és a nagyipari technológiák megjelenésével olyan újfajta és mindenkit érintő veszélyek álltak elő, melyeknek közös jellemzőjük, hogy a legcsekélyebb figyelmetlenség is igen súlyos következményekkel (károsítással) járhat. Márpedig a kártérítés mértéke az évszázadokon át tökéletesített vétkességi fokozatokhoz igazodott, s még a hazánkban érvényre jutó Osztrák Polgári Törvénykönyv rendelkezései szerint is, csak szán-

<sup>80</sup> WENZEL (1872b) i. m. 271.

dékosság és súlyos gondatlanság esetén kellett teljes kártérítést nyújtani.<sup>81</sup> A jogalkalmazás nehézségét pedig csak fokozta, hogy az így jelentkező veszélyforrások nemcsak minőségileg voltak újak, hanem tömegesen, folyamatosan növekvő mértékben jelentkeztek a mindennapi életben. A nagyüzemek esetében a technika bonyolultsága miatt a bizonyítási teher is megoldhatatlan problémát okozott a károsultaknak, de hasonlóképp nehéz volt találni egyéni felelősöket a nagyüzemekben belül, sőt az ilyen hibák – egyfelől tömeges előfordulásuk, másfelől személytelen mivoltuk okán – egyre kevésbé minősültek erkölcsi elítélést kiváltó magatartásnak.

Ezek következtében pedig a vétkességi kategóriák alkalmazhatatlanná váltak a veszélyes üzemek körében, amelyek közül a vasút volt az első, általánosan elterjedt és mindenki által szembetűnően sok károsítást okozó veszélyes üzem. Mindennek pedig az lett a következménye, hogy a polgári jogi jogellenesség, mint magatartásmérték fogalmának első – az előzőekben vázolt történeti és „quasi” jogellenesség-kezdeményekhez képest is – konkrét és kifejezett tudatosulása a magyar magánjogban érdekes módon éppen egy kivételes deliktuális felelősséggel, a vasút, mint veszélyes üzem fokozott felelősségének szabályozásával együtt jelentkezett. Ezzel pedig megindul a magyar szokásjogi fejlődésben az a folyamat, mely a vétkes felelősségnek egyre nagyobb érvényesülését nyitja meg a magyar magánjogban.

A jogtörténeti és dogmatikai indok kézenfekvő: a vétkesség elve által uralt – bár magyar viszonylatban kodifikálatlan – deliktuális felelősségi alakzat lényegi tényállási eleme kiesik a veszélyes üzemi felelősség megjelenésével, amely amellet, hogy szükségképpen új, legitimáló – és a vétkességi elmülethez hasonlóan „domináns” – elmélet(ek) megalkotását teszi szükségessé, egyúttal ráirányítja a figyelmet a polgári jogi felelősség megállapításának egyéb, bár a vétkesség elvén alapuló felelősségi alakzatban is megtalálható, mégis kevésbé uralkodó (ennek megfelelően kevésbé is kidolgozott) tényálláselemeire. Így, mindennek előtt, a vizsgálódások homlokterébe kerül a kár és az okozatosság, vagyis a cselekmény tényéhez köthető külső körülmények, de a jogellenesség, mint a cselekvő személyéhez köthető körülmény is előtérbe kerül, legalábbis az egységes felelősségi-rendszeralkotási igény lehetőségének, mint egyfajta kötelező jogtörténeti hagyomány fenntartásának reményében.

A kihívást ugyanakkor az jelenti, hogy a veszélyes üzemek esetében nagyon nehéz megtalálni a cselekvő személyében – Wenzel Gusztáv fogalomrendszerét használva – az akarattehetséget és az akarat eltökélését, de még esetenként az akarat nyilvánítását is.

<sup>81</sup> ABGB § 1324: „In dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens; ist der Beschädigte volle Genugthuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt.“

Az 1874. évi XVIII. törvénycikk, a vaspályák által okozott halál vagy testi sértés iránti felelősségről már az 1. §-ban rendelkezik a kárról és az okozatosságról: „1. § Ha valamely, habár a közforgalomnak még át nem adott vaspályaüzemnél valaki életét veszti, vagy testi sértést szenved, az ezáltal okozott károkért az illető vaspályavállalat felelős, kivéve, ha a vállalat bebizonyítja, hogy a halált vagy testi sértést elháríthatatlan esemény (*vis maior*), vagy egy harmadik személynek elháríthatatlan cselekménye, melyet a vaspályatársulat megakadályozni képes nem volt, vagy a megholtnak, illetőleg a sérültnek saját hibája okozta.” Azaz a fenti törvény – a porosz vasúti törvényhez hasonlóan – az objektív felelősséget írja elő, kivételt teremtve a vétkességi felelősség főszabálya alól.<sup>82</sup> Sőt a berendezés hiányossága, mint tárgyi hiba, tekintet nélkül a tulajdonos szubjektív vétkességére, alapot nyújtott a tulajdonos felelősségre vonására minden olyan esetben, amikor nem tudta bizonyítani, hogy a bekövetkezett káresemény *vis maiorra*, harmadik személy elháríthatatlan közrehatására vagy a sértett hibájára vezethető vissza. De vajon miként rendelkezik, rendelkezik-e egyáltalán a törvénycikk (vagy még inkább a mögöttes jogalkotói szándék) a jogellenesség kérdéséről? Jogellenes-e a vaspályavállalat magatartása? És végső soron, lehet-e a jogellenesség, mint emberi magatartásmérték eszközével mérni és értékelni a „nem közvetlenül emberi személy” által tanúsított cselekményeket?

Ez az a pont, ahol a felelősségi kérdés részben átfedést mutat megítélésünk szerint a jogi személy problematikájával: „Ha igaz az a régi tétel, hogy „*omne jus hominum causa constitutum*”, vagy a nagy Savignynek a mondása, amely szerint minden jog az emberek erkölcsi szabadságának az érdekében áll fenn, hogyan birhatnak akkor nem emberek is jogokkal? Ha igaz az, aminthogy igaz, hogy a jog „*norma agendi*”, cselekvési szabály, s hogy cselekedni csupán az ember képes, hogyan rendelkezhetnek akkor jogokkal nem emberek is? E kérdésekben rejlik a jogi személy problémájának a magva, e probléma különös érdekessége, de egyúttal legnagyobb nehézsége is.”<sup>83</sup> Moór Gyula maga adja meg a választ monográfiájában: „E kérdés megoldásánál tekintettel kell lennünk arra, hogy ha nagyban és egészében igaz is a *hominum causa constitutum omne jus* paroemiájában kifejezett tétel, mégis lehetnek olyan nagy közösségi érdekek, olyan magasabb személytelen célok, amelyeket igen nehéz volna egyes emberek érdekeire bontani széjjel. [...] Annak a személytelen érdekeknek vagy közösségi célnak a kidomborítása – amelynek a szolgálatára

<sup>82</sup> Érdemes ugyanakkor megjegyezni, hogy az 1874.évi XVIII.törvénycikk haladőbb lett még a mintául szolgáló 1871.évi Reichshaftpflichtsgesetz-nél is, amennyiben az csak a törvény 1.§-át vette át, de annak gyárakra, bányákra vonatkozó 2.§-át már nem. Ez utóbbi szakasz ugyanis csak abban az esetben állapítja meg a vállalat felelősségét, ha a baleset az alkalmazott hibájából következik be.

<sup>83</sup> MOÓR GYULA: *A jogi személyek elmélete*. Budapest: MTA Jogi Tudományi Bizottságának Kiadványszorozata, 2. szám, 1931, 44.



a jog a jogi személyeket megalkotja és amely ezen esetben a szervi cselekvés-ként minősülő emberi cselekvések egységbefoglalásának vezérelvül szolgál<sup>84</sup> – figyelmeztet bennünket arra is, hogy sok tekinteten igaza van a célvagyoneleméletnek és a Szász–Schwarz-féle elméletnek, amelyek azt a célt, amelyet a jogi személy szolgálni hivatott, állítják felfogásuk homlokterébe.<sup>85</sup> Bár Moór Gyula alapvetően kritikusan viszonyult mind a célelemlethez, mind az érdekelmélethez,<sup>86</sup> elismerő sorainak magyarázata valószínűleg abban a felismerésben keresendő, hogy „Szász–Schwarz fejtegetéseiből kitűnik azonkívül az is, hogy ha az érdeket az érdekhordozótól elválasztandónak tekintette is, az akaratot maga sem tartotta az akarat hordozójától elválaszthatónak”.<sup>87</sup>

A veszélyes üzemi felelősség körében kidomborított „közösségi cél” és „személytelen érdek” pedig nem más, mint a „magánjog [...] igazsága”-nak őszinte beismerése, amely „nem az akarat jutalmazásában vagy fenytetésében, hanem a gazdasági kiegyenlítésben áll, mely nemcsak a károsító szándékával, hanem a károsított kárával is számol [...]”.<sup>88</sup> Márpedig a vasúti közlekedéssel együtt járó fokozott balesetveszély, és az ebben esetlegesen érintett károsultak számának és az okozott kár mértékének mennyiségi növekedése indokolta a vétkességtől, tehát az egyéni akarattól független felelősség megállapítása tényállásának megteremtését, így megnyitva az utat a jogosulatlan vagyoneletolódások kiegyenlítése előtt. A törvényhozói szándék tehát kettős: a károsult sérelmek könnyebb reparációja a bizonyítási teher megfordításával, s ezáltal prevencióként a vaspályavállalatok nagyobb fokú gondosságra készítése. Végső soron tehát útjára indul a magánjogi felelősség közjogiasodása, ahol az egyén érdekei megvédésének – Reinitz megfogalmazását is felhasználva – csak „a társadalom összességének érdeke szab határt”.

Visszatérve ugyanakkor vizsgálódásunk szűkebb tárgyához és egyben az eredeti kérdésfeltevéshez: jogellenes-e a vaspályauzem károkozó magatartása? Bár maga az 1874. évi XVIII. törvénycikk kifejezetten nem említi a jogellenesség fogalmát, de egyfelől megállapítja a vaspályavállalat kártérítési felelősségét, másfelől utaló szabályként a 11. §-ban kimondja, hogy a „Jelen törvény 1. §-ban nem érintett károk megtérítésére nézve továbbra is fennálló törvények, szabályok és gyakorlat követendő.” Mindezek, valamint a jog logikai

<sup>84</sup> Vö. „Moór okfejtését leginkább [az érdekelmélet] indirekt cáfolat[á]nak nevezhetjük. Eltérően tehát az érdekelmélettel szemben felhozott szokásos érvtől [...], a cáfolatot Moór nem egy konkrét jogalany, hanem egy konkrét alanyi jog szempontjából fogalmazta meg, a joggyakorlás kötöttségei helyett a gyakorolt jog által kijelölt személyekre kérdezve rá.”; in TERCSÁK TAMÁS: *A joggal való visszaélés*. Budapest: ELTE Állam-és Jogtudományi Kar, 2003, 53.

<sup>85</sup> MOÓR (1931) i. m. 321.

<sup>86</sup> Lásd részletesen TERCSÁK (2003) i. m. 50–54.

<sup>87</sup> MOÓR (1931) i. m. 255.

<sup>88</sup> SCHWARZ GUSZTÁV: *Ujabb magánjogi fejtegetések*. Budapest: Politzer Zsigmond és Fia kiadása, 1901, 219.

zártóságának az elmélete szerint,<sup>89</sup> a jog akkor is beszél, amikor hallgat: amiről hallgat, az számára közömbös, vagyis mindent szabad, amit nem tilos; és fordítva, amikor emberi cselekvést ír elő, alanyi vonatkozásokat szabályoz: alanyi kötelezettségeket és jogokat teremt, amelynek jogi hatása, hogy e cselekvés véghezvitele következményeként valamely más emberi cselekvést ír elő jogi köteletség gyanánt. Mindezt a vizsgált tényállási esetre alkalmazva: ami tilalmazott (vaspálya-üzem körében történő károkozás), azt nem szabad, tehát jogellenes.

#### 4.2. Jogellenesség versus felelősség

Marton Géza helytálló és tömör értékelése e fejlődési csomóponttól, miszerint: „Az „ipari culpának” (ahogy nevezték) ez a tana fél lábával tehát még a vétkesség gondolatára támaszkodott ugyan, hogy mentse az alapelvet, lényegében azonban már tárgyi felelősséget foglalt magában.”<sup>90</sup>

Mindezekkel összhangban Zlinszky Imre is „A tiltott cselekményekből származó magánjogi kötelmek” fejezetcím alatt tárgyalja a vasút fokozott felelősségét.<sup>91</sup> Saját megfogalmazása szerint: „tiltott cselekmény alatt a magánjog terén minden oly cselekmény értetik, mely által valaki más jogkörét törvényellenesen megsérti, s annak folytán magánjogilag felelőssé válik.”<sup>92</sup> Az ilyen cselekménynek a kellékei: 1. a cselekmény ténye (befejezett volta), vagyis annak kísérlete még önmagában elégtelen; 2. „a cselekménynek tárgyilagosan (objectiv) jogellenesnek kell lennie [...], mert ha valaki jogával él, nem követ el tiltott cselekményt, habár másnak hátrányt okoz is”;<sup>93</sup> 3. a cselekmény beszámítható legyen annak tanúsítójának, mert „oly egyén, ki nem bir akaratképességgel nem követhet el nékie beszámítható tiltott cselekményt”;<sup>94</sup> 4. a cselekvő akarata célzottan átfogja a tiltott cselekményt; 5. s végül a cselekvő előre lássa cselekményének törvényellenes eredményét. Azaz, Zlinszky Imre – Wenzel Gusztávhoz hasonlóan – egyszerre érti, tárgyalja és végső soron értékeli a tilos cselekmények alatt a cselekvő személyét és a cselekmény tényét. Így elmosódnak a határok a kárkötelem léte (jogellenes cselekmény) és a felelősség (beszámítás) között, amely így tompítja például a veszélyes üzemi felelősség körében is kidomborodó dogmatikai és jogalkalmazási nehézségeket. Ezt a fogalmi pontatlanságot erősíti tovább, hogy Zlinszky Imre például csak a fenti feltételek maradéktalan teljesülése esetén tekinti a jogellenes cselek-

<sup>89</sup> MOÓR GYULA: *Bevezetés a jogfilozófiába*. Budapest: Filozófiai Könyvtár, 1923, II. 240–243.

<sup>90</sup> MARTON GÉZA: *A polgári jogi felelősség*. Budapest: Triorg Kft., 1993, 92. pont.

<sup>91</sup> ZLINSZKY IMRE: *A Magyar magánjog mai érvényében különös tekintettel a gyakorlat igényeire*. Budapest: Franklin-társulat, 1894, 577–578.

<sup>92</sup> ZLINSZKY (1894) i. m. 144.

<sup>93</sup> ZLINSZKY (1894) i. m. 145.

<sup>94</sup> Uo.

ményt deliktumnak, amelynek további felosztása – a cselekvő akaratára figyelemmel – lehet *dolus* vagy *culpa*. Hasonlóan következtelen, így valószínűsíthetően nem tudatos a fogalomhasználat a „jogellenes”, a „tilos” és a „törvényellenes” kategóriák tekintetében is, amelyeket Zlinszky Imre szinonim fogalmakként használ, s mind a cselekményt, mind a cselekvő akaratát értékeli a vétkességre tekintet nélkül. Mindezeknek megfelelően Zlinszky Imre a vaspályavállalat által okozott károkért való felelősséget – a jogi tények csoportosítását alapul véve – jogellenes emberi magatartások körében tárgyalja, azonos magánjogi kötelemnek minősítve vele együtt az egykori hatalmasságokat (ölés és súlyos testi sértés; másnak szabadságtól való megfosztása; becsületsértés; stb.), az egykori girás pereket (marhák általi károkozásokat<sup>95</sup>), a szerzői jogbitorlást<sup>96</sup> vagy éppen az uzsora vétségét.<sup>97</sup>

Schwarz Gusztáv ugyanakkor a vétlen felelősségről szóló tanulmányában – alapul véve az 1874. évi XVIII. törvénycikk hivatalos indoklásában is megfogalmazott vétkességi vélelmet, valamint az azt feldolgozó magánjogi tankönyvek és egyéb tanulmányok, döntvények megfogalmazását – kifejezett kritikával ír minderről: „[...] fictiókkal takargatja itt csakugy, mint a magánjog számos más terén, a való tényállást, és csakhogy a maga alapelvét »poena sine fraude (*dolo, culpa*) esse non potest« (fr. 131. Pr. D. de V. S. 50. 16.) megmentse, vétkességet költ olyan esetekben is, melyeket elfogulatlan ítélet csakis a »vétlen felelősség« rovata alá sorozhat.”<sup>98</sup> Önnön igazolására példálózó felsorolását adja még azon római jogi tételeknek is, amelyek a vétkességre való tekintet nélkül mondják ki a felelősséget, s tesznek felelőssé olyan személyt, aki az okozott kárban „teljességgel ártatlan”, ezzel is hangsúlyozva, hogy „az elv: »*quae sine culpa sunt a nulla praestantur*« feldől és helyébe lép annak merő ellentéte: a vétlen felelősség elve.”<sup>99</sup> Egyúttal, már-már indulatosan kéri számon az őszinte beismerést a magánjog terén: „Mint mindenütt e tökéletlen világon, ugy itt is a cselekményt nemcsak az akarat, hanem az eredmény szerint is itélik meg.”<sup>100</sup> Mindezek előrebocsátását követően, sőt még Zlinszky Imre tankönyvi besorolását is bírálva – amelyben a vaspályá üzemek által okozott károkért való felelősséget a szerző a „tiltott cselekményekből származó kötelmek” címben tárgyalja – javasolja bevezetni a „vétlen tilos cselekményekért való felelősség” kategóriáját. Azaz ehelyütt Schwarz Gusztáv bevezeti a magánjogi jogellenesség, mint emberi magatartásmérték

<sup>95</sup> Vö. a Hármaskönyv III. részének XXXIII. cikkely és az 1840. évi IX. törvénycikk kapcsán Frank Ignácnál írtakkal.

<sup>96</sup> 1874. évi XVIII. és 1884. évi XVI. törvénycikkek.

<sup>97</sup> 1883. évi XXV. törvénycikk.

<sup>98</sup> SCHWARZ (1901) i. m. 219–220.

<sup>99</sup> Uo.

<sup>100</sup> SCHWARZ (1901) i. m. 218.

sajátos csoportosítását, amelyben különbséget tesz az objektíve jogellenes (vagyis a „vétlen tilos”) és a szubjektíve jogellenes (vagyis a „tilos”) cselekmények között. Ebben a dichotómiában az objektíve jogellenes („vétlen tilos”) magatartás független tanúsítójának esetlegesen szubjektíve is rendellenes tudatától vagy akaratától. A magatartás jogellenes minőségét itt a rendellenes eredmény, azaz végsős soron maga a cselekmény ténye objektíve keletkezteti: „A jogellenesség büntető czélú következményei ily személyekkel szemben nem állnak ugyan be, mert a büntetés czélja (vagy egyik főczélja) retorsio a jogellenes akarat ellen, megtörése vagy legalább meghajlítása a gonosz akaratnak – ahol pedig ily akarat nincs, ott a büntetésnek se oka, se czélja. De a vagyoni jogi kiegyenlítés az akarat nélküli embervagyonából is történhetik, és tényleg a jogellenes (bár vétlen) cselekmény kártérítő következményei a cselekvőképtelen ember vagyonát is érik. [...] Az örültnek, gyermeknek is vannak kötelességei, azaz a jog parancsai, tilalmi nekik is szólnak. Ha e kötelességnek eleget nem tesznek, jogellenességet követnek el, nem vétkes jogellenességet ugyan, mert magaviseletük nem hibás akarat következménye, de mégis (vétlen) jogellenességet”, mert „[...] a cselekvőképtelenre is áll a jogparancs: »térítsd meg a kárt, amelyet okoztál«, noha e kötelezettségéről tudomása nincs és nem lehet.”<sup>101</sup>

Vagyis ebben az esetben, a veszélyes üzemek körében a jog a magatartást kizárólag a tárgyi jog mércéjével méri, és nincs tekintettel a magatartás tanúsítójának a cselekvő személyére, csak a cselekmény tényére. Azaz a jogellenesség, mint emberi magatartásmérték objektív jellege mögött itt önmagában a tárgyi jogszabályba, ti. a károkozás tilalmába ütközés áll. Ez azonban azt is megmutatja, hogy Wenzel Gusztáv által – hermeneutikai célkitűzésekre figyelemmel – kimunkált fogalmi rendszer („az akarat szabad eltökélése” és „a károsítás”) csak olyan mód tartható fenn, ha a jogellenesség, mint emberi magatartásmérték egyszerre, bár esetről esetre változó intenzitással köthető mind a cselekvő személyéhez, mind a cselekmény tényéhez is. Ugyanerre a következtetésre jutunk akkor is, ha összehasonlítjuk Schwarz Gusztáv által bevezetett felosztást („tilos” és „vétlen tilos”) Wenzel Gusztáv által javasolt felosztással („tiltott cselekmények”, vagy más néven „magánjogi bántalmak” és „károsítások”).

A szubjektíve jogellenes („tilos”) magatartás Schwarz Gusztávnál az elkövető akaratára koncentrál: „czélja (vagy egyik főczélja) retorsio a jogellenes akarat ellen, megtörése vagy legalább meghajlítása a gonosz akaratnak”,<sup>102</sup> míg a „tiltott cselekmények” (vagy más néven a „magánjogi bántalmak”) alatt Wenzel Gusztáv szerint „azon jogellenes cselekményeket értjük, melyek nem

<sup>101</sup> SCHWARZ (1901) i. m. 222–223.

<sup>102</sup> Uo.

csupán károsítást, hanem valóságos jogsértést eredményeznek, melyek mindazáltal sem gonosz szándéknál (*dolus*), sem a közrend és csend háborításánál fogva tiszti bűnvád vagy keményebb rendőri fenyték tárgyává nem tétethetnek; hanem a sértett fél magánkeresetere szolgáltatnak okot és alapot.”<sup>103</sup> Ez utóbbi azonban nem szűkíthető le csak és kizárólag a hatalmaskodás eseteire, így több olyan közös területet is érint, mely alapja lehet az érdemi összehasonlításnak a „tiltott cselekményekkel”: „A magánjogi bántalmak fogalma a tulajdonképi büntettek és rendőri kihágások nem kevésbé, mint az egyszerű károsítások fogalmától lényegesen különbözik; ámbár tényálladékát tekintve, sokszor büntetté vagy rendőri áthágássá fajulhat, néha pedig csupán kártételt foglal magában.”<sup>104</sup> Ezen közös területek egyike, a Frank Ignácnál már tárgyalt 1840. évi IX. törvénycikk a mezei károsításokról, mely a károsítás és a hatalmaskodás szabályait egymásra is reflektálva szabályozza, amennyiben a 39. §-ban kimondja, hogy a mezei károk megtérítésére rendelt szabályok felülírják a hatalmaskodásra vonatkozó korábbi szabályokat: „[...] a mezei károsítások alkalmával elkövetett erőszakoskodásokat nem a kisebb hatalmaskodási, hanem kétszeres kármentesítési, s azonkívül pénzbeli és fogsági, és illetőleg a »tethhez arányzott« büntetéssel sújtja; egyszersmind azt rendelvén, hogy a mennyiken a mezei, a kerti, szőlőbeli, erdei, vagy közutakon és hidakon elkövetett károsításokra vonatkozó határozatai az addig fennállt törvényes rendeletekkel összeütköznenek, ezeknek ne legyen többé kötelező ereje.”<sup>105</sup> Vagyis a károsítás alkalmával – akár még csak járulékos jelleggel is – elkövetett hatalmaskodás más szempont alá esik, bár a szándékosan okozott kár ez esetben is általában kétszeresen<sup>106</sup> térítendő meg, azzal a megszorítással – mintegy visszaidézve a hatalmaskodás okán kiszabott „emberdíj” (*homagium*) és „bírság” (*birsagium*) történeti<sup>107</sup> különbözőségét,<sup>108</sup> ti. az előbbi a sértett félnek járt, az utóbbi pedig a bíró és a sértett fél között került felosztásra –, hogy a kár egyszeri megtérítése a károsultat, a többi pénzbeli bírság

<sup>103</sup> WENZEL (1872b) i. m. 285–286.

<sup>104</sup> Uo.

<sup>105</sup> WENZEL (1872b) i. m. 293–294.

<sup>106</sup> 1840. évi IX. törvénycikk 8., 9., 10., 13., 14., 23., 32., 33., 35., 43. §§.

<sup>107</sup> Vö. „Máskélepen értjük a homagium-ot a közönséges használat szerint, és akkor nem egyéb, mint az emberölők pénzbeli büntetése, vagyis becstüje; mely abban áll, hogy az emberölők azon megérdemelt egyéb büntetéseken kívül, melyeket az emberölés mellett netalán elkövetett hatalmaskodásokért kiszabni szoktak, fejük becstüje szerint váltásák meg magukat azoktól, a kiket illet.”; in WERBŐCZY, i. m. (Harmadik Rész – V. cím, 2. §.) 487–488.

<sup>108</sup> Vö. Melczér István, hétszemélynök, utóbb kir.személynök álláspontjával a régi Büntető törvény kapcsán folytatott vitában: „[...] az évek hosszú során maguk a bírák is félremagyarázatok által oly változásokat idéztek elő, melyekből már most kibontakozni alig lehet. Ezek sorába teszem én a homagiumot is, mely most a Werbőczy tanától csakugyan különbözőleg alkalmaztatik. A hajdankori törvényeink oly egyszerűen szépek, hogy azokért okunk nincs bárki előtt is pirulnunk; az idők folytán fölébők nőtt burján az, mi szépségüket eltakarja s nüket a benemavatott irigy idegen nem érthet.”; in RÁTH (1861) i. m. 302.

pedig rendszerint az eljáró hatóságot illeti meg.<sup>109</sup> Azaz mind a „tilos” cselekmények”, mind a „magánjogi bántalmak” kategóriája alatt alapvetően a cselekvő személye, s csak járulékosan a cselekmény ténye kerül értékelésre: elsődleges célként hajlítja az emberi akaratot és csak másodlagosan szolgálja a vagyoni jogi kiegyenlítést.

A másik fogalmi páros: az objektíve jogellenes („vétkes tilos”) magatartás, amelyet Schwarz Gusztáv szerint „nemcsak az akarat, hanem az eredmény szerint is itélik meg”,<sup>110</sup> továbbá a Wenzel Gusztáv által megkülönböztetett „egyszerű károsítás, mely egyéb jogsértést nem foglal magában”.<sup>111</sup> E tekintetben legalább két körülmény óvatosságra int az összehasonlítás során: az egyik az, hogy Wenzel Gusztáv nemcsak nem szól külön a vasút fokozott felelősségéről, de általában sem tárgyalja a veszélyes üzemi felelősséget, mint a vétkességi elv által uralt felelősségi rendszer alóli kivételt; a másik pedig, hogy szintén Wenzel Gusztáv nem részletezi az „egyszerű károsítás” fogalmát, csak a „magánjogi bántalmakat” taglalja. Hasonlóképp visszafogottságra szorít a következtetések levonása terén az a körülmény, hogy sem Wenzel Gusztáv, sem Schwarz Gusztáv nem említ további kivételes felelősségi eseteket, mint például a kereskedelmi törvény 272. §-át, amely a kereskedelmi ügyekre nézve a teljes kártérítést írta elő enyhe (!) gondatlanság esetén is, tehát ilyen esetekben a kártérítésre jogosult a valóságos kárt és az elmaradt hasznot egyaránt követelhetette.<sup>112</sup> A fenti megszorításokra is figyelemmel megállapíthatjuk ugyanakkor, hogy a „vétkes tilos” és „egyszerű károsítás” körében kevésbé a cselekvő személye, még kevésbé a védett jogtárgy (pl. személyiségi jogok, emberi élet, egészség stb.), mint a károkozás tilalma a meghatározó tényező: itt tehát elsődlegesen a cselekmény tényére koncentrálnak az emberi magatartás-mérték.

### 4.3. „Szelíd erőszak” – az osztrák–német hatás

4.3.1. A 19. század második felében – messze túlnyúlva a provizórikus időszakon is – meghatározóvá váltak a magyar magánjogi jogviszonyokban – különösen az élő joggyakorlat útján – az Osztrák Polgári Törvénykönyv rendelkezései, melynek szálait – bár hatalmukban állt volna – az Országbírói Értekezlet tagjainak többsége nem szándékolt elvágni. Már az értekezlet második

<sup>109</sup> 1840. évi IX. törvénycikk 43. §: „Az okozott költségeknek és károknak egyszeres pótlása mindenkor a károst illeti; a hol azonban a kártétel a költségeknek egyszeres megtérítésén felül a kárnak kétszeres pótlásával rendeltetik fenyítettetni, a kárnak illy módoni másodszeri megtérítése, úgy szintén a hajtópénznek másodszeri megfizetése, valamint egyéb, jelen törvényszakaszokban szabott pénzbeli bírságok – ide nem értve a 30, 31, és 37-dik §-nak kivételképpen rendeletét – a megyei vagy városi pénztárt fogják illetni.”

<sup>110</sup> SCHWARZ (1901) i. m. 218.

<sup>111</sup> WENZEL (1872b) i. m. 270.

<sup>112</sup> HORVÁTH (2006) i. m. 331.

ülénapján körvonalázódott az a többségi vélemény, melyet híven adnak vissza Horváth Boldizsár, későbbi országbírói ítélőmester szavai: „A kik a magyar törvények rögtöni visszaállítása mellett harcolnak, azok – szerény nézetem szerint – összezavarják a jus publicumot a jus privatummal. A jus publicum a közhatalom törvénykönyve levén, ezzel szoros és elválaszthatatlan kapcsolatban áll; vele bukik s támad föl újra [...]. Azonban a jus privatum más szempontok alá esik. [...] A jus publicummal csak annyiban áll kapcsolatban, a mennyiben ettől több vagy kevesebb biztosítékot nyer vagy remél; s abban mindenesetre messze eltérnek egymástól, hogy a míg a közhatalomra nézve életkérdés az ötet illető jus publicumot rögtön érvényre juttatni s birtokba venni: ellenkezőleg a jus privatum terén a rögtönzés épen azon nagy érdekeket sértené meg, a melyekért a jus privatum létezik, vagy is a melyeknek összegét az képezi. [...] Az ország ez eljárásban bizonyosan meg fog nyugodni, mihelyt kellően fölvilágosítva lesz arról: hogy a törvényesség iránti vágya teljesítve lőn azon végső határvonalig, a melyen túl már a törvénytelenység bonyodalmai kezdődnek [...]. A magyar nemzet eléggé józan és gyakorlati tapintattal bír, semhogy a lehetetlenséggel saját érdekében alkura ne lépne; eléggé nemes, semhogy a nemzeti becsületet egy tabula rasa, vagy moratorium eszméjének feláldozná.”<sup>113</sup> Így valójában nemcsak a Magyarország és Erdély egyesítésének részletes szabályozásáról szóló 1868. évi XLIII. törvénycikk tartotta meg hatályában az Optk. rendelkezéseit Erdélyben,<sup>114</sup> illetve az Országbírói Értekezlet formálisan is fenntartotta az osztrák telekkönyvi rendelkezéseket Magyarországon,<sup>115</sup> hanem azok valójában mindaddig gyakorlatban maradtak, ameddig a magyar magánjogi viszonyok Optk.-hoz fűződő – legalább formális – kötelekeit a folyamatos, egymásra építkező, több évtizedes jogalkotási munka eredményeként megszülető törvények el nem oldozták.<sup>116</sup> Ez pedig gyakorta követhetlenné tette az éppen hatályos magánjogi rendelkezések azonosítását is: „A magyar országgyűlés által 18 év alatt alkotott törvények az osztrák általános polg.törvénykönyvnek igen sok rendelkezését ér-

<sup>113</sup> RÁTH (1861) i. m. 33–36.

<sup>114</sup> 1868. évi XLIII. t.c.z.: „12.§ Azon törvények alkalmazása, a melyek Magyarország és Erdély törvényhozásának egyesülését megelőzőleg, Magyarország külön országgyűlésén alkottattak az erdélyi területre nézve, a mennyiben szükséges lesz, törvényhozás útján fog eszközöltetni. Addig is azonban ezen országgyűlésnek 1867-dik évi márczius 8. és 11-én kelt, s a ministeriumot az igazságszolgáltatás terén szükséges intézkedések megtételére felhatalmazó határozata a maga épségében tartatik fenn.”

<sup>115</sup> Az 1861. évi Országbírói Értekezlet megállapított javaslatai: „I.145. § A jog és vagyon biztonsága s ezen alapuló közhitel a telekkönyvi rendszerrel szoros egybefüggésben levén, ez okból s egy magyarországi hitelbank mielőbbi életbeléptetése végett az 1855-ik december 15-én a telekkönyvek tárgyában kiadott és eddig gyakorlatban volt rendelet, az erre vonatkozó későbbi pótló határozatokkal együtt az országgyűlés végleges intézkedéseig, hatályában fennmarad, mindazonáltal a következő kiegészítéssel.”

<sup>116</sup> Vö. „A bírói gyakorlat sokkal szélesebb körben folyamodott kiegészítőül az Optk.-hoz, semmint azt az ITSz kötelezővé tette. A Kúria azonban határvonalat vont az Optk. formai hatálya és „példaképlül való felhasználása” között. [...] Az Optk.-ból – és bizonyos mértékig más külföldi jogokból – recipiált elvek lassanként átmentek a jogászai köztudatba.”; in LÁBADY (1997) i. m. 85.

vényen kívül helyezték, illetve módosították, minélfogva a törvénykönyvnek gyakorlati használata, főleg az újabb jogászokra nézve nem egy hátrányos következménynek is lett okozója.<sup>117</sup>

A vizsgált jogellenesség, mint emberi magatartásmérték szempontjából különösen fontos, hogy az Optk. felelősségi rendszere – melyet annak harmincadik fejezete tartalmaz „A kártérítés és elégtételi jogról” címmel – a kötelmi jog általános és közös szabályai körében nem különbözteti meg – elvi szinten – a szerződéses és a szerződésen kívüli felelősséget, hanem annak eseteit egymást követően tárgyalja a kártérítés körében, amely így természetesen nem segíti elő sem a magyar jogtudományban, sem a joggyakorlatban – még az oly aktív királyi Kúria tevékenysége mellett sem – a jogellenesség, mint önálló magatartásmérték nübenlétét meghatározni törekvő jogfejlesztő kezdeményezéseket. A kártérítési kötelezettség megállapításáról az Optk. 1295. §-a a következőképp rendelkezik: „Mindenki jogosítva van a kártevőktől azon kár megtérítését követelni, melyet az neki vétke által okozott; okoztatott a kár valami szerződési köteletség megszegése által, vagy szerződésre való vonatkozás nélkül.”<sup>118</sup> A 1295. § két szempontból is rendkívül haladó. Egyfelől azonos szabályok alkalmazását rendeli a szerződéses és szerződésen kívüli felelősség körében, amelyet – visszatérve a római jogi megkülönböztetésre az abszolút (dologi és személyi) és a kötelmi alanyi jogok védelme között – utóbb az Első tervezet, s majd az Mtj. sem vett át, elfedve ezzel a felelősségi fogalmi-rendszer, így a jogellenesség alapvető problémáit. Másfelől pontosan meghatározta, hogy a kártérítési kötelezettség megállapításának – mind a deliktuális, mind a kontraktuális viszonyokban – három tényállási eleme van: *a)* kár; *b)* vétkek (Verschulden), *c)* a kettő közötti okozati összefüggés. A jogellenesség, mint emberi magatartásmérték, csak a vétkes károsítás forrásainak részletezésénél kerül említésre az Optk. 1294. §-ában: „A kár egy másíknak vagy jogellenes cselekményből vagy elmulasztásból, vagy véletlen esetből ered. A jogellenes megkárosítás vagy önkénytelen, vagy önkénytelenül tétetik. Az önkénytes károsítás pedig, részint gonosz célzaton alapszik, midőn a kár tudva és akarva, részint hibán, midőn az vétkes tudatlanságból, vagy a kellő figyelem, vagy a kellő szorgalom hiánya miatt okoztatott. Mind a kettő vétkeknek neveztetik.”<sup>119</sup> Azaz a jogellenesség csakis aktív és passzív emberi magatartáshoz kötődik, mely az elkövető akaratára tekintettel lehet „önkénytes” és „önkénytelen”. Előbbi körébe tartozik a dolus és a culpa, mint szubjektív jellegű felelősségi esetek. Ugyanakkor az „önkénytelen jogellenes cselekmény” és a „véletlen eset” kategorizálásához szükséges az Optk. 1306. §-át is beidézni:

<sup>117</sup> H. HALLER KÁROLY: *Az Osztrák Általános Polgári Törvénykönyv (szövege) jelenleg még érvényes alakjában*. Budapest: Az Atheneum R.-Társulat kiadása, 1884, 3.

<sup>118</sup> H. HALLER (1884) i. m. 310–311.

<sup>119</sup> Uo.



„Azon kárt, melyet valaki vétken kívül, vagy önkénytelen cselekmény által okozott, rendszerint nem tartozik megtéríteni.”<sup>120</sup> Ezen – legalábbis a két esetkör párosítását tekintve mindenképpen – meglepő főszabállyal harmonizál az Optk. 1313. §-a is, amely nem azt rögzíti, hogy adott helyzetben a jogalany más magatartásáért is helytállni tartozhat, hanem éppen ellenkezőleg: „Mások jogellenes cselekményeiért, melyekben valaki részt nem vett, rendszerint nem is felelős. Még azon esetekben is, hol a törvények ellenkezőt rendelnek, fenmarad a vétkes elleni viszkeresete.”<sup>121</sup> Vagyis az Optk. felelősségi rendszerében a különös szabályok (quasi deliktumok, harmadik személyért való helytállás, veszélyes üzem stb.) nem valamiféle általános szabály részletezéseként, hanem az általános szabály alóli kivételként jelentkeznek.<sup>122</sup> Hasonlóképpen nem érvényesül az általános károkozási tilalom sem – mert például nem a károkozó köteles a kárt megtéríteni, de a károsult jogosult kártérítést követelni –, hanem – mint később a BGB-ben – külön nevesített tényállásokat fogalmaz meg a törvénytörvény, amelyek megvalósulása esetén áll csak fenn végső soron a jogellenesség – legyen szó akár „önkéntes-”, akár „önkéntelen cselekményről”. Ezen túl nincs közös metszete ezen esetköröknek!

E „szétszabdalt” felelősségi rendszernek és egyúttal „töredékes” jogellenességi fogalomnak ugyanakkor ellentmondani látszanak az Optk. 1296. és 1297. §-aiban megfogalmazott vélelmek. Előbbi – kétség esetén – a vétlen károkozás, vagyis a főszabály alóli kivételek vélelmét mondja ki, utóbbi pedig – nem mellékesen az előző szakaszra történő kifejezett hivatkozással! – egyfajta elvárhatósági/gondossági mércét állít: „De egyszersmind az is vélelmeztetik, hogy minden, ki ép ésszel bír, képes a szorgalom és figyelem azon fokára, melyet közönséges képességek mellett valamire fordítani lehet. A ki oly cselekvényeknél, melyekből más jogainak rövidsége származik, a szorgalom vagy figyelem e fokát elmulasztja, az magát hibával terheli.”<sup>123</sup> Ez pedig – különösen jogfejlesztő bírói jogalkalmazás mellett, mint ahogy az a magyar, vagy éppen az angolszász jogrendszerben is fennállt – magában hordozza nemcsak a generálklauzula erejű gondossági kötelezettség, hanem az egységesülő felelősségi rendszer és jogellenesség, mint absztrakciós szintre emelt emberi magatartásmérték kialakításának lehetőségét, aminek eredményeként a korábbi főszabály lesz a kivétel, és viszont.

A más által okozott károkozásért való felelősség körében, mintegy a tárgyi felelősség méltányosságon alapuló korai szabályaként az Optk. kimondja: „Ha a károsodott ily módon megtérítést nem nyerhet; akkor azon körülmény fontolóra vételével, hogy a károsító, mind a mellett, hogy rendszeren ép ésszel nem

<sup>120</sup> H. HALLER (1884) i. m. 313.

<sup>121</sup> H. HALLER (1884) i. m. 314.

<sup>122</sup> Vö. FÖLDI (2004) i. m. 334–339.

<sup>123</sup> H. HALLER (1884) i. m. 311.

bír, a meghatározott esetben mégis nem terheltetik-e vétekkal; vagy hogy a károsodott, a károsító iránti kiméletből, a védelmet nem mulasztotta-e el; vagy végtére, a károsító és a károsodott értékére tekintve, a bíró az egész megtérítést, vagy legalább annak méltányos részét ítélje meg.”<sup>124</sup> Ezzel a szabállyal az Optk. egy újabb, az individualista vétkességi felelősségi rendszerbe alapvetően nem beilleszkedő felelősségalapító tényálláselemet ismert el helyesen, amennyiben a kártérítést csak akkor ítéltethető meg, ha „azt mindkét fél vagyoni helyzetére vetett méltányossági tekintet megkívánja”.<sup>125</sup> Ezzel azonban megint csak egy belső ellentmondás áll elő az Optk.-ban, hiszen miközben a fenti szabály józan és helyeselendő módon – méltányossági alapon – helytállásra kötelezi a gazdag gyermekeket és egyéb – önhibáján kívüli – okból beszámítási képességgel nem rendelkező személyeket a vétkesül okozott károkért, addig az Optk. 1306. §-ban megfogalmazott főszabálya<sup>126</sup> mentesíti a gazdag, de beszámítható személyeket a szintén vétkesül okozott károkért való helytállás alól.

A jogellenes emberi magatartások mellett említésre méltóak az Optk. jogos és jogellenes magatartások közötti átmenet eseteire vonatkozó szabályai is, amelyeknek a fenti rendszerbe történő beillesztése, illetve annak eshetőséges kísérlete érezhetően feszültséget idéz elő. Például a házassági jog körében az Optk. 46. §-a kimondja, hogy: „Azonban a visszalépésre semmi alapos okot nem szolgáltatott félnek, ezen visszalépés miatt vallott, s bebizonyítható valószínűságon kárának megtérítése iránti igénye fennmarad.”<sup>127</sup>, amely esetben a visszalépés, mint jogszerű és természetesen „önkéntes” magatartásnak is kártérítési kötelezettség a következménye, amely azonban nem illeszkedik az Optk. 1294. §-ában megfogalmazott esetekhez, mert ez utóbbi fogalomhasználatában az csak „véletlen esetnek” minősül(het)ne. E tekintetben, utóbb hasonlóképp fogalmaz a magyar házassági jogról szóló 1894. évi XXXI. törvény cikk is, miszerint: „Az a jegyes, a ki az eljegyzéstől alapos ok nélkül visszalépett vagy a másik jegyesnek a visszalépésre alapos okot szolgáltatott, a másik jegyesnek és rokonainak a kötendő házasság céljából tett kiadások erejéig kártérítéssel tartozik; és köteles azt, a mit neki a másik jegyes vagy annak rokona a kötendő házasság okából ajándékozott vagy az eljegyzés jeléül adott, természetben visszaadni, vagy ha ennek helye nem lehet, értékét gazdagodása erejéig megtéríteni; a másik jegyes vagy annak rokona által a kötendő házasság okából részére tett ajándékozási ígéret pedig hatályát veszti.

<sup>124</sup> H. HALLER (1884) i. m. 313–314.

<sup>125</sup> Vö. „Arra a több oldalról elhangzott ellenvetésre, hogy szegénység és gazdagság nem lehetnek érvek a jogi döntésnél, Unger bátran utalt a modern jogalkotásnak a gyengébbeket védő tendenciájára s az ellenvetést ezzel a csattanós megállapítással veri vissza: „richesse oblige”.” In SZLADITS IV. (1941) i. m. 817.

<sup>126</sup> Optk. „1306. § Azon kárt, melyet valaki vétkén kívül, vagy önkénytelen cselekvény által okozott, rendszerint nem tartozik megtéríteni.” In H. HALLER (1884) i. m. 313.

<sup>127</sup> H. HALLER (1884) i. m. 16.

Az eljegyzéskor cselekvőképességében korlátozt jegyes kártérítéssel csak akkor tartozik, ha az eljegyzésbe törvényes képviselője beleegyezett.”<sup>128</sup> E körben tehát egy alapvetően jogos magatartásra kell alkalmazni a jogellenes magatartás fogalmi és szankciórendszerét, amelynek csakis olyan belső feszültséggel terhelt „megoldása” lehetséges, mint az Optk. 1311. §-a, amely kimondja: „A pusztá véletlen eset azt éri, kinek értékén vagy személyén történik. De ha valaki a véletlen esetet vétke által idézte elő; ha vétlen károsítások megelőzésére irányzott törvényt szegett meg; vagy magát szükség nélkül idegen ügyletekbe avatta; akkor minden kárért, mely azon kívül be nem következett volna, felelős.”<sup>129</sup> Vagyis a jegyességtől jogszerű és „önkéntes” magatartással visszalépő jogalany által előidézett (okozott) véletlen (vétlen) esetben – quasi veszélyes üzem módjára – mégis vétkekesség (vagy legalábbis annak lehelete) okán felel. Ez persze azt is jelenti egyben, hogy önmagában a károkozás nem hat vissza a magatartás jogi minősítésére, azaz csupán attól, hogy valamely magatartás kárt okoz, nem változtatja azt jogellenessé.

Hasonlóan ellentmondásos a naturalis obligatio kapcsán is az Optk., melynek 1270.§-a a következőket rendeli a fogadásról a szerencseszerződések körében: „Jóhiszemű és különben megengedett fogadások annyiban kötelezők, a mennyiben a kikötött jutalom nemcsak ígérve, hanem valóban ki is fizetve, vagy letéve volt. A jutalom bíróilag nem követelhető.”<sup>130</sup> Itt a „megengedett” (erlaubte) jelző egyértelműen jogos magatartást feltételez, mégpedig objektív értelemben; a „jóhiszemű” (redliche) pedig kézenfekvő módon szubjektív jellegű konjunktív feltételre enged(ne) következtetni. Ugyanakkor a „Redlichkeit” az Optk. dologi jogi részében jelenik meg hangsúlyosan, a jó- és rosszhiszemű birtokosra vonatkozó szabályoknál<sup>131</sup>, amivel „[...] kapcsolatban az osztrák szerzők rámutatnak arra, hogy az ABGB 326. §-ában a (szubjektív) jóhiszeműség bizonyos mértékig objektívizálódik, mert e rendelkezés értelmében nem elegendő a birtokosnak a birtoklás jóhiszeműségével kapcsolatos szubjektív hite: a birtokos akkor is rosszhiszeműnek minősül, ha a körülmények alapján fel kell tételeznie, hogy a birtoklása jogellenes.”<sup>132</sup> Ezt nevezi Földi András találoán a jóhiszeműség „objektív színezetű szubjektív” kategóriájának, mivel itt mintha valóban elválna – akár csak egy pillanatra is – a jogellenesség a cselekvő személyétől, és így annak sorsa (jogi megítélése) csak a cselekmény tényétől függne.

<sup>128</sup> 1894. évi XXXI. törvénycikk, 3. §.

<sup>129</sup> H. HALLER (1884) i. m. 314.

<sup>130</sup> H. HALLER (1884) i. m. 305.

<sup>131</sup> ABGB „326. § Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer. Ein unredlicher Besitzer, ist derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre. Aus Irrthum in That-sachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger (§ 316.) und doch ein redlicher Besitzer seyn.”

<sup>132</sup> FÖLDI (2001), i. m. 42.

4.3.2. A polgári Magyarország, amelynek megteremtése már a reformkorban elkezdődött, 1867-ben politikai-közjogi intézményeiben is stabilizálódott. A kiegyezési törvény<sup>133</sup> kimondta a két ország egyenlőségét és paritását, és megállapította az együttműködés módozatait és formáit. Magyarország ezzel visszanyerte szuverenitásának jelentős részét, és közel húszéves törvénytelen után a törvényhozásnak kellett megteremteni a gazdasági fejlődéshez és az emberek mindennapi rendezett életviszonyaihoz szükséges jogintézményeket. Különösen a gazdasági élet gyors fejlődése követelte meg a jogi szabályozást, amit az Optk. hatályon kívül helyezését követően beállott vákuum csak tovább erősített. A Monarchia sajátos szabad belső piaci megoldása jelentős komparatív előnyöket nyújtott, így a fejlődésnek egy rendkívül dinamikus modellje alakult ki: „A legdinamikusabban a főváros növekedett. Az egyesüléskor még csak 300 000 lakosa volt. 1890 és 1900 között 45%-kal gyarapodott. Az I. világháborúig megháromszorozódott a lakossága. Egyetlen európai város sem nőtt ilyen gyorsan. Az ország nemzeti jövedelme az ötszörösére emelkedett. 1898 és 1913 között 5%-os a növekedés. Az európai átlag 4,6%-os. Csak Németország és Svédország gyorsabb.”<sup>134</sup> A törvényalkotás mind mennyiségében, mind minőségében igyekezett lépést tartani ezzel a gazdasági fejlődéssel, elősegítve a jogbiztonságot, a kiszámíthatóságot, illetve lehetővé téve a magánjog gyors és határozott modernizációját. Ezért a kiegyezés utáni időszakban egymás után születnek meg azok a résztörvények, amelyek a felmerülő legfontosabb igények kielégítésére hivatottak: a vaspályák által okozott halál vagy testi sértés iránti felelősségről;<sup>135</sup> a kereskedelmi törvény;<sup>136</sup> a végrendeletek, öröklési szerződések és halálesetre szóló ajándékozások alaki kellékeiről;<sup>137</sup> a váltó-törvényről;<sup>138</sup> a gyámsági és gondnoksági ügyek rendezéséről;<sup>139</sup> a csódtörvény;<sup>140</sup> a szerzői jogról;<sup>141</sup> az ipartörvény;<sup>142</sup> a védjegyek oltalmáról;<sup>143</sup> a házassági jogról;<sup>144</sup> az állami anyakönyvezésről;<sup>145</sup> a csekkről<sup>146</sup> stb. Ezek nagyban támaszkodnak a már fennálló nyugati (elsősorban német) jogintézmények, sőt helyenként többé-kevésbé egész törvények recipiálására:

<sup>133</sup> 1867. évi XII. törvénycikk, a magyar korona országai és az Ó Felsége uralkodása alatt álló többi országok között fenforgó közös érdekű viszonyokról, s ezek elintézésének módjáról.

<sup>134</sup> HORVÁTH (2006) i. m. 68.

<sup>135</sup> 1874. évi XVIII. törvénycikk.

<sup>136</sup> 1875. évi XXXVII. törvénycikk.

<sup>137</sup> 1876. évi XVI. törvénycikk.

<sup>138</sup> 1876. évi XXVII. törvénycikk.

<sup>139</sup> 1877. évi XX. törvénycikk.

<sup>140</sup> 1881. évi XVII. törvénycikk.

<sup>141</sup> 1884. évi XVI. törvénycikk.

<sup>142</sup> 1884. évi XVII. törvénycikk.

<sup>143</sup> 1890. évi II. törvénycikk.

<sup>144</sup> 1894. évi XXXI. törvénycikk.

<sup>145</sup> 1894. évi XXXIII. törvénycikk.

<sup>146</sup> 1908. évi LVIII. törvénycikk.

„Ezek közül elsőként kell megemlíteni az 1875. évi XXXVII. tc.-ben foglalt Kereskedelmi Törvényt (Kt.), amely Apáthy István munkássága folytán túlnyomórészt a német kereskedelmi törvény fordításaként látott napvilágot. A Kt. számos rendelkezése kodifikálatlan köztörvényi magánjogunknak is egyik fő forrása<sup>147</sup> lett. [...] A Kt.-val a német jog elvei és intézményei egyszerre nagy tömegben nyomultak be magánjogunkba<sup>148</sup>, vele a magánjogi forgalom nagymértékű kommercializálása állt elő. Mivel rendelkezései széles körben a nem kereskedőkre is kiterjedtek, a kötelmi jogot illetően a Kt. valószínűleg egyetemes joggá vált.”<sup>149</sup> A német jog ilyen nagy mértékű átvételét több nagy jogtudós is túlzott másolásnak tekintette: „Szerintük Magyarország már mint „deutsches Rechtsgebiet” szerepelt akkoriban Európa térképén.”<sup>150</sup> A kereskedelmi jog a magánjogi kódex hiánya és a bírói joggyakorlat hiányosságai okán fokozatosan a kodifikálatlan magánjog egyik fő forrásává vált. Különösen a kötelmi jog körében vettek át sok, a kereskedelmi jogban kidolgozott megoldást. Természetesen a kereskedelmi jog magánjogra való hatása utóbb, t. i. a szűken vett magánjogi rendelkezések gyarapodásával nem maradt egyoldalú, hanem kölcsönössé vált: „A kereskedelmi jognak a magánjoggal való szoros kapcsolatára van figyelemmel a Kt., amidőn lehetővé teszi, hogy bizonyos esetekben (ha a Kt. vagy a ker. szokás nem rendelkezik)”<sup>151</sup> a kereskedelemre is alkalmaztassanak a magánjog szabályai.”<sup>152</sup> Különösen igaz ez utóbbi „visszahatás” a szerződések körében, hiszen a kereskedelmi ügyletek is túlnyomó részben olyan kétoldalú jogügyletek, amelyeket elsődlegesen a magánjog által tárgyalt kötelmi jog szabályoz. A tömegforgalom („jóhiszemű forgalom”<sup>153</sup>) védelme ugyanakkor mégis számos sajátos megoldásra készíteti a kereskedelmi jogot, vagyis a magánjog és a kereskedelmi jog nem oldódik fel egymásban. Így például míg „a magánjog a gondosságnak két mértékét

<sup>147</sup> Mivel valamennyi kötelmi jogi ügylet kölcsönös jogokat és kötelezettségeket állapít meg: az egyik fél jogainak tartalma egyúttal a másik fél kötelezettségeit is meghatározza, még abban az esetben is, ha közülük csak az egyik kereskedő. Erre is figyelemmel a Kt. kimondja, hogy: „264. § A jelen törvény második részében foglalt határozatok azon ügyleteknél, melyek az egyik szerződő fél részéről kereskedelmi ügyleteket képeznek, mindkét félre nézve egyaránt alkalmaztatnak. Kivételnek e tekintetben csak akkor van helye, ha magukból e határozatokból kitűnik, hogy azok a felek közül csak azt kötelezik, kire nézve az ügylet kereskedelmi ügyletet képez.”

<sup>148</sup> Az Apáthy István-féle Kt., mint a német jog betörésének kapuja – rendszerint kritikai tartalmú – megállapítást árnyalja ugyanakkor az a tény, hogy a szabadságharc leverése után, a hadügyminiszter már 1863. június 14-én kelt rendeletével hatályba léptette a német kereskedelmi törvényt a Határőrvidéken, majd ugyanezen német kereskedelmi törvény kereskedelmi cégekre vonatkozó rendelkezéseit az egész ország területére kiterjesztette a bécsi udvar 1864. január 21-én kelt rendeletével. Ld. részletesebben KUNCZ (1938) i. m. 9–10.

<sup>149</sup> LÁBADY (1997) i. m. 85–86.

<sup>150</sup> HORVÁTH (2006) i. m. 68.

<sup>151</sup> Kt.: „1. § Kereskedelmi ügyekben, ha azok iránt a jelen törvényben intézkedés nem foglaltatik, a kereskedelmi szokások irányadók, ezek hiányában pedig az általános magánjog alkalmazandó.”

<sup>152</sup> KUNCZ (1938) i. m. 4–5.

<sup>153</sup> MEZEY (1996) i. m. 151.

ismeri: a rendes ember gondosságát és azt a gondosságot, amelyet a kárt okozó a saját ügyeiben szokott kifejtteni.”, addig „a Kt. a ker. ügyletekből keletkező gondosságnak szigorúbb mértékét állítja<sup>154</sup>: a rendes kereskedő gondosságát.”<sup>155</sup> Ennek magyarázata, hogy tömeges ügyletkötés csak fokozott mértékű „kellő gondosság” mellett lehetséges. A rendes kereskedő gondossága, mint magatartásmérték arra kötelezi tehát a kereskedőt, hogy a kereskedelmi jog előírásait szigorúan betartsa, és a vele ügyletet kötő nem kereskedőket is figyelmeztesse ezekre a szabályokra, elmulasztása pedig culpa in abstracto eredményez. Ezáltal pedig a jog nemcsak a kockázatok csökkentésére irányuló törekvést támogatja, hanem a nem kereskedő fél – tapasztalatlanságából fakadó – kiszolgáltatottságát is ellensúlyozza külső és objektív magatartásmérték állításával,<sup>156</sup> mégpedig általános jelleggel, tehát nem csak szigorúan vett szerződéses jogviszonyok körében, hanem azon túl is. Ugyanakkor a Kt. alkalmaz szubjektív (vétkességen alapuló) gondossági mércét is, például amikor a közkereseti társaságra vonatkozó szabályok körében kimondja, hogy: „A társaság ügyeiben minden társasági tag oly szorgalmat és gondosságot köteles kifejtteni, minővel saját ügyeiben eljárni szokott. Minden társasági tag felelős a társaságnak azon károkért, melyeket vétkessége által okozott, s e károk ellenében nem számíthatja fel azon előnyöket, melyeket szorgalma által a társaságnak más esetekben szerzett.”<sup>157</sup> Itt a Kt. – az idézett szakasz első mondatában – culpa in concretoval számol, míg a második felében annak következményét rendezi: ha az előírt gondosságot a jogalany elmulasztja (tehát „vétkesen” jár el), és mulasztása a társaságnak kárt okoz, köteles azt megtéríteni, és a kár összegébe nem számíthatja be azon előnyöket, amelyeket szorgalmával a társaságnak más esetekben szerzett. A rendelkezés célja egyértelmű: kifejezésre juttatni, hogy a közkereseti társaság a legszorosabb bizalmon alapul, amelyből „[...]” következik minden egyes tagnak az a kötelessége, hogy tartózkodjék minden olyan magatartástól, amely a tság érdekét sérti és így a közös cél együttes elérését megnehezíti.”<sup>158</sup> Mintegy a közkereseti társaság tagi felelősségének „negatívumaként” szabályozza a Kt. a kárbiztosítás körében a károsult kárenyhítési kötelezettségét: „Ha az esemény, melyre a biztosítás kötött, bekövetkezik, a biztosított azt, mihelyt róla tudomást nyert, a biztosítóval haladéktalanul közölni, s a kár enyhítésére kitelhető szorgalmat fordítani tartozik. A biztosított, ha e kötelességeit bebizonyíthatólag elmulasztja, a biztosítónak az ebből eredő hátrányokért felelős. A biztosítottnak a kár enyhítésére fordított költségeit a biztosító az esetben is

<sup>154</sup> Kt.: „271. § Ki valamely ügylet folytán, mely reá nézve kereskedelmi ügyletnek tekintendő, egy másik irányában gondosságra van kötelezve, a rendes kereskedői gondossággal köteles eljárni.”

<sup>155</sup> KUNCZ (1938) i. m. 249.

<sup>156</sup> HORVÁTH (2006) i. m. 69.

<sup>157</sup> Kt. 72. §.

<sup>158</sup> KUNCZ (1938) i. m. 137.

megtéríteni tartozik, ha a fáradozás siker nélkül maradt. [...]”<sup>159</sup> Azaz a bekövetkező kár enyhítése – annak eredményességére tekintet nélkül – ugyanannyira természetes, sőt elvárt magatartás a károsulttól, mint a közkereseti társaság tagjának a társaság számára végzett szorgalmas és előnyös tevékenykedése. A Kt. tehát nem a fentiek szerint elvárt szubjektív magatartás tanúsítását jutalmazza egyik esetben sem, hanem annak elmulasztását bünteti: önmagában is vétkes magatartásnak bélyegezve azt. Voltaképpen ez az, ami a biztosítás lényegi feltételeként is megfogalmazódik elsőként a Kt.-ben<sup>160</sup>: „Hiszen a biztosító azzal a feltétellel vállalja a szolgáltatási kötelezettséget, hogy a biztosítási eset – mint véletlen – be fog következni. Ha most már a biztosított vétkesen idézi elő a biztosítási esetet, akkor elesik magának a biztosítási ügyletnek a feltételeltsége is.”<sup>161</sup> Ezt az elvi feltételt ugyanakkor mindkét irányba áttöri a konkrét szabályozás: egyfelől „a veszélyes üzem okozta károk alapján felelőssé válhat az is, akit vétkesség nem terhel, vagy csak közvetve terhel”,<sup>162</sup> másfelől „a szerződés megállapíthatja a biztosító kötelezettségét arra az esetre is, ha az eseményt a szerződőfél szándékosan idézte elő (pl. a szerződés a szerződőfél öngyilkossága esetére is kötelezi a biztosítót a szolgáltatásra).”<sup>163</sup> Vagyis már a Kt. szabályai is valószínűsítik, hogy – ilyen irányú jogpolitikai szándék esetén, akár a biztosítás elvi szinten deklarált lényegi feltételével is szemben – megalkotható olyan felelősségbiztosítás, amely „kiterjedne minden olyan esetre, amidőn a szerződőfél felelőssége<sup>164</sup> vonható és fedezné a szerződőfélnek a felelősség alapján keletkező minden kárát.”<sup>165</sup> Amiért mégsem történik meg ez, az nem más, mint a gazdasági szabadság, a „laissez-faire” rendszer állami beavatkozás útján történő korlátozása. Az individuális liberalizmus ugyanis a szerződő felek között „csak” jóindulatú idegenek magánviszonyát látta. Az újabb, Kt.-ben is tükröződő felfogás szerint azonban a szerződés már nem az ügyletkötő felek pusztá magánügye többé: valamely nagyobb közösség tagjaként (például: a nemzetgazdaság részeként) a saját érdekeik előmozdításán túl, a nagyobb közösség (például: az állam) érdekeit is figyelembe kell venniük. Kuncz Ödön szerint: „A beavatkozó jogszabálynak célja valaminek a tevését vagy nem tevését elérni. [...] Az állam beavatkozásának irányát és mértékét különben két tényező döntő módon szabja meg: az erkölcs és a mindenkor uralkodó gazdasági irányeszmék.”<sup>166</sup> Azaz miközben

<sup>159</sup> Kt. 476. §.

<sup>160</sup> Kt.: „477. § A biztosító köteles a bekövetkezett kárt a szerződés értelmében megtéríteni. Azon kárt azonban, mely a biztosított vétkességéből eredett, megtéríteni nem tartozik.”

<sup>161</sup> KUNCZ (1938) i. m. 453.

<sup>162</sup> KUNCZ (1938) i. m. 471.

<sup>163</sup> KUNCZ (1938) i. m. 454.

<sup>164</sup> Ehelyütt Kuncz Ödön „felelősség” alatt „kártérítő felelősséget” (kártelépítést) ért.

<sup>165</sup> KUNCZ (1938) i. m. 472.

<sup>166</sup> KUNCZ (1938) i. m. 7.

a Kt. formálisan nem említi sem az egyes szerződések és társaságok, sem a ügyletek általános szabályai körében a jogellenességet, mint a felelősséget megalapozó elvont tényálláselemet, addig nemcsak objektív és szubjektív magatartásmértéket, hanem még gondossági kötelezettséget is levezet – a korábban csak szolgáltatási kötelezettséget alapító – szerződéses jogviszonyokból. S teszi ezt annak ellenére, hogy a kereskedelmi jogban a „látszat” (mint például a jóhiszemű szerzés) védelme előrébb való az „anyagi jogi igazságságnál”, hiszen nem érvényesül még a nemo plus juris elve sem, ha az a forgalom biztonságát fenyegeti. Az „igazmondási, közlési, értesítési kötelezettség, a hű és kötelemszerű magatartás, a becsületes és méltányos teljesítés, kárenyhítési kötelezettség”<sup>167</sup>, mint eszközök szolgálják „a nagy vállalat közérdekű működésének biztosítása [...]”; az üzleti tisztesség biztosítása és küzdelem a haszonbálványozás ellen [...]”; a kereskedelmi munka jogviszonyainak megfelelő szabályozása [...]”; a tőkések hatékonyabb védelme és ezzel a takarékosági hajlam fokozása [...]”; az ártalmas kartekek és trösztök megrendszabályozása és végre az egészséges iparfejlesztés”<sup>168</sup>, mint az állami beavatkozás konkrét céljainak megvalósítását. Ezekhez a célokhoz képest ugyanakkor alapvetően más elbírálás alá kerül az azok alapjául (forrásául és egyben biztosítékául szolgáló) generál klauzula, mint lehetséges emberi magatartásmérték: a példálódzó jelleggel felsorolt kereskedelmi jogi/magánjogi célok csak ez utóbbi minimális szintjének egyedi megnyilvánulásaiént értelmezhetők. Veszélyük, hogy mind a célok, mind maga a generál klauzula kiterjesztő értelmezése rendkívül könnyű és vonzó (látszat)megoldást kínál a jogalkalmazó előtt tornyosuló egyedi – akár még méltánylást érdemlő – esetekben. Kuncz Ödön is felvillantja ennek kockázatát: „A helyes jog az erkölccsel sohasem ütközhetik össze. [...] Hogy mi erkölcstelen, azt az ügyben döntő bírónak kell esetről esetre eldöntenie. [...] E döntésnél figyelemre kell méltatnia a következő körülményeket: mértéknek a tisztességes kereskedőnek hasonló helyzetben követett magatartását kell venni (az ún. üzleti tisztességet, amely nem más, mint a kereskedelemmel foglalkozó erkölcsös ember pozitív életelve); nem szabad elfelejteni, hogy az erkölcs mellett a szabad verseny is igen alkalmas regulátorra a haszonvágy szertelen kicsapongásának, hasonlóképpen a kereskedővel üzleti összekötetésbe lépő feleknek önvédekezése. A bíróságnak a „jóerkölcs” generális klauzulájának alkalmazásánál igen óvatosan kell eljárnia. A generális klauzuláknak ui. három nagy veszedelme van: a jogászi gondolkodás elpuhulása, a jogbizonytalanság és az önkény”;<sup>169</sup> ugyanakkor mindezen fenyegetettség elleni megoldásként általa javasolt megoldás megmutatja az önmagába visszaforduló, így lényegében válaszképtelen jogi felelősség fogalmi rendsze-

<sup>167</sup> MEZEY (1996) i. m. 141.

<sup>168</sup> KUNCZ (1938) i. m. 9.

<sup>169</sup> KUNCZ (1938) i. m. 7–8.



rének kudarcát: „Ezek ellen a védelem: a jogot alkalmazó bíró kifogástalan erkölcsi érzéke, alapos jogi és szociológiai tudása és szakkérdésekben a szakértők véleményének meghallgatása.”<sup>170</sup> Vagyis az emberi magatartás, mint generál klauzula jogi megítélésének az eszközévé egy objektivizált erkölcsi mérték, mint (minimális) cél válik, ami ráadásul a bíró szubjektív erkölcsi mércéjén, mint prizmán keresztül sejlik fel. Nem meglepő tehát, ha Kuncz Ödön figyelmeztetése ellenére is idővel „elpuhul a jogász gondolkodás”, s megelégszik a „kártérítő felelősség” működtetésével, ami eleget tesz a vagyoni kiegyenlítés (kártelepítés) társadalmi igényének, s nem hiányolja a szerződéses, de különösen a szerződésen kívüli jogviszonyokban – ahol még a felek előzetes szerződéses rendelkezései is hiányoznak a jogviszony rendezéséhez – a lehetséges emberi magatartásmérték, mint felelősségi tényálláselem tisztázását; meghagyva ezt a feladatot a szűken vett magánjog tudományának.

### 5. A magatartási klauzula mint változatlan változó a Szakértői Javaslatban

„Csak kevesen tudják, hogy nem is volt csiga az üvegben. Mrs. Donoghuen sem lett beteg. Mindenesetre ez a valószínű, hisz Skóciában soha nem tartottak tárgyalást a Lordok Háza elvi véleménye után. S amikor a bírák 1942-ben utánajártak a felröppent hírnek, a skót főügyész – szigorúan nem a nyilvánosság részére – ügy nyilatkozott, hogy ha nem a jogkérdést, hanem a ténykérdést vizsgálták volna, a sörgyár nyeri meg a pert.”<sup>171</sup>

A jogellenesség, mint emberi magatartásmérték fogalmának problémakörét természetesen nem tudja megkerülni – a most nem tárgyalt Mtj.-hez hasonlóan – a jelenleg folyó polgári jogi kodifikációt sem. A Szakértői Javaslat a kapcsolódó bizonytalan terminológiai és egyben dogmatikai, sőt bizonyítási problémát több helyütt is kifejezésre juttatja. Így kiemeli, hogy: „Számos publikált bírósági ítélet bizonyítja, hogy a bíróságok az általános magánjogi deliktum elvét nem vették át következetesen, hanem az ügyek nem kis részében megkövetelik a jogellenesség külön bizonyítását, vagyis a károkozó magatartás és valamely pozitív tételesjogi szabály kollízióját. [...] A bizonyításnál azonban problémát okoz, ha keveredik a jogellenesség a felróhatósággal, mert ezek sok esetben valóban nehezen különválaszthatók.”<sup>172</sup> A judikatúra bi-

<sup>170</sup> Uo.

<sup>171</sup> SÓLYOM (1985)

<sup>172</sup> VÉKÁS LAJOS (szerk.): *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*. Budapest: CompLex Kiadó, 2009, 1116.

zonytalanságának indokát abban a kérdésben sűríti össze, hogy: „Kérdés ezért, hogy a deliktuális felelősséget megalapozó jogellenességnek valamilyen speciális normaszegésben kell-e megnyilvánulnia, vagy a károkozás önmagában jogellenes, amely alól csak a károkozás megengedettsége a kivétel.”<sup>173</sup> Javasolt megoldása pedig: „Ezért a Javaslat – a joggal való visszaélést tiltó rendelkezéshez hasonlóan – a károkozás általános tilalmát mondja ki.”<sup>174</sup>

Jóllehet az előzőekben is érzékeltettük, hogy a termelés tömegméretűvé válása, a tőkekoncentráció, az ipari és technikai forradalom a klasszikus polgári társadalom szerkezetét lényegileg változtatta meg. Hihetetlenül gyorsan és kivrívó mértékben kiéleződtek a társadalmi ellentétek. Az individuális magánjog kispolgári, egyéni vállalkozói emberképe helyébe az egyik oldalon a nagyvállalatok, bankok és más óriás szervezetek tulajdonosai, a másik oldalon a kiszolgáltatottak, a munkanélküliek és az elesettek tömegei léptek. A rohamos változások nyomán a magánjogi jogalanyok pozícióinak klasszikus egyensúlya lényegesen megbomlott: már nem tulajdonosok és vállalkozók állnak egymással szemben, hanem munkavállaló és a munkaviszony feltételeit diktáló munkaadó, fogyasztó és gyártó, a hallatlan technikai fejlődés által egyre több veszélynek kitett potenciális károsult és a profit orientált, szervezett biztosítótársaság. E jelentős változások eredményeképp a klasszikus magánjog olyan intézményei szenvedtek töréseket és váltak viszonylagossá, mint a köztéttségektől mentes ingatlantulajdon, a szerződés kötési szabadság, vagy a vétkelességen nyugvó kártérítés főszabálya.<sup>175</sup> A kereskedői becsületben megöregedett Buddenbrookok világa néhány évtized alatt úgy olvadt szét, mint „az ördög csinálta arany”. Az idős Buddenbrook intelme fiához, hogy „Fiam, kedvvel foglalkozz az üzletekkel nappal, de csak olyanokat kössél, hogy éjszaka nyugodtan alhassunk” – amely a kezdeti-liberális-polgári magánjog alapvető princípiuma volt, a nagypolgár Hagenströmök gátlástalan világában értelmetlenné vált.<sup>176</sup> Bár a Buddenbrookok a maguk korában nagyon is érvényesítették a felhalmozás kegyetlenségét, de amiben mások és többek voltak: szubjektív erkölcsi igényességük.<sup>177</sup> Napjainkban ugyanakkor azzal kell szembesülnünk, hogy egyre csak „szaporodnak az olyan tényállások, amelyekre egyszerűen nincs még kielégítően megalapozott és többségileg legalább megtúrt válasz. Különösen a technika lehetőségei, a fejlődés sebessége múlja felül azt, amit a társadalom erkölcsileg feldolgozni képes. Ezt az űrt a jog tölti ki – sokszor kényszerül kitölteni.”<sup>178</sup> A szociális igazságosság iránti társadalmi

<sup>173</sup> Uo.

<sup>174</sup> Uo.

<sup>175</sup> VÉKÁS LAJOS: *Az új Polgári Törvénykönyv elméleti előkérdései*. Budapest: Hvg–Orac, 2001, 18.

<sup>176</sup> LÁBADY (1997) i. m. 105.

<sup>177</sup> SÓLYOM (1977) i. m. 33.

<sup>178</sup> SÓLYOM (1985)

követelmények erősebbnek bizonyultak minden ideális és klasszikus elvnel; a klasszikus magánjog egyre több területén figyelhető meg a szabályozás „alkotmányjogiasodása”, a közjog térhódítása.

Vagyis megítélésünk szerint mind a probléma, mind annak indoka, s így megoldása is összetettebb, mintsem azt önmagában a magánjogi deliktum legújabbkori (újra)kodifikálása megoldhatná. Különösképp nem úgy, hogy miközben a Szakértői Javaslat mind megfogalmazásában, mind indokolásában, mind deklarált szándékában is, vagyis összességében demonstratívén hirdeti a károkozás általános tilalmát, mint „változatlan változót”, avagy „régí új” alapvetve, a kodifikációs és szerkesztési megoldásában mégsem tud szabadulni a „korábbi” felelősségi rendszer, de még inkább az az alapján kialakult joggyakorlat fogalmi büvköréből. Így még csak kísérletet sem tesz a jogellenesség és a felróhatóság, a felróhatóság és az elvárható magatartás elve, az elvárható magatartás elve és a jóhiszeműség és tisztesség elve, mint emberi magatartásmértékek legalább részleges és egymásra is reflektáló újra gondolására. Ennek indokául pedig mindegyik jogintézménynél visszatérően azt fogalmazza meg, hogy azok „kikristályosodott”, „jól bevált”, „elismert”, „szilárd” stb. megoldások. De ha ez így van, akkor hogy okozhat gondot például a bizonyítás körében a jogellenesség és a felróhatóság elhatárolása, vagy mire utal(hat) az a megállapítás, miszerint a „Javaslat fenntartja az adott helyzetben általában elvárható eljárás (magatartás) elvét, noha az hasonló (!) mércét állít fel a polgári jogi viszonyokban követendő eljáráshoz, mint a jóhiszeműség és tisztesség követelménye.”<sup>179</sup>, ráadásul még azt – az egyébként valós – körülményt is megerősíti, hogy: „A hatályos rendelkezés tehát nem is a felróhatóságon nyugvó felelősség elvét konstituálja, hanem főszabályként az általános károkozási tilalmat szankcionálja, és az exkulpációs bizonyítás fordulatával kimentési lehetőséget biztosít a károkozónak. [...] Mindezekre figyelemmel a Javaslat nem kíván (!) változtatni a Ptk. szerződésen kívüli kárfelelősségre vonatkozó általános szabályán [...]”<sup>180</sup>.

Itt idézném fel Subosits István<sup>181</sup> egy – kiadásban meg nem jelent – kéziratának részletét, melyet ő a fogalmak saját tudományterületén való eluralkodásáról írt, s melyet jelen írás mottójául is választhatnánk: „Egy-egy tudomány szakszókészlete nem válhat hermeneutikai kérdéssé, az értelmezés tudományává, már csak azért sem, mert végső fokon nem a szavak következtében tökéletesednek a dolgok, hanem a dolgok következtében a szavak. Mielőtt tehát szavakat használnánk, az értelmükbe kell belefeledkeznünk.”

<sup>179</sup> VÉKÁS (2009) i. m. 71.

<sup>180</sup> VÉKÁS (2009) i. m. 1117 sk.

<sup>181</sup> Subosits István (1929–2009), a Bárczi Gusztáv Gyógypedagógiai Tanárképző Főiskola Fonetikai és Logopédiai Tanszékének alapító tanszékvezetője, főiskolai tanár.

S végül: hogyan lehet „megszüntetve megőrizni” a felelősség és kártérítés céljait Sólyom László szerint a megváltozott körülmények között? Lord Atkin úgy érezte, hogy az agyontechnicizált joggal szemben csakis egy általános erkölcsi parancs alapján tud alternatívát állítani.<sup>182</sup> „Ítélete a felelősségről, a kötelező gondosságról és hatáiról ugyanis bibliai nyelven szól. A „szeresd felebarátodat” parancsának többszörös transzformációjával jut el az ésszerűen előrelátható károkért való felelősség kimondásához.”<sup>183</sup>

<sup>182</sup> Vö. „A jog: tömören maga az ember. Az ember ősi igénye a joghoz, amelyet odaítélt neki a természet. Ha az emberiségnek sikerül majd érdemességét bizonyítani, akkor örökbe kapja a jogot. Az igazit, ami a szívben van és a Bibliában: Ne loj! Ez ... jog. Ne ölj... Ne kívánd... a te felebarátodét... Ma sincs külön... És ha ez a kódexekből a szívekbe íródik... az lesz az igazi jog...” (Rejtő Jenő) [sic!]. De addig is, és azt megkönnyítve a „szívekhez közelebb állót” kell a törvénykönyvekbe beemelni, aninek egyetlen biztos, kézenfekvő módja: a laikus jogérzet feltárása, mint ahogy azt Marton Géza is tette. ” In LANDI BALÁZS: *Fekete-Fehér, Igen-Nem; avagy kísérlet a laikus jogérzet kipuhatolására a polgári jogi felelősség és kártérítési jog egyes területein*. In *Jogi tanulmányok*, ELTE-ÁJK, Budapest, 2002, 198.

<sup>183</sup> SÓLYOM (1985).

LÁBADY TAMÁS

## KÉT ALKOTMÁNYBÍRÓSÁGI HATÁROZAT AZ ALKOTMÁNYOS RENDSZERVÁLTÁS „HŐSKORÁBÓL”

*Sólyom László* jogászi zsenije szívárványként tűnt fel a civiljog horizontján, az MTA Jogtudományi Intézetének kutatójaként a polgári jogi felelősség hanyatlásáról írott monográfiájával, amellyel megrendítette a felelősséjogről szóló addigi magánjogi gondolkodást. Sok civilista értetlenül fogadta, mint lélekharangot kongatót, vagy egyszerűen elment fölötte, mint békeidőben a háborús rémhírterjesztő híradása fölött. Csak kevesen ismerték – ismertük – föl a mű drámai zenei motívumait.

A zseni azonban éppen attól zseni, hogy fölülelmedik a közízlésen, a közhangulaton, mindazon, ami átlagos és középszerű. Újabb, nem szokványos művel lepte meg a civilisztikai jogtudományt, amelyben a személyiségi jogok elméletét alkotmányos alapjogi összefüggésbe ágyazva számos vonatkozásban újszerű gondolkodásra készítette a magánjogtudomány alkotóit. A monográfiából kisüt, hogy szerzője egy totális rendszerben az alkotmányos alapjogok szabadságharcosa, aki egyúttal a civiljog horizontján fénylő szívárvány színeit az általános személyiségi jog hazai, első megfogalmazójaként tovább gazdagította. Mindkét monográfiája – az idegen nyelvű megjelenésnek is köszönhetően – az európai civiljogtudomány legjelesebb dokumentumai közé tartozik.

Ahogy *Sólyom László* egyetemi tanári méltóságot öltött, a hallgatók ítélete alapján mindjárt a katedra első embere lett. Különös észjárása, zenei és más művészeti asszociációi, egyetemes műveltsége, reneszánsz gondolkodási alkata a hallgatókban is a zseni képzetét keltette.

Aztán, a közjog-magánjog dichotómiáját és szerves összekapcsolódását a személyiségi jogok szférája után – egyre erőteljesebben a közjog felé startoló arculattal – a környezetvédelem komplexitásában ragadta meg, megtalálva a két galaktika közötti köldökzsínort. Munkásságából már ekkor kisütött, hogy eszmevilágának igazi terepuma az alkotmányjog.

A magyar alkotmányjog tudományának és gyakorlatának nincs még egy olyan alkotó egyénisége, mint *Sólyom László*. Túlzás nélkül állítható, hogy géniusza forradalmasította a magyar alkotmányjogi gondolkodást. Az alkotmányt abban az erőtlenségében és gyengeségében kívánta a tökéletesség elérhető legmagasabb fokára emelni, amilyen jelleggel az megszületett és ki-

alakult. Munkásságának ettől a korszakától kezdve a szivárvány a civiljog horizontjáról tovább ívelt a jog mindensége felé.

*Súlyom* bölcseleti elme. Alkotmánybíróként az alkotmány eszmevilágának nemcsak mestere, de felfedezője, sőt alkotója volt. Minden fáradozása arra irányult, hogy a „láthatatlan alkotmányt” láthatóvá tegye. Bár mindent tudott, amit érdemes volt tudni abból, amit előtte a világban az adott kérdésről megfogalmaztak, de mindazon felülemelkedve és visszanyerve saját gondolkodása szabadságát, érvelése úgy hatott, mintha előtte soha senki nem foglalkozott volna alkotmányjoggal, és mintha utána teljesen felesleges lenne bolygatni megállapításait.

Én, az elmélet és a gyakorlat szerény Kentaurja, aki az Alkotmánybíróságon ott ültem a jobbán az általa megálmodott csepp formájú hosszú teljes ülési asztalnál, csak annak a bűvöletemnek és káprázatomnak akarok leginkább kifejezést juttatni, amelynek hatása alatt álltam az első időkben. Szellemének szárnyalása számomra kezdetben nyomasztó volt. Stílusa gyakran ótestamentumi, ólomsúlyával gyönyörködtető, de csak többszöri elolvasás és értelmezés után. Akkor kezdtem a nyomasztó érzések alól felszabadulni, amikor felismertem, segítője lehetek filozófikus–teológiai eszméinek a jog nyelvére való lefordításában. Nagy reveláció volt. Ez felszabadulttá és bátorrá tett.

Felocsúdásomnak ebből a korszakából szeretném két határozattal – amelyekben mindketten „főszereplők” voltunk – kapcsolatos eddig még papírra nem vetett gondolataimmal a kerek születésnapos géniust köszönteni. Tisztelettel és – talán nem veszi hivalkodásnak – barátsággal. Egyszer ő mondta nekem, hogy – mintha *Marcus Aurelius* sztoikus bölcselkedése hatással lett volna rá, aki azt írta, hogy 40 éves korára az ember már mindent megélt és mindent tud, ami előtte történt az időkben, és ami ezután, az elkövetkező időkben történhet még vele. Szóval ő azt hitte, hogy az igazi barátság alapélménye sem ismétlődhet meg, 40 év felett az emberrel már soha. Örül neki, hogy ezúttal tévedett. Erre a dialógusra emlékezve ajánlom születésnapj köszöntőmet az ünnepeltnek.

Mint vérbeli civilista, a két határozatot a magánjog két fő területéről, egyet a személyi jogból, egyet pedig a vagyonszolgálatból választottam. Mindkettő az alkotmányos (forradalmi) rendszerváltás élvonalából és „hőskorából” való.

1. Az ún. *abortusz határozat* [64/1991. (XII. 17.) AB határozat] előadója az ünnepelt volt. Olyan kérdésről volt itt szó – amelyet utóbb az előterjesztője meg is fogalmazott –, amelynek hordereje a rabszolgaság eltörléséhez hasonlítható, sőt annál is jelentősebb – így evidencia volt, hogy csak ő lehet a probléma megoldásának szellemi atyja. Az mindahányunk előtt világos volt, hogy a szocializmus éveitől ötmillió magzat legális elpusztításához vezetett terhességmegszakításra vonatkozó rendeleti szabályozás formai okból alkotmány-

ellenes, s az is, hogy a magzati élet büntetőjogi oltalom alatt áll, kioltása alapesetben a Büntető Törvénykönyv szerint bűncselekmény, amelyet nem írhat felül semmiféle rendeleti szabályozás. De a napnál is világosabb volt az is, hogy *Sólyom* rendező elméje, szellemének filozófikus szárnyalása és teológiai mélysége nem ragadhat meg a formalizmus sekélyessége szintjén. Számára, aki ekkorra már „papjává” lett az alkotmányjognak, méltatlan lett volna az élet-halál kérdésének ilyen elbagatellizálása. Csakhogy az abortuszkérdés szabályozására vonatkozó alkotmányos jogtalálás az arra rezonáló alkotmányi szabály felkutatása mögött – legalábbis szerintem – csapda, kelepce sejtett.

Akkorra már túl voltunk az emberi méltósághoz való jog – bár ki nem mondottan, de szavai szerint implicite transzcendens dimenzióból forrászó – különböző aspektusainak megfogalmazásán, így a 8/1990. (IV. 23.) AB határozathoz, továbbá a halálbüntetésről szóló 23/1990. (X. 31.) AB határozathoz fűzött párhuzamos indokolásain, amelyek szerint az élet és az emberi méltóság védelme az Alkotmány 54. §-a alapján abszolút és feltétlen, az emberi élet kioltásának egyetlen legalizálható esete az, amikor az emberi életek közötti választás ezt kényszerítővé teszi. Ha tehát az előterjesztésben, a határozati javaslatban a természet- (és szellem) tudománnyal egyezően a magzatot embernek, azaz jogalanynak tekinti, akkor őt is megilleti az élethez és méltósághoz való abszolút erejű alanyi jog, vagyis a terhességmegszakítás alkotmányosan megengedhetetlenné válik. Ennek határozati javaslatba foglalása természetesen óriási kockázattal járt volna.

A kelepceből kivezető, másik – talán egyedül – járható út – szerény Kentaur-gondolkodásom és várakozásom szerint – ennek reciproka, vagyis annak kimondása, hogy a magzat jogilag nem ember, nem jogalany és ezért nem is illeti meg az élethez és méltósághoz való alanyi jog. Ez az út azonban *Sólyom László*, az etikus ember számára nem az Areté, az erény útja volna, ahogy azt *Heracles*, a görögök nemzeti hőroisa nevezte. A politika a korszellem, a szekularizált világ és a semleges állam üdvözlőné ugyan ezt a megoldást, de a lelkiismeret mindig jobbat akaró nagyságának titkai ezen az úton őt magát öröklétek fel.

*Martini* kardinális dolgozatára írt reflexióinak *Csönd* című kéziratában már felsejtett ez a radikális kérdésfeltevés, ti. az, hogy jogalany-e, tehát jogilag ember-e a magzat? De itt nagyon határozottan szólt arról, hogy ezt a provokatív kérdést nemcsak feltenni kell, de meg is kell válaszolni. A választ azonban csak sejtette. Csak arra utalt, hogy az állam semlegességének elve kizárja, hogy a lelkiismereti parancs állami jogszabállyá váljon. Arra viszont itt még nem volt felelet, hogy mi történik akkor, ha a parancs az állami joganyagban, sőt magában az Alkotmányban, akár szándék és tudatosság nélkül, már benne van. Értelmezhető-e így az Alkotmány, vagy szükségszerű, hogy a radikális kérdésre való válaszadást az Alkotmánybíróság kiejtse a kezéből? Hiszen az élet és a halál jogi kérdéseire való válaszadás – ahogy ez a halálbüntetés eltör-

léséről szóló határozatban megfogalmazódik – valójában egyedül az Alkotmánybíróság kompetenciája.

Számomra, aki nem követtem bírótársaimat abban, hogy az abortuszkérdésről szóló tengernyi irodalmat, annak is mértékadó részét tanulmányozzam, megkérdőjelezhetetlen volt, hogy a bíróság válaszával nem lehet egyszerre két úrnak szolgálni, megadni a semleges államnak, a hatalomnak, ami a hatalomé és a lelkiismeretnek, ami a lelkiismereté. Nem ismertem fel, hogy tévedhetek. Abban is biztos voltam, hogy a bíróság válaszával nem tudományelméleti kérdésben foglal állást, amit nyilvánvalóan nem tehet meg. Számomra kétségbevonhatatlan volt, hogy az ember biológiai és „természetes” fogalmától az emberfogalom normatív felfogása nem szakadhat el. És ezt nekem egyáltalában nem a hívő lelkiismeretének szóló parancs diktálta, hanem az az ugyancsak alapvetően semleges jogászi meggyőződés, hogy ha az emberfogalom normatív fogalom, akkor az nem eshet kívül az Alkotmány, az ország alaptörvénye normavilágán, azaz annak alkotmányos helyét a bíróságnak az Alkotmány értékrendjében meg kell találnia. Éspedig alkotmányértelmezéssel. Ehhez az értelmezéshez pedig rendelkezésére áll a bíróságnak a természettudomány kétségbevonhatatlan és bizonyított/ellenőrzött tétele, azaz az, hogy az ember a női és férfi ivarsejtek egyesülésétől kezdve genetikailag befejeződött egyén, emberi individuum. Az emberfejlődés a fogantatás pillanatától kezdve kontinuum, az nem tagozódik szubhumán és humán fázisokra. A magzat tehát biológiailag ember, és nem dolog, nem tárgy; genetikailag befejeződött egyén: individuum, az egyedi emberi élet pedig a fogantatás és a biológiai halál között egységes folyamat. Minthogy pedig az Alkotmány 54. §-ának (1) bekezdése az emberi életet és méltóságot részesíti abszolút, feltétlen védelemben, és nem az anyatesttől elvált emberi életet, ez az abszolút védelem vonatkozik a magzatemberre is. Vagyis az emberi élet teljes körű jogi védelmét illetően nem különböztethetünk a születés előtti és utáni szakaszok között.

Mindez olyan magától értetődő volt számomra, hogy álláspontom kialakításához és megfogalmazásához nem volt szükségem semmiféle tudományos és szakirodalmi megtámogatásra, a radikális, provokatív kérdésfeltevéshez ilyen segítség nélkül is megvolt a kész és határozott válaszom. Ugyanakkor nem volt kétségem afelől se, hogy ez az álláspont nem válik többségi határozattá. A társadalmi közgondolkodást – nem csak nálunk, világszerte – a magzat felletti szabad rendelkezés aggálytalansága uralja, nincs az a kormányzat vagy parlament, amelyik venné a bátorságot és az ember abszolút életvédelmét a magzati létre is kiterjesztené.

Igazán ezért bírótársaim álláspontja nem is nagyon foglalkoztatott. *Sólyomét* lestem nagy áhítattal és várakozással. És ekkor ért a döbbenet: ő megtalálta, felismerte hogyan lehet ebben a kérdésben is egyszerre két úrnak szolgálni. Vagyis azt kimondani, hogy a törvényhozónak kell értelmeznie a magzattal



kapcsolatos természettudományos (és etikai?) álláspontokat, mert a magzat jogalanyiségének kérdése a hatályos Alkotmány értelmezésével nem dönthető el, arról a parlamentnek törvényben kell rendelkeznie. Ezzel tehát a forradalmi alkotmányjogász megadta a semleges államnak, a hatalomnak, ami a hatalom és a lelkiismeretnek, ami a léleké.

Vagy mégsem? Mert mi történt volna akkor, ha az általa szövegezett többségi határozat az Alkotmányból – alkotmányértelmezéssel – a magzat jogalanyiségát vezette volna be? (Persze a kérdés merőben hipotetikus és fiktív, mert aligha valószínű, hogy ilyen tartalmú előterjesztés – előterjesztőjének óriási tekintélye ellenére – megkapta volna a többségi voksot.) Egészen bizonyos, hogy a kormánykoalíció és az ellenzék összefogásával alkotmánymódosításra került volna sor. Mint ahogy ezt az új Alaptörvény is bizonyítja. A kereszténydemokraták sokáig olyan alkotmányszöveget akartak volna, amely kimondja, hogy az emberi élet a fogantatással kezdődik. Végül is elfogadták az Alaptörvény II. cikkének szövegét: „a magzat életét a fogantatástól kezdve védelem illeti meg.”

Bizonyos, hogy ebben a kérdésben az uralkodó szekularizált ideológia és a többségi társadalmi közgondolkodás összefogásra indította volna akkor is a pártokat. Az a szekularizált ideológia, amely egyébként az abortusztilalomban nem lát mást, mint hívői lelkiismeretet, és képtelen szembenézni saját ideológiájának hamisságával és kontrasztjával, amely egyfelől a halálbüntetés ordító alkotmányellenességét, másfelől az abortusz liberalizációját harsogja. A szabadság tükre kimutatja ezeknek a posztmodern ideológiáknak torz tenyésztét. Nagy kár, hogy képviselőink csak elvétve néznek a tükörbe.

De visszatérve az origókérdéshez: a kompromisszumos megoldást első olvasatra számomra valamiféle gyanú lengte körül. Egyfajta *pilátusi* attitűd: „én mosom kezem, ne száradjon a vére lelkemen”. A lelkiismeret viszont nem tűri a kompromisszumot. Nem egyfajta elaltatása-e annak, amikor nem kell állandóan hitet tenni és meggyőződésünket kitárni, mert a döntés és a felelősség áthárítható másra? Hiszen a napnál is világosabb, hogy az a kérdés is alkotmányértelmezéssel dől csak el, hogy az emberi élet a születéssel, azaz az anyatesttől való elválással kezdődik. Miért ne volna értelmezhető az Alkotmány a természettudományos bizonyosság szerint?

Egy időbe telt, amíg kétségeimet eloszlatta a felismerés: ez volt az egyes egyedüli útja annak, hogy a bíróság megfogalmazza a magzati élet védelmére vonatkozó állami kötelezettségek alkotmányos szempontjait. *Sólyom* zsenialitása ezen a ponton köszöri ki a kompromisszum látszatsorbját. Ha ugyanis a döntés alkotmánymódosításra kényszerítette volna a politikát, abba már nem lett volna a bíróságnak semmiféle befolyása. Így viszont alkotmányos követelményként fogalmazhatta meg, hogy az élethez való jogból kényszerítően következik a magzatra is kiterjedő állami életvédelmi kötelezettség. Hogy az állam nem engedheti meg alkotmányosan az indok nélküli abortuszt.

Ezzel a bíróság megállapíthatta a törvényhozás mozgásterének az Alkotmányból következő határait. Ezek a megszorító ismérvek ezután meghatározó szempontjai lettek az Alkotmánybíróság második abortuszhatározatának, amelyben a testület a túlzott abortuszliberalizáció ellen – alkotmányos követelmény előírásával – fellépett [48/1998. (XI. 23.) AB határozat].

Amikor azután – ilyen érvrendszer végiggondolásával – világossá lett számomra a lelkiismeret tisztasága, vagyis, hogy a lelkiismeretnek is megadta, ami a léleké, akkor már öröm és büszkeség töltött el – saját különvéleményemet minden rosszindulatú támadás ellenére fenntartva –, hogy ebben az ügyben is alkotó társa lehettem *Sólyom* sugárzó szellemének.

2. A vagyonjog köréből az *államosítási jogszabályok* alkotmányellenességéről szóló határozatot választottam [27/1991. (V. 20.) AB határozat], egyet azok közül, amely egy nagyon jelentős darabja az egész kárpótlási szellemhistóriának. A többségi határozathoz én különvéleményt fogalmaztam meg, *Sólyom* viszont párhuzamos indokolást csatolt, amellyel hatalmas tehertől szabadított meg, tehát, amely a lelketem ólomsúlyal nyomta.

A testület egy tagjában, így bennem sem volt kétség afelől, hogy az 1948–52 közötti államosítási törvények alkotmányellenesek, ezért azokat meg kell semmisíteni. Az alapkérdés ezért nem is ez volt, hanem az, hogy fennmaradt-e az államnak jogi kötelezettsége az e törvényekben ígért, de nem teljesített kártalanításokra a tulajdonvesztések miatt?

A többségi határozat, amellyel én is egyetértettem, teljes egészében semmisítette az államosítási rendelkezéseket, így a jogszabályoknak azokat a normatíváit is, amelyek jogalkotási kötelezettséget állapítottak meg a tulajdonosok kártalanítására, a kártalanítás mértékére és módjára. A bíróság azonban egyidejűleg felfüggesztette az eljárást azoknak az indítványoknak a tárgyában, amelyekben az indítványozók mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenesség megállapítását kérték azért, mert az állam az államosítási jogszabályokban kilátásba helyezett kártalanításra vonatkozó jogszabályokat mindez ideig nem alkotta meg. A felfüggesztés határozati indoka a megkezdett, de még be nem fejezett kárpótlási törvényhozás volt.

Semmi kétségem nem volt afelől, hogy a határozat ebben a kontextusban logikailag is és jogilag is hibás. Egyfelől azért, mert a mulasztásban megnyilvánuló alkotmányellenesség megállapíthatóságának feltétele, hogy a jogalkotó szerv a jogszabályi felhatalmazásból eredő jogalkotási feladatát mulassza el, márpedig a jogalkotási feladatot kimondó jogszabályi rendelkezések megsemmisítésével már nincs olyan jogszabály, amely jogalkotási kötelezettséget írna elő. Másfelől viszont azért, mert az államosításokat az azonnali és teljes kártalanítás se tenné alkotmányossá, mert azok az akkori rendszerváltásban nem kivételes, hanem átfogó és szinte teljes körű intézkedések voltak, amelyek

egy ma alkotmányosan védett tulajdoni forma, a magántulajdon teljes felszámolására irányultak. Ezért a kártalanítás elmaradása az államosítások lényegében tartozott, ezért a bármilyen nagyságú kártalanítás éppen az államosítások célját hiúsította volna meg.

Minderre figyelemmel határozott – alighanem jogilag kikezdzhetetlen – véleményem volt, hogy az Alkotmánybíróság nem teheti azt meg, hogy döntését az államosítások alkotmányellenessége tekintetében a hatályos Alkotmányra, az azokhoz kötődő kártalanítási kérdésekben pedig az egyébként alkotmányellenesnek ítélt, és ezért megsemmisített jogszabályokra alapozva. A hatályos Alkotmány alapján járó teljes és feltétlen kártalanítás kilátásba helyezése viszont politikailag nyilvánvalóan káros, gazdaságilag pedig teljesíthetetlen és lehetetlen megoldás volna.

Az egész processusból levont végső következtetésem tehát az volt, hogy az alkotmányellenes államosítások kárvallottjainak a kártalanításra ma alanyi joga, az államnak pedig ezzel kapcsolatban jogalkotási, és azon alapuló kártalanítási kötelezettsége egyáltalában nincs.

Ez a konklúzió, hogy ti. az állam kártalanítási kötelezettsége teljesen és végérvényesen megszűnt, azután komoly morális dilemma elé állított. A poszt-szocialista rendszer első éveiben olyan politikai – és társadalmi – törekvések feszültek egymásnak, amelyek az állami tulajdon reprivatizálása és privatizálása, de különösen a tulajdoni sérelmek orvoslása körül zajlottak és ebben a klímában egy ilyen ordító igazságtalanság megfogalmazása az Alkotmánybíróság szintjén, számomra erkölcsileg roppant visszatetszőnek tűnt akkor is, ha formállogikailag és a jogi formalizmus szabályai szerint jogi okfejtésem cáfolhatatlannak látszott. Ugyanakkor bennem is szubjektíve erősödött az a meggyőződés, hogy pozitivista következtetésem több, mit igazságtalan. A *summum jus summa injuria* terhe nyomasztott. Különvéleményemet sokáig „zsebben” hordoztam és nem tártam a testület elé.

Bár az alkotmánybíró – csakúgy mint a bíró – gondolatainak a határozatokban kell testet öltetniük – így lesz voltaképpen minden ítéletük egyfajta önéletrajzi töredék –, és nem szokás *pro* és *contra* vívódásaikat, töprengéseiket másokkal megosztani, nyilvánosságra hozni, azonban az ünnepi alkalom felment e merev „szokásjog” aiól és megengedi, hogy elmondjam, hogy ugyan sokszor máskor is, de talán ebben az ügyben éltem meg legteljesebben az igazságosság és a jog szembekerülését. A bíróság határozott zsinórmértéke volt – ez később az elévülési határozatba be is került és „botránykövé” vált –, hogy ti. a mindig részleges és szubjektív igazságosságnál a tárgyi és formális ismervekre támaszkodó joguralom előbbrevaló. Ugyanakkor egyre erőszakosabban csendült fel bennem az antitézis, *Shakespeare* megejtő szépségű eszméje A Velencei kalmárból, hogy ti.: „Nagy igazságért egy kis jogtalanság / Csak az ördög zálogát üti el.” Végül is bírói habitusom – amely rendíthetetlenül hitt a jog erkölcsi erejében – győzedelmeskedett, és a kemény, merev com-

mon law-szerű különvéleménybe foglalt ítéletemet a lágyabb, hajlékonyabb (etikusabb) equity szabállyal enyhítve – hogy ti. az állam morális és humánus szempontok alapján azért köteles a régi rendben elszenvedett sérelmek, gazdaságilag lehető legteljesebb mértékű orvoslására, ha ilyen jogi kötelessége nincs is – a többségi határozathoz tűzve nyilvánosságra hoztam.

És akkor került csatolásra *Sólyom* párhuzamos indokolása a *nováció metaforájával*, amelynek bennem a bámulat érzése mellett valóságos „válságoldó” hatása volt.

A zseniális asszociáció szerint az eredeti kártalanítási kötelezettség megszűnése megállapítható volt (tehát különvéleményemben szerinte is logikus eredményre jutottam), de az – mintegy a nováció mintájára – új jogcímen, új terjedelemben új kondíciókkal új kötelemben – itt: új jogalkotói kötelezettségbe! – alakul át, azaz a régi jogcímekre nem lehet már többé hivatkozni, de a jogi kötelezettség fennmarad.

A novatio a római jogban nem volt más, mint egy fennálló kötelemben oly módon való megszüntetése, hogy annak helyébe az eredetihez képest valamilyen változtatást, azaz új elemet tartalmazó új kötelemben lépett. A novatio így egy előző kötelemben egy más kötelemben való átöntése és átvitele, amikor egy már meglévő kötelemből úgy létesítenek újat, hogy az addigi teljesen megszűnik.

A nováció metaforájával, ideológiájával kimondható volt, hogy az államosítási jogszabályokban vállalt kártalanítási kötelezettséget az állam, a törvényhozás szabadon megújíthatja. Így a kárpótlási kötelezettség valójában nem az eredeti kötelezettség már, hisz az megszűnt. Ezáltal viszont a kárpótlási törvény novált, új jogalapja lehet a múltbeli tulajdoni sérelmek rendszerváltással összefüggő, legalább részleges jóvátételének.

*Sólyom* párhuzamos véleményében kimutatta, hogy a nováció az államosításokért ígért, de nem teljesített kártalanítások ügyében – ezeknek az államosításoknak rendkívüli volta miatt – alkotmányosan megengedhető. A tulajdon védelme és a jogállamiság elve alapján az államnak kötelessége minden egykori államosításból folyó kötelezettségét azok megszűnése, ellenére is – akár a nováció, a megújítás révén is – rendezni, úgy, hogy mindeközben az érintettek egyetlen csoportja se kerüljön hátrányba. *Sólyom* ezzel az analógiával voltaképpen megalkotta az egész kárpótlási rend filozófiáját és alkotmányos szintézisét. Számomra pedig, aki arcpírító szégyenérzettel kimondtam, hogy a múlt bűneinek jóvátételéért a rendszerváltás államát legfeljebb csak morális, de semmiféle jogi kötelezettség nem terheli, felszabadító volt. Ámulatba ejtő szintézisre törekvő megoldását, intellektuális alázattal fogadtam, egyben megint csak örömmel és büszkeséggel töltött el, hogy bírótársam voltam ebben a rendkívüli korszakban, amely benne – és bennünk – rendkívüli eszmék szülője volt.

Kár, hogy a történelem – mércéjével mérve *Sólyom László* jogászi zsenijét szimbolizáló szívárvány nem ragyoghatott még legalább egy ideig az alkotmánybíráskodás egén. De pályájának aztán mégis méltó útja lett, hogy az Alkotmánybíróság elnöki székéből a köztársasági elnöki széket foglalhatta el. Az már a sors fintora, hogy amilyen méltó volt erre a székre, legalább ennyire méltatlan volt a hatalom általi – bár formailag legális – „kitessékelése” a Sándorpalotából. És az már végképp a sors iróniája, hogy ugyanennek a hatalomnak erőszakos, de formailag ugyancsak legális, intézkedése folytán 42 évi bírói pályám idő előtt „bevégeztetett”, így *Sólyommal* megint csak sorstársak lettünk.

LÁSZLÓ SZÉKELY

**PROTECTION OF PERSONALITY  
IN THE THEORY OF HUNGARIAN PRIVATE LAW**

Adventures of tracking archetypes in legal history

The emergence of modern personal rights in Hungary developing at the beginning of the twentieth century was a private law reaction to the more and more evident symptoms of the crisis of the liberal model of state and society. Consequently, it would not be worthwhile digging deeper in the search for its roots in legal history than the second half of the nineteenth century. The legal concept of "personal rights," of which the Hungarian scholars of private law of the first half of the 1900s set out their theories, only appeared before in parts as avant-garde visions of legal theory in their own era in the greatly influential works of certain scholars of natural law, such as Hobbes, Locke, Rousseau, etc., but as an elaborate legal institution, it obviously could not have existed. The Hungarian pioneers of the theory of personal rights were fully aware of this, just as of the fact that if they wanted to point to archetypes from our legal history at all costs to build a foundation for their theories, search for "personal rights" itself as a principal motive would have proved completely unproductive, given that this sort of idea had not existed in Hungary either in the form of a separate legal institution before the first drafts of the Civil Code. Thus, building an historical type of foundation can only be undertaken with the functional view that we attempt to point to those ancient institutions lost in the mist of the distant past of legal history that in their own time fulfilled, or also fulfilled, similar functions to the modernized twentieth century personal rights as known to us. The danger of this approach, although not unproductive, is an anachronism, an arbitrary projection on the past disregarding important historical differences. There were authors who took this risk on board even back in the era of the source.<sup>1</sup>

We wish to quickly clarify that in our study, we are not writing legal history; the more modest purpose of the chapter, intended as an introduction to the subject, is only to bring closer to, and make tangible for, today's reader

<sup>1</sup> Kálmán Személyi ironically notes that at a Romanist seminar in Berlin, the professor, who is otherwise a first rate Roman law scholar, following a neck braking interpretation ended his lecture with the conclusion that Ulpianus had not included in his reasoning this explanation only because the audience he wrote for would have not understood it. "And he was not joking but stated it out of serious conviction." SZEMÉLYI KÁLMÁN: *The Law of Names. A Study under the Subject of Personal Rights*. Budapest, 1915, 24.

the substantive legal “reality” behind, and the opinion of its representatives about the historic antecedents of the uncovered personal rights theories. The more distant our past is from where the historic archetypes of the legal concept of personal rights emerge, obviously, the fuzzier the contours are, and as we approach the moment of the birth of the theories, at the turn of the nineteenth and twentieth centuries, the contours of the landscape of the source area become sharper and more refined.

The twentieth century pioneers of the legal concept of personal rights searching for archetypes providing for the protection of immaterial goods might have considered primarily in the institution of compensation for damages of our early law as the “antecedents” in a functional sense, and, thus, they were able to embed the historical roots of personal rights in the legal traditions reaching back even to the laws of King Saint Stephen.

The Second Book of the Decrees of King Saint Stephen stands out, according to which “Chapter 26: if a free man fornicates with the maid of another.

In order for free men to preserve the immaculate purity of their freedom, we wish to caution them against fornication with the maids of others.

Section 1 if a person recklessly violates this law and fornicates with the maid of another, he shall know that he has sinned, for which sin, in the first instance, he shall be flogged until he bleeds and he shall be shaved. If he fornicates for the second time, he shall be flogged until he bleeds and he shall be shaved. If he does it for the third time, he shall become the fellow servant of the maid or he shall redeem himself.

Section 2 if the girl conceives from him in her womb and could not give birth but dies in labor, he shall replace her with another maid.

Section 3 similarly, if someone’s servant fornicates with the maid of another, he shall also be flogged until he bleeds and he shall be shaved; and if the girl conceives from him and dies in labor, the servant should be sold and half of the sales price shall be given to the master of the maid and the other half shall remain always with the master of the servant.”<sup>2</sup>

The provisions contained in Sections 2 and 3 discuss the most ancient *delicti* of our law of compensation for damages, obviously from such an early era of legal history, where the penal sanction and compensation for damages claims were separated. In their original forms, the legal principles at issue did not explicitly protect personal values (this will only be possible when the concept of non-economic damages develops approximately nine centuries later within the framework of legal liability for compensation for damages), but as an archetype, it adequately illustrates the starting point of Hungarian legal developments leading also to the compensation for moral *damages*.

<sup>2</sup> <http://www.1000ev.hu/index.php?n=38param>: September 2, 2007.

Under King Mathias's Act XV of 1486, the partial compensation for damages, rules that also aimed at protecting personality, fell within the concept of *potentia maior*, i.e., major acts of violence.<sup>3</sup> Section 1 of this act clearly aimed at sanctioning violations against life, physical integrity, freedom, and honor, although, it only qualified such acts as injustice if committed against noblemen, because in feudal times, only noblemen qualified as persons with full rights. Prohibited acts included the following causes of actions:

- *invasio domorum nobilium*;<sup>4</sup>
- *occupatio possessionum et utilitatum at que pertinentiarum earundem*;<sup>5</sup>
- *detentio nobilium sine iusta causa*;<sup>6</sup>
- *vulveratio vel verberatio et interemptio nobilium*.<sup>7</sup>

In reality, only the last two causes of action of violence served the protection of personality in a narrower sense. In other words, they served the protection of non-economic interests, although, ultimately all of these actions could be brought against the violation of the person and his nobility. It is noteworthy that in fifteenth century legal thinking, the need for protection from violations against personal freedom, physical integrity, honor, and right to one's house, as well as property appears in a tight conceptual unity. Modern age lawyers studying the origins and roots of personal rights saw a practical example in this that even early legal thinking projected personality to numerous other rights and practically gave personal protection in areas also where the violation of entirely different, mainly rights *in rem* (right to one's house and property rights) were violated. The existential violation of the nobleman's personality could be realized by the violation of his property rights. In other words, by the violation of his material interests with the severity of a capital offense just as the less serious disregard of his reputation through physical assault.

The "*invasio domorum nobilium*", appears more like a claim for property protection, thus, a right *in rem*, which always presumed forceful impact on what by the offender. In reality, it caused injury by the serious violation and disregard of the will of the noble lord of the house. Looking back from today, we could even say that if in fact the most intimate aspects of personality materialize themselves inside the walls of the house, then, with a dash

<sup>3</sup> In the death sentence of Act XV of 1486, with the exception of the five cases, nobody needs to be convicted, and if the officers or serfs of the lords commit acts of violence, they have to clear themselves before their lords by oath, and on the part of those, they have to serve justice.

See <http://www.1000ev.hu/index.php?n=38param:284>.

<sup>4</sup> "invasion of the houses of noblemen"

<sup>5</sup> "occupation of their properties and usufructs as well as the appurtenances thereof"

<sup>6</sup> "detention of noblemen without just cause"

<sup>7</sup> "wounding, beating, or killing noblemen"



of imagination, we could discover in the right to one's house of the nobility the archetype of modern personal right to one's private home.

From the late 1400s, certain causes of action covered by *potentia maior* have singled out certain acts and promoted them to cases of disloyalty threatening the perpetrators with the obviously more severe sanctions imposed on the offender for disloyalty.

According to Section 4 of Act LXX of 1492, "the person who, for any reason, would beat or kill, or threaten to kill or beat, or detain, or in any other manner harm in their person the regular judges or their deputies, i.e., the vice palatine, deputy lord chief justice, deputy ban, protonotary, or other regular judges of the country, after having duly proved the foregoing, shall be found guilty of eternal disloyalty and shall be condemned by the punishment thereof."<sup>8</sup> Act IV of 1495 designated fourteen additional causes of actions as disloyalty,<sup>9</sup> and Section 1 of Act IV of 1504 the second "repulsion" (*repulsio*) of the judging person acting for the enforcement of the judgment<sup>10</sup> qualified as the crime of disloyalty. These cases are such that the public offices or public activities of the victims and the nature of the prohibited activities directly affecting the public interest provided necessary and sufficient justification for qualifying these violations as fundamentally public violations and

<sup>8</sup> <http://www.1000év.hu/index.php?a=38param:1025> – September 5, 2007.

<sup>9</sup> Act IV of 1495 cases or articles regarding the offence of disloyalty

The articles regarding the offence of disloyalty are the following:

Section 1 Persons openly revolting against the state of affairs of the country and the crown.

Section 2 Persons forging documents or using such documents before a court.

Section 3 Persons cutting or using forged seals.

Section 4 Persons minting or knowingly using in large quantities counterfeit money.

Section 5 Persons killing or wounding their relatives within the fourth degree.

Section 6 Public arsonists of villages and farms.

Section 7 Persons bringing in foreign agitators or mercenaries to subvert the internal order of the country.

Section 8 Persons violating letters providing public protection and letters of safe conduct in cases of public condemnations.

Section 9 Persons betraying the forts of their own lords just as persons besieging and taking secretly the castles or fortresses of any country residents, for which they are publicly condemned.

Section 10 Persons killing or wounding the regular judges of the country.

Section 11 Murderers of litigants or parties to disputes traveling to the court of a comitat, to the king, to *octava* court, or any other place of justice.

Section 12 Public heretics joining any condemned sects.

Section 13 Persons raping their blood relatives within fourth degree in the case of public condemnation or provision of letters.

Section 14 Persons mutilating others and carving out others' eyeballs with the exception of bans, voivodes, and others holding offices and holding the frontiers of the country.

<sup>10</sup> Act IV of 1504 punishment for the second repulsion: committing the crime of disloyalty.

In any matter and in the case of any judicial decision, in relation to the content of the decree, repulsion shall occur only one time.

Section 1 Persons, however, repulsed for the second time shall be found guilty of eternal disloyalty.

See <http://www.1000év.hu/index.php?a=38param:1025>.

for imposing sanctions on the offender penal in nature. However, this did not change the fact that a significant number of the causes of action (assault of public figures and judges, second *repulsio*, assault of individuals on their way to national assemblies or petitioners at county assemblies, disregard of *salvus conductus*, etc.) in reality was an attack against the personality, only the drastically deteriorating public conditions and the increasing decline of public security rendered it a necessary legislative solution and sanction that emphasized the primarily anti state power nature of these acts.<sup>11</sup>

In the first third of the eighteenth century, as a result of the improvement of public conditions, the above disloyalty causes of action, in accordance with the provisions of<sup>12</sup> Act X of 1723, were defined within the scope of major acts of violence, and, hence, the public law character of these prohibited acts once again lost their edge. (Although, the 1723 version seemingly includes more cases as *maior potentia* causes of action as the original Act XV of 1486, this, however, is only the expansion in content and differentiation in the area of disloyalty causes of action, but is not at all the strengthening of the dominance of their public law quality.)

<sup>11</sup> For first glance, assault between relatives and of women is lacking a public law quality. The fact that it is included among the disloyalty causes of action may be justified by that in these the resistance against judicial and public law proceedings designed to settle legal relations between relatives, as well as the medieval gallantry towards women.

<sup>12</sup> Act X of 1723 on the enumeration of sanctions of major acts of violence [*actus maioris potentiae*] formerly classified as instances of disloyalty

For the maintenance of the privileges of national nobility, for the security of private inhabitants of the country, as well as for the curbing of the rowdiness of any perpetrators of violence, with the approval of His Majesty the Emperor and King, the following shall be ordered:

Section 1 That the sanctions for major acts of violence set forth under Section 15 of Decree No. 6 of King Mathias and numerous other laws against persons who break and enter the house of noblemen or occupy the real property thereof, detain or arrest noblemen without just and legitimate cause and, in addition, those who wound, beat, or kill them, shall be maintained.

Section 2 Equally, those who arrest, detain, beat, or wound ordinary judges or their deputies, proto-notaries and others, either seven-member or royal appeal court or district appeal court or county court judges, as well as people of a cathedral chapter and convent, or of the king, palatine or ban, or the barons of the country and lord lieutenants, as well as the councilors of the royal chamber, the first and vice chairman thereof actively and legitimately proceeding in their official capacities.

Section 3 Violate free letters of safe conduct.

Section 4 And commit repulsion for the second time, it shall be declared.

Section 5 Not any differently, those who beat or wound, or have other to beat or wound complainants at national assemblies or outside thereof for such complaints, or individuals on their way to national assemblies, courts, county assemblies and courts, or conducting investigations regarding the demanding and sending back of fugitive serfs and servants, or into misconducts of the military and individuals coming to the event making them accountable, and individuals involved in the investigation and accounting described above and returning therefrom.

Section 6 As well as individuals wounding siblings and blood relatives, mutilating limbs and carving out eyes shall be punished for major acts of violence.

Section 7 Monks, persons of the clergy (and women) shall receive the punishment of punished by a fine in lieu of capital punishment.

The sanction for major acts of violence originally was capital punishment and forfeiture of property. According to Act IX of 1351 (“that the judge shall capture those convicted in court and detain them for three days for settlement talks”), “if any nobleman is convicted before the palatine and court judges or any other judges in accordance with the law for punishment and death sentence for any of his action, the fact of violence or falling in duel, altercation, false testimony, and presentation of forged documents. Section 1 the judge of the case shall capture the convicted person, and, for the purpose of the settlement to be reached between the parties, shall arrest him for three days. Section 2 and if they do not settle, the judge shall release him to his adversary in accordance with the customs of the country, so he can carry out the punishment on him he deserved in accordance with the law.”<sup>13</sup> Enforcing the judgment, thus, was the duty of the prevailing victim. This solution is confirmed by Act LV of 1486 and<sup>14</sup> Act LXXIV of 1492, too, and<sup>15</sup> the transfer of the right of enforcement to the opposing party was a generally accepted custom in feudal proceedings.

Act XXXIV of 1729<sup>16</sup> Section 3, however, abrogating the previous statutes, provided that “in the punishment for major acts of violence, i.e. taking the head or taking the tangible and real property of the offender, with the possibility of redemption through official appraisal of the latter and simple loss of the former, shall be immediately convicted”, so the sanction was either capital punishment or forfeiture of property, but not cumulatively both.

Before, Act LV of 1486 also stipulated that the property of the perpetrator of acts of violence given to the hands of his adversary for execution and being *actually executed, could not be forfeited by the judge*, but the property was passed on to the heirs of the person executed.<sup>17</sup> The sanction, thus, also did not

<sup>13</sup> See <http://www.1000év.hu/index.php?a=38param:1025>.

<sup>14</sup> Act LV of 1486 on that the judge of the person condemned by death sentence shall immediately capture and detain him for the purpose of settlement talks; if the settlement talks fail, the judge shall hand him over to his adversary on the third day.

Section 1 And if they cannot settle, than according to the customs of the country, give him to the hands of his adversary, so he can carry out on him the legally determined and well deserved punishment.

See <http://www.1000év.hu/index.php?a=38param:1025>.

<sup>15</sup> Act LXXIV of 1492 on how to treat those condemned by death sentence and about their estates

Section 1 And if they cannot settle, than according to the customs of the country, give him to the hands of his adversary, so he can carry out on him the legally determined and just punishment.

See <http://www.1000év.hu/index.php?a=38param:1025>.

<sup>16</sup> Act XXXIV of 1729 on the resistance against judicial judgments and recapturing property taken under enforcement by a judge. See <http://www.1000év.hu/index.php?a=38param:1025>.

<sup>17</sup> Section 2 And if this person carries out against the condemned person the capital or other punishment, which, as we mentioned, the law imposed, he should be deemed free from any payment of monetary or other fines towards the judge or his adversary.

Section 3 And that the sons, brothers, kinsmen, sisters, wife, and blood relatives of this convicted person shall not be punished by taking either his property or parts thereof or other possessions (except

accumulate at the end of the fifteenth century. Werbőczy also confirms this under Part II, Title 55 of the *Tripartitum*,<sup>18</sup> which rule could only be applied with respect to noblemen. If the violent act is committed by a town, such as if the community commits the act by “putting a nobleman to death without just cause, then not each commoner but only the judge and the members of the jury shall be punishable by death sentence, who, *simultaneously*, shall lose the real properties and inheritance to which they are entitled...”<sup>19</sup> Thus, with respect to commoners, capital punishment and forfeiture of property could be actually applied simultaneously. According to Werbőczy, significant differences remained between disloyalty (*nota infidelitas*) and death sentence (*sententia capitalis*) in our early law, despite the fact that since 1492, numerous earlier causes of action of violent acts became cases of disloyalty, and, thus, punishable by death. In Part I, Title 16 of the *Tripartitum*, Werbőczy explains that capital punishment and forfeiture of property can be applied together only in the case of disloyalty, but in the case of the enforcement of *capitalis sententia*, property rights pass on to the heir of the person executed.<sup>20</sup> The other important difference was that if the person upon whom a death sentence was imposed agreed on a successful settlement with his adversary, the court could not have “interfered” with the “properties” of the convicted person even without royal pardon,<sup>21</sup> thus, the confiscation of property did not take place. However, if he was found guilty of the crime of disloyalty, even a settlement with the adversary did not prevent the confiscation of property.<sup>22</sup> Part II, Title 43 of the *Tripartitum*<sup>23</sup> explains how forfeiture of property and from this, the compensation of the victim in the form of *homagium* (“blood money”) took place. Of the properties, first the *homagium* had to be paid to the victim, and the rest was divided between the judge and the victim in a 2/3-1/3 proportion, although the victim only had a lien on it, because

---

only those things, which he had on him at the time of his arrest) by the judge, but that those shall pass to his sons and heirs or family, who shall keep these possessions, properties, estates, and possessory rights safely, freely, and without disturbance.

See <http://www.1000év.hu/index.php?a=38&param:1025>.

<sup>18</sup> Section 4 The real properties and possessory rights of a person who was executed or punished by other just punishments determined under other laws (as I mentioned before) by his adversary, shall not be taken by the judge or the adversary, but all of his real properties and possessory rights shall pass clear to his sons, if any, or kinsmen or other legal heirs, with the only exception of things, which were on him at the time of the detention of the convicted person, which shall remain with the judge.

WERBŐCZY: *Tripartitum*. Third Edition, Budapest, 1894, 235–236.

<sup>19</sup> WERBŐCZY op. cit. 297–298.

<sup>20</sup> Section 3 By the application of the death sentence, the ownership of real properties and possessory rights are not lost, but if a convicted person is executed, than all of his real properties and possessory rights pass straight to his sons (if he has any) or close kinsmen or other legal heirs.

Id. at 53.

<sup>21</sup> Id. at Part I, Title 16, Section 5 at 53–54.

<sup>22</sup> Id. Part I, Title 16, Section 6 at 54.

<sup>23</sup> Id. at 224–225.

the heirs had the right to redeem. However, the object of this confiscation of property was not the entire estate of the convicted person, as Part II, Title 43 would suggest, but only the property remaining after the deduction of the portion to which the tenants in common living on the same undivided property and descendent heirs were entitled.<sup>24</sup> The expectancy rights of legal heirs in the law of land ownership in feudal Hungary was so strong that the ancient family land was not even considered the property of the convicted person in the case of a death sentence, but a conviction for disloyalty was considered as such that practically severed family ties, too.

If, however, the enforcement of confiscation of property could have been effectuated only after the deduction of expectancy portions, then, in the absence of additional instructions, there would not have been no room left for ordering forfeiture of property, because the convicted person's heirs would have been entitled to the entirety of the estate. It was necessary, thus, to specify that only the expectancy portion of the estate was to be preserved for the successors, which was permitted by the compulsory portions between father and son set forth in the provisions of Part I, Titles 51, 52, and 53. However, the *Tripartitum* does not contain even the vaguest reference as to what the manner of this division was, or how much the father's portion was. Grosschmid's opinion is that in these situations the *portion due to the father* is a child's portion.<sup>25</sup> According to Frank, "...Werböczi followed the Roman law, where disinheritance, *exhaeredationes*, occurs for similar reasons, but in different ways. However, this did not match contrary customs of our country; it cannot even be said that the nation would have accepted Werböczi's opinion (aside from the books, with action).<sup>26</sup> Then how the division could occur, Frank did not specify either.

The *homagium* or blood money, to which the victim was entitled, was the instrument of reparation and compensation after all. Although, originally it served as an amount for redemption, which the convicted person paid to free himself from the execution of a death sentence, in the *homagium* the violation of personal rights by the *potentia maior* was defined in money and estimated in a specific amount. Werböczy in the *homagium* saw "head money," in other words, redemption, and disputed that "the *homagium* is a fee for the murdered person; although, to state this is absurd because a dead person cannot

<sup>24</sup> "In addition, we have to note that at the enforcement of any sentence, first of all, the portions, due to the sons and daughters came to this world and were born before the judgment was rendered, as well as kinsmen and all those who have undivided possessory rights with the condemned person, have to be separated, and only the portion to which the condemned person himself alone is entitled to will be divided between the judge and the adversary."

Id. at 240, confirmed by Frank (FRANK IGNÁC: *The Civil Law in the Land of Hungary*. Buda, 1845, 721.)

<sup>25</sup> GROSSCHMID BÉNI: *Study of Laws and Regulations*. Budapest, 1905, 600.

<sup>26</sup> FRANK op. cit.498.

be redeemed or resurrected from his death at any price. His murderer, however, has to redeem his own head, so he is not killed the same way, but this is not the redemption of the person he murdered."<sup>27</sup> According to him, the institution rather belongs to criminal law and public law by nature, yet, undoubtedly, *homagium* was due to the victim before sharing it with the judge, and the extent of *homagium* was determined by the feudal status of the victim. After all, it served as financial compensation of the victim for the injury suffered, even if formally it appeared as some sort of consolation because the offender escaped the death penalty. The amount of *homagium* (*mortuum sive integrum*) in the case of *potentia maior* was 400 forints (100 marks) if committed against peers, 200 forints (50 marks) for acts against noblemen, and 40 forints in the case of commoners,<sup>28</sup> 25 forints for Székelys [Hungarians from eastern Transylvania],<sup>29</sup> for Slavonians, 100 forints, and for Transylvanians, 66 forints.<sup>30</sup> In case of minor acts of violence, *potentia minor*, the amount of *homagium vivum*, was reduced by half.<sup>31</sup>

Capital punishment and forfeiture of property was never applied to acts of violence cases against clergymen, only in cases of commission of high treason, flagrant disloyalty, and intentional and premeditated murder or robbery.<sup>32</sup> In other words, it was based on clearly criminal law causes of action. For the maintenance of reciprocity, Act XXXVIII of 1439 also provided that if a nobleman was convicted for acts of violence against a clergyman, neither capital punishment nor forfeiture of property was applied to the nobleman, but he was required to pay *homagium* and compensation for damages.<sup>33</sup> The fact that our early law mentioned compensation for damages separately only in the cases of acts of violence against clerical persons can be explained by that in other cases within the scope of forfeiture of property, sharing with the judge beyond the *homagium* provided sufficient compensation for the victim. This is confirmed by Part II, Title 61 of the *Tripartitum* also, according to which if the person committing the act of violence would die during the

<sup>27</sup> WERBÓCZY: *Tripartitum*, 287.

<sup>28</sup> Id. at 39.

<sup>29</sup> Id. at 286.

<sup>30</sup> Id. at 283. See also *Tripartitum*, III 9, III 26, and Act XIX of 1495.

<sup>31</sup> "In a broader sense, the minor acts of violence is *homagium* with a fee, too; and thus, there are two types, i.e.: *homagium mortuum sive integrum* and *homagium vivum*, half of the former. But it is not customary to say in Hungarian: the fee of the dead and live person, but the former is called blood money and the latter the fee for the other or minor acts of violence." FRANK op. cit. 717–718.

<sup>32</sup> WERBÓCZY op. cit. 225–226. See also Act LXXII of 1486, Act XXXII of 1512, and Act X of 1723.

<sup>33</sup> Section 1 Than the nobleman cannot be punished by a larger fine than his fee that is the redemptions of his dear head in a way than the clergy person himself.

Section 2 And with respect to damages, the judge is obligated to provide redress to the injured party both from the part of clergymen and laypersons.

Act XXXVIII of 1439 on the punishments imposed between clergymen and laypersons. Source: <http://www.1000ev.hu/index.php?n=38param:284>.

trial (“perished from this world”) the judgment should only extend to the possessory right portion of the testator, and from this, before everything else, the amount serving to compensate the damages caused should be provided, and only after this could the division of the rest follow between the judge and the plaintiff.<sup>34</sup>

With respect to compensation for damages, our early law applied general rules quite early on, which, unless some special rules did not have to be taken into consideration, could also be applied in cases of acts of violence. Thus, for example, if the capital punishment was actually carried out, and because of this neither the judge nor the victim could touch the estate of the person executed, it was passed to the legal heirs. In addition, the injured party was neither entitled to *homagium*, although he could seek compensation through the general rules of compensation for damages.

The general rules of compensation for damages appear in our early law scattered and often redundantly in numerous statutes. According to Section 10 of Act XVI of 1492, “and beyond this, he is obligated to compensate the injured party for the damages and provide full redress with respect to those.”<sup>35</sup> Section 1 one of the above statute goes as far as that “...all those who were in their person or property suffered in any way such damages, injury, or injustice, shall have the right and freedom to sue the perpetrators of such damages, injury, and injustices and demand remedy for their damages, injuries, and injustices they suffered by legal means.”<sup>36</sup> Here, the cause of action is so abstract and general that it made the compensation for non-economic damages possible, in other words, damages caused “in any way” purely to personality assets, even in the case of an *iniuria in personam* manifesting in a trivial defamation.

For the determination of the extent of damages, instead of the estimating oath serving from the earliest times, Act XXVII of 1638 introduces the instrument of judicial consideration: “In addition, compensation for damages, pursuant to the force of those articles, shall take place based on the conscientious calculations by comitat judges and not based on the plaintiff’s oath.”<sup>37</sup> Section 2 of Act XXXI of 1659 explicitly states with respect to complaints based on assault and battery that the judge shall decide on the compensation for the victim based on his own free discretion and consideration.<sup>38</sup> It is note-

<sup>34</sup> WERBÖCZY op. cit. 242.

<sup>35</sup> See <http://www.1000ev.hu/index.php?n=38param:284>.

<sup>36</sup> Act XVI of 1492 on that after the death of King Mathias, compensation for damages caused to anybody must be sought by legal means. See Id.

<sup>37</sup> Act XXII of 1638 on the extension and further explanation of articles on acts of violence. See Id.

<sup>38</sup> Act XXXI of 1659 on that in complaints based on debt, costs shall be awarded also, and that compensation for assault and battery shall take place in accordance with the method of payment for damages.

Section 2 In addition, with respect to redress for assault and battery caused by any person, the method of compensation set forth in Act XXII of 1638 shall be maintained. See Id.

worthy that for assault and battery the statute explicitly prescribes “redress” (*recuperatio detrimenti corporis*) and avoids the use of the word “damage” (*damnum*), which necessarily only appears in subordinate clauses, as it refers back to Act XXVII of 1638. This reference, however, did not restrict the extent of this that can be determined of *recuperatio*, in other words the judicial consideration based on the method of “conscientious calculations.”

The cases of major acts of violence (*potentia maior*) were defined in a taxative manner in fairly precisely described causes action. Thus, *potentia maior* stood out as a special class of cases from the general category of private law offences. The other large group consisted of cases of minor acts of violence (*minor potentia*), whose single common distinguishing feature was that they were realized through violent acts, but they did not qualify as major acts of violence: “aggression or minor acts of violence shall mean every unlawful act of force, or: any offense that is carried out by powerful force...”<sup>39</sup> The “fee” of these acts was the *homagium vivum*, whose amount between noblemen was 100 forint, the half of which was given to the judge and the other half to the victim.<sup>40</sup> If the perpetrator was not a nobleman, the amount of *homagium vivum* was 40 forints, which belonged to the victim in its entirety.<sup>41</sup> The general rules for compensation for damages were of course applicable in cases of minor acts of violence.<sup>42</sup> Werbőczy mentions another interesting cause of action in Part III, Title 31, namely “if a nobleman undeservedly beats or wounds a peasant, or harms him in any other manner, or forcefully causes damages even to his property, and the peasant’s landlord suing such nobleman has him found liable for the offense and convicted, then that nobleman shall be convicted of the fact of minor acts of violence against the landlord, which is 100 forints, and beyond that of the fee or compensation for, and remedy for the damages caused to that wounded or beaten peasant, in other words,

<sup>39</sup> FRANK op. cit. 724.

<sup>40</sup> Id., and also in Section 9 of Act XIV of 1486.

“... and it shall remain 25 marks of 100 forints to be shared equally between the judge and the plaintiff.”

See <http://www.1000ev.hu/index.php?n=38param:284>.

Act LV of 1492 on cases regarding minor acts of violence.

“In lawsuits initiated because of damages, harms, and injuries, even if the perpetrator confessed with his own mouth before his judge, from now on, nobody shall be condemned for acts of violence but only held liable for the compensation for damages caused in this manner and the costs of the plaintiff, and, in addition, shall be condemned for the foregoing acts of violence for the payment of 25 heavy giras, which equals with 100 forints, which shall be divided equally between the judge and the complainant, and the judge shall compel the person for immediate payment thereof.”

See also *Tripartitum*, Part II, Title 67.

Section 3 And exactly one half of this 100 forints shall fall to the share of the judge and the other half to share of the plaintiff or plaintiff woman. But the compensation for damages shall belong only to the plaintiff or plaintiff woman.

WERBŐCZY op. cit. 247.

<sup>41</sup> Id. at 304.

<sup>42</sup> Act XIV of 1486. Section 10 of Act LV of 1492.



in relation to the quality of the action that was done.”<sup>43</sup> The law at the time protected a very particular, feudal “personality” interest, the aristocratic power against the perpetrator of the act of violence by compelling him to pay the *homagium vivum*, while if the curtailment or harm of the serf was done by a commoner, the law only saw the realization of simple damages, and there was no room for compelling to pay *homagium*.

However, private law offences were not exhausted by cases of acts of minor or major violence even in our early law, as the statutes specified numerous other private law *delicti*, which were not associated with violence but posed danger to the public interest and brought about sanctions. The common feature of these regulations was the private fine corresponding to the *homagium*, which in certain cases were due to the victim or complainant in its entirety. This common feature prompted Frank to include these along with the acts of violence under the title of “fined offenses.”<sup>44</sup> This included, among other things, the retention of patents of nobility.<sup>45</sup> (“...despite the law and fairness, either through guardianship rights or in any other manner and unjust way of taking possession of others’ patents, or if they lay hands on them in any way or refuse to return them, even if they so request it, to their lawful owners or custodians”), and the arrest of serfs.<sup>46</sup> During the centuries, these cases of private law offences, which did not belong to the statutory itemization of acts of violence, precisely defined by the *Tripartitum*, became more and more frequent, because every prohibitive-sanctioning law classified under this group every new cause of action it created. There are institutions in this category that can also be interpreted as archetypes of the private law protection of the personality. To this category belongs, first of all, the offense of “pretense,” “the Latin name of this crime in our laws: *larva*, whose Hungarian translation would mean mask, masquerade, or pretense, but because of the nature of the thing, it will be better to call it usurpation of blood or name, because it is at least clearer this way.”<sup>47</sup> According to the cause of action, the offense of “pretense” is committed by a persons who “by intentionally putting others’ masks on themselves, and falsely presenting themselves as siblings, or in other manners, knowingly, under invented name and persona fraudulently, dare to obtain closer or more distant inheritance or privileges.”<sup>48</sup> Comparing to modern name laws, of course, they did not sanction the usurpation of names

<sup>43</sup> WERBÓCZY op. cit. 331.

<sup>44</sup> FRANK op. cit., Passage 6, 717–741.

<sup>45</sup> Act XLIII of 1659 on the procedure against persons capturing and arresting others’ patents, and FRANK op. cit. 734–737.

<sup>46</sup> FRANK op. cit. 732–734.

<sup>47</sup> Id. at 738.

<sup>48</sup> Act XLVI of 1723 on the punishment of persons of pretense. – See <http://www.1000ev.hu/index.php?n=38param:284>. See also WERBÓCZY op. cit., Part II, Title 16, 191.

in general but fraudulent behavior displayed to give the impression that the person belonged to an aristocratic family in order to obtain illegal financial benefits, and, obviously, exclusively for the protection of aristocratic names.

The *emenda linguae* or the private law *delictum* of ordinary defamation was also a fined offense and the “tongue money” that could be imposed on the perpetrator. Its amount was 100 forint, and two-third went to the judge and one-third to the injured party. Its definition according to Werbőczy: “hideous and disgraceful words uttered against a man of good reputation and honest status,”<sup>49</sup> In the formulation of Frank, “a person, who says nasty insults of an honest man,” and also “a person that at the national assembly slanders and spreads evil news, reflects upon others’ honor” or “who ignobly denies others’ nobility.”<sup>50</sup> In the latter case, the offender owed 200 forints tongue money, and it was due entirely to the victim.

Reviewing briefly the period of development arching until 1848, it is not an overstatement to conclude that our early law was not indifferent toward the value we today call the concept of personality. In the event of the violation of life, physical integrity, as well as right to freedom and one’s house, the institution of *potentia maior* provided protection, every other violent offense against the personality qualified as minor acts of violence (*potentia minor*), tongue money (*emenda linguae*) served to safeguard honor, also, the cause of action of “pretense” was available against the questioning of aristocratic legal status and for the protection of family status, and some cases of fined offenses mentioned protection against violent attacks targeting the personality. Looking back from today, the quality of protection is of course debatable, because the differentiation of criminal and private law liability practically had not even begun in the subject periods, and the referenced legal institutions were created by a particular organic legal development, which did not and could not show any tendency for drawing the precise demarcation line of public-private law. Perhaps the most accurate is to say that these old institutions realizing the protection of the personality possessed neither purely private law nor purely criminal law characteristics. Grosschmid also seems to share the same opinion, according to whom, for that matter, the obligation to compensate for non-property damages can only be imagined as an exception, and he only brings up the case of private (due to the victim) fine as an example, of which he concludes that “before, our law was full of mixed formations (defamation and acts of violence fees and fined offenses) combining the aims of punishment (beating and atonement) and reparation (appeasement and compensation).”<sup>51</sup>

<sup>49</sup> WERBŐCZY op. cit. 255.

<sup>50</sup> FRANK op. cit. 740–741.

<sup>51</sup> GROSSCHMID BÉNI: *Chapters from the Domain of Our Law of Obligations*. Volume One, Second Edition, Budapest, 1901, 768.

Regardless of the polemics that can be sustained concerning the characteristics of the legal institutions, the most important momentum is that besides all the previously discussed legal violations, compensation for damages could be applied in addition to any other legal sanctions.<sup>52</sup> In the causes of action where the presence of the harm to the personality was emphasized, in addition to damages, the victim was entitled to, at least partially, *homagium* or private fine. With respect to the origins of the institution, Werbőczy is certainly right that the *homagium* was not a compensation paid for the deceased but the ransom of the offender who stayed alive to avoid the death penalty. At the same time it cannot be denied that regarding its effects, *homagium* had a compensation function compensating for the non-economic, moral damages. This nature of compensation for pain and suffering is supported by the fact that the *homagium* was due in cases of capital punishment, in other words, the death penalty, where it was not even an option (for example, acts of violence committed by clerical persons), or the institution of *homagium* remained in such causes of action also that originally were sanctioned by the death penalty, but later the possibility of this was abolished.

In sum, it can be probably concluded that our early law, as we could see, was not at all parsimonious in the area of private law protection from harms of personality. Rather it strived to ensure protection of personality interests not only with strong criminal law but also resolute compensatory or compensation substituting, fairly mixed-natured institutions as far as the characters of the branches of law they belong to is concerned. This apparently promising arch of development, as in essence that of our entire private law, was interrupted by the entering into force of the Austrian Code.<sup>53</sup>

According to the evaluation of Szladits, with the promulgation of the acts of April 1848 (Acts XV and IX) and the abolition of entailment, donation system, and feudal relations, "the entire artful building of our early private law collapsed virtually all at once."<sup>54</sup> Although, Act XV of 1848, which instructed the ministry to draft the civil code and introduce it in the next national assembly had given promising outlooks that "the Hungarian legislation with the utilization of the precious legal materials of early Hungarian law would have probably developed an independent civil legal system. (...) However, the Hungarian legislation had carried out the demolition sooner than it could have started building it. Through the cracks created by the demolition, the foreign legal system had rushed in with rapid currents, which, flooding

<sup>52</sup> In the case of forfeiture of property, providing the victim with a portion of the confiscated property was a peculiar method of compensation for damages, at least certainly in terms of its effects.

<sup>53</sup> Letters Patent No. RGB 246 of November 29, 1856.

<sup>54</sup> SZLADITS KÁROLY: *Hungarian Private Law. General Part*, Budapest, 1941, 78.

our entire legal life made it almost entirely impossible to continue building upon the old foundations.”<sup>55</sup>

It is especially true with respect to the systems of personal rights and private law fines, because in these, despite their rudimentary nature, there was a potential for the development of a modern, according to current concepts, cross-cutting branch or area of law. The cooperation of the public law and private law elements and the institutions heterogeneous in nature with compensating effects had assembled throughout the legal developments of the centuries into a system of personality protection with a particularly domestic origin. We can only guess what characteristics the civil code had that the ministry would have introduced in the national assembly, but it is a sensitive loss that the complexity of the legal branch that was made the basic idea of the regulation of acts of violence in our early law was, probably necessarily, sacrificed at the altar of modernization pressure facing the two fundamental areas of criminal and civil law.

The Austrian Civil Code<sup>56</sup> its 1853 version forced upon our country only provided for the protection of personality interests imperfectly and inadequately as a quasi side effect of the law of compensation for damages. As a result of its general formulation and wording, Section 1295 of the Austrian Civil Code might have given the impression at first glance that it provided protection against any violation of the personality: “everybody has the right to demand compensation from the offender for the damages caused by his offense.” The problem was that the idea of the protection of personal rights had fallen, in certain respect, until the present day, into the trap of the entire rule complex of the law of compensation for damages, and the scope of protection had been narrowed. Besides many other factors, it had tightened the extent of protection that the victim was only entitled to compensation if he could prove the damages, and also that it was in a causal relationship with the offensive act, and that the offender could be held liable for the act. Protection for the violation of personal rights in the form of compensation for damages could only be demanded if these three conditions were met in full. Thus, from this moment on, the extent of the protection of personality that had been customary before, was no longer institutionally guaranteed. Section 1325 of the Austrian Civil Code somewhat broadened the narrow frames of the damages based on protection by providing the possibility of the award of “compensation for pain and suffering in proportion with the proven circumstances”, upon the victim’s claim, in cases of assault and battery. In es-

<sup>55</sup> Id. at 79, and at other places: “the Austrian legal system found ruins that had to be covered.” At 84 quoting Grosschmid’s conclusion also “...as the stubble after the sickle on the fields, there were a lot of leftovers...” GROSSCHMID(1905) op. cit. 839.

<sup>56</sup> Austrian Civil Code, Vienna, 1853.

sence, we can consider this institution the successor of the Hungarian *homagium*. Of course it was more narrowly applied, because besides assault and battery, it was not applicable in cases of offenses against other personality assets. Sections 1325–1330 of the Austrian Civil Code<sup>57</sup> specifically identified certain cases of the protection of personality on the ground of compensation for damages with the listing of physical integrity, life, freedom, and honor.

The National Judicial Conference of the Lord Chief Justice<sup>58</sup> formally repealed the above cited provisions of the Austrian Civil Code with the Interim Legislative Rules, at least in the jurisdiction of the National Judicial Conference of the Lord Chief Justice,<sup>59</sup> but the “influence in content” of the code<sup>60</sup> remained strong. “The Hungarian private law at the new opening of the constitutional era, especially with respect to its areas of the law of obligations, was rather incomplete, coarse, and unmolded. No wonder that our lawyers had filled in the gaps, at least temporarily, primarily with the provisions of the Austrian Civil Code.<sup>61</sup> The Hungarian private law, which theoretically became effective again, was outdated with respect to its law of acts of violence also, and it could not become a living body of law again. Act XXXVII of 1880 on the entering into force of the criminal code also had formally abolished private fines,<sup>62</sup> with respect to blood money, Act LII of 1871 had already ordered the same.<sup>63</sup> From this moment, the advanced case law of the protection of personality that developed in the early law, could only be the subject to legal history interest. More sensitive and more serious cases of the former cases of acts of violence, which posed danger to society, too, became criminal law causes of action, while the more insignificant cases remained outside of the interest of both criminal and private law. Personality protection that could be provided through compensation for damages ultimately remained in practice based on Hungarian private law also, but its fundamental principles developed based on the Austrian Civil Code, the limits of which we have already mentioned. The case law of the era beginning with 1867 was rather reserved to the application of liability for damages to protect the personality with respect to both the legal basis and the amount of damages awarded. The lagging behind of jurisprudence from the demands dic-

<sup>57</sup> Section 1328 of the Austrian Civil Code does not belong in this category, as it concerned care for illegitimate children, and this fundamentally family law rule did not have anything to do with compensating for damages from the viewpoint of neither causation nor sanction.

<sup>58</sup> January 22 to March 4, 1861.

<sup>59</sup> Hungary, Temes Banat, and Serbian Voivodina before 1861.

<sup>60</sup> SZLADITS: *Hungarian Private Law. General Part*, 91.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> Section 2 “And as of this effective date, provisions of statutes, decrees, rules, rule-decrees, as well as provisions of customary law, which define any punishment with respect to any acts or omissions that constitute the subject matter of measures of the Hungarian Criminal Code, shall be repealed.”

<sup>63</sup> Section 7 “Blood money shall be abolished.”

tated by real life is well illustrated by the fact that from the 1870s, almost every sector specific statutes had to be promulgated together with separate special liability rules.<sup>64</sup>

The theoretical hesitation was sharply apparent in the Hamlet-style struggle regarding the key issue of the private law protection of personality, namely the question of non-economic damages. The ambivalent relation is expressed most typically in the position of Grosschmid, who in his monumental life's work has not studied personal rights directly at all, which fact is an exception regarding his work on the institutions of Hungarian private law. We can only draw conclusions regarding his opinion on this subject from his analysis of the question of "non-economic damages"<sup>65</sup> relating to this. His basic principle is that the obligation of compensation for damages "only extend to the reparation of property damages. Therefore, we have to consider the opposite as a broader or narrower exception from the general principle."<sup>66</sup> According to him,<sup>67</sup> the inconsistent "manner of wording" of the rules in the particular statutes providing for compensation for damages leads to the conclusion that harms not relating to property also seem to be damages. However, Grosschmid also acknowledges that "there are things that are more precious than wealth, for example, the physical integrity and good reputation of our own and that of ours, peace of mind, public honor, etc. This cannot be denied. Yet, as soon as the law did not include the limitation to property in the imposition of compensation for damages surreptitiously, the provisions of the law would lose their effects. (...) Such general criteria, which could distinguish these sorts of things (any inconveniences and emotional indignation – L. Sz.) from the disadvantages the law indeed wishes to repair, have not yet been invented. In addition, these sorts of injuries lack the objective standard to measure the value of damages. This way, the imposition of damages would lose its applicability, in other words, the application of the law in these situations would not be more than law-making on a case-by-case basis. It is true that the more or less emotional in-

<sup>64</sup> – Sections 9, 16, and 66-67 of Act VIII of 1871 on the liability of judges and officers of the court.

– Chapter VII of Act XXXVI of 1872 on the formation and organization of Buda-Pest capital local authority. Sections 114-118 on the liability of committee members and officials.

– Article 43 of Act I of 1873 on the treaty on postal services with Germany. Procedures regarding compensation for damages.

– Act XVIII of 1874 on the liability for death and bodily injury caused by railways.

– Sections 71-72 of Act XXXIV of 1874 on the subject matter of regulating attorneys.

– Sections 172, 175, 176, 188, and 189 of Act XXXV on court notaries public.

– Act XXXVII of 1875 on trade regulations (several sections).

– Section 107 of Act XXVII of 1876 on exchange regulations.

– Sections 73-75 of Act XX of 1877 on the settlement of guardianship and trusteeship matters.

<sup>65</sup> GROSSCHMID (1901) op. cit. 765-769.

<sup>66</sup> Id. at 765.

<sup>67</sup> See footnote 62.

juries caused indeed by every legal violation would be among the few cases, *quae non curat preator*. In this respect, the law of compensation for damages is the asylum of legal violations.”<sup>68</sup> Thus, Grosschmid, after all, did not want to exile the protection of personality assets and interests from private law but wanted to emphasize that the entire institutional framework and dogmatism of compensation for damages are not adequate instruments of satisfying the demand for protection. That his intuition was excellent in this area is also well proven by the issue of vicissitude of non-economic damages in the twentieth century history of Hungarian private law, in effect, all the way to the present day.

<sup>68</sup> GROSSCHMID(1901) op. cit. 766.

LAJOS VÉKÁS

## GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ UND PRIVATRECHT

Mit seinem wissenschaftlichen Oeuvre hat Professor Sólyom sowohl das Privatrecht als auch das Verfassungsrecht grundlegend bereichert. Der Aufsatz über ein Grenzgebiet dieser beiden Disziplinen will dem Jubilar Ehre erweisen und Freude bereiten.

### 1. Einleitung

Die so genannten Gleichbehandlungsrichtlinien<sup>1</sup> und ihre nationalen Umsetzungen<sup>2</sup> dringen auch in die Sphäre des Privatrechts ein. Hinter diesem Phänomen verbirgt sich eine wesentliche, ja grundlegende Änderung der Sichtweise: nämlich die Ausweitung der *Menschenrechte* auf die privatrechtlichen Verhältnisse. Es stellt sich die Frage, auf welche Art und Weise die Verwirklichung von Menschenrechtserfordernissen in horizontalen Privatrechtsverhältnissen möglich ist.

In dieser Abhandlung werden Antworten auf diese Frage gesucht. Hierbei ist zunächst das Kernproblem zu erörtern: Ist die *Gleichbehandlung* mit der

<sup>1</sup> Siehe vor allem die Richtlinien 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 S. 22); 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG Nr. L 303 S. 16); 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG Nr. L 269 S. 15); sowie zuletzt 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EU Nr. L 373 S. 37).

<sup>2</sup> Siehe z. B. in Deutschland: Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006, BBl 2006, I. Nr. 39; in Ungarn: Gesetz Nr. CXXV/2003 über die Gleichbehandlung und Förderung der Chancengleichheit vom 28. 12. 2003, modifiziert durch das Gesetz Nr. CIV/2006 vom 6. 12. 2006. Zum Unterschied zwischen Gleichbehandlung und Antidiskriminierungsverbot siehe ELISA HOLMES: *Anti-Discrimination Rights Without Equality*. *Modern Law Review* 68 (2005) 175–194.



*Privatautonomie* überhaupt zu vereinbaren?<sup>3</sup> Es erscheint zweckmäßig, anschließend die Entwicklung der *antidiskriminatorischen Gesetzgebung* (und Rechtsprechung) in einigen nationalen Rechtssystemen und im europäischen Gemeinschaftsrecht zu überblicken. Eine solche Fokussierung auf das positive Recht und deren Wirkung erleichtert die Stellungnahme zu der in der Überschrift gestellten Frage und bietet zugleich Anhaltspunkte zur Bestimmung der adäquaten zivilrechtlichen Sanktionierung von Diskriminierung. Zur Veranschaulichung wurden zwei Rechtssysteme ausgewählt, in denen es bereits vor dem Erlass von europäischen Richtlinien bedeutende antidiskriminatorische Rechtsetzung gegeben hat: das englische und das niederländische Recht. Vor den Schlussfolgerungen werden die relevanten *zivilrechtsdogmatischen Probleme* zusammengefasst.

## 2. Der Grundsatz der Privatautonomie und der Gleichbehandlung

1. Neben der Eigentums- und Vereinigungsfreiheit stellt die Vertragsfreiheit den dritten Hauptpfeiler der Privatautonomie dar. Nach allgemeiner Auffassung sind sie weiterhin Ecksteine des Privatrechts.<sup>4</sup> Diese Feststellung bleibt trotz des Umstandes zutreffend, dass die klassische Vertragsfreiheit zweifelsohne der liberalen Gesellschafts- und Staatsauffassung des 19. Jahrhunderts entstammte und in den letzten hundert Jahren in vielerlei Hinsicht zurückgedrängt wurde.<sup>5</sup> In diese Richtung wirkten zunächst die Entstehung der

<sup>3</sup> An dieser Stelle wird nicht auf die allgemeine Problematik der Drittwirkung der verfassungsrechtlichen Grundrechte in den privatrechtlichen Verhältnissen eingegangen. Siehe hierzu zusammenfassend CLAUS-WILHELM CANARIS: *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*. Berlin/New York 1999; sowie – etwas einseitig – SAJÓ-UITZ (ed.): *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*. Utrecht, 2006.

<sup>4</sup> Siehe WERNER FLUME: Allgemeiner Teil des BGB, Band 2: Das Rechtsgeschäft. Berlin u. a. 1979, § 1: Die Privatautonomie. Die heutige Bedeutung der Privatautonomie betont z.B. RICHARD A. EPSTEIN: *Scepticism and Freedom. A modern case for classical liberalism*. Chicago, 2003, S. 41–46.; RICHARD A. POSNER: *Economic Analysis of Law*. New York 2003, Ch. 4.; und PATRICK S. ATIYAH: *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford, 1995, S. 27–34.

<sup>5</sup> Zur Darstellung der Bedeutung und Begrenzungen der Vertragsfreiheit in der angelsächsischen, deutschen und französischen Literatur s.: MICHAEL J. TREBILCOCK: *The Limits of Freedom of Contract*. London: Cambridge (Mass.)/ 1993; Chitty on Contracts, Vol. I.: General principles. London, 2004, 1-012–1-016; FALK ROSCHER: *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem*. Berlin, 1974; die Artikelsammlung LUDWIG RAISERS: *Die Aufgabe des Privatrechts*. Kronberg/Ts. 1977; Wolfram Höfling: *Vertragsfreiheit*. Heidelberg, 1991; DIETER MEDICUS: *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?* Köln, 1994; ULRIKE KNOBEL: *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit*. Berlin, 2000; und TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE: *Droit civil, Les obligations*. Paris, 1996, S. 30. ff.; auch heute noch originell und lehrreich ist GEORGES RIPERT: *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1935, S. 39. ff. Die Beschränkung der Vertragsfreiheit als eine der Haupttendenzen der gesamten europäischen Vertragsrechtsentwicklung wird dargestellt von HEIN KÖTZ: *Europäisches Vertragsrecht I*. Tübingen 1996, S. 15. ff. Eine diesem entgegengesetzte Auffassung vertritt JAN BUSCHKE: *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*. Tübingen, 1999, S. 74. ff., insbesondere S. 102. ff.

wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbote und der Marktmonopole,<sup>6</sup> später auch das Streben nach sozialer Gerechtigkeit hin. Um mehr soziale Gerechtigkeit herbeizuführen beschränkte man die Vertragsfreiheit ab der Wende des 19–20. Jahrhunderts bei der Gestaltung von Arbeits- und Wohnmietverträgen. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts verbannte dann der Gesetzgeber (nicht immer gerechtfertigt) die Verträge mit den Verbrauchern als schwächeren Vertragspartnern aus dem Herrschaftskreis der Vertragsfreiheit.<sup>7</sup> All diese Entwicklungen sorgten jedoch vor allem dafür, dass heute die ursprünglich unbeschränkte Wettbewerbsfreiheit in mehr geregelten Bahnen verläuft und damit die Vertragsfreiheit gerettet wird. Dies ist insbesondere bei den wettbewerbsrechtlichen Verboten festzustellen, die mit ihrer Einmischung in die Marktverhältnisse gerade gewährleisten wollten, dass die Vertragsfreiheit frei von Deformationen zur Geltung komme.<sup>8</sup> Aber auch das Bestreben nach sozialer Gerechtigkeit kann, im Falle einer geglückten und ausgeglichenen Verbrauchergesetzgebung, Ähnliches erreichen.

Die genannten Begrenzungen der Vertragsfreiheit bedeuten konkret teils eine Vertragsabschlusspflicht (zum Beispiel bei Verträgen mit Unternehmen in Monopolstellung oder mit Anbietern der grundlegenden Versorgung: Wasser, Gas bzw. Strom<sup>9</sup>),<sup>10</sup> teils stellen sie Hindernisse bei der freien Gestaltung des Vertragsinhalts auf, zum Beispiel bei Verbraucherverträgen oder bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Trotz dieser Beschränkungen stehen die privatrechtlichen Verhältnisse auch heute noch in hohem Maße unter der Herrschaft der Privatautonomie, und die Verträge werden von der Gestaltungsfreiheit der Parteien dominiert. Die Vertragsfreiheit ist freilich kein Selbstzweck. Ihre Geltung bedeutet für die Unternehmen Planbarkeit, sie gewährleistet die Freiheit der Preise und durch sie erfüllt sich das Selbstbestimmungsrecht der Marktteilnehmer. Wir können also feststellen, dass ohne die Existenz der Vertragsfreiheit die Ein-

<sup>6</sup> Siehe EPSTEIN: S. 47–50.

<sup>7</sup> Zu den theoretischen Grundlagen des Verbraucherrechts siehe NORBERT REICH: *Markt und Recht*. Darmstadt, 1977; und CHRISTIAN JOERGES: *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*. Heidelberg, 1981; zu den rechtsdogmatischen Grundfragen siehe ESSER-SCHMIDT: *Schuldrecht*, Band I. Heidelberg, 1995, I. § II, 2. § II.

<sup>8</sup> Siehe den allgemein bekannten Artikel 82 (ex 86) des Vertrags von Rom über das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt sowie die entsprechenden Rechtsvorschriften in den nationalen Gesetzen (z.B. § 11 des ungarischen Gesetzes Nr. LVII vom Jahre 1996 über das Verbot des unlauteren Marktverhaltens und der Wettbewerbsbeschränkung).

<sup>9</sup> Die englischen Gerichte sehen die Rechtsverhältnisse betreffend öffentlicher Dienstleistungen g.r nicht als Vertrag an: vgl. *Read v. Croydon Corp.* [1938] 4 All E. R. 631; *Oceangas (Gibraltar) Ltd. v. Port of London Authority* [1993] 2 Lloyd's Rep. 292; *Norweb plc v. Dixon* [1995] 1 W. L. R. 637; sowie *Rushton v. Worcester City Council* [2001] EWCA Civ 367.

<sup>10</sup> Vgl. FRANZ BYDLINSKI: *Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs*. AcP 180(1980) S. 1–46.; und WOLFGANG KILIAN: *Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*. AcP 180(1980) S. 47–83. Eine monographische Aufarbeitung in der neueren Literatur bietet: BUSCHE (Fn. 5.); und HENNING KLINGENFUB: *Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht*. Frankfurt/M. u. a. 2004.

haltung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* nicht eingefordert werden kann. Das Prinzip der Vertragsfreiheit und des Einhaltenmüssens des vertraglichen Versprechens kann in diesem Sinne als grundlegendes Zwillingsspaar des Vertragsrechts angesehen werden.

Als Teilelemente der Vertragsfreiheit unterscheidet man traditionell zwischen der Freiheit des Vertragsabschlusses, der Partnerwahl und der freien Gestaltung des Vertragsinhaltes.<sup>11</sup> Diese miteinander zusammenhängenden Komponenten bilden gemeinsam den Inhalt der Vertragsfreiheit. Daher kann eine gesetzgeberische Beschränkung auch nur einer dieser Elemente, noch dazu nur in gesellschaftlich außerordentlich begründeten Ausnahmefällen erfolgen. Gleichzeitig aber höhlt eine Begrenzung einer dieser Teile die Vertragsfreiheit nicht bedingungslos und vollständig aus. Die gesetzliche Verpflichtung zum Vertragsschluss kann noch Raum für die Freiheit der Gestaltung lassen; und die Beschränkung dieser letzteren berührt nicht die Freiheit des Entschlusses zum Vertragsabschluss selbst und der freien Partnerwahl.

2. Die *Menschenrechtsgesetzgebung* fordert in den letzten Jahrzehnten die Gleichbehandlung auch im Privatrecht ein. Diese Bestrebung und die von ihr angepeilten Beschränkungen der Privatautonomie unterscheiden sich ihrem Wesen nach von den wettbewerbsrechtlich motivierten bzw. verbraucherprivatrechtlichen Schranken, die ja lediglich im Vergleich zum *laissez-faire*-Status eine Einschränkung der Vertragsfreiheit bedeuten. Das Gleichbehandlungsgebot dagegen will die Vertragsfreiheit in solchen Fällen einschränken, in denen es ansonsten weder durch die Verzerrung der Wettbewerbskonditionen noch durch eine Gleichgewichtsstörung der Marktpositionen der Vertragspartner dazu kommen müsste. Indes sieht die traditionelle, auch heute herrschende Privatrechtsauffassung eine Beschränkung der Vertragsfreiheit, wenn überhaupt, höchstens bei eklatant ungleichen Wettbewerbsbedingungen bzw. bei gravierender sozialer Ungerechtigkeit als akzeptabel an.<sup>12</sup>

Die Diskriminierungsverbote stehen im diametralen Gegensatz zum Grundsatz der Eigentums-, Verein- und Vertragsfreiheit. Dies folgt allein aus der Tatsache, dass diese Verbote als Relationsbegriffe zu verstehen sind. Durch die Eigentums-, Verein und Vertragsfreiheit wird den Individuen das Recht gegeben, ihre Verein- und Vertragspartner nach eigenem Belieben zu wählen, und die Wahl von Personen schließt die Möglichkeit des Ausschlusses von

<sup>11</sup> BUSCHE erwähnt – meiner Ansicht nach überflüssig – gesondert die Freiheit der Vertragsmodifikation und der Vertragsbeendigung: Fn. 5., S. 70; hingegen fasst er – richtigerweise – die freie Entscheidung zum Vertragsabschluss und die freie Partnerwahl zusammen (S. 67. ff.).

<sup>12</sup> Siehe z.B. FRANZ JÜRGEN SÄCKER: *Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung*, ZEuP 14(2006) S. 1–5.; und MARTIN SCHMIDT-KESSEL: *Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten*. In LEIBLE–SCHLACHTER: *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*. München, 2006, S. 53–71., (S. 54.).

anderen Personen notwendigerweise mit ein.<sup>13</sup> In der Sphäre des Privatrechts ist es also ausgeschlossen, dass Gleichbehandlung zum allgemeinen Rechtsgrundsatz erhoben werden könnte.<sup>14</sup> Eine solche Forderung könnte in etlichen Lebensbereichen als sozial gerechtfertigt empfunden werden. Im Bereich des öffentlichen Rechts (Verwaltung, Bildung) könnte dies sogar als allgemeiner Grundsatz festgelegt werden.<sup>15</sup> Indes wäre dies im überwiegenden Teil der privatrechtlichen Verhältnisse (insbesondere im Ehe-, Vereins- und Gesellschaftsrecht) nicht hinnehmbar.<sup>16</sup> Im Privatrecht darf diese Forderung nur in einigen wenigen Ausnahmefällen (z.B. im arbeitsrechtlichen Bereich<sup>17</sup>) gestellt werden. (Dies wird auch unten, in Abschnitt III über das positive Recht, gezeigt.) Damit nämlich die privatrechtliche Gesetzgebung effektiv bleibt, müssen auch heute im zivilrechtlichen Bereich weiterhin Privatautonomie und Vertragsfreiheit vorherrschen. Noch dazu kann Diskriminierung im Privatrechtsbereich weitgehend auch ohne legislatorischen Eingriff verhindert werden: Durch die Wettbewerbsfreiheit wird die Ungleichbehandlung ökonomisch bedingt zwangsläufig gehemmt, vorausgesetzt, es liegt ein offener Markt auf Anbieterseite vor. Im Wettbewerb unterliegt nämlich langfristig derjenige, der seine Kunden unter regelmäßiger Diskriminierung selektiert.<sup>18</sup>

Das privatrechtliche Vertragsrecht ist – im Gegensatz beispielsweise zum Steuerrecht<sup>19</sup> – nicht dazu bestimmt, die Umverteilung der Güter herbeizuführen, sondern vielmehr den freiwilligen Warenaustausch zu unterstützen. Daher ist für die privatrechtlichen rechtstechnischen Hilfsmittel das Bestreben nach ausgleichender Gerechtigkeit charakteristisch, und nicht so sehr nach austeilender Gerechtigkeit. Nicht von ungefähr hat bereits *Aristoteles* die sy-

<sup>13</sup> So auch – mit ausgewogener Argumentation – MENYHÁRD ATTILA: *Diszkrimináció-tírlalom és polgári jog* (Diskriminierungsverbot und Zivilrecht). *Polgári Jogi Kodifikáció* Nr. 2006/3., S. 8–15. (S. 8., 10.). Menyhárd zeigt zutreffend auf, dass der Konflikt zwischen Privatautonomie und Diskriminierungsverbot anhand einer Rangfolge der im Hintergrund verlaufenden Prinzipien nicht aufgelöst werden kann, und zwar schon deshalb nicht, weil eine solche Rangfolge nicht aufgestellt werden kann: a. a. O., S. 11.

<sup>14</sup> Vgl. GÖTZ HUECK: *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*. Berlin, 1958; JÖRG NEUNER: *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*. JZ 58(2003) S. 57–66. RIESENHUBER–FRANCK: *Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht*. JZ 59(2004) S. 529–538.; und SÄCKER (Fn. 12.)

<sup>15</sup> Vgl. NEUNER: *Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz*. In LEIBL–SCHLACHTER, S. 74–91. (S. 78. ff.).

<sup>16</sup> JÁNOS ZLINSZKY vertritt – mit überzeugenden Argumenten – geradewegs die Ansicht, dass das Diskriminierungsverbot eine öffentlich-rechtliche Frage ist, sich auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse bezieht und dort die gesamte Rechtsmaterie durchdrängen muss. Im Bereich des Privatrechts darf aber das Verbot nicht mit der Privatrechtsautonomie (das sich aus der Würde des Menschen ableitet) bzw. mit der Freiheit der Wahl und der Entscheidung des freien Menschen kollidieren“. *Gondolatok és aggályok egy koncepció kapcsán* (Gedanken und Bedenken im Zusammenhang mit einem Konzept). *Fundamentum*, 2003/2, S. 132.

<sup>17</sup> Ebenso CLAUS–WILHELM CANARIS: *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*. München, 1997, S. 36. ff., S. 78. ff.

<sup>18</sup> Freilich wird eine Diskriminierung durch den Wettbewerb nicht vollständig verhindert.

<sup>19</sup> Vgl. Neuner (Fn. 15.), S. 80 f.

nallagmatischen Beziehungen dem Wirkungsbereich der *iustitia commutativa* (ausgleichenden Gerechtigkeit) und nicht dem der *iustitia distributiva* (austeilenden Gerechtigkeit) zugewiesen.<sup>20</sup> Radbruch stellt geradewegs als Axiom fest, dass die ausgleichende Gerechtigkeit als solche ein Moment des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit dagegen als solche eines des öffentlichen Rechts sei. Zugegeben, er fügt hinzu, dass die ausgleichende Gerechtigkeit als solche zwischen Gleichberechtigten anzuwenden sei. Mit anderen Worten setze die ausgleichende Gerechtigkeit den Akt der austeilenden Gerechtigkeit voraus, welche den betroffenen Personen Gleichberechtigung, d. h. dieselbe Fähigkeit und denselben Status sichere.<sup>21</sup> Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist ein werteneutrales, formales Kriterium,<sup>22</sup> zu dem höchstens Facetten der ausgleichenden Gerechtigkeit zur Geltung kommen können, und diese auch nur dann, wenn die Markt-, Vermögens-, und Wissensverhältnisse der Vertragspartner ausgeglichen sind. Wollte man den Diskriminierungsverboten in den Privatrechtsverhältnissen Geltung verleihen, müsste man also zu den Hilfsmitteln der austeilenden Gerechtigkeit greifen.<sup>23</sup> Diese sind jedoch gerade im Privatrecht auch heute noch nur ausnahmsweise, in äußerst begründeten Fällen erlaubt. Die Implikationen der austeilenden Gerechtigkeit geraten nämlich hier zwangsläufig mit der freien Partnerwahl in Konflikt.

Alles in allem hat das Privatrecht auch im letzten Jahrhundert beständig bei der Vertragsfreiheit ausgeharrt und folglich die austeilende Gerechtigkeit nur selten zum Zuge kommen lassen. Und will man die offenkundigen Werte der Privatrechtsordnung bewahren, so sollte daran auch nichts geändert werden. Der Ausnahmecharakter der austeilenden Gerechtigkeit ist besonders im Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbot hervorzuheben.<sup>24</sup> Die Vertragsfreiheit ist an sich ein beizubehaltender Wert und etwaige ihr zuwiderlaufenden Interessen, so auch das Diskriminierungsverbot, sollten deshalb weitestgehend ohne jegliche Einschränkung der Vertragsfreiheit verwirklicht werden. Es kann zudem festgestellt werden, dass das Prinzip der freien Partnerwahl im Bereich des Vermögensverkehrs praktisch nur bei wesentlichem Ungleichgewicht des Marktes zum Prinzip der Gleichbehandlung in Gegensatz geraten kann. Nur im Falle eines auffallenden Übergewichts auf Nachfrageseite kann von einer nachteiligen, unbegründeten Unterscheidung, also von Diskriminierung, gesprochen werden. Wenn der Grundsatz der Vertragsfreiheit ständig durch Ausnahmetatbestände ge-

<sup>20</sup> Zu den philosophischen Grundlagen der beiden Gerechtigkeitsbegriffe siehe ARISTOTELES: *Nikomachische Ethik*. Budapest, 1971, Fünftes Kapitel. Vgl. CANARIS (Fn. 17.), S. 9–32.

<sup>21</sup> GUSTAV RADBRUCH: *Rechtsphilosophie* (1932). In *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* (Hrsg. von ARTHUR KAUFMANN), Band 2. Heidelberg, 1993, S. 206–450. (S. 258. f.).

<sup>22</sup> Vgl. CANARIS (Fn. 17.), S. 55. ff.; und *Neumer* (Fn. 15.), S. 75. ff.

<sup>23</sup> Ebenso CANARIS (Fn. 17.) S. 36. ff.

<sup>24</sup> Ebenso SÄCKER (Fn. 12.); *Neumer* (Fn. 15.) S. 81.

schwächt wird – sei es zum Schutze der schwächeren Partei, sei es, um dem Postulat der Gleichbehandlung Geltung zu verleihen –, so wird dieser Grundsatz zusammen mit den dadurch geschützten Werten ausgehöhlt. Dies würde letzten Endes dazu führen, dass das Privatrecht unerwünschte öffentlich-rechtliche Wesenszüge erhält. Um dies zu vermeiden, hat man also guten Grund, im Privatrecht, vor allem im Vertragsrecht, die Gleichbehandlung nur ausnahmsweise einzufordern und im Regelfall lieber an dem Freiheitsgrundsatz festzuhalten.

3. Aus dem Obigen kann jedenfalls die Schlussfolgerung gezogen werden, dass das abstrakte Verbot der Benachteiligung konkretisiert werden muss. Es soll daher geprüft werden, in welchen Bereichen, aus welchen Gründen und zum Schutze welcher Interessen bzw. Werte eine Ausnahme vom Prinzip der Vertragsfreiheit gewährt, mithin das Diskriminierungsverbot im Privatrecht zugelassen werden kann.

a) Heute gilt es als allgemein anerkannt, dass die Wahl des Vertragspartners nicht auf ungerechtfertigte Unterscheidungen anhand Persönlichkeitsmerkmale gegründet werden darf. Ein solches Vorgehen würde die *Menschenwürde verletzen* und als diskriminierend gelten. Von Diskriminierung kann aber nicht die Rede sein, wenn die vom „Anbieter“ aufgestellten Unterscheidungskriterien begründet und akzeptabel sind.<sup>25</sup> In einem solchen Falle nämlich liegt eine willkürliche Unterscheidung nicht vor. Auch nach der ständigen Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts ist eine Unterscheidung nur dann verfassungswidrig, wenn es hierfür keinen nachvollziehbaren Grund gibt.<sup>26</sup>

An dieser Stelle muss festgestellt werden, dass durch die EU-Richtlinien in Wirklichkeit keineswegs Gleichbehandlung eingefordert, sondern „nur“ die Diskriminierung verboten wird, wobei diese beiden Begriffe manchmal als Synonyme verwendet werden. Das Verbot der benachteiligenden Diskriminierung und das Gebot der Gleichbehandlung bedeutet jedoch ganz und gar nicht dasselbe. Auch das Diskriminierungsverbot selbst lässt sich nicht auf sämtliche Charaktermerkmale ausweiten,<sup>27</sup> sondern nur auf solche grundlegenden Merkmale, aufgrund derer die „diskriminierte“ Person sich zu Recht *gesellschaftlich ausgegrenzt*<sup>28</sup> fühlt. Breiter Konsens besteht darin, dass die Unter-

<sup>25</sup> Siehe detailliert NEUNER (Fn. 15.), S. 61. ff.

<sup>26</sup> Siehe SÓLYOM LÁSZLÓ: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. (Die Anfänge der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn). Budapest, 2001, S. 410.

<sup>27</sup> So etwas geschieht aber in den Richtlinien und anhand derer im Gesetz Nr. CXXV vom Jahre 2003. Letzteres ergänzt die nicht weniger als 19 konkreten Eigenschaften (Merkmale) [§ 8 lit. a)-s)] noch mit einer abschließenden Generalklausel [§ 8 § lit. t)].

<sup>28</sup> Siehe hierzu detailliert (obwohl nicht immer mit überzeugenden Argumenten) HUGH COLLINS: *Discrimination, Equality and Social Inclusion*. MLR 66(2003) S. 16–43. Berechtigte Bedenken äußert auch MENYHÁRD, S. 13.

scheidung aufgrund Rasse, ethnischer Herkunft und sexueller Identität als Diskriminierung gilt. Es ist freilich auch nicht gleichgültig, auf welche Art von Waren/Dienstleistungen sich die Unterscheidung bezieht. Daher kann man auch etwa nicht die im Arbeitsrecht eingebürgerten Diskriminierungskriterien und Diskriminierungssanktionen auf den gesamten Bereich des Vertragsrechts ausweiten.

b) Eine andere Lebenssituation stellen die Fälle dar, wo neben der Bedeutung der Güter auch deren Limitierung bzw. die Monopolstellung des Anbieters eine Rolle spielt. In diesen Fällen kann und muss die Forderung nach Gleichbehandlung gestellt werden, und zwar wenn nötig auch zulasten der Freiheit des Vertragsschlusses und der Partnerwahl. Es ist also nicht zu beanstanden, dass bei solchen Verhältnissen der Gesetzgeber – aus wettbewerbsrechtlichen oder allgemeinen privatrechtlichen Gründen – nicht von der Verpflichtung zum Vertragsabschluss per Gesetz zurückschreckt.<sup>29</sup>

### 3. Die Wirkung von antidiskriminatorischen Bestimmungen in einigen nationalen Privatrechtsordnungen

1. In dem Vertragsrecht ist zuerst im arbeitsrechtlichen Bereich ein umfassender und durchaus wirksamer rechtlicher Schutz gegen Diskriminierung entstanden. Eine diskriminierende Unterscheidung aufgrund Geschlecht, Rasse ethnischer Zugehörigkeit etc. wurde bzw. wird dort durch nationale und neulich auch gemeinschaftsrechtliche Regelungen verboten. Die europäischen Bestimmungen wurden allmählich Teil auch der ungarischen Rechtsordnung. Allein die schwächere Position des Arbeitnehmers rechtfertigt diese Regelungen.<sup>30</sup> Die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote unterstreichen in sämtlichen europäischen Rechtsordnungen die relative Sonderstellung des Arbeitsrechts innerhalb des „allgemeinen“ Privatrechts. Nicht zuletzt aus diesem Grund steht der Arbeitsvertrag an der Spitze der Liste derjenigen Verträge (traditionell gehören hierhin noch der Wohnmietvertrag und jüngste Zeit die Verbraucherverträge<sup>31</sup>), die sich in vielerlei Hinsicht dem Einflussbereich des allgemeinen Vertragsrechts entzogen haben. Die Gründe hierfür können an dieser Stelle nicht einzeln behandelt werden, jedoch soll erwähnt werden, dass das Arbeitsverhältnis die gesamte wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers begründet. Es soll auch darauf hingewiesen werden, dass die Tendenz des Arbeitsrechts zur Abspaltung vom allgemeinen Vertragsrecht bereits Ende des 19-ten Jahrhunderts ihren Anfang genommen hat.

<sup>29</sup> Detailliert wird dieses Problem erörtert von *Busche* (Fn. 5.), insb. S. 392. ff., 473. ff., 575. ff.

<sup>30</sup> Vgl. *SÄCKER* (Fn. 12.), S. 1. f.

<sup>31</sup> Siche *KÖTZ*, S. 15-22.

Dieser Prozess begann mit der Zunahme von zwingenden Gesetzesnormen in diesem Bereich.<sup>32</sup> Das Verhältnis des Diskriminierungsverbotes zum Arbeitsrecht soll in dieser Abhandlung nicht geprüft werden. Es ist lediglich zu erwähnen, dass auch im Arbeitsrecht die Vertragsfreiheit Ausgangs- und Grundprinzip ist und dass die Verletzung des Diskriminierungsverbotes auch hier nur in wenigen Ausnahmefällen zu einem Vertragsabschlusszwang führen darf. Es ist auch zu betonen, dass man vom Einfluss des Diskriminierungsverbotes auf das Arbeitsrecht zwar durchaus Schlüsse auf die Betrachtung des gesamten Vertragsrechts ziehen kann, jedoch dieser Regelungstrend keineswegs ohne weiteres als Grundlage für die allgemeine Gesetzgebung betrachtet werden kann. Während nämlich der Arbeitsvertrag Quelle der existentiellen Grundlage des Arbeitnehmers ist und – insbesondere auf einem knappen Arbeitsmarkt – selten mit beliebig wählbaren Partnern abgeschlossen werden kann, können Waren und Dienstleistungen in der Regel von zahllosen Vertragspartnern beschafft werden, außer es liegen unausgeglichene Marktverhältnisse oder eine Monopolstellung vor.<sup>33</sup>

In einigen Bereichen des Privatrechts, vor allem im Ehe- und Lebensgemeinschaftsrecht, wird das Gleichbehandlungsprinzip nicht einmal angedacht. Außer vielleicht im Zusammenhang mit der Pflichtteilregelung könnte man sich auch im Erbrecht schwerlich antidiskriminatorische Schranken vorstellen. So ist das Familien- und Erbrecht in dieser Hinsicht auch von der europäischen Gesetzgebung weitgehend unberührt geblieben. Meiner Auffassung nach ist eine ähnliche Vorsicht auch im Vertragsrecht sowie im Vereins- und Gesellschaftsrecht angebracht.<sup>34</sup> Es ist spätestens seit der Französischen Revolution bekannt, wie prekär das Gleichgewicht zwischen den Grundsätzen Freiheit und Gleichheit ist. Wegen vergänglicher Ideale wohlwollender Träumer dürfen derart bewährte Pfeiler der gesellschaftlichen Ordnung wie die Privatautonomie nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt werden. Die Beispiele der verschiedenen nationalen Rechtssysteme zeigen bis in die jüngsten Tage hinein diese Vorsicht, und zwar auch in solchen Rechtsordnungen, die bereits vor den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen in diesem empfindlichen Bereich gesetzgeberisch tätig waren. Dies soll im Folgenden mithilfe eines Blicks auf das englische und das niederländische Recht veranschaulicht werden.

<sup>32</sup> Siehe hierzu LAJOS VÉKÁS: *Landmarks in the Development of the Contractual System*. Budapest, 1986, S. 106. ff.

<sup>33</sup> Siehe zu dieser Frage SEBASTIAN KREBBER: Die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote als Regelungsvorbild? In LEIBL-SCHLACHTER, S. 93–121.

<sup>34</sup> EBENSO SÄCKER (Fn. 12.), S. 3. Inakzeptabel zu weit geht in seinen Schlussfolgerungen und Vorschlägen DAGMAR SCHIEK: *Differenzierte Gerechtigkeit – Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*. Baden-Baden, 2000, S. 461–466.



2. In der klassischen Vertragsrechtslehre des *common law* wird die freie Wahl des Vertragspartners selbstverständlich gewährleistet und somit beim Vertragsabschluss die Möglichkeit der Diskriminierung ermöglicht. Die freie Partnerwahl trägt *per definitionem* die Möglichkeit der Ablehnung des Vertragsabschlusses, also sozusagen der Diskriminierung, in sich.<sup>35</sup> Jedoch wird dieses Prinzip in der englischen Gerichtspraxis in zwei Bereichen durchbrochen: erstens in Bezug auf die Verträge von Unternehmen, die öffentliche Dienste („*common calling*“) anbieten, wie z.B. Hotels, Gaststätten und ähnliche Firmen.<sup>36-37</sup> Im englischen Recht wird zweitens der Freiheitsgrundsatz auch in denjenigen Fällen vom Thron gestoßen, in denen die Verweigerung des Vertragsabschlusses eine inadäquate Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit zur Folge hat.<sup>38</sup> Im erstgenannten Bereich ist freilich – abgesehen von offenkundig vorliegenden Monopol- bzw. monopolähnlichen Stellungen – die Möglichkeit der Rechtsumgehung gegeben, indem nämlich das Hotel, das Restaurant etc. seine Dienste nur einem geschlossenen Kreis und nicht der gesamten Öffentlichkeit anbietet („nur für Clubmitglieder“). Insgesamt kann festgestellt werden, dass das *common law* bei dem Grundsatz der freien Partnerwahl ausharrt und die Verweigerung des Vertragsabschlusses nur in einigen wenigen Ausnahmefällen als privatrechtlich sanktionierungswürdige Diskriminierung bewertet. Nach vorherrschender Meinung<sup>39</sup> hat an dieser Rechtslage auch der Umstand nicht wesentlich geändert, dass die Diskriminierung – bereits vor den EU-Richtlinien – in Sondergesetzen verboten worden ist. Dies geschah neben dem Arbeitsrecht auch in Lebensbereichen, deren Regelung zum allgemeinen Vertragsrecht gehört.<sup>40</sup> Diese Sondergesetze erklären es für rechtswidrig, wenn eine natürliche oder juristische Person, die ihre Waren oder Dienstleistungen der Öffentlichkeit oder auch nur einem Teil der Öffentlichkeit („*to a section of the public*“) anbietet und dann den Abschluss eines konkreten Vertrages aufgrund Rasse, Geschlecht oder körperlicher Be-

<sup>35</sup> Siehe CHITTY, 1-012-1-013; HUGH COLLINS: *The Law of Contract*. London, 1993, S. 24-26.

<sup>36</sup> CHITTY, S.1-013: *Clarke v. West Ham Corporation* [1909] K. B. 858, 879, 882. Schmerzensgeld hat das Gericht einem berühmten farbigen Cricketspieler zugesprochen, da ein Hotel sich weigerte, ihn als Gast aufzunehmen: *Constantine v. Imperial Hotels Ltd.* [1944] K. B. 693.

<sup>37</sup> Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen auch etliche kontinentale Rechtsordnungen. Eine solche Funktion übt etwa im französischen Recht das Institut des *refus de vente* bei Verbraucherverträgen aus: Code de la consommation Art. L. 122-1.

<sup>38</sup> Siehe z.B. NAGLE v. FEILDEN [1966] 2 Q. B. 633. MENYHÁRD – REICHMANN folgend – sieht auch das vom Gemeinwohl berührte, zum Dienen des Gemeinwohl bestimmte Privateigentum im Geltungsbereich des Postulats des Diskriminierungsverbots: S. 11. Hierzu stimme ich zu. Weniger überzeugend ist es, den Grund für das Eindringen des Diskriminierungsverbots in das Privatrecht in den Grenzen und der *in rem*-Natur des Eigentums zu suchen: a. a. O.

<sup>39</sup> JACK BEATSON: *Public Law Influences in Contract Law*. In BEATSON-FRIEDMANN: *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford, 1995, S. 263-288. (S. 281. f.).

<sup>40</sup> Sex Discrimination Act 1975, Race Relation Act 1976, Disability Discrimination Act 1995. Siehe BOURN-WHITEMORE: *Antidiscrimination Law in Britain*. London, 1996.

hinderung verweigert, ein konkretes Angebot ausschlägt oder der geschützten Person gegenüber nur zu wesentlich schlechteren Bedingungen ein konkretes Angebot macht.<sup>41</sup> Den Grund für die weitgehende Wirkungslosigkeit dieser detailliert ausgearbeiteten Gesetze sieht die Rechtsliteratur in der geringen Zahl an Beschwerden. Hinter dieser Tatsache wiederum kann die Richtigkeit der Regelung, in erster Linie die Effizienz der Sanktionen, in Frage gestellt werden – und das trotz des Umstandes, dass theoretisch auch der durch die Diskriminierung ausgelöste seelische Schmerz durch Schmerzensgeld oder ähnliche Sanktionen kompensiert werden kann.<sup>42</sup> Neben prozessualen Hürden ist aber vor allem die Resistenz des *common law* als Grund dafür anzusehen, dass trotz der verschiedenen Antidiskriminierungsgesetze das englische Vertragsrecht bis heute ihre Lanze für die Vertragsfreiheit bricht und auch die Gerichtspraxis vom Benachteiligungsverbot im Wesentlichen unberührt geblieben ist.<sup>43</sup> Auch die Implementierung der jüngsten EU-Richtlinien wird in dieser grundsätzlichen Ausrichtung des *common law* im Vertragsbereich wahrscheinlich keine qualitative Änderung herbeiführen.<sup>44</sup>

3. Auf dem Kontinent wurden – neben den skandinavischen Staaten – in den Niederlanden gesetzliche Diskriminierungsverbote aufgestellt.<sup>45</sup> Im Jahre 1994 wurde – nach verschiedenen Teilgesetzen, aber noch vor der Verabschiedung der EU-Richtlinien – ein umfassendes Antidiskriminierungsgesetz beschlossen, das sich auch auf das Zivilrecht auswirkt. Das Gesetz verbietet die Diskriminierung in einem recht weit gefassten Rahmen und auf einer breiten Skala der Persönlichkeitsmerkmale.<sup>46</sup> Mit Recht stellt sich die Frage, ob sich auf derart uferlose Kategorien wie z.B. Weltanschauung oder politische Auffassung eine vorhersehbare, Rechtssicherheit gewährende richterliche Praxis gründen lässt.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Zum Begriff der Öffentlichkeit und seiner Grenzen siehe ein früheres Urteil des *House of Lords: Charter v. Race Relations Board* [1973] AC 868, 885.

<sup>42</sup> Siehe *Constantine v. Imperial Hotels Ltd.* [1944] K. B. 693., vgl. auch BOURN-WHITEMORE, 8–85. Zudem ist ein Teil der vors Gericht gelangten Fälle eigentlich nicht gewichtig. In einem Fall z.B. wurde das Recht der Frauen, an öffentlichen Orten Billard zu spielen, erstritten: *Ms. S. Priestly v. Stork Margarine Social and Recreational Club*; in einem anderen Fall wurde (ergebnislos) der höhere Preis für Damenfriseur-Bedarf beanstandet: *Mrs. N. Waldock v. Whitney and Prosser* (die Fälle werden behandelt von Bourn/Whitemore: a. a. O.).

<sup>43</sup> Siehe BEATSON: a. a. O.

<sup>44</sup> Siehe MARK BELL: A Patchwork of Protection: The New Antidiscrimination Law Framework. *MLR* 67(2004) S. 465–477.

<sup>45</sup> Eine ähnliche gesetzgeberische Aktivität wird, meiner Meinung nach etwas zu hektisch, auch in der schweizerischen Literatur verlangt: VINCENT MARTENET: La protection contre les discriminations émanant de particuliers. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 125(2006)I, Heft 4, S. 419–458.

<sup>46</sup> Algemeen Wet Gelijke Behandeling: 1994, Nr. 230. Zum niederländischen Recht s. ASSCHER-VONK-SCHLACHTER: *Verbot der Diskriminierung wegen Alters in den Niederlanden und Deutschland*. *RfW* 51(2005) S. 503–511.

<sup>47</sup> Kritisch gegenüber der Verwendbarkeit dieser Kategorien ist auch Neuner (Fn. 15.), S. 88. f.

Es ist zu erwähnen, dass die niederländischen Gerichte bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes mit Fällen der Diskriminierung wegen Rasse und ethnische Herkunft befasst worden sind. Es hat etwa eine Fluggesellschaft oder die holländische Post den Abschluss von Verträgen in einer Weise verweigert, die eine negative Diskriminierung vermuten ließ.<sup>48</sup> Die ab Inkrafttreten des Gesetzes bestehende Rechtspraxis sucht noch die Anknüpfung und den Einklang mit dem ebenfalls relativ neuen Bürgerlichen Gesetzbuch (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*). In diesen beiden Gesetzen wurden nämlich bestimmte Rechtskategorien vom Gesetzgeber unterschiedlich eingeführt; beispielsweise ist das Angebot zum Vertragsabschluss unterschiedlich definiert. Dieser Umstand erschwert natürlich eine einheitliche Gerichtspraxis.<sup>49</sup>

4. Zweifelsohne haben die EU-Richtlinien<sup>50</sup> über die Gleichbehandlung die Diskriminierungsproblematik in ganz Europa zu einer dringlichen Sache gemacht.<sup>51</sup> Es kann zudem festgestellt werden, dass die rechtspolitische Ausgeglichenheit und noch mehr die rechtsdogmatische Ausarbeitung der Richtlinien auch auf diesem Gebiet vieles zu wünschen übrig lassen. Auch die nationalen Implementierungen sind alles andere als geglückt.<sup>52</sup> Die primäre europäische Rechtsgrundlage der antidiskriminatorischen Richtliniengesetzgebung wurde mit dem Vertrag von Amsterdam in den Artikel 13 (1) des Vertrags von Rom eingefügt.<sup>53</sup> Diese Ermächtigungsnorm blieb verständlicherweise im Bereich des Allgemeinen und des Vagen. Sie bevollmächtigt den Rat, „im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen

<sup>48</sup> Hooge Raad 13. 12. 1991, NJ 1993, 365; Hooge Raad 3. 9. 1993, NJ 1993, 714; vgl. EWOUT H. HONDIUS: *European Contract Law: The Contribution of the Dutch*. In HANS-LEO WEYERS (Hrsg.): *Europäisches Vertragsrecht*. Baden-Baden, 1997, S. 45–79. (S. 72. f.).

<sup>49</sup> Siehe SCHIEK, S. 108. ff.

<sup>50</sup> Richtlinien 2000/43/EK bzw. 2004/113/EK. Zu den Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften siehe RUDOLF STREINZ: *Die Kompetenzen der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht*. In LEIBLE–SCHLACHTER, S. 11–35.

<sup>51</sup> Zu der Integration der Richtlinien in das englische Recht siehe BELL: *op. cit.*

<sup>52</sup> In Deutschland wurde wegen der heftigen politischen Diskussionen das vom Bundestag bereits verabschiedete erste Gesetz im Bundesrat torpediert. Zur gründlichen und scharfen Kritik des Entwurfs des ersten Gesetzes siehe FRANZ-JÜRGEN SÄCKER: „*Vernunft statt Freiheit!*“ – *Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner*. ZRP 35(2002) S. 286–290. Die dieser Auffassung entgegengesetzten Argumente fasst zusammen SUSANNE BAER: „*Ende der Privatautonomie*“ oder *grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?* ZRP 35(2002) S. 290–294. Der zweite – in wesentlich überarbeiteter Form eingereichte – Gesetzesvorschlag wurde vom deutschen Gesetzgeber erst in jüngster Vergangenheit gebilligt: Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14. August 2006, BBl 2006, I. Nr. 39.

<sup>53</sup> Siehe RUDOLF GEIGER: *EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*.<sup>4</sup> München, 2004, S. 212.

Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“ Von den Richtlinien und – noch eher – von den nationalen Rechtsvorschriften hätte man jedoch mehr auch dogmatisch ausgearbeitete Regulierungen erwartet. Als Paradebeispiel für den Begriffswirrwarr in den Richtlinien dient, dass in ihrer Begründung nebeneinander, sozusagen in einem Atemzug, „die Gleichheit vor dem Gesetz und der Schutz aller Menschen vor Diskriminierung als Menschenrecht“ erwähnt werden, ohne die grundlegende Verschiedenheit dieser beiden Kategorien zu berücksichtigen.

Es ist gewiss kein Zufall, dass die Diskussionen über die theoretischen Grundlagen dieses Problemkreises derart heftig geführt werden. Die in Rede stehenden Richtlinien und die umsetzenden nationalen Gesetze können berechtigterweise aus dem Grunde kritisiert werden, dass bei der Ausformulierung der Diskriminierungsverbote keine Rücksicht auf die Funktion bzw. das Gewicht der Adressaten im jeweiligen Markt genommen wurde. Eine etwaige Diskriminierung durch einen nicht marktrelevanten Teilnehmer macht wohl kaum derart rigorose rechtliche Sanktionen erforderlich, die eine inadäquate Einschränkung der Vertragsfreiheit zur Folge haben. Denn schließlich muss auch bei der Sanktionierung von Diskriminierung die Verhältnismäßigkeit zwischen der Bedeutung des geschützten Interesses, den abzuwehrenden Gefahren und der anzuwendenden Rechtsfolge gewahrt bleiben. Und der zweite, von der Sichtweise dieser Abhandlung her ist der am meisten zu Kritik verleitende Umstand ist das Außerachtlassen des Wettbewerbsgedankens. Die europäische antidiskriminatorische Gesetzgebung rechnet nämlich nicht im Geringsten mit dem – bereits erwähnten – automatischen Effekt, den der freie Wettbewerb auf die Anwendung von negativer Ungleichbehandlung haben kann.

Die Richtlinien scheinen auch überhaupt nicht zwischen ethischer und rechtlicher Behandlung des Problems zu unterscheiden. Im Gegenteil, die beiden verschiedenen Werteordnungen werden vollständig als dieselbe aufgefasst. Dies ist aber grundsätzlich falsch: mit „allgemeinen, gemeinsamen menschlichen Werten“ lässt sich keine Rechtsnorm begründen. Zu Recht schreibt *Luhmann*, dass eine Berufung auf Werte, so in der Rechtsprechung des deutschen Verfassungsgerichts wie in den programmatischen Erklärungen der politischen Parteien, eine Legitimation biete, aber gleichzeitig die Entscheidung zwischen den konkurrierenden Werten offen halte, wodurch alle Entscheidungsmöglichkeiten legitimiert würden.<sup>54</sup>

Eine gefährliche Konsequenz der antidiskriminatorischen Richtlinien kann eine Kontrollierung der Unternehmen und anderen Rechtssubjekten in einem Maße sein, die dem marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftsmodell,

<sup>54</sup> NIKLAS LUHMANN: *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt/M. 1995, S. 97.

allen voran der Privatautonomie und dadurch auch ausdrücklich den im Binnenmarkt vorherrschenden Grundfreiheiten entgegensteht. In diesem Zusammenhang soll lediglich angemerkt werden, dass ein etwaiger Konflikt zwischen den Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarkts und der Menschenrechte (hier: das Postulat der Gleichbehandlung) ein eigener Problembereich ist. Diese Kollision weist nicht nur auf eine Diskrepanz aus gesellschaftspolitischer Sicht hin, sondern stellt auch die menschenrechtliche Legitimation der Grundfreiheiten in Frage.

Auch die in den Richtlinien zu Tage tretende antiliberale und bürokratische Sichtweise wird zu Recht kritisiert – steht dies doch im Gegensatz zum Vereinsrecht, das die gesellschaftliche Vielfalt spiegelt und sogar gewährleistet.<sup>55</sup> Es ist wohl also gewiss nicht übertrieben, von einem neuen, europäisch-gemeinschaftlich ausgerichteten „Zentralismus“, ja sogar von einem schädlichen „Dirigismus“ zu sprechen.

Die skizzenhafte Darstellung der im Hintergrund verlaufenden grundlegenden theoretischen Fragen zeigt, wie sorgsam und umsichtig der Gesetzgeber bei der Formulierung der Diskriminierungsverbote vorgehen muss, und zwar sowohl in den Richtlinien selbst als auch im Zuge ihrer Umsetzung. Und Vorsicht ist auch im Bezug auf die Rechtsprechung angebracht.<sup>56</sup> Daher wird im Folgenden ein Überblick über die privatrechtlichen dogmatischen Fragen des Problembereichs gegeben.

#### 4. Privatrechtsdogmatische Fragen hinsichtlich des Diskriminierungsverbots

1. Zunächst muss die Frage untersucht werden, *in welchen Privatrechtsverhältnissen* ein gesetzliches Diskriminierungsverbot angebracht ist. Die bisherigen Erfahrungen haben eindeutig bewiesen, dass kein allgemeines, sich etwa auf das gesamte Vertrags-, Vereinigungs- oder Gesellschaftsrecht erstreckendes Verbot möglich ist.<sup>57</sup> Im Falle eines allgemein formulierten Diskriminierungsverbots wird die Kollision mit der Vertragsfreiheit zu einem tagtäglichen

<sup>55</sup> Siehe z.B. SÄCKER (Fn. 12.), S. 3.

<sup>56</sup> Ein gutes Beispiel für eine unüberlegte Feststellung von negativer Diskriminierung gibt folgende Entscheidung eines irischen Amtsinhabers ab, der damit den Gleichheitsgrundsatz verwirklichen wollte: er sah es als Diskriminierung zulasten des männlichen Geschlechts an (und verordnete ein Bußgeld dafür), dass der Eigentümer eines Nachtlokals Frauen einmal wöchentlich unentgeltlichen Eintritt zusicherte. Der Amtsinhaber sprach die Verurteilung trotz der Tatsache aus, dass der Eigentümer beweisen konnte, dass sich dieser Schritt bei den Frauen als erfolgreicher Marketingzug erwies, während eine ähnliche Aktion bei Männern ergebnislos geblieben ist. Equality Officer Decision: *Thomas O'Connor v. The Icon Night Club (Limerick)* (DEC-S 2004-01) 5. 1. 2004.

<sup>57</sup> Meines Erachtens falsch argumentiert zugunsten eines sich auf das gesamte Vertragsrecht erstreckende Diskriminierungsverbots Schiek, insbesondere S. 461. ff.

Problem. Bei dieser Lösung müsste man zur Vermeidung des Zusammenpralls dieser beiden Prinzipien zahllose Ausnahmetatbestände festlegen, oder aber die Rechtsprechung müsste die nicht in den Geltungsbereich fallenden Fallgruppen entwickeln. Ein gutes Beispiel hierfür ist die englische Rechtsprechung, die – insbesondere im Vereinigungsrecht – die Grenzen der Privatsphäre in einem recht weiten Kreis fasst, innerhalb dessen die Diskriminierungsverbote nicht anwendbar sind.<sup>58</sup> Die Beispiele zeigen auch, dass Diskriminierungen im Bereich der Wohnungsmieten und der Darlehen aufgrund Rasse bzw. ethnischer Zugehörigkeit und bei Lebensversicherungen aufgrund Geschlechts auftreten können.<sup>59</sup> Bei Versicherungsverträgen muss indes erlaubt werden, dass in der Prämie die nachweisbare Risikohöhe vom Versicherer mitberücksichtigt wird. Zu Recht wird dies in Artikel 5 Abs. (2) der Richtlinie 2004/113/EK angestrebt, nicht jedoch in den Absätzen (1) und (3) desselben Artikels.<sup>60</sup>

Im ungarischen *Chancengleichheitsgesetz*<sup>61</sup> wird die Gleichbehandlung auch in den privatrechtlichen Vertragsverhältnissen herbeizuführen versucht. Sie wird von denjenigen Personen eingefordert, die an vorab nicht bestimmbar Personen Angebote zum Vertragsabschluss abgeben oder zur Angebotsabgabe aufrufen bzw. die in einer den Kunden offenstehenden Räumlichkeit Dienstleistungen bieten oder Waren verkaufen. [§ 5. lit. a) und b)]. Familienrechtliche Verhältnisse und diejenigen zwischen Familienangehörigen werden hingegen ausgeschlossen [§ 6 (1) lit. a) und b)].<sup>62</sup>

2. Das zweite wichtige Problem liegt in der Wahl der geeigneten *Sanktionen*. Hierbei ist dem Erfordernis der *Verhältnismäßigkeit* unbedingt Rechnung zu tragen. Als Schlussfolgerung der oben Beschriebenen ist festzustellen, dass als Sanktion eine *Verpflichtung zum Vertragsabschluss* nicht in Frage kommt. Dies würde nämlich einen eklatanten Eingriff in die Privatautonomie bedeuten, durch welchen mehr Schaden verursacht würde als durch den zu vermeiden beabsichtigte Nachteil selbst. Dies wird auch von der in der Literatur vorherrschenden Meinung vertreten. Die Autoren sind sich zudem einig dar-

<sup>58</sup> Siehe z.B. die Entscheidung des House of Lords im Falle *Charter v. Race Relations Board* (H. L.): [1975] A. C. 868.

<sup>59</sup> Vgl. RUTH NIELSEN: *Gender Equality in European Contract Law*. Copenhagen, 2004, S. 123. ff.; SCHMIDT-KESEL, S. 60. ff.

<sup>60</sup> Zu der besonderen Problematik der Benachteiligung in Versicherungsverträgen siehe Dirk LOOSCHELDERS: Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht. In LEIBLE-SCHLACHTER, S. 141–158.

<sup>61</sup> Gesetz Nr. CXXV vom Jahre 2003 über die Gleichbehandlung und Ermöglichung der Chancengleichheit.

<sup>62</sup> Zum ursprünglichen Konzept des Gesetzes siehe FARKAS-KÁDÁR-KÁRPÁTI: Néhány megjegyzés az egyenlő bánásmódról szóló törvény koncepciójához. (Einige Bemerkungen zum Konzept des Gesetzes über die Gleichbehandlung). *Fundamentum*, Nr. 2003/2, S. 121.

über, dass eine nachträgliche Verpflichtung zum Vertragsabschluss nicht einmal in Form von Schadensersatz *in natura* möglich sei. Neben theoretischen Bedenken stünden einer solchen Lösung in fast allen Rechtsordnungen schwere dogmatische Hürden im Wege: in fast keinem Rechtssystem nämlich gibt es die Möglichkeit, eine rechtsgeschäftliche Erklärung (Angebot oder Annahme) unter dem Titel Schadensersatz zu ersetzen. Diese Feststellung trifft nicht nur für das *common law* zu, in dem eine allgemeine Aversion gegenüber der *specific performance* vorherrscht, sondern auch für die meisten kontinentalen Rechtsordnungen.<sup>63</sup> Im deutschen Recht wird sogar im Arbeitsrecht der Anspruch der benachteiligten Person auf Begründung eines Rechtsverhältnisses ausgeschlossen.<sup>64</sup> Es ist zudem als Grundsatz festzuhalten, dass eine Weigerung zum Vertragsabschluss (außer in einer Monopolsituation) nicht auf einen gänzlichen Ausschluss der benachteiligten Person von dem gegebenen Sektor des Waren- oder Dienstleistungsverkehrs abzielt, sondern eine Persönlichkeitsverletzung gegenüber dieser Person darstellt.<sup>65</sup> Nicht zuletzt aus diesem Grunde wäre die adäquate Lösung, die Diskriminierung als *Verletzung des Persönlichkeitsrechts* zu qualifizieren. Es ist also der Entscheidung des ungarischen Gesetzgebers (bereits im ursprünglichen Text des Bürgerlichen Gesetzbuches) aus dem Jahre 1959 zuzustimmen, dass die negative Diskriminierung als eines der exemplarisch hervorgehobenen Beispiele für die Verletzung des Persönlichkeitsrechts gesondert aufgeführt ist.<sup>66</sup>

Die im Bezug auf Diskriminierung am weitesten verbreitete Sanktion ist *Schadensersatz* wegen außervertraglicher Schadensverursachung.<sup>67</sup> In der Mehrheit der Einzelgesetze ist diese Möglichkeit ausdrücklich vorgesehen. Der entstandene Vermögensschaden ist *vollumfänglich* (also tatsächlicher Schaden und entgangener Gewinn) zu ersetzen, die Höhe ist also nicht auf das negative Interesse beschränkt.<sup>68</sup> Der Europäische Gerichtshof hat – in arbeitsrechtlichen Fällen – wiederholt festgestellt, dass die eine wie auch immer geartete nationale Beschränkung des wegen negativer Diskriminierung gestellten

<sup>63</sup> Hinsichtlich des englischen Rechts siehe *Schick*, S. 102.; hinsichtlich des französischen Rechts über die Anwendbarkeit des Rechtsinstituts *refus de vente*, siehe das Urteil des Cour de cassation: Civ. 3<sup>e</sup> 304. 1997, D. 1997, 475. mit Kommentaren von *Mazcaud*, vgl. *Klingensfuß*, S. 122. f. Ferner siehe zusammenfassend *Busche* (Fn. 5.), S. 287. ff., *Schmidt-Kessel*, S. 64. ff.

<sup>64</sup> § 611a Abs. 2 BGB

<sup>65</sup> Ebenso, mit fundierter Begründung JAN BUSCHE: Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote. In LEIBLE-SCHLACHTER, S. 159–177.

<sup>66</sup> Aus der Urteilspraxis der ungarischen Obersten Gerichts: Pfv. IV. 22.921/1994., BH 1995/12. 698.; Pfv. IV. 22.408/1999., EBH 2001/2. 515.; Pfv. IV. 21.269/2001. und EBH 2002/1. 625.

<sup>67</sup> Vgl. *Busche* (Fn. 65.), S. 175. ff.

<sup>68</sup> Auch die ständige Rechtsprechung in Bezug auf § 611a BGB hat sich gewandelt: Während früher von den Gerichten nur das *negative Interesse* zugesprochen worden ist, gibt es heute – nach zweimaliger Modifizierung dieser Bestimmung in den Jahren 1994 und 1998 – keine prinzipiellen Hinderungsgründe gegen eine Schadensersatz in voller Höhe, siehe *Staudinger-Anm.* Berlin, 2005, § 611a, Rn. 1–2, Rn. 84. ff., Rn. 96. ff.

Schadenersatzanspruchs mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist.<sup>69</sup> Dieses Prinzip lässt sich auch auf Tatbestände außerhalb des Arbeitsrechts anwenden. Der Schadenersatzanspruch umfasst auch den *Nichtvermögensschaden* (*Schmerzensgeld*).<sup>70</sup> Von dieser Seite her ist das geltende ungarische Recht mit den europäischen Anforderungen vollständig im Einklang.

Was das Tatbestandsmerkmal „Rechtswidrigkeit“ hinsichtlich des Schadenersatzanspruches betrifft, fügt sich die im ungarischen Zivilgesetzbuch gewählte Lösung aufs Beste in die Reihe der europäischen Rechtsordnungen. Die negative Diskriminierung wird beispielsweise auch von der deutschen Gerichtspraxis als Verletzung der Persönlichkeitsrechte gewertet und dementsprechend sanktioniert.<sup>71</sup>

Der EuGH wendet strenge Maßstäbe bei der Beurteilung der Exkulpationsmöglichkeiten für den Diskriminierenden in einem Arbeitsvertrag an.<sup>72</sup> Gewiss lässt sich dieser rigide Standpunkt nicht bei Diskriminierungen als Persönlichkeitsverletzungen in Bezug auf andere privatrechtliche Vertragsverhältnisse übertragen.<sup>73</sup> Hinsichtlich der Exkulpationsvoraussetzungen außerhalb des Arbeitsrechts sollten also die Anforderungen der Verschuldungshaftung anwendbar sein.

3. Eine der kritischsten Fragen bei der privatrechtlichen Beurteilung des Diskriminierungsverbots ist die Zuordnung der *Beweislast*. Die negative Diskriminierung bleibt nämlich als Motiv für das Ausbleiben des Vertragsabschlusses oder eines anderen diskriminierenden Rechtsakts in den meisten Fällen für die Außenwelt unsichtbar.<sup>74</sup> Der Beweis dafür ist für die benachteiligte Partei in der Regel ungemein schwer zu erbringen. Sowohl die Richtlinien selbst<sup>75</sup> als auch die meisten nationalen Gesetze gewähren dem Kläger bestimmte Erleichterungen bei der Beweisführung.<sup>76</sup> Zum Teil wird die Beweislast geradewegs umgekehrt: wenn die geschädigte Person die Benachteiligung

<sup>69</sup> Siehe C-271/91: *M. H. Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* (Marshall II.), 1993, S. I-4367. ff.; und C-180/95: *Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*, 1997, S. I-2195. ff.

<sup>70</sup> Auch die Praxis des ungarischen Obersten Gerichtshofes deutet eindeutig in dieselbe Richtung: Pfv. IV. 22.408/1999., EBH 2001/2. 515.; Pfv. IV. 21.269/2001. und EBH 2002/1. 625. Auch der BAG ist zu demselben Schluss gekommen: 14. 3. 1989, NJW 1990, S. 65. ff.

<sup>71</sup> BAG AP Nr. 5. zu § 611a BGB; vgl. *Staudinger-Annuß*, Rn. 96. ff.; und *Säcker* (Fn. 12.), S. 4.

<sup>72</sup> Siehe C-177/88: *E. J. P. Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, 1990, S. I-3941. ff. (S. 3975. f.); und C-180/95 (Fn. 69.), S. 2219. f.

<sup>73</sup> Ebenso *Schmidt-Kessel*, S. 67.

<sup>74</sup> *SÄCKER* (Fn. 52., S. 286.) betrachtet dieses Verfahren als „Motiv-Zensur“. Entgegengesetzt urteilt Baer, S. 293. f.

<sup>75</sup> Siehe Artikel 8 der Richtlinie 2000/43/EK sowie Artikel 9 der Richtlinie 2004/113/EK.

<sup>76</sup> Die englische Rechtsprechung etwa hat sowohl innerhalb des Arbeitsrechts – Court of Appeal: *Karen Lily King v. Great Britain-China Centre* [1992] I. C. R. 516; und House of Lords: *Glasgow City Council v. Zofar* [1997] 1 W. L. R. 1659. – als auch außerhalb – *Ahmed v. Governing Body of the University of Oxford and another* [2003] 1 W. L. R. 995. – bestimmte Erleichterungen in der Beweisführung entwickelt.



glaubwürdig darstellt, muss die andere Partei beweisen, dass von ihr keine Diskriminierung begangen worden ist. Die Beweislast wird in § 19 des ungarischen Gesetzes Nr. CXXV vom Jahre 2003 – meines Erachtens richtigerweise – nicht umgekehrt. Gemäß dieser Regelung muss die geschädigte Person die Diskriminierung beweisen (also nicht nur glaubwürdig machen), und erst wenn ihr das gelingt, obliegt es der anderen Partei zu beweisen, dass sie den Gleichheitsgrundsatz eingehalten hat oder er diesen im konkreten Fall nicht einzuhalten verpflichtet war. An dieser Abweichung von der Richtlinie kann deshalb nichts ausgesetzt werden, da sich die ungarische Rechtsnorm nicht nur auf das Arbeitsrecht bezieht.<sup>77</sup> Die Auffassung, wonach die Umkehr der Beweislast höchstens im arbeitsrechtlichen Bereich gerechtfertigt ist, erscheint überzeugend; auf den übrigen Gebieten des Privatrechts ist lediglich die Erleichterung der Beweisführung gerechtfertigt.<sup>78</sup> Es kann nämlich nicht außer Acht gelassen werden, dass die Umkehr der Beweislast gleichbedeutend wäre mit der Verpflichtung, eine autonom gefällte Entscheidung zu begründen.

## 5. Schlussfolgerungen

1. Im Bereich des Privatrechts ist der Gleichbehandlungsgrundsatz als eine menschenrechtliche Maxime nicht zu verwirklichen und kann deshalb auch nicht verlangt werden. Eine darauf abzielende Forderung steht in den meisten privatrechtlich geregelten Situationen im diametralen Gegensatz zur Privatautonomie und Vertragsfreiheit.

Eine Ausnahme hiervon stellt das Arbeitsverhältnis dar, bei dem – in erster Linie wegen der besonderen Bedeutung des Arbeitsplatzes – ein allgemeines Diskriminierungsverbot akzeptabel ist und auch weitgehend akzeptiert wird. Ausnahmen stellen ferner die Verträge über öffentliche Versorgungsdienstleistungen mit Unternehmen in einer Monopol- oder monopolähnlichen Stellung dar, bei denen einer Feststellbarkeit der Benachteiligung ebenfalls prinzipiell nichts im Wege steht. Ähnlich sind schließlich auch diejenigen Verträge zu beurteilen, die anhand eines an die Öffentlichkeit gerichteten Angebots zustande kommen sollen.

2. Eine willkürliche, also unbegründete Benachteiligung aufgrund wesentlicher Persönlichkeitsmerkmale kann auch in privatrechtlichen Verhältnissen sanktioniert werden. Gleichwohl ist die Notwendigkeit hierfür gründlich zu überdenken. In solchen Lebenssituationen wird nämlich die Diskrimi-

<sup>77</sup> Es ist zu erwähnen, dass eine vorsichtige Umsetzung der zu einseitigen Beweislastverteilung in den Richtlinien auch in der Rechtsliteratur angemahnt wird, siehe SCHMIDT-KESSEL, S. 71.

<sup>78</sup> SCHMIDT-KESSEL, S. 69. f.

nierung in der Regel von dem auf Privatautonomie basierenden, wettbewerbsgeleiteten Marktmechanismus verhindert. Die zur Vermeidung von Wettbewerbsbenachteiligung praktizierte Selbstbeschränkung der Marktteilnehmer ermöglicht zudem die Vermeidung von Diskriminierung auf natürliche Weise und ohne Nebenwirkungen. Wahrscheinlich ist es damit zu erklären, dass in der privatrechtlichen Praxis der europäischen Staaten – mit Ausnahme des Arbeitsrechts – die Verletzung des Diskriminierungsverbots lediglich in einer unbedeutenden Zahl vorkommt und die bisherigen Gerichtsfälle eher Kuriosa sind. Dagegen benötigt die Verletzung des Diskriminierungsverbots im Bereich der Marktverhältnisse in erster Linie dort rechtlichen Eingriff, wo durch die Benachteiligung die Wettbewerbsfreiheit selbst behindert wird (z.B. im Falle der Verletzung des Kartellverbots).

3. Als Sanktion für Benachteiligung kann nicht eine Vertragsschlusspflicht dienen. Eine solche Rechtsfolge würde nämlich auf das erreichbare Ergebnis hin gesehen einen inadäquaten Eingriff in die Privatautonomie bedeuten und die Vertragsfreiheit unverhältnismäßig stark beeinträchtigen. Dies kann auch in Bezug auf den Arbeitsvertrag festgestellt werden. Eine Ausnahme hiervon bilden die Verträge über öffentliche Versorgungsdienstleistungen mit Unternehmen in einer Monopol- oder monopolähnlichen Stellung, bei denen eine Vertragsabschlusspflicht als Rechtsfolge akzeptabel wäre.

4. Von den Sanktionsmöglichkeiten im Privatrecht wären die Verletzung der Persönlichkeitsrechte und ihre Rechtsfolgen am ehesten zur Handhabung der Diskriminierung geeignet. Die Benachteiligung stellt nämlich eine Verletzung von wesentlichen Persönlichkeitsmerkmalen dar. Darüber hinaus ist auch der Umstand zu beachten, dass bei einer solchen Betrachtungsweise diejenigen Beschwerden herausgefiltert werden können, die nicht sanktioniert werden sollten, da sie auf der Überempfindlichkeit der verletzten Person beruhen.

5. Durch eine Benachteiligung kann eine Persönlichkeitsverletzung unabhängig davon begangen werden, ob die Benachteiligung in einem privatrechtlichen oder in einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis begangen worden ist. Gleichwohl kann das Privatrecht auch den letzteren Fall lediglich nur mit denjenigen „Handwerkszeugen“ (Regelungsmethoden) behandeln, die dem Privatrecht eigen ist. In erster Linie bedeutet das, dass vom Privatrecht keine aktive Handlung (hier: Gleichbehandlung) vorgeschrieben werden kann, sondern vielmehr eine passive (hier: Unterlassung von Diskriminierung) erwartet wird, wobei die Verletzung dieser letzteren Pflicht sanktioniert wird.

Dies erklärt sich damit, dass der Schutz der Persönlichkeitsrechte – ähnlich dem Rechtsschutz im Sachenrecht und im Recht des „geistigen Eigentums“ – durch Rechtsverhältnisse absoluten Charakters realisiert wird und für solche Verhältnisse nicht das Vorschreiben einer aktiven Handlungsweise, sondern eine gesetzliche Unterlassungspflicht geeignet ist.

6. Von den Rechtsfolgen bietet allen voran der Schadensersatz einschließlich des Schmerzensgeldes ein wirksames Mittel, wobei hierfür die allgemeinen Haftungsregeln gelten.

7. Eine Erleichterung der Beweisführung könnte vonnöten sein; zu einer schieren Umkehr der Beweislast darf es jedoch nicht einmal im Arbeitsrecht kommen.



IV.

KÁNONJOG, JOGTÖRTÉNET  
ÉS JOGELMÉLET



ERDŐ PÉTER

## AZ EGYHÁZI KÖZIGAZGATÁSI JOG MINT ÖNÁLLÓ JOGÁG

### 1. A fogalom

Közigazgatási jognak hazai szóhasználatunk a „közigazgatási szervek (...) felépítését, működését, feladatkörét, hatáskörét, felelősségét, egymáshoz való viszonyát, valamint az állampolgárok (...) közigazgatási szervekhez való kapcsolatát rendező szabályok” összességét nevezi<sup>1</sup>. E jogág szabályainak egyik része – az *anyag közigazgatási jog* – a szervek és az állampolgárok teendőit, jogait és kötelességeit tartalmazza, másik része – a *közigazgatási eljárásjog* (a közigazgatási jog alaki szabályai) – azt rögzíti, hogy miként lehet ezeket a jogokat gyakorolni, illetve e kötelességeket teljesíteni<sup>2</sup>.

A közigazgatási jog, mint jogág kifejlődésére az európai és amerikai polgári átalakulások utáni időszakban került sor. Nem kis mértékben a liberális, polgári állam és társadalom jogbiztonság iránti igénye fejeződik ki benne. Ez a követelmény kívánta meg, hogy a közigazgatás tevékenysége kiszámítható legyen. Sokan egyenesen úgy fogalmaztak, hogy „a közigazgatás demokratikus (...) államban csak azt teheti és csak úgy, amit és ahogyan a mindenki által megismerhető jogszabályok megengednek, illetve lehetővé tesznek”<sup>3</sup>. Míg a több ezer éves múltra visszatekintő *polgári jog* a mellérendeltség elvére épült, a XVIII–XIX. századi eredetű *közigazgatási jog* abból a feltevésből indult ki, hogy a közigazgatási szervek *magasabb rendű közérdeket és közakaratot* képviselnek. Hazánkban a közigazgatási jog a XX. század elejére önállósul. Az I. világháborúig a be nem avatkozó, liberális közigazgatás eszméjét követi, majd a kiáltó igazságtalanságok, az összeomlás és a nyomorúság hatására a tömegek kiszolgáltatottsága miatt a beavatkozó közigazgatás eszményét képviseli. A II. világháború után az egész életet irányító állampárti közigazgatás modellje érvényesül<sup>4</sup>.

Jelenlegi, posztmodern korunkban a jogállamiság gyengül. A közakaratot valamilyen formában kifejező, választott állami szervek súlya csökken, a pénzügyi és tömegtájékoztatói csoportok társadalmilag nem ellenőrzött hatalma

<sup>1</sup> *Jogi lexikon*. Budapest: KJK–Kerszöv, 1999, 365.

<sup>2</sup> Vö. uo.

<sup>3</sup> Uo. 366.

<sup>4</sup> Vö. uo. 366.

pedig növekszik. Így már nem csupán az a kérdés, hogy mennyire avatkozzon be a liberális piaci és tájékoztatási folyamatokba az állam a közjó védelmében, hanem az is, hogy mi tekinthető közjónak, és hogy az állam képes-e még ilyen beavatkozásra.

Ebből a háttérből emelkedik ki az a kérdés, hogy a *Katolikus Egyház Krisztustól rendelt teológiai és intézményes valóságára lehet-e korrektül alkalmazni a közigazgatási jognak ezt a liberális fogalmát és az ezzel összefüggő követelményeket.*

## 2. Hazai kísérletek az egyházi közigazgatási jog megalkotására

A világi jogi kultúra hatott az Egyház saját jogával foglalkozó tudósokra és gyakorlati szakemberekre is. Magyarországon a XIX. század végén és a XX. század elején jelentős traktátusok, kézikönyvek jelentek meg „*egyházi közigazgatás*” címmel. Kiemelkedik közülük a neves liberális jogász, Eötvös Károly Lajos<sup>5</sup>, valamint a csanádi egyházmegyés pap, Geisz Antal<sup>6</sup> munkája. Jellemzőjük, hogy együtt tárgyalják a kánoni jogszabályokat, amelyek a belső, egyházi jogalkotótól származnak, és az állami egyházjog előírásait, melyek a külső, állami hatóságtól erednek. Ez a vegyes forrásokban szabályozott jogterület, mint koncepció, inkább a történelmi protestáns felfogásnak felelt meg, amely az egyházakra vonatkozó állami jogszabályokat is „*egyházjognak*”, úgynevezett „*külső egyházjognak*” tekintette. Ez a szemlélet nem kis részben magának Luthernek a felfogására vezethető vissza, aki a társadalomban megragadható közösségek („*egyházak*”) rendjének szabályozását is állami feladatnak tekintette.<sup>7</sup>

Külön figyelmet érdemel Kosutány Ignác kísérlete, aki a különböző magyarországi egyházak „*alkotmányát*” és „*közigazgatási jogát*” tanulmányozta. Nem katolikus elvi alapokból kiinduló munkája összekapcsolja az alkotmányjog fogalmának az egyházakra való alkalmazását az egyházi közigazgatási jog kérdésével.<sup>8</sup> Ezért logikusnak látszik, hogy az alábbiakban az egyházi alkotmányjog *létfogosultságára* és jelentésére is kitérjünk.

<sup>5</sup> EÖTVÖS K. L.: *Az egyházi közigazgatás kézikönyve*. Budapest: Hornyánszky, 1889–1893.

<sup>6</sup> GEISZ A.: *Egyházi Közigazgatás*. Temesvár, 1910.

<sup>7</sup> Vö. J. HECKEL: *Lex Charitatis. Eine juristische Untersuchung über das Recht in der Theologie Martin Luther*. München, 1953.

<sup>8</sup> KOSUTÁNY I.: *A magyarországi egyházak alkotmányának és közigazgatási jogának rövid foglalata*. Kolozsvár, 1911.



### 3. Az egyházi „alkotmányjog” mint külön jogág

A XIX. és XX. században a kánonjog tudományos művelése keretében nem egyszer felbukkant az elgondolás, hogy külön jogágként kezeljék az egyházi alkotmányjogot. Különösen a német nyelvterületen, de Magyarországon is, egyes szerzők az Egyház hierarchikus szerkezetéről szóló joganyagot tekintették alkotmányjognak, mások a személyekről és magáról az Egyházzal szóló normákat is ebbe a kategóriába sorolták.<sup>9</sup> Bánk József külön kötetet adott ki az egyházi alkotmányjogról. Ebben az Egyház hierarchikus szerkezetét tárgyalja, nem szól viszont magáról az Egyházzal és benne a személyek jogállásáról.<sup>10</sup> Ez a közép-európai hagyomány szerinti értelemben vett egyházi alkotmányjog nem arra törekszik, hogy a kánonjognak azokat a normáit mutassa be, melyek rangban felülmúlják a jogrend többi részét. Az ilyen szabályokat hagyományosan isteni jogi normáknak nevezik. Nem is a rendszeren belüli alapvető funkció jellemzi ezeket normákat. Mivel az Egyházi Alaptörvény (*Lex Ecclesiae Fundamentalis*) nem került kihirdetésre, a hatályos kánonjogban a tételes egyházi jogszabályok között nincs olyan formai különbség, amely alapján egyeseket alkotmányerejűeknek, másokat pedig egyszerű törvényeknek lehetne minősíteni. Helyesen állapítja meg Ilona Riedel-Spangenberg, hogy ma alaki értelemben nem beszélhetünk egyházi alkotmányjogról, anyagi értelemben viszont van jogosultsága erről a jogterületről szólni.<sup>11</sup> Egyes szerzők azonban kísérletet tettek arra is, hogy alaki értelemben vett egyházi alkotmányjogot állítsanak össze.<sup>12</sup> Ugyanők természetesen az Egyházi Alaptörvény kiadásának gondolatát is támogatták.

Az 1983-as Codex Iuris Canonici beszél ugyan az Egyház hierarchikus szerkezetéről,<sup>13</sup> ám az erre vonatkozó címfeliratban a *constitutio* kifejezés szerkezetet, felépítést, nem pedig a szó modern értelmében vett alkotmányt jelent.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> A II. Vatikáni Zsinat utáni német irodalomban is gyakori a tárgyalásnak ez a módja. Pl. U. MOSIEK: *Verfassungsrecht der Lateinischen Kirche*. I–III. Freiburg, Br. 1975–1978; R. PUZA: *Katholisches Kirchenrecht*. Heidelberg, 1986, 150–252. („Das Verfassungsrecht der Lateinischen Kirche”), W. AYMANS – K. MÖRS-DORF: *Kanonisches Recht. Lehrbuch auf Grund des Codex Iuris Canonici*. II. Paderborn, 1997, 1–452. („Verfassungsrecht”). Ezek a szerzők alkotmányjog néven az Egyházzal, a krisztushívőkről és az Egyház hierarchikus szerkezetéről szóló joganyagot közlik. A krisztushívőkről és az Egyház hierarchikus szerkezetéről szól ERDŐ P.: *Egyházi alkotmányjog*. Budapest: Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Hittudományi Kar – Levelező Tagozat, 1996.

<sup>10</sup> BÁNK J.: *Egyházi jog. Az egyházi alkotmányjog alapjai*. Budapest, 1958. Világi jogi összehasonlítással, az alaki értelemben vett alkotmányjog gondolatát is felvetve: GALOS L.: *Az Egyház alkotmányának szerkezete és érintkezőpontjai a világi alkotmányokkal*. Pécs, 1940.

<sup>11</sup> I. RIEDEL-SPANGENBERGER: *Verfassungsrecht*. II. Katholisch. In A. CAMPENHAUSEN – I. RIEDEL-SPANGENBERGER – R. SEBOTT (Hrsg.): *Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht*. III. Paderborn, 2004, 774.

<sup>12</sup> Pl. P. LOMBARDA: *Lezioni di diritto canonico. Introduzione – Diritto Costituzionale – Parte generale*. Milano, 1985; J. HERVADA: *Diritto costituzionale canonico*. Milano, 1989.

<sup>13</sup> CIC Lib. II, Pars II, *De Ecclesiae constitutione hierarchica* (330–572. k.).

<sup>14</sup> Hagományosan a kánonjog a *constitutio* szót a jogszabályok egy fajtájára alkalmazta. A római jog hagyománya, jelesül Iustinianus *Institutióinak* számos helye (pl. I. 1.2.3–6; stb.), valamint a *Digesta* I. könyvének

Mindenesetre az egyházi alkotmányjog témája is mutatja, hogy az egyes korok világi jogának szerkezete hat a kánonjogászok gondolkodására, de nem egy esetben tisztázódik az is, hogy a világi jogági vagy jogterületi felosztás az Egyház valóságára csak erős megszorításokkal, vagy egyáltalán nem alkalmazható. Ez volt a helyzet a XIX. század első felének egyházjogászai közt különösen elterjedt közjog-magánjog felosztás esetében is.<sup>15</sup>

#### 4. Az 1917-es Codex Iuris Canonici

Az 1917-es Codex Iuris Canonici külön jogterületként nem szól a közigazgatási jogról. Jogágként nem kodifikálja azt. Az Egyház hierarchikus szerkezetét isteni eredetűnek vallja, az alapító, Krisztus akaratára vezeti vissza. Teológiaiilag nem is tehet mást. Az egyházi rend szentségének krisztusi alapítása őseredeti hagyomány, a Trentói Zsinat dogmába is foglalta<sup>16</sup>. A felszentelés pedig – és ezt majd a II. Vatikáni Zsinat különösen is kidomborítja – Krisztus hármias, papi, prófétai és pásztori (vagy királyi) küldetésében nem csak fokozatban, de *lényegileg is más módon* részesíti az embert, mint a keresztség és a bérmálás<sup>17</sup>. *A hierarchikus eljárók kormányzati feladatukat nem a közvéleménynek vagy a közbizalomnak, hanem a krisztusi küldetésnek köszönhetik.*<sup>18</sup> Ezek után nem csoda, ha az 1917-es Egyházi Törvénykönyv még nem „egyházkormányzati hatalomról” (*potestas regiminis*) beszélt, s azt nem osztotta három faj-

4. címe (D. 1.4, *De Constitutionibus principum*), mely a törvényekről, a *senatus consultumokról* és a jogszokásról szóló 3. címet követte, hatott a középkori dekretális gyűjteményekre. A *Compilatio prima* I. könyvének 1. címe (1Comp 1.1, *De Constitutionibus*) már szerkezeti egységként kezeli a kánonjogban ezt a témát. A későbbi jelentős kánonjogi gyűjteményekben megmarad ez a jogszabályokról szóló cím egészen IX. Gergely dekretális gyűjteményéig és a *Liber Sextusig* (2Comp 1.1; 3Comp 1.1; 5Comp 1.1; Bern. Comp. 1.3; Alan. 1.1; Gilb. 1.1; X 1.2; VI 1.2). Vö. S. KUTTNER (moderante): *Index titulorum decretalium ex collectionibus tam privatis quam publicis conscriptis*, cura et studio Instituti Iuri Canonico Medii Aevi Perquirendo (Ius Romanum Medii Aevi, Subsidia II), Mediolani, 1977, 54.

<sup>15</sup> Sokan szinte kritikátlanul, mások megszorításokkal alkalmazták ezt az egyházjogra, ismét mások egyáltalán nem fogadták el. Pl. J. HELFERT: *Handbuch des Kirchenrechts aus den gemeinen und österreichischen Quellen zusammengestellt*. Prag, 1849, 25, § 19 („Die ...Eintheilung in ein öffentliches und ein Privat-Kirchenrecht ist dem bürgerlichen Rechte entlehnt, aber in Beziehung auf die Kirche unhaltbar”). Helyette esetleg a külső és belső egyházjogra való felosztást részesítették előnyben (uo. 25, § 19; 66, § 46). Ugyanakkor a „külső egyházi közjog” (*ius publicum ecclesiasticum [externum]*) a XIX. századtól neves művelőkre talált, akik ennek a tudományágnak a keretében az Egyháznak az államokhoz és a nemzetközi közösséghez fűződő viszonyát fejtették ki. Vö. pl. R. SEBOTT: *Ius Publicum Ecclesiasticum*. II. Katholisch. In A. CAMPENHAUSEN – RIEDEL – I. SPANGENBERGER – R. SEBOTT (Hrsg.): *Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht*. III. Paderborn, 2004, 339–340.

<sup>16</sup> CONC. TRID., Sess. XXIII, *de sacr. ord.*, cap. 1.

<sup>17</sup> CONC. VAT. II, Const. Dogm. *Lumen Gentium* 10b.

<sup>18</sup> Vö. Mt 28,16–20; ld. még *Codex Iuris Canonici*, Città del Vaticano 1983 (a továbbiakban: CIC) 129. k. 1. §. („A kormányzati hatalomra, mely az Egyházban isteni rendelés folytán van jelen, azok képesek, akik felszentelésben részesültek”).

tára, nevezetesen a Montesquieu tipológiája szerinti törvényhozói (*legislativa*), bírói (*iudicialis*) és végrehajtói (*executiva*) hatalomra, mint az 1983-as Egyházi Törvénykönyv<sup>19</sup>. Ám ez utóbbi is csupán *megkülönbözteti a hatalmi ágakat, de el nem választja őket*. Az alapvető szinteken ugyanis (pápa, megyéspüspök) ezek a hatalomfajták teológiai okból összetartoznak. A II. Vatikáni Zsinat teljes következetességgel *egyetlen szent hatalomról* beszél.<sup>20</sup>

Noha az 1917-es CIC külön részt szentel I. könyvében a leiratoknak, a kiváltságoknak és a felmentéseknek<sup>21</sup>, ezeket közös névvel nem illeti, külön kategóriába nem sorolja. Egyébként is a szó szoros értelmében vett kiváltságon (*privilegium*) a közös jogtól eltérő *jogszabályt* értettek<sup>22</sup>, melyet bizonyos római jogi szövegek alapján *lex privata* névvel is illették<sup>23</sup>. Nehezen fogadták volna el egyedi közigazgatási intézkedésnek azt, amit valójában törvénynek tartottak. Arra itt nem szükséges kitérnünk, hogy kiváltságnak neveztek olyan jogokat is, amelyek egyszerűen a személyek egy kategóriájának jogállását jellemezték, így szóltak például a klerikusi kiváltságokról olyan jogosítványok vonatkozásában, amelyeket a hatályos Egyházi Törvénykönyv „A klerikusok kötelezettségei és jogai” fejezetcím alatt foglal össze.<sup>24</sup> Az *egyedi közigazgatási intézkedés* átfogó kategóriáját pedig nem is alkalmazták.

## 5. Az 1983-as Codex Iuris Canonici

Konkrét kérdésünk mármmost az, hogy a hatályos kánonjog – különösen az 1983-as CIC alapján – ismeri-e a közigazgatási jogot, mint jogágot, vagy ha nem, lehet-e, illetve szükséges-e rendelkezései alapján ilyen jogágot megkülönböztetnünk a katolikus kánonjogban.

Mindenekelőtt hangsúlyoznunk kell, hogy – főnévként használva – az *administratio* a hatályos kánonjogban is inkább jelenti a vagyonkezelést,<sup>25</sup> igei

<sup>19</sup> CIC 135. k. 1. §.

<sup>20</sup> Vö. A. CELEGGI: *Origine e natura della potestà sacra. Posizioni postconciliari*. Brescia, 1987; F. VISCOMI: *Origine ed esercizio della potestà dei vescovi dal Vaticano I al Vaticano II. Contesto teologico-canonicodel magistero dei „recentiPontefici.”* (Nota Explicativa Praevia 2) (Tesi Gragoriana, Serie Diritto Canonico 21), Roma, 1997; U. NAVARRETE: *Unità della „Potestas Sacra” e molteplicità dei „Munera Christi et Ecclesiae.”* In C. MIRABELLI – G. FELICIANI – C. G. FÜRST –H. PREE (Hrsg.): *Winfred Schulz in memoriam. Schriften aus Kanonistik und Staatskirchenrecht* (Adnotationes in Ius Canonicum 8). Frankfurt am Main, 1999, II, 569–603.

<sup>21</sup> 1917-es CIC Lib. I, tit. 4.5.6.

<sup>22</sup> Vö. pl. H. JONE: *Gesetzbuch des kanonischen Rechtes. Erklärung der Kanones*. I. Paderborn 1939, 79.

<sup>23</sup> Vö. pl. HISPALENSIS ISIDORUS: *Liber etymologiarum*. Lib. V, c. 18, n. 1; átvézi Gratianus *Decretum*a (D. 3, c. 3). Ld. még: A. VAN HOVE: *De privilegiis. De dispensationibus* (Commentarium Lovaniense in CIC, Vol. I, Tom. V). Mechliniae-Romae, 1939, 4–12, nn. 1–8; CH. LEFEBVRE: *Privilege*. In R. NAZ (dir.), *Dictionnaire de droit canonique*. VII. Paris, 1965, 225–229.

<sup>24</sup> CIC 237–289. k.

<sup>25</sup> Pl. CIC Lib. V, Tit. II, *De administratione bonorum* (1273–1289. k.).

alakban pedig a szentségek,<sup>26</sup> sőt a szentelmények<sup>27</sup> kiszolgáltatását, mint a közigazgatást. Ugyanakkor megjegyzendő, hogy szentségek kiszolgáltatója többnyire *minister (sacramenti)*<sup>28</sup> néven szerepel, az *administrator* szó viszont inkább az egyházkormányzattal kapcsolatos ténykedés végzőjére utal. Ilyen értelemben beszél a CIC apostoli kormányzóról (*Administrator apostolicus*),<sup>29</sup> egyházmegyei kormányzótól (*Administrator dioecesanus*)<sup>30</sup> és plébániai kormányzóról (*administrator parocialis*)<sup>31</sup>. Közigazgatásinak minősíthető értelemben fordul elő viszont az *administratio* főnév az apostoli kormányzóság (*administratio apostolica*)<sup>32</sup> kifejezésben, amely a részegyházak egy típusát jelöli.

A közigazgatási jog (*ius administrativum*) elnevezést a CIC nem használja. Ismeri az *egyedi közigazgatási intézkedés* fogalmát.<sup>33</sup> A közigazgatási hatalom kifejezést *terminus technikus*ként az Egyházi Törvénykönyv nem alkalmazza. Megalapozott a vélemény, amely szerint a végrehajtó hatalom (*potestas regiminis executiva*) elsősorban azon a területen működik, amit a világi jogászok közigazgatásnak neveznek. Ha viszont az egyedi közigazgatási intézkedés ellentétpárját, az általános közigazgatási intézkedést (*actus administrativus generalis*) keressük, világosan körülírt kategóriát ilyen néven nem találunk, bár a szerzők bőven tárgyalják az ez alá az elnevezés alá sorolható fogalmakat. Egyesek tartózkodnak az „általános közigazgatási intézkedés” kifejezés használatától. Helyette inkább a közigazgatási szervek jogszabályalkotó tevékenységéről beszélnek<sup>34</sup>. Mások minden további nélkül szólnak általános közigazgatási intézkedésekről a kánonjogban is.<sup>35</sup>

Némelyikükről persze maga a Codex jegyzi meg, hogy *kibocsátójuk maga a törvényhozó*. Ez szerepel például az általános határozat (*decretum generale*) közvetett meghatározásában<sup>36</sup>. Az Egyházi Törvénykönyv nem mulasztja el hangsúlyozni, hogy ilyen határozatokat a csupán végrehajtó hatalommal rendelkező hatóság csak a törvényhozó kifejezett felhatalmazásával hozhat.<sup>37</sup> Az általános végrehajtási határozat (*decretum generale executorium*) és az utasítás (*instructio*) kiadható saját jogon, valamely végrehajtó hatalommal rendelkező hatóság részéről.<sup>38</sup>

<sup>26</sup> Pl. CIC 844. k., 847. k., 863. k., 878. k., 884. k., 886. k., 918. k., 921. k. 3. §.

<sup>27</sup> Pl. CIC 1167. k. 2. §, 1168. k.

<sup>28</sup> Pl. CIC Lib. IV, Pars I, Tit. I, cap. 2, *De baptismi ministro* (861–863. k.); uo. Tit. II, cap. 2, *De confirmationis ministro* (882–888. k.) stb.

<sup>29</sup> Pl. CIC 381. k. 2. §, 134. k. 2. §, 1018. k. 1. §.

<sup>30</sup> Pl. CIC 409. k. 2. §, 421. k., 424. k., 426. k. 427. k., 429. k., 430. k.

<sup>31</sup> Pl. CIC 539–540. k.

<sup>32</sup> Pl. CIC 368. k., 371. k. 2. §.

<sup>33</sup> CIC Lib. I, Tit. IV, *De actibus administrativis singularibus* (25–93. k.).

<sup>34</sup> Vö. pl. E. LABANDEIRA: *Trattato di diritto amministrativo canonico*. Milano, 1994, 227–265.

<sup>35</sup> Vö. pl. J. GARCÍA MARTÍN: *Atti amministrativi generali*. (Institutum Iuridicum Claretanum – Studia 2), Roma, 2004.

<sup>36</sup> CIC 29. k.

<sup>37</sup> CIC 30. k.

<sup>38</sup> CIC 31–34. k.

Az Egyház hierarchikus felépítése című rész (*De Ecclesiae constitutione hierarchica*) az Isten néperől szóló könyvben helyezkedik el.<sup>39</sup> Ugyanennek a könyvnek az első része (*De christifidelibus*) a krisztushívőkről szól, köztük külön említi az egyházi rend szentségében részesült személyeket, vagyis a klerikusokat.<sup>40</sup> Leszögezi, hogy a krisztushívő a diakónusszenteléssel válik klerikussá.<sup>41</sup> Felsorolja a krisztushívők közös jogait, a világiak közös jogait és kötelességeit, valamint a klerikusok közös jogait és kötelességeit. Mindezeket nem nevezi *alapvető-* vagy *alapjogoknak*.<sup>42</sup> Ezt olyan szerzők teszik, akik a mai vagy a néhány évtizeddel ezelőtti világi jogokból vették fogalomkészletüket és azt a tendenciát, amely egyéni alapjogokból akarja levezetni az állam, a hivatalos szervek, a közigazgatás feladatait és jogait.

Az alapvető jogok fogalma tehát a világi jogrendekben használatos. Felmerül azonban a kérdés, hogy alkalmazható-e – legalább analóg értelemben – az Egyház jogában is. A választ már Eugenio Corecco klasszikus világossággal megfogalmazta. „Úgy vélem – írja –, hogy az *alapvető* jelző nem átfogó, jogrendek feletti kategória, hanem az újkori állam alkotmányos közjogának sajátossága. Nem áll fenn ugyanis azonosság, még az állami jog szempontjából sem az emberi jogok, mint olyanok és az alapvető jogok között.”<sup>43</sup> Az alapvető jelleg ugyanis arra a szerepre utal, amit az állam alkotmányjogi rendszerében bizonyos emberi jogok betöltenek.<sup>44</sup> Ezért az Egyház nem alkalmazhatja az *alapvető jelleg* fogalmát a saját jogrendjében. A kánonjog nem levezetett és másodlagos értelemben nevezhető jognak, nem más jogrenden belüli részterület szabályozása, hanem eredeti és önálló normarendszer. Így a valósághoz is ennek megfelelően viszonyul.<sup>45</sup> Az alapjogok, a hatalmi ágak és a hatalomgyakorlás felosztása helyett az Egyházat az Igéből, a szentségekből és a karizmákból való táplálkozás jellemzi. Ezeknek jogi hatásuk is van.<sup>46</sup>

Az Egyházban tehát – teológiai természete miatt – az alapjogokkal és a közigazgatással kapcsolatos egész kérdéskör másként szemlélendő. A *Krisztustól kapott küldetésből fakad az apostolok és az egész Egyház feladata és minden saját-*

<sup>39</sup> CIC Lib. II, Pars II, 330–572. k.

<sup>40</sup> CIC 207. k. 1. §.

<sup>41</sup> CIC 266. k. 1. §.

<sup>42</sup> Vö. W. AYMANS: Gemeinrechte und Gemeinpflichten aller Gläubigen. In *Folia Theologica* 4 (1993) 5–19. A krisztushívők alapvető jogainak problémájáról a Consotatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo külön kongresszust is rendezett. Ennek aktáit ld. *I diritti fondamentali del Cristiano nella Chiesa e nella società. Atti del IV Congresso Internazionale di Diritto Canonico. Fribourg (Suisse) 6–11. X. 1980*, Fribourg–Milano 1981. Vö. ERDŐ P.: *Egyházjog* (Szent István Kézikönyvek 7), <sup>4</sup>Budapest, 2005, 210–211., n. 643.

<sup>43</sup> E. CORECCO: Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società. Aspetti metodologici della questione. In UA., *Ius et Communio. Scritti di Diritto Canonico*, a cura di G. BORGONOVO – A. CATTANEO, Casale Monferrato – Lugano, 1997, I, 245–278, id. 260.

<sup>44</sup> Vö. uo.

<sup>45</sup> Vö. uo. 262.

<sup>46</sup> Vö. uo. 270–271.

tosan egyházi joga. Nem a közakarat kifejezője a hierarchikus vezetés. Nem az egyes hívőket megillető alanyi, úgynevezett alapjogokból vezethető le az Egyház közjogi struktúrájának feladata. *A hierarchikus szervezetet közigazgatási apparátusként felfogni súlyos leszűkítése lenne a teológiai valóságnak*, és kisszerű bürokratizálása az Egyház misztériumának.

A „közigazgatási” jelzővel illetett eljárások között a CIC külön említi a „közigazgatási büntetőeljárást”, melynek azonban megindítója végső soron a megyéspüspök – illetve például az általános helynök, mint ordinárius a megyéspüspökkel összhangban –, aki a bírói és a törvényhozói hatalomnak is létéményese.<sup>47</sup> A *közigazgatási felfolyamodási eljárásának* a CIC VII. könyve külön részt szentel.<sup>48</sup>

Más, közigazgatásinak minősített normák is felbukkannak a hatályos Egyházi Törvénykönyvben, de ezekből önálló közigazgatási jog – mint jogág – létre a kánonjogban korai lenne következtetnünk.<sup>49</sup> Helyesen jegyzi meg Stephan Haering, hogy „a kánonjogban, ellentétben a világi joggal, a közigazgatási jog nem általánosan bevezetett és nem is viszonylag világosan meghatározott szakkifejezés.”<sup>50</sup> Egyes esetekben a CIC reformja során korabeli nyugati technikákat és szemléletet kívántak alkalmazni. Ez a törekvés azonban nem volt általánosan elfogadott. A *közigazgatási bíráskodás* egyházmegyékre is kiterjedő rendszere helyett ezt végül csupán az Apostoli Signatúránál vezették be.<sup>51</sup> A vádlott egyéni érdekét védő büntetőjogi megoldások a közérdek – főként a legfőbb közérdek, a lelkek üdvössége<sup>52</sup> – érvényesítésének hatékonyságát gyakran korlátozták. Ma a Szentszék bizonyos súlyos büntetések kiszabására is megengedi – a CIC-től eltérve – a közigazgatási eljárást a bírói eljárás helyett.

<sup>47</sup> A CIC 1720. kánonja szerint az ordinárius dönt arról, hogy a büntetőeljárást bírói vagy közigazgatási úton kell-e lefolytatni. A 134. k. 1. §-a szerint természetesen az általános helynök is nevezhető ordináriusnak, nem csupán a megyéspüspök.

<sup>48</sup> CIC Lib. VII, Pars V, *De ratione procedendi in recursibus administrativis et in parochis amovendis vel transferendis* (1732–1752. k.).

<sup>49</sup> Nagyszabású kísérlet az egyházi közigazgatási jog önálló jogágként való tudományos bemutatására pl. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico* (lásd fent, 17. jegyz.).

<sup>50</sup> S. HAERING: *Venwalungsrecht. II. Katholisch*, in A. CAMPENHAUSEN – I. RIEDEL-SPANGENBERGER – R. SEBOTT (Hrsg.): *Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht*, III, Paderborn 2004, 826.

<sup>51</sup> A helyi közigazgatási bíróságok szisztémája, mely az 1983-as CIC tervezetében még szerepelt (*Communicationes* 10 [1978] 214–215), a végleges szövegből kimaradt. Többen úgy gondolták, hogy ez a rendszer a megyéspüspök kormányzását szinte ellehetetlenítené, mert minden intézkedés ellen hosszadalmas felfolyamodási eljárásokba lehetne kezdeni. Mások szerint egyházmegyei szinten ennek nem volna értelme, mivel a helyi közigazgatási bíróság is a megyéspüspök megbízásából látná el feladatát. Így a püspök intézkedései ellen a saját maga által kinevezett közigazgatási bírósághoz lehetne első fokon fordulni. Márpedig – mint az ősi jogelv tartja – senki sem bíró a saját ügyében. Ugyanígy – analógia alapján – ugyanaz a személy két különböző fokon azonos ügyben aligha dönthet (vö. CIC 1447. k.).

<sup>52</sup> Vö. pl. ERDŐ P.: „*Salus animarum: suprema lex*”. *A lelkek üdvösségére való utalások szerepe a Katolikus Egyház hatályos törvénykönyveiben*; in Uő: *Az élő Egyház joga. Tanulmányok a hatályos kánonjog köréből*. Budapest, 2006, 73–85.

Összefoglalásul megállapíthatjuk, hogy a liberális polgári társadalom és az Egyház misztériumának alapvető különbsége – korunk egyes jogi fogalmai vagy technikái átvétele ellenére – nem teszi lehetővé, hogy katolikus egyház-jogunkban önálló jogterületként különítsük el a közigazgatási jogot, és a mai közigazgatási jogászok szemléletével műveljük azt. Sikeres törekvés lehet viszont – ahogyan ezt például Julio García Martín munkái<sup>53</sup> igazolják – a Codexben kifejezetten közigazgatásinak nevezett intézkedések elemzése és összehasonlítása.

<sup>53</sup> Pl. J. G. MARTÍN: *Atti amministrativi singolari: Norme comuni*. (Institutum Iuridicum Claretianum – Studia 1), Roma, 2003; UA., *Il decreto singolare* (Institutum Iuridicum Claretianum – Studia 3), Roma 2004. Vö. még fent, 25. jegyz.

## A KÁNONI JOG FŐBB SAJÁTOSSÁGAI\*

Az ember alapvető sajátosságai közé tartozik, hogy nemcsak értelmes, hanem közösségi lény is. Ez a jellegzetesség lényegileg meghatározza az emberi személy világban való létét, mivel nemcsak saját szükségletei szerint kell berendeznie életét, hanem egyfelől a világban és saját természetében adott normáknak megfelelően, másfelől a közösség működésével összhangban. A világban létező dolgok és az emberi személy természetének egymásra hangoltsága egyértelműen jelzi a természetben minden és mindenki számára adott viszonyok és arányok, végső soron normák létezését.<sup>1</sup> Az egyes ember cselekedetei nemcsak egyedi képességeinek és lehetőségeinek a kibontakoztatását jelentik, mivel ezt mindig az adott emberi közösség tagjaként hajtja végre. *Az emberi természetben, a teremtésben adott és ennek alapján saját és a közösség életben maradását, továbbá annak összehangolt működését szolgáló normákat közösen jognak nevezünk.*<sup>2</sup> Ez a korai időkben leginkább a szokás útján csiszolódik (mos – moris), mely belső norma, lépésről lépésre jut el a konkrét egyedi tett megítélésének a gyakorlatából, annak általános és elvonatkoztatott megfogalmazására, majd lejegyzésére.

\* Készült Rómában a *Collegio Santo Norbertó*ban.

<sup>1</sup> *Leges omnes, ac iura omnia in dirigendis humanis actionibus ad bene, beateque vivendum, non aliter se habent, quam habenae, frena, et calcaria ad incitandos, et moderandos gressus, et cursus equorum: unde cum lex iubet alieno abstinere, ab iniuriis temperare, neminem denique hominem laedere, contrafacientibusque poenas addit, nobis ac cupiditatibus nostris quasi frena quaedam iniicir, et habens praemit, flagellis-que coerces. Cum vero honesta iubet, atque ad ea praemiis nos allicit, naturae humanae ad bonitatem stimulos addit, et calcaria subditur demum cum quaedam benigne indulgere, permittit, vel tolerat, habenas laxat. Sed tamen tam cohibendo, quam incitando, quam etiam indulgendo ad unicum tantum, ac certum finem genus humanum dirigit, nempe ad bene, beateque vivendum.* J. P. LANCELOTTI: *Institutiones Iuris Canonici, quibus ius pontificium singulari methodo.* Coloniae, 1609, 1050.

<sup>2</sup> SZUROMI SZ. A.: *Bevezetés a katolikus hit rendszerébe.* Budapest: Szent István Társulat, 2004, 52–53.



## 1. A jog jelentése és tartalma

Szent Ágoston a jog jelentéséről úgy nyilatkozik, hogy mindazok az evilági törvények, melyek nem az örök törvényből (*lex aeterna*) kerülnek levezetésre, nem tekinthetők valódi jogoknak.<sup>3</sup> Ennek tükrében a valódi jogi norma sajátossága, hogy az végső soron kötődik az örök törvényhez, amely összefoglalja és őrzi az isteni akaratot.<sup>4</sup> Ennek alapján megkülönböztetünk:

a) *Természettörvényt* (*Lex naturalis*), ha az örök törvényben részeseedett értelmes teremtmény által természeténél fogva ismert törvényről beszélünk. A törvénynek ez a területe a lehető legszorosabb és alapvető belső kapcsolatban van az erkölccsel és a lelkiismerettel.<sup>5</sup>

b) *Pozitív isteni törvényt* (*Lex positiva divina*), amely a természetfeletti rendben adott és a kinyilatkoztatásból ismert.

c) *Pozitív világi törvényt*, amelyet az arra illetékes világi hatóság rendel el. Ennek a jogszabálynak a lényegéhez tartozik, hogy külső cselekvésre vagy viszonyra vonatkozik, mégpedig a törvényhozó vagy uralkodó kifejezett intézkedéséből fakadóan. A természetjogi koncepció alapján azonban nem ellenkezhet – amint ezt Szent Ágostonnál is láttuk – a természetes vagy pozitív isteni törvénnyel, sőt valamiképpen levezethetőnek kell belőle lennie. A jogpozitivizmus általános elterjedése előtt (XIX. sz.) magától értetődő volt ez a természetjogi alapú érvelés, elég csak Aquinói Szent Tamásra vagy Francisco

<sup>3</sup> Vö. *De libero arbitrio*, 1. 6: (...) Nihil est enim tam arduum atque difficile, quod non, Deo adiuvante, planissimum atque expeditissimum fiat. In ipsum itaque suspensi atque ab eo auxilium deprecantes, quod instituimus quaeramus. Et prius responde nūhi, utrum lex quae litteris promulgatur, hominibus hanc vitam viventibus opituletur. (...) Cum ergo duae istae leges ita sibi videantur esse contrariae, ut una earum honorum dandorum populo tribuat potestatem, auferat altera; et cum ista secunda ita lata sit, ut nullo modo ambae in una civitate simul esse possint; num dicemus aliquem earum iniustam esse, et ferri minime debuisse? (...) Quid? Illa lex quae summa ratio nominatur, cui semper obtemperandum est, et per quam mali miseram, boni beatam vitam merentur, per quam denique illa quam temporalem vocandam diximus, recte fertur recteque mutatur, potestne cuipiam intellegenti non incommutabilis aeternaque videri? An potest aliquando iniustum esse ut mali miseri, boni autem beati sint; aut modestus et gravis populus ipse sibi magistratus creet, dissolutus vero et nequam ista licentia careat? (...) Simul etiam te videre arbitror in illa temporali nihil esse iustum atque legitimum, quod non ex hac aeterna sibi homines derivarint: nam si populus ille quodam tempore iuste honores dedit, quodam rursus iuste non dedit; haec vicissitudo temporalis ut iusta esset, ex illa aeternitate tracta est, qua semper iustum est gravem populum honores dare, levem non dare: an tibi aliter videtur? (...) Cum ergo haec sit una lex, ex qua illae omnes temporales ad homines regendos variantur, num ideo ipsa variari ullo modo potest? (...) *Saint' Agostino Dialogi II* (Opere di Sant' Agostino III/2). Roma, 1976, 172–174.

<sup>4</sup> S. AUGUSTINUS: *Contra Faustinum*, XXII c. 27.

<sup>5</sup> S. THOMAS I–II q. 91 art. 2: (...) Praeterea, per legem ordinatur homo in suis actibus ad finem (...) habitum est. Sed ordinatio humanorum actuum ad finem non est per naturam, sicut accidit in creaturis irrationabilibus, quae solo appetitu naturali agunt propter finem: sed agit homo propter finem per rationem et voluntatem. Ergo non est aliqua lex homini naturalis. – Praeterea, quanto aliquis est liberior, tanto minus est sub lege. Sed homo est liberior omnibus animalibus, propter liberum arbitrium, quod prae aliis animalibus habet. Cum igitur alia animalia non subdantur legi naturali, nec homo alicui legi naturali subditur. *Summa Theologiae*, Taurini – Romae 1950. II. 414.

Suarezre utalnunk.<sup>6</sup> Éppen a II. világháború traumája világított rá újra, hogy mennyire tarthatatlanok a relativista, empirista, egyszóval pozitivista nézetek.<sup>7</sup> A pozitív jogszabályok létrejöttének alaki és eljárási kritériumai még egyáltalán nem biztosítják azt, hogy az emberi közösség reprezentatív része által így megalkotott norma ne tartalmazhatna jogtalanságot, ami alapvetően ellentétes az egyes személyek ontológiai adottságával. A természetjogi normák tagadása egyet jelent az ember létezésének objektív adottságként való megkérdőjelezésével, hiszen ezt pusztán csak a közösség által alkotott pozitív törvénnyel lehetne biztosítani, amely hiányában az emberi élet akár minden megszorítás nélkül kioltható lenne.

d) *Tisztán egyházi pozitív törvényt*, amely az előzőtől függetlenül (vö. pozitív világi törvény), az arra illetékes egyházi hatóság rendelkezésével jön létre. Az ilyen jellegű törvény tartalma közvetlen vagy közvetett összefüggésben van a Szentírásban és a Szentagyományban megőrzött normákkal, amelyek meghatározzák az Egyház működésének lényegét és célját. Ez indokolja, hogy a katolikus Egyház jogszabályai a római pápa legfőbb irányítása és felügyelete alatt szülessenek meg.

## 2. Jogi módszer

Ahogy azt az előzőekben bemutattuk, a jog magában foglalja az *isteni jog* emberi természetből fakadó követését, és az ennek nyomán kialakult normatív szokásokat. Mindez a társadalmon belüli kapcsolatok és viszonyok bővülése, specializálódása és intézményesülésének a következtében válik hierarchikusan rendezett írott *jogszabályok* által irányítottá. A jog rendeződésének egyik jellegzetessége, hogy az egyedi estre született jogi normák helyébe a jog és az adott jogrendszer általánosan alkalmazható elvei és szabályai lépnek. A jogalkotó, az egyedi jogi normák elemzésével *axiomarendszerbe* illeszti a meghatározott körülmények, valamint résztvevők tevékenységét és viszonyát szabályozó új jogi normát. A jogalkalmazóra hárul az a feladat, hogy a konkrét eset körülmekintő vizsgálata után kiválassza azokat az általános szabályokat, amelyek együttesen vonatkoztathatók rá. Ha van, vagy vannak ilyen szabályok, úgy az eset beilleszthető a felállított axiomarendszerbe, értékelhető, továbbá a belőle fakadó jogkövetkezmények abból levezethetők. Amennyiben nem egyértelmű, hogy az adott eset a számításba jöhető jogi normák hatálya alá esik-e, úgy lehetséges a jogszabály úgynevezett *kiterjesztő magyarázata*. A jogszabály magyarázat éppen a jogrendszer hierarchikusan rendezett volta miatt, meghatározott illetékességi szinteket feltételez. Elképzelhető azonban olyan

<sup>6</sup> SUAREZ: *De leg.* I c. 10 n. 1–2, 16–17; I c. 11 n. 1, 3; III c. 16 n. 3–4.

<sup>7</sup> J. DELGADO PINTO: Derecho. Historia. Derecho Natural. Reflexiones acerca del problema de la *oposición* entre la existencia del Derecho Natural y la historicidad de los Ordenes Jurídicos. In *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* IV/2 (1964) 73.

eset, amely teljesen új és semmilyen korábbi, még a régi jogban fellelhető kázosok alapján sem bírálható el. Ilyen joghézag esetében új norma alkotására van szükség, ami nyilvánvalóan az eset jellege szerinti törvényhozói hatalommal rendelkező hierarchikus szintet szorítja a jogszabály meghozatalára. A jogszabály megszövegezése nem lehet független az isteni jogtól, a természetjogtól, a már létező pozitív jogtól, mivel így a jogrendszeren belüli axiomatikus szisztéma önellentmondásba kerülne.<sup>8</sup>

Különösen igaz ez az egyházjogra, mint szakrális jogra, hiszen az Egyház élete folyamán, a kinyilatkoztatás és a Krisztus által alapított szentségek kiszolgáltatása nyomán kikristályosodott axiómarendszer minden részletében kötődik az Egyház céljához, a lelkek üdvösségéhez.<sup>9</sup> Ez a cél viszont nem kényszeríthető ki emberi hatalommal, azoktól az eszközöktől, doktrinális és diszciplináris keretektől függetlenül, melyek a megváltás misztériumában adóttak.<sup>10</sup> A kánoni jogalkotás, jogértelmezés és jogalkalmazás éppen ezért soha nem lehet önkényes. A *kánoni méltányosságnak*,<sup>11</sup> az egyedi eset az adott személy üdvössége szempontjából történő elbírálásának *a kontrollja*, az ügynevezett *erkölcsi bizonyosság*, amely a helyes – és nem téves – lelkiismeret szavára építve, a keresztségben elfogadott, és a többi szentség által megerősített, valamint a hitvallásban kifejezett Isten előtt, komolyan megfontolva hozza meg döntését. A jogalkotónak, jogalkalmazónak, és jogértelmezőnek súlyos erkölcsi kötelessége, hogy ezt a normát szem előtt tartva, kellő ismeretek birtokában, tiszta lelkiismerettel és alázattal tevékenykedjen. Ez kiterjed mind az egyház sajátos működésének és céljának a megfelelő ismeretére (vö. ekklesiológia) [1] és az Egyházi Tanítóhivatal iránymutatásának a követésére [2]; a jog általános elveinek és a kánonjog teljes rendszerének az alapos ismeretére [3]<sup>12</sup>; a legfőbb egyházi hatóság irányában megnyilvánuló tiszteletre [4]<sup>13</sup>; a hierarchikus előjáró iránti engedelmségre [5]; az egyes jogalkotói szintek

<sup>8</sup> G. LUF: Rechtsphilosophische Grundlagen des Kirchenrechts. In J. LISTL – H. SCHMITZ (Hrsg.): *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*. Regensburg 1999,<sup>2</sup> 45–48.

<sup>9</sup> J.C.M. ERRÁZURIZ: La salus animarum tra dimensione comunitaria ed esigenze individuali della persona. In *Ius Ecclesiae* 12 (2000) 327–342.; SZUROMI SZ. A.: *Szempontok a Katolikus Egyház jogrendjének működéséhez*. (Bibliotheca Instituti Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae III/13). Budapest: Szent István Társulat, 2010, 33–35.

<sup>10</sup> P. A. BONNET: Pastoralità e giuridicità del diritto ecclesiale. In *Ius Ecclesiae* 12 (2000) 129–191.

<sup>11</sup> ERDŐ P.: Méltányosság a mai egyházjogban. In ERDŐ P.: *Az élő Egyház joga. Tanulmányok a hatályos kánonjog köréből*. Budapest: Szent István Társulat, 2006, 45–52.

<sup>12</sup> CIC Can. 253 – § 2. Curetur ut distincti totidem nominentur magistri qui doceant sacram Scripturam, theologiam dogmaticam, theologiam moralem, liturgiam, philosophiam, ius canonicum, historiam ecclesiasticam, aliasque, quae propria methodo tradendae sunt, disciplinae.

<sup>13</sup> Can. 254 – § 2. Ita alumni edoceantur, ut et ipsi habiles fiant ad questiones aptis investigationibus propriis scientifica methodo examinandas; habeantur igitur exercitationes, in quibus, sub moderamine magistrorum, alumni proprio labore studia quaedam persolvere discant. Cfr. *Novo Codice Iuris Canonici* (2 Sept. 2002) AAS 95 (2003) 281–285.

<sup>14</sup> Vö. CD 2: In hac Christi Ecclesia, Romanus Pontifex, ut successor Petri, cui oves et agnos suos pascentes Christus concredidit, suprema, plena, immediata et universalis in curam animarum, ex divina insti-

által megalkotott újabb normák, elvi intézkedések, mértékadó döntések megismerésére és az azokról történő folyamatos tájékozódásra [6]; továbbá az egyház gyakorlati működésének és a pasztorációban folyó tevékenységének ismeretére és megbecsülésére [7].

### 3. Kánonjog

A katolikus Egyház jogát *egyházjognak*, hagyományosan pedig *kánonjognak* nevezzük. Ez azoknak a normáknak az összességét jelenti: „melyeket a katolikus egyház illetékes szervei adtak ki vagy érvényesítettek, s amelyek ennek az egyháznak a szervezetét, működését és tagjainak az egyház sajátos céljaival kapcsolatos tevékenységét szabályozzák.”<sup>14</sup> Ennek legfontosabb területe nevezhető *pápa által alkotott jognak* (*ius pontificum*), mivel azokat a mindenkori pápa, vagy az ő felhatalmazása alapján eljáró dikasztériumok hozzák létre. Régies szóhasználattal nevezhetjük ’egyházi jognak’ (*ius ecclesiasticum*), melyet már Siricius pápa is alkalmazott 385-ben, megkülönböztetve az egyházi hatóság által alávetettjeire alkotott jogszabályt a világi törvényektől.<sup>15</sup> Nem tévesztendő azonban össze a ’*ius publicum ecclesiasticum*’-mal (*diritto ecclesiastico*, *derecho ecclesiastico*; *droit ecclesiastique*; *ecclesiastical law*; *staatskirchenrechts*), amely az állami egyházjogot jelöli.<sup>16</sup>

A hatályos Kódex a ’kánonjog’ kifejezést használja, amely hagyományosan a kánonokból (*κωνών*) álló egyházi joganyagra utal, szemben a világi uralkodó, vagy hatóság által alkotott törvényekkel (*νόμος*). Maga a szó mértéket jelent, amely mérték, mint komplex egyházi norma mind a hit, mind az erkölcs területén kötelezi az Egyház közösségéhez tartozókat, természetesen a norma eredete (isten – egyházi; egyetemes – részleges) és az Egyházzal való *communio* fokának figyelembevételével. Az egyházjog története folyamán a kánonjog kifejezést különféle összetételekben is használták: kánonjog – kánoni jog (*ius canonicum*), kánoni törvény (*lex canonica*), kánoni szabály (*mos canonicus*, *ordo canonicus*).<sup>17</sup> A régebbi kánonjogi gyűjteményekben a szöveg

tutione, gaudet potestate. Qui ideo, cum tamquam omnium fidelium pastor ad bonum commune Ecclesiae universae et ad bonum singularum Ecclesiarum procurandum missus sit, super omnes Ecclesias ordinariae potestatis obtinet principatum. Episcopi autem et ipsi, positi a Spiritu Sancto, in Apostolorum locum succedunt ut animarum pastores, atque, una cum Summo Pontifice et sub Eiusdem auctoritate, ad Christi, aeterni Pastoris, opus perenne reddendum missi sunt. (...). COD 921.

<sup>14</sup> ERDŐ P.: *Egyházjog*. Szent István Kézikönyvek 7. Budapest: 2005, 4 51.

<sup>15</sup> JK 255 (65) Himerii, episcopi Tarraconensis ad Damasum litteris acceptis (...): P. HINSCHIUS (ed.): *Decretales Pseudo-Isidorianae et Capitula Angilramni*. Lipsiae 1863 (repr. Aalen 1963) 520.

<sup>16</sup> VÖ. SCHANDA B.: *Magyar állami egyházjog*. (Bibliotheca Institutii Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae 1/3.) Budapest: Szent István Társulat, 2003, 3–6.

<sup>17</sup> A. VAN HOVE: *Prolegomena*. (Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici I/1), Mechliniae – Romae, 1928, 28–31.

műfaja és a jogalkotó hatóság függvényében találkozhatunk a kánon (*canon*),<sup>18</sup> fejezet (*caput*),<sup>19</sup> dekrétum (*decretum, decretalis*)<sup>20</sup> vagy a konstitúció (*constitutio*) elnevezéssel.<sup>21</sup> Ezek közül a kánon leginkább a zsinatokon megszületett rövidebb, jogi jellegű szabályokat jelölte, szemben a hosszabb lélegzetű, alapvető meghatározást adó konstitúcióval,<sup>22</sup> vagy a főleg pápai jogalkotáshoz tartozó dekrétummal. A hatályos Egyházi Törvénykönyv egyöntetűen „kánonnak” nevezi a benne található önálló jogszabályokat, amelyeket néha paragrafusokra, illetve pontokra oszt fel.<sup>23</sup>

A kánonjog fogalmának meghatározására számos összefoglalás született:<sup>24</sup> Schmalzgrueber szerint a kánonjog „Olyan püspökök által elrendelt vagy legalábbis jóváhagyott, az Egyház számára alkotott pozitív jog, mely az istentiszteletre, a békére és a keresztény igazságosság megőrzésére, végső soron az örök boldogság elérésére irányítja a krisztushívőket.” Wernz úgy beszél a kánonjogról, mint Isten vagy az egyházi hatóság által kinyilvánított és a katolikus Egyház számára előírt törvények összessége.<sup>25</sup> Gommarus Michiels Sägmüller véleményét figyelembe véve,<sup>26</sup> a kánonjogon a törvényes egyházi hatóság által alkotott, kifejezésre juttatott vagy jóváhagyott jogi normákat érti, amely az Egyházhhoz tartozó minden személy jogait és köteleseit úgy határozza meg és rendezi, hogy az az egyházi közösséget megőrizze, és közelebb vigye az Egyház saját céljának eléréséhez.<sup>27</sup> A kánonjog tehát azoknak a kötelező cselekvési szabályoknak az összessége, amelyet arra illetékes

<sup>18</sup> Vö. *Decretum Burchardi Wormatiensis* [1008–1022] kiadása G. FRANSEN – TH. KÖLZER (Hrsg.): *Burchard von Worm., Decretum Libri XX*, Aalen, 1992.

<sup>19</sup> Vö. *Collectio LXXIV titulonum* [1050–1076] kiadása J. GILCHRIST (ed.): *Diversorum patrum sententie sive Collectio in 74 titulos digesta*. (Monumenta iuris canonici B/1) Città del Vaticano, 1973.

<sup>20</sup> Vö. (...) Sane diversas constitutiones et decretales epistolas praedecessorum nostrorum, in diversa dispersas volumina (...). AE. FRIEDBERG (ed.): *Corpus iuris canonici*, II. Lipsiae, 1881, 1–2.

<sup>21</sup> Vö. *Constitutiones concilii Lateranensi IV* [1215], kiadása A. GARCÍA Y GARCÍA (ed.): *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*. (Monumenta iuris canonici A/2) Città del Vaticano, 1981.

<sup>22</sup> S. KUTTNER: Die Konstitutionen des ersten allgemeinen Konzils von Lyon. In *Studia et documenta historiae et iuris* 6 (1940) 70–131.

<sup>23</sup> R. CASTILLO LARA: Criteri di lettura e comprensione del nuovo Codice. In *Apollinaris* 56 (1983) 345–369.; G. MAY – A. EGLER: *Einführung in die kirchenrechtliche Methode*, Regensburg 1986. 179–181.

<sup>24</sup> Vö. G. MICHIELS: *Normae generales iuris canonici*, I. Parisiis–Tornaci – Romae, 1949, 10.

<sup>25</sup> F. X. WERNZ: *Ius Decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris Decretalium*. Prati, 1913, I. n. 46.

<sup>26</sup> Begrifflich ist das Kirchenrecht im objectiven Sinne die nach Ausscheidung blosser Moralvorschriften, einfacher Ausführungsverordnungen und Zeremonialvorschriften vorhandene Summe aller von Gott und von der Kirche gegebenen Gesetze, durch welche das Verhältnis der Kirche als Ganzen zu ihren Gliedern und der ausserhalb Stehenden, sowie die kirchlichen Beziehungen der einzelnen Glieder der Kirche geordnet werden. J. B. SÄGMÜLLER: *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, I. Freiburg im Breisgau, 1925, 11–12.

<sup>27</sup> *Ius canonicum est complexus legum a legitima auctoritate ecclesiastica promanantium i. e. ab ea constitutarum, propositarum vel approbatarum, quibus omnium personarum Ecclesiam constituentium iura atque officia determinantur et ordinantur, ut societas ecclesiastica in suo esse sociali conservetur et ad finem suum socialem dirigatur.* G. MICHIELS: *Normae generales iuris canonici*, 11.

egyházi hatóság, az Egyház javára, egy arra megfelelő közösségnek, kellően kihirdetett, tartós, önálló, általános és jogi jellegű formában hoz.<sup>28</sup>

A kánonjog 'szent jog' (*ius sacrum*), mivel normái közvetlen vagy közvetett módon az egyes személyek megszentelődését mozdítják elő. Ha szembeállítjuk az emberi közösség együttélését szabályozó normákkal (*ius civile*), akkor tág értelemben isteni jognak (*ius divinum*), vagy ahhoz kapcsolódó jognak is nevezhetjük, mivel a kánoni jogszabály sajátos kapcsolatban van az isteni törvénnyel.<sup>29</sup> Egyfelől számos pozitív egyházi törvény isteni jogot fogalmaz meg, melyek alól nem áll módjában az Egyház egyetlen hierarchikus szintjének sem felmentést adnia. Másfelől, a tisztán egyházi törvények vonatkozásában is megjegyzendő, hogy azok egyedi módon kötődnek az isteni joghoz, mint az abban foglaltak megtartásának és alkalmazásának eszközei.<sup>30</sup> Ezek az eszközök az Egyház élete folyamán kristályosodtak ki, először a szentségek kiszolgáltatása és az igehirdetés által létrehozott szokásjog, majd annak lejegyzett, írott formájában.<sup>31</sup> Így egészen 1983-ig, az új Egyházi Törvénykönyv kihirdetéséig, csak meghatározott körben lehetett beszélni az érvényesség és a hatályosság közötti különbségről az egyházjogban. Amennyiben egy kánoni szabályt érvényesen, azaz arra illetékes hatóság által, törvényileg meghatározott módon és formában, megfelelő tartalommal és címzettek számára alkottak, úgy az időbeli korlátozás nélküli hatállyal bírt. Ez teszi érthetővé a kánonjog történelemben megjelenő jelentősebb hamisításoknak az elméleti hátterét is, hiszen a jogszabály értelmezés fejlett formáinak hiányában és a korábbi egyházi állapotokat tükröző joganyag alapján, a szöveg utólagos átalakítása, a hamis szerző megjelölés, vagy az egyszerű hamisítás szolgálhatott pusztán eszközül a régi, de hatályban lévő joganyag aktualizálására. Erre a legjobb példa maga a több mint felében hamis Pszeudo-Izidor gyűjtemény (847–852).<sup>32</sup> Az egyház-

<sup>28</sup> ERDŐ P. (2005) i. m. 51.

<sup>29</sup> Vö. Origo juris civilis est in promptu sumpsit enim initium a legibus quibusdam curiatis, et legibus duodecim tabularum, edictis Praetorum, Imperatorumque constitutionibus, ut late traditur in l. 2. ff. De orig. ju. at jus Pontificium non ab homine aliquo, sed a lege ipsa divina fluxit c. qualiter cl. 2 accusa. et per Abb. et alios in ca. de translato Episcopo. non Senatus Romanus, sed sanctissimi viri ex universo orbe ad celebranda Oecumenica concilia ductu sancti spiritus congregati condecoraverunt c. canones D. xv. demum ei Romanus Pontifex, et Vicarius Iesu Christi incrementum dedit, ut traditur prolixè D. xix, D. xx, D. xxi qui tantum dicitur praestare Romano Imperatori quantum spiritus carni, et sol ipse Lunae, ut habetur in c. solitae de major. et obed. et in c. pervenerabilem (...). J. P. LANCIOTTI: *Institutiones Iuris Canonici, quibus ius pontificium singulari methodo*, 1056.

<sup>30</sup> Vö. ERDŐ P.: Metodo e storia del diritto nel quadro delle scienze sacre. In DE LEÓN – ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS: *La cultura giuridico-canonica Medioevale premesse per un dialogo ecumenico*. (Pontificia Università della Santa Croce, Monografie giuridiche 22) Milano, 2003, 3–22., különösen 15–16. J. C. M. ERRÁZURIZ: *Lo studio della storia nella metodologia canonistica: la rilevanza della nozione di diritto*. In LEÓN – ASTURIAS: i. m., 109–121, különösen 114.

<sup>31</sup> SZUROMI SZ. A.: *Szenpontok a Katolikus Egyház jogrendjének működéséhez*. 36–45.

<sup>32</sup> A. STICKLER: *Historia iuris canonici Latini. Institutiones academicae. I. Historia fontium* (Studia et textus historiae iuris canonici 6), Taurini, 1950 (repr. Romae 1985) 131–142.; ERDŐ P.: *Az egyházjog forrásai. Történeti bevezetés* (Bibliotheca Instituti Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Páz-

történelem különböző korszakaiban alkotott kánoni rendelkezések egyöntetűen hatályban voltak, ami komoly nehézséget jelentett a jogalkalmazónak. Az egyházjogi gyűjteményekben kronologikusan vagy tematikusan felsorolt kánonok nem egyszer egymással részben, vagy teljesen ellentétes intézkedést tartalmaztak, mivel legtöbbjüköt konkrét esetre, de különböző körülmények (földrajzi, társadalmi, történelmi) között írták. Az egymással ellentétes kánonok problémájának feloldása a kánonjogtudomány fejlődésének köszönhető, nevezetesen chartres-i Szent Ivo,<sup>33</sup> liège-i Alger<sup>34</sup> és Gratianus mester munkájának.<sup>35</sup> Ezt egészíti ki a zsinati jogalkotás különböző szintjeinek világos hierarchikus egymás alá rendelése a IV. Lateráni Zsinaton (1215),<sup>36</sup> melynek rendelkezéseit az egyetemes zsinatok történetében először maga a pápa hirdette ki.<sup>37</sup> Ezek az elméleti és alapvető jogtechnikai irányelvek lehetővé tették az anyagában növekvő, később *Corpus iuris canonice*nek nevezett jogszabály-együttes hatékony alkalmazását és értelmezését, alapvetően 1917-ig, a jogértelmezésben pedig lényegében 1983-ig.<sup>38</sup>

A kánonjogi anyag fő jellegzetességei közé tartozik tehát, keletkezési idejétől függetlenül, a szakramentalitás.<sup>39</sup> Sőt a II. Vatikáni Zsinat *Lumen gentium* kezdetű Egyházzól szóló dogmatikus konstitúció előszavában újra megjelenik

mány nominatae I/1). Budapest, 1998, 122–127.; B. E. FERME: *Introduzione alla storia del diritto canonico. I. Il diritto antico fino al Decretum di Graziano* (Quaderni di Apollinaris 1), Roma, 1998, 140–143.; vö. SZUROMI SZ. A.: *A püspökökre vonatkozó egyházfegyelem sajátosságai a Decretales Pseudo-Isidorianae-ban*. In *Kánonjog* 5 (2003) 51–63.

<sup>33</sup> Chartres-i Szt. Ivo *Pannonia*-nak nevezett műve előszava: *Prologue, texte latin et traduction française* (Sources canoniques 1), Paris, 1997.

<sup>34</sup> R. KRETZSCHMAR: *Alger von Lüttichs Traktat „De misericordia et iustitia.“* (Quellen und Forschungen zum Recht im Mittelalter 2) Sigmaringen, 1985.; ERDŐ P.: *Az egyházjog forrásai*, 161.

<sup>35</sup> C. LARRAINZAR: *La ricerca attuale sul "Decretum Gratiani."* In LEÓN – ASTURIAS: i. m., 45–88. J. M. VIEJO-XIMÉNEZ: *La composición del Decreto di Graziano*. In SZUROMI SZ. A. (szerk.): *Medieval Canon Law Collections and European ius commune*. (Bibliotheca Instituti Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae III/8), Budapest, 2006, 97–169.

<sup>36</sup> Const. 6 – *Sicut olim a sanctis patribus noscitur institutum, metropolitani singulis annis cum suis suffraganeis provincialia non omittant concilia celebrare, in quibus de corrigendis excessibus et moribus reformandis, praesertim in clero, diligentem habeant cum Dei timore tractatum, canonicas regulas et maxime quae statuta sunt in hoc generali concilio relegentes, ut eas faciant observari, debitam poenam transgressoribus infligendo. Ut autem id valeat efficacius adimpleri, per singulas dioeceses statuunt idoneas personas, providas videlicet et honestas, quae per totum annum simpliciter et de plano, absque ulla iurisdictione sollicitè investigent, quae correctione vel reformatione sint digna, et ea fideliter perferant ad metropolitanum et suffraganeos et alios in concilio subsequenti, ut super his et aliis, prout utilitati et honestati congruerit, provida deliberatione procedant; et quae stauerint, faciant observari, publicantes ea in episcopaliibus synodis, annuatim per singulas dioeceses celebrandis. Quisquis autem hoc salutare statutum neglexerit adimplere, a suis beneficiis et executione officii suspendatur, donec per superioris arbitrium eius relaxetur.* COD 212–213, vö. X 5. 1. 25.

<sup>37</sup> SZUROMI SZ. A.: *The Constitutions of the Fourth Lateran Council (1215) according to its Theological, Canonical and Historical Aspects*. In *Rivista Internazionale di diritto comune* 15 (2004) 185–199.

<sup>38</sup> Vö. SZUROMI SZ. A.: *Az egyházjogi források feldolgozásának szempontjai*. In *Kánonjog* 8 (2006) 49–77., különösen 74–77.

<sup>39</sup> Vö. ERDŐ P. (2005) i. m. 62.

a *sacramentum unitatis* patrisztikus korból származó (vö. Szent Ciprián)<sup>40</sup> egyháztani kifejezés: „Mivel pedig az Egyház Krisztusban mintegy szentsége, azaz jele és eszköze az Istennel való bensőséges egyesülésnek és az egész emberi nem egységének, a korábbi zsinatok nyomában járva híveinek és az egész világnak jobban ki akarja nyilvánítani a maga egyetemes természetét és küldetését.”<sup>41</sup> Az Egyház tehát jelenlétével és tevékenységével, mint maga Krisztus, megszenteli a világot, amelynek eszközei a Krisztus által alapított szentségek. A Szentírás, a Tradíció, a szentségek, a tanítói küldetés és a megszentelés egyéb formái olyan alapadottságai az Egyháznak, melyek lényegileg meghatározzák annak működését és tevékenységét.<sup>42</sup> Ez a fő törekvés, amely egyben az Egyház tevékenységének végső horizontjára utal, határozza meg minden egyházi hivatal működését, amelyet a jelenleg hatályos Egyházi Törvénykönyv utolsó kánonjában (1752. kán.) így fogalmaz meg: „(...) a lelkek üdvösségének az egyházban mindig a legfőbb törvénynek kell lennie.”<sup>43</sup>

Így válik érthetővé a kánonjog másik alapsajátossága, a rugalmasság, amely az általánosan érvényes normák és elvek mellett körültekintő figyelmet szentel az egyedi eset sajátos emberi és lelki vonatkozásainak. Valójában ez a tulajdonság eredményezte a kodifikáció előtti időszakban a kánoni előírások és egyedi döntések következtében megszülető egyházi szabályok színes és változatos szövevényét. Az is látható, hogy nemcsak az Egyház működése, hanem maga a rugalmasság is szoros belső kapcsolatban van a szentségek kiszolgáltatásával.

<sup>40</sup> S. CYPRIANUS, Epist. 64, 4 (*Corpus scriptorum ecclesiasticorum Latinorum*, III/B 720).

<sup>41</sup> LG 1: (...) Cum autem Ecclesia sit in Christo veluti sacramentum seu signum et instrumentum intima cum Deo unionis totiusque generis humani unitatis, naturam missionemque suam universalem, praecedentium Conciliorum argumento instans, pressius fidelibus suis et mundo universo declarare intendit. (...). COD 849.

<sup>42</sup> ERDŐ P.: *Az egyházjog teológiája*. (Egyház és jog II) Budapest, 1995, 113–125.

<sup>43</sup> Can. 1752. (...) servata aequitate canonica (...) quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet.



ZOLTÁN PÉTERI

## SOME REMARKS CONCERNING THE “STYLE” OF THE HUNGARIAN LEGAL SYSTEM

1. As a result of the downfall of Communist rule in the Eastern part of the European continent, substantial changes took place both in the political and the legal systems of the countries concerned. Not only the institutional framework previously established according to the Russian (Soviet) model was thoroughly modified, partly in the spirit of Western democratic ideas and practice, as well as on the basis of ancient national traditions which could be brought into harmony with the demands of new developments, but also a revival of the pre-war system of economic, political and cultural values came about, combined with the use of slogans expressing a general desire and striving for a way “back to Europe”.

Hungary as one of the participants in these new courses may, on the one hand, be duly characterized as one of the “newcomers”, i.e. as one of the recently adopted members of the European Union, but on the other hand as a country with a thousand years old history and traditions. During the centuries of its existence, the Hungarian state and legal system managed to survive, in spite of several tragical events and crises in its history, conserving national identity and continuity.

Throughout history, Hungarian law and legal system has been subject to many challenges and changes. Its character or “style” has been repeatedly influenced by many inside and outside factors, the result of which may be studied and appreciated from different points of view. In the following an attempt will be made at examining the history of Hungarian law and legal system from only one aspect, i. e. the question whether it belongs to any of the great legal families of the world.

2. The classification of the world’s legal systems has been one of the questions repeatedly dealt with in the political and legal literature. Having their origins already at the beginning of the movement established and developed under the slogan of the comparative law (*droit comparé*), these discussions resulted in several attempts to arrive at a due knowledge and evaluation of the various legal systems in the world, and, on the basis of their most important characte-

ristics, to range them into bigger groups or "families". At the first world congress of comparative law held in Paris (1900) a dividing line was drawn between the so-called "civilised" and "uncivilised" countries /pays civilisés et non-civilisés/, refusing "a limine" the comparability of the legal systems of countries belonging to the latter group with their "civilised" counterparts i.e. with the legal systems characterized by the features of Western civilisation. Later on, the authors of the first basic works in the field of comparative law (e.g. Glasson, Esmein, Sarfatti, Sauser-Hall, Lévy-Ullmann, Martinez Paz, Wigmore etc.) tried to do their best in order to find one of the most striking features of the legal systems which could serve as a starting point or basis for any classification. As a result, the origin or the historical evolution of the legal system, its belonging to a race or language group, the place and importance of the law in the hierarchy of social norms, the written or non-written character of the legal system, the role of the courts in the process of law-making in the form of the so-called judge-made law, etc. as the allegedly most characteristic features of the legal system chosen as a starting point by the authors concerned, were conducive to lead the investigations necessarily in various directions. Among them, the comparative studies, on the one hand, taking into account the so-called "horizontal" aspect of comparison had to cover all existing legal systems inclusive of the so-called "uncivilised" or "primitive"-ones, and the "vertical" comparison, on the other hand, could be extended also on ancient periods of history with their legal rules and institutions.

After World War II new challenges had to be faced also in the field of classification. The emergence and spreading of the Socialist world both in Europe and in other continents have, with its new approach to the concept of law as the object of comparison, revived once again the question of comparability in the literature and practice of comparative law. After a relatively short period characterized by mutual distrust and rejection, some new initiatives, taking into account the existence of a new legal family under the name of "Socialist law", gained ground and the question of comparability as related to legal systems belonging to the two opposite types of law could be answered positively by a nearly "communis opinio doctorum". Following the way shown by R. David and other scholars, it also became evident that the previous, "positivist" approach in the field of law and legal comparison, with its emphasis laid only on the "stricto sensu" legal elements of a legal system, cannot be held as sufficient for adequate understanding, and, consequently, "the constant and more fundamental elements rather than the less stable rules found in the law at any given moment", as of primary importance, have to be taken into consideration. The so-called "ideological" components (David's terminology) began to play a decisive role in characterizing a legal system and, as a consequence, in its grouping into one or another of the big families of law. In a similar sense, one could distinguish between "determin-

ing" and "substitutable" components (*éléments déterminants* and *éléments fongibles*) of a legal system (a terminology proposed by Constantinesco), or else a series of factors could be listed as highly influential on its "style" (Zweigert).

Each of these attempts reflecting a new, comprehensive approach to the problem of the characterization and classification of the legal systems, exceeding their "stricto sensu" legal aspects and emphasizing also the role of some "social" factors, could contribute substantially to the right understanding of the basic changes taking place in the world after World War II. There is no doubt about the fact that a consideration of Zweigert's analysis on the "style" of the legal systems directing one's attention to the social background of the law, may be held as indispensable for the right understanding of the role of the law in any society. In a similar sense Constantinesco's distinguishing between the "determining" and "replaceable" elements of the law goes far beyond the traditional concept of positive law. The role and importance of the so-called ideological factors in influencing a legal system has been duly stressed by David and other authors. Taking into consideration the basically public law-character of the Soviet law and also of socialist law in general, these aspects were justly emphasized by Hazard and Pizzorusso.

Mention has to be made, however, also of a new initiative in this field, connected to the concept of the so-called general principles of law. According to this view the formal and technical aspects of a legal system are always to be held as those of secondary importance due to their dependence on various social, economic, political and ideological factors, as the essential or substantial components of a society taken as a whole, and playing a decisive influence on its development. In David's formulation, "two laws cannot be considered as belonging to the same family, even though they employ the same concepts and techniques, if they are founded on opposed philosophical, political or economic principles, and if they seek to achieve two entirely different types of society." As a consequence, the basic ideas concerning the economic, political and ideological background of society, and conceived in the form of the so-called general principles may be considered as a starting point for the right understanding of the legal systems and, consequently, for any classification thereof.

These principles reflecting the basic values of society are embodied in the positive legal rules of the country, determining its whole economic, political and legal structure. At the same time, as legal rules, they can be distinguished by a sharp demarcation line from the basic principles of morality, religion, or philosophy. These general principles as components of the positive legal system are worded in statutory provisions and, consequently, their binding force is based exclusively on these regulations. Among the statutory provisions the constitution of the country has a particular importance. It is not by chance,

therefore, that the great majority of the general principles are usually laid down in the text of written constitutions throughout the world. This “constitutional” character of the general principles may be considered, therefore, as a tradition in the course of modern development.

The basic similarity of the general principles, influencing decisively the “style” of a legal system, means the “common core” i. e., the common “genus proximum” between countries belonging to the same type or family. Hungary’s political and legal system, starting from their early beginnings and roots, may be studied by examining their different periods from the aspect of their “style” and the changes thereof. On the basis of the historical facts characterizing its development in the past, one possibly may draw certain conclusions also for the present, transitory period.

3. The pre-war legal system of Hungary may be justly characterized as based on the traditions of Roman law influenced by Christianity and feudalism. The early documents concerning its sources and evolution indicate many similarities to some Western, and especially German (Bavarian) institutions, which were imitated, for better or worse, both in Hungary and in a few other countries of the East-Central European region. In this understanding a conclusion may be drawn in favour of accepting the assertion that the Hungarian legal system used to belong – at least in its most striking characteristic features – to the so-called “continental” or Romano-Germanic family (David) or Germanic “Rechtskreis” (Zweigert).

However, some features of the pre-war legal order seem to contradict this supposition. The Hungarian political and legal system, although essentially tried to follow the Western-European model in its development, was impeded by historical reasons to do so harmonically. After the fall of the medieval Hungarian state (1526) its Western-oriented development was interrupted, and the territory of the country was divided into three parts. Due to a long-lasting rule of foreign conquerors followed by Hungary’s union with the Habsburg Empire, the endeavours for modernization both in the political and the legal system repeatedly got into conflict and seemed to be incompatible with national feelings and with the desire to preserve national identity. The ancient, traditional beliefs, customs and institutions were conceived as the symbols of national independence, and consequently, they were conserved and protected at all costs. The structure of the Hungarian state before 1848 could be conceived as a unique mixture of various elements, i.e. those of bureaucratic absolutism and local self-government of a feudal character, moreover, an intricate system of centralization and decentralization organized according to diverse basic principles. Legislative, executive and judicial powers were not consistently separated, their officials were held responsible for

their acts to two different (royal or local) authorities, sometimes conflicting with each other.

As first among the feudal remnants having their origin in the Middle Ages and occupying a pre-eminent place in the political and legal system of Hungary until the end of World War II, mention has to be made of the widespread doctrine of the Holy Crown, according to which following a several hundred years old tradition, a unique role used to be attributed, not only by some actors of public life and policy but also by a considerable part of the public opinion, to the crown of the first king of Hungary, Saint Stephen (1000-1038). According to this partly official and partly non-official belief, the Holy Crown was considered not only a coronation jewel or a mere symbol of royal power but a mystical "body" (*Corpus Sacrae Regni Coronae*), the owner of the fullness of state power and the embodiment of national sovereignty. According to the doctrine and the practice connected to it, the Crown was considered to constitute an organic unity between the monarch and the "estates of the land", so in that capacity it must be regarded as the final source of all laws in the country.

Another characteristic feature of pre-war Hungary's political and legal system was the lack of a written constitution. Such an idea – parallel with the Western constitutional development – appeared in Hungary at the end of the 18<sup>th</sup> century. In the statutes passed by the feudal Diet as the predecessor of a national assembly (1790-91), Hungary was declared an independent country inside the Habsburg empire with a constitution of her own. Moreover, concerning the realization of the requirements connected with the idea of a constitutional state, certain important, although cautious initiatives were made by the Diet in this direction. Therefore, in regulating the relationship between the legislative and the executive power, the right to legislate was assigned jointly to the king crowned in accordance with the laws of the country and the Diet (see the English slogan "King in Parliament"), whereas the executive power had to be exercised on the basis and between the limits of the laws passed by the Diet. Also, "last but not least", some important guarantees for the independence of the judges were provided for by the 1790-91 year's legislation.

A written constitution, however, was made neither at this occasion, nor in the course of the so-called Reform Age in Hungary (1823-1849). The country has retained the framework of a constitutionalism of feudal origin which used to be based on a series of so-called cardinal laws (*leges cardinales*), including e.g. the mythic Compact Sealed with Blood, allegedly made at the time of the conquest of the Carpathian Basin by the Hungarian tribes (896) and having vested supreme power in the family of prince Árpád and his descendants, furthermore the Golden Bull of King Andreas II. (1222) as an agreement between the monarch and the feudal barons of the country

bearing certain similarities with the Magna Carta of England (1215) in laying down the privileges of the nobility (freemen), István Werbőczy's voluminous work, the *Tripartitum Opus Iuris Consuetudinarii Incltyi Regni Hungariae* (1517), a compilation of Hungary's medieval customary law, which could – although in lack of promulgation it never obtained the official recognition as a law – remain the basis of Hungarian judicial practice throughout centuries, moreover the treaties recognizing the freedom of the Protestant religions (1606 and 1645), the *Pragmatica Sanctio* (1723) extending the right of succession also to the female line of the Habsburg dynasty, etc. These laws, having been put together successively in the course of a long historical development, were maintained and preserved – similarly to those in England – as the historical constitution of the country in the course of history of the Hungarian Kingdom.

The cardinal laws were defended repeatedly during the long-lasting struggles for the survival of the nation and the safeguarding of its independence. These struggles – going back to the Middle Ages as factors of influence in the course of Hungary's political and legal development – were usually pursued with reference to the rights and liberties guaranteed by them against autocratic rulers. Already the feudal barons, compelling the monarch to promulgate the Golden Bull made their complaints appear in the form of a protest against any infringements of the "ancient liberties" allowed to them by the first king as founder and first legislator of the Hungarian Kingdom. The Bull imposed some considerable limitations on the use of royal power, moreover, it contained important guarantees, inclusive of the right for an armed resistance against any illegal acts of the king (*ius resistendi*). This right was being referred to repeatedly in later periods of Hungarian history, and it was used against Habsburg rulers of the country not only by Hungarian noblemen but also by the princes of Transsylvania during the long series of wars, uprisings and revolutions conducted by them in defence of Hungarian national identity and independence. As a result, all the efforts aimed at the establishment of a uniform and German-speaking Austrian Empire could be successfully averted, making use of a broad national resistance under the cover of the defence of the historical constitution.

The laws enacted in April 1848 by both Houses of the Diet and sanctioned by the Emperor of Austria in his capacity as King of Hungary, may be considered as a new constitution of the country, in spite of the fact that in accordance with established traditions the form of a written constitution (charter) was disregarded. The establishment of the first responsible Hungarian government as the symbol of national endeavours may justly be regarded as the most important result of the new legislation. According to the laws enacted in 1848, the formerly unlimited executive power of the monarch was substantially restricted, inasmuch any of his decrees, orders or appointments

could only be considered valid after being countersigned by a member of the newly elected government. The new legislation introduced the institution of ministerial responsibility, as the members of the government could be made responsible for their acts before the Parliament. Legislative power was held, under the new legislation, by the king and the Parliament, parliamentary sessions had to be convoked every year, after general elections, in the town of Pest. However, suffrage was given only to male persons of age and of having a property or an intellectual status, as defined by law. Provisional dispositions concerning the administration of justice, and the prospect of a substantial reform of the courts were also enacted. In order to proceed with the radical transformation of the Hungarian legal system in general, provisions were taken for a Civil Code, the draft of which had to be submitted at the next Parliamentary session. Some important steps were taken towards the modernization of the traditional county organization and, besides, towards the establishment of a new system of local governments. Last but not least, some new guarantees were provided in order to protect the independence of public officers against any unlawful influence.

As a counterpart of the aforesaid rights, only very few civil duties were stipulated in the new legislation of the year 1848. As the most crucial among them, every citizen's duty to pay taxes and to serve in the newly-established National Guard, may be mentioned.

Later on, the revolutionary Parliament passed a resolution in the next year (1849) on the dethronisation of the House of Habsburg. According to the stipulations concerned, no royal influence on Parliamentary activities will be tolerated in the future as the new government will be responsible only to this elected body. As it was declared, absolute royal authority and people's power are incompatible with each other so their co-existence or co-operation would lead necessarily to permanent disputes and clashes between the monarch and the elected deputies sitting in the Parliament. A number of plans to draft a new written constitution based on the traditions of the Enlightenment and proclaiming liberty, equality and fraternity, connected to the principles of justice, were also put forward.

However, the acts passed by the revolutionary Hungarian legislation and its other endeavours for reform and modernization could not be realized. The revolution having been destroyed by the common efforts of two empires, Austria and Russia, Hungary was degraded to be only one of the territorial units of the Habsburg monarchy. Nearly all achievements of the revolution, with the only exceptions of the laws abolishing the feudal obligations and those outlining the general and proportionate sharing of public burdens, were annulled. It was not until some time later that, as a consequence of the increasing national resistance and certain changes in international relations, the House of Habsburg was forced to yield to Hungarian demands by re-

storing, although not entirely, the laws enacted in 1848 and by guaranteeing equal right for Hungary in the newly established Austrian-Hungarian statehood.

The Act of Compromise (1867) acquired a special importance among the cardinal laws of Hungary mentioned above since it established the Austro-Hungarian Monarchy and laid down the foundations for a substantial transformation of the Hungarian political and legal system. The Compromise was based, on the one hand, on certain parts of the revolutionary legislation passed in the year 1848, but on the other hand it made the survival of numerous remnants of the Middle Ages possible in the form of institutions of feudal origin. In this sense of the word can one speak of a "thousand years' constitution" in the "Age of the Compromise" i.e. during the decades before and after the turn of the century, preceding the revolutionary changes as a consequence of World War I. The democratic revolution (1918) and, a few months later, the so-called Hungarian Councils' (Soviet) Republic, a state following the Russian revolutionary model also put the question of the constitution on the agenda. As a result of these initiatives, the General Meeting of the Councils adopted a new, written constitution of Soviet type (June, 1919), however, the fall of the shortlived Communist regime (August, 1919) prevented it to be applied. The new, counter-revolutionary government repealed all enactments of the Hungarian Councils' Republic, inclusive of the constitution, and passed a statute "on the restoration of constitutionality and on the provisional regulation of the exercise of supreme state power". The admiral Miklós Horthy was elected by the National Assembly, for a provisional period, the Regent of Hungary, on the assumption that the king was only temporarily hindered in dealing with state affairs. As a consequence, the door was left open for the return of the king, and the constitutional monarchy was maintained as the form of government for Hungary ("kingdom without king"). It is to common knowledge that this "provisional" state of affairs could be retained for about a quarter of a century, i.e. until the collapse of the "ancien régime" shortly before the end of World War II.

The pre-war Hungarian legal system based on a "historical" constitution used to be also reluctant to accept the idea of codification. Although in the Age of the Compromise some parts of the law (criminal law, commercial law) were duly codified, the codification of the civil law, in spite of several initiatives, was delayed, as a consequence of the resistance put up by the conservative elements of society. In the field of civil law the role of the old customary law (compiled by Werbőczy in the *Tripartitum*) remained pre-eminent, and the decisions of the high courts of the country were considered as sources of law.

All these unique features of the pre-war Hungarian legal system may be regarded as significantly different from the main characteristics of the Romano-Germanic family. It does not amount at denying of Hungary's belonging



to that family but it may give, according to our view, reason for a more detailed classification within that conceptual framework.

4. As a result of World War II, Hungary and other countries in the East-Central European region underwent Soviet dominance and, after a short transitional period, were declared also officially, as members of the Socialist world. Since the events connected to the "great turn" in their history, these countries and their legal systems could appropriately be named and characterized, on the strength of their identical general principles, as belonging to the so-called Socialist family.

However, there were many substantial differences between the European members of the Socialist camp. For instance, the well-known territorial division of the European continent is to be mentioned, according to which Europe may be considered as consisting of three, more or less precisely defined geographical regions. These regions, i.e. the West (in the Middle Ages "mundus occidentalis"), the East (used to belong to the sphere of influence of the East-Roman and then, Byzantine empire) and, finally, the large territory between them, called as the East-Central European region, the history of which was always dependent on outside effects coming from both directions. Although it is rather doubtful that the role of such geographic factors as the territory, would be exclusively decisive in the development of a nation, it cannot be ignored when weighing the pros and cons in the past, present and future history of the East-Central European countries. The geographical borders of a territory must be considered as a framework exerting influence upon the life of nations and societies, as one of the factors the role of which may be summarized in the concept of "belonging to a region".

The countries belonging to the East-Central European region had, as compared to other regions in Europe, basic similarities as well as differences in their histories. At the beginning of their statehood their development tried to follow the Western-European model. Due to various external factors (e.g. the Turkish occupation) this trend came to a stop at the end of the Middle Ages in several countries of the region. As a consequence, these countries fell behind in their evolution, their social structures were hindered in modernization, and the general feeling of backwardness became dominant in political and legal thinking.

After World War II most countries in the East-Central European region had to follow the Soviet model of development. There was a demand in these countries for a total breach with their (past) histories, traditions and values, and besides, for an over-embracing change in nearly all aspects of public and private life, inclusive of, necessarily, also their state structures and legal systems. These new demands amounted at the realization of two objectives

closely connected to each other. Firstly, the task of modernization, i.e. the elimination of the century-long backwardness of the country by building up a new social, political and legal system adapted to the challenges of modern times, and, secondly, to catch up with the Western world by omitting the so-called "bourgeois" period of development on the road, in accordance with the ideology of Marxism-Leninism, towards the final goal, socialism, and, later on, communism.

The implementation of these tasks required, quite naturally, an all-embracing process of modernization in the course of which the socialist state had to play a decisive role. The central and dominant role of the state had, beyond any doubt, some antecedents in the political and legal traditions of many countries belonging to the East-Central European region where the previous endeavours for modernization were usually initiated and carried out "from above", i.e. by an "enlightened despotism" or another form of concentration of power. Lacking a strong "bourgeois" class, the tasks connected to social progress and modernization had to be implemented pre-eminently by the state, and the remnants of this tradition showed also in later historical periods.

The countries in the East-Central European region having been subdued under Soviet dominance as a result of World War II, had to simultaneously place on the agenda the tasks usually connected to different stages of development in European history: the so-called "original accumulation" as foundation of capitalist production, a thorough-going industrial revolution, certain substantial democratic, political and legal reforms and, last but not least, the task of a scientific-technical revolution. It stands to reason that the implementation of these tasks within a relatively short period and, simultaneously, laying down the foundation of a new socialist society could motivate the demand for the mobilization of all resources available to the country by a central agency, so both the aspects of modernization and historical traditions, seemingly contradictorily, could be asserted hand in hand.

The crucial step in this field was an enforced nationalization in every segment of the national economy, in order to create the preconditions for a new establishment. The state, after having concentrated all economic power within its sphere of interest, could acquire, in its new capacity as the owner of the chief means of production, enormously increased possibilities to influence further developments. The socialist state could be considered not only a political organization disposing of the traditional competencies connected to the maintenance of public order and security, but also as having a monopoly in deciding the most important items also in the economic and ideological spheres. As an inevitable consequence of the spread and predominance of state power, the role of law also manifested itself in an inflation of legal norms, as it has been emphasized repeatedly.

Several attempts have been made in the world's legal literature to define and explain the main components of the socialist legal systems. Therefore, according to the view of Lord Lloyd of Hampstead, the outstanding role of the so-called socialist legality, the psychological side and the "parental" character of socialist legal rules, and, finally, the role of the economic factors manifested itself in a strictly centralized and planned character of economic life may be considered the most striking characteristics of socialist law. Berman and his followers laid emphasis on its three elements defined as its socialist, Russian and educational or parental aspects. In Hazard's enumeration of the factors influencing the concept and the characteristics of socialist law, the leading role of the toiling masses and their vanguard, the Communist Party, the liquidation of capitalist private property and the role of a dominant ideology i.e. Marxism-Leninism have been mentioned. In the view of Osakwe, Soviet law may be considered a synthesis of four doctrines, i.e. the political philosophy of Plato, Hobbes' theory on the social contract, the Roman tradition of the civil law and the Marxian science of economics. Consequently, "Soviet law is Romano-Germanic, and ipso facto Western, in the manner in which it conceptualizes law, it is Greco-Hobbesian in its ideology, it is quasi-religious in its goals and underlying purposes, and it is Russian in spirit."

The basic similarity of their general principles influencing the character of the legal systems of the socialist countries could be considered their "common core". This basic similarity, however, did not mean either an entire identity of their legal rules and institutions, or the identical interpretation of their general principles. On the contrary, there were several differences, not only on the one hand between the European socialist legal systems and those existing in other continents, but also, on the other hand, between the Soviet Union and the so-called people's democratic countries in Europe. This latter type of differences used to be considered very often a mere consequence of the different historical traditions and, besides, the circumstances of their origin, i.e. in Russia the bloody events during the October Revolution (1917) and afterwards, as compared to the slower, gradual transition to the "proletarian dictatorship" in the European people's democratic countries. On the other hand, several different features could be discovered also in the political and legal systems of the so-called people's democratic countries.

5. Hungary may be regarded as taking a special place among the new members of the Socialist camp also in that respect. The changes in the other countries belonging to the East-Central European region were bound to transform a legal system based on a written constitution, codifications and other sources of the "ius scriptum", i.e. the changes required did not affect the written "style" of the system. On the contrary, as it was mentioned above, Hungary

had, at that time, neither a written constitution, nor a Civil Code and, besides, it used to attribute a great importance to the customary law and the judge-made law. As a consequence of this, Hungary had to transform its legal system entirely, i.e. both in its substance and its form, by breaking with its ancient roots and "style". The inevitable changes referred both to the feudal-capitalist character of the legal system and to its Romanist and national traditions, by converting it into a new, socialist one following the Soviet model with a written constitution, a full series of newly enacted codes and rejecting any role of the customary law and the judge-made law.

So, after a short period with a transitory character in which the remnants of some rules and institutions of the past could co-exist parallel with the newly established ones, the Hungarian state and law underwent substantial changes. At first a new statute adopted by the newly elected Parliament, following from the fact that "the exercise of the royal power had discontinued in Hungary since 13 November 1918" and, besides, as a result of World War II, "the nation has regained its right to self-determination", cancelled the constitutional arrangements having prevailed between the two world wars, and declared Hungary to be a republic. Based on the analogy of Western parliamentary republics, the institution of the President of the Republic was established, however, with state power concentrated mostly in the National Assembly.

As a result of the general elections of a questionable purity held in the year 1947, the majority of the votes was obtained by the National Independence Front led by the Hungarian Communist Party. From that time on the programme of the Communist Party could be implemented by the use of legislative methods, and the process of the "sovietization" of the country was quickened. At the general elections held in May, 1949 where only the candidates of the reorganized National Independence Front /under the new name of Patriotic Popular Front/ could be elected, the programme of the Front was supported by a 91% majority of the voters. Immediately after the elections the text of a draft constitution was published and shortly afterwards it was unanimously adopted by the National Assembly. The new constitution as the first written constitution in Hungary's history was promulgated as Act XX of 1949 on 20<sup>th</sup> August in the same year.

This constitution as it was clearly declared in contemporary writings on public law, followed the Soviet model i.e. the constitution of the Soviet Union passed in the year 1936 and connected to the name of I. V. Stalin. Accordingly, it was virtually a document of the new Hungarian public law meaning a firm breach – even formally – with the previous, "historical" constitution and accepting the idea of a charter, i.e. a written basic law of the country. The new constitution has introduced an entirely new system of constitutionalism, too, by breaking with the values and institutions of Wes-

tern origin based on the separation of powers, and by establishing a new framework for the people's democratic state in the form of a people's republic with its real meaning of a proletarian dictatorship.

As contrary to the practice accepted in the other socialist countries in the East-Central European region, the new constitution could remain the basic law of Hungary during the entire time of the existence of the Hungarian people's republic. The reason for that was also explained by contemporary Hungarian literature on constitutional law as, allegedly, a logical consequence of its historical development. According to this argumentation "whereas in the European people's democracies the historical fact of laying down the foundations of socialism in the country was usually followed by the adoption of a new constitution, in Hungary there was no need for such an undertaking as our constitution had been adopted already in the year 1949 as a socialist one so it was sufficient to modify the text afterwards only in the form of some amendments of a general character, in order to adjust some of its provisions to the needs of later development." In the course of later development several such "adjustments" were added to the text of the constitution, some of them having affected it on the whole, while others only some of its provisions. However, the Act XX of 1949 has remained, in spite of the several substantial changes enacted especially after the downfall of Communist rule, Hungary's constitution until today.

6. Mention was made above also of other differences between the political and legal systems of the so-called people's democratic countries. Some of them could be explained by the survival of ancient national traditions, e. g. the preservation of the peasants' ownership of the land in Hungary, the maintenance of the institution of the president of the republic in Czechoslovakia, the much longer parliamentary terms in Poland as compared to other socialist countries, etc. Emphasis laid on national traditions used to be perceptible also in the legislative activity of other European countries living under Soviet influence as members of the so-called socialist world system. In all likelihood, these divergent features will be influential also in the course of future developments in the countries belonging to the East-Central European region, including Hungary. The new challenges connected to the solution of identical or at least similar problems on their road "back to Europe" will, most probably, indicate the existence of various differences in their state structure, legal rules and institutions as influencing factors of their "style". The examination of problems connected to the so-called "post-communist" period of their history, which would mean, in all likelihood, a return to the Romano-Germanic legal family, could be considered a new topic in comparative research.

TÓTH GÁBOR ATTILA

## JOG, KRITIKA, IGAZSÁGOSSÁG

Sólyom László kritikus szellem. Jogtudósi munkái rávilágítottak a szocialista jogrendszer és jogfelfogás számos gyengeségére. Alkotmánybírósági elnöki krédója szerint „nem tanácsadója, hanem bírója” volt a demokratikus parlamentnek és kormányzatnak. Köztársasági elnöki szerepében egyszerre helytelenítette az Egyesült Államok hegemonikus törekvéseit és a hazai provincializmust. Sólyom László kritikái távol állnak a dekonstrukciótól. Értékelő elemzéseiben formálódott a személyiségi jogok, az adatvédelem és a környezetvédelmi jog új elmélete. Ítéleteiből bontakozott ki az emberi méltóság eszméjén alapuló alapjogi alkotmánybíráskodás és az ahhoz kapcsolódó hatásköri megoldások sorozata. Köztársasági elnökként megfogalmazott bírálatainak java része a rendszerváltás alkotmányának elveit és intézményeit védte.

Van szerencsém tanúsítani, hogy Sólyom László nemcsak hatásosan fogalmazza, hanem méltányolja is a kritikát. Jó sorsom úgy hozta, hogy 1994-ben a Láthatatlan Kollégium ösztöndíjasaként az Alkotmánybíróság elnöki stábjában ismerkedhettem az alapjogi bíráskodás gyakorlatával, mivel akkori tanárom, Halmai Gábor Sólyom László tanácsadója volt. Így figyelemmel kísérhettem, hogy a nyílt szellemű belső szakmai viták milyen jótékonyan formálták az álláspontokat és a tervezeteket. Következő találkozásunkra 1997-ben került sor, amikor interjút készíthettem az elnökkel a Fundamentum nyitó számába. Megfogott, hogy kezdő jogász és botcsinálta riporter létemre egyenrangú partnerként kezelte, és heves bírálataimra megfontolt és szakszerű válaszokkal reagált. (Még arra is emlékezett, milyen kritikát írtam az egyik határozatról a Magyar Narancsban.) Ilyen előzmények ellenére is igencsak meghökkentem pár évvel később, amikor az időlegesen az akadémiai világba visszatért Sólyom László felhívott telefonon, elmondta nagyszabású tervét az alkotmány kommentárjáról, és felkért, hogy írjam meg a szólásszabadságról szóló paragrafus és több más alapjogi norma magyarozatát. Életem legizgalmasabb szakmai feladata elé néztem, hiszen úgy kellett megszereznem a jogtudóséval polemizáló alapjogi felfogásomat, hogy közben szövegeim illeszkedjenek a Nagy Konceptióba. Bár államfői megbízatása miatt közös munkánk félbe maradt, kritikái kooperációnk történetének még lett egy fejezete. Az ombudsmanválasztás kudarcos periódusának egy pontján, mikor a parlament sorra szavazta

le a jelöltjeit, azzal keresett meg, hogy a következő körben engem nevezze az adatvédelmi biztosi posztra. Elvállaltam a lehetetlen küldetést, hiszen ha az elnöknek van bátorsága mindenféle kritikát magára vonva egy liberális alkotmányjogászt jelölni, akkor nekem sem lehet indokom menekülni a közelgő vihar elől.

Remélem, e bevezető sorok megmagyarázzák, hogy Sólyom László köszöntésére miért nem egy hagyományos tanulmányt hoztam az ünnepi kötetbe, hanem írásba foglaltam egyik előadásomat, melyet a közelmúltban tartottam joghallgatóknak a jogászai kritikai gondolkodás karakteréről és lehetséges hatásairól. Az alábbi szöveg tehát nem azzal az igénnyel íródott, hogy feldolgozza és továbbírja a tudományfilozófiai és -történeti szakirodalmat, hanem csak egy pillanatképet mutat arról, hogy miként látszik az én szemüvegemem keresztül a jog, a kritikai gondolkodás és az igazságosság kapcsolata.

Az egyetemek jog- és államtudományi karain a „jog” túlnyomórészt megtanulandó szabályokat jelent. A történeti tárgyaktól kezdve az elméleti diszciplínákon át az ügynevezett tételes jogi tárgyakig a legtöbbször adatok és tények bíráló nélküli memorizálásával és felmondásával tehetnek sikeres vizsgákat a hallgatók. (A „hallgató” szó is utal arra, hogy a tanár elmondja a tanítást, a diák pedig meghallgatja őt.) A végzett jogászok azonban más módon találkoznak a joggal. A jogászai pálya rendkívül sokrétű, hiszen idetartozik a jogtudomány művelése, vagyis a jog teoretikus és empirikus kutatása, a jogalkotás kodifikációs szakapparátusa a parlamentben, a minisztériumokban és a helyi önkormányzatokban, valamint a jogalkalmazás területei: a hagyományos bírói, ügyvédi, ügyészi, közjegyzői pályák, a szerteágazó közigazgatási munkakörök, a modern gazdasági, pénzügyi, uniós és nemzetközi magánjogi karrierok.

Ennek a szövegnek a célja, hogy olyan képességről, gondolkodásmódról, attitűdről adjon számot, amely meglátásom szerint mindenféle jogászai pályán jótékony hatású lehet. A kritikai gondolkodásról lesz szó, amelytől elválaszthatatlan a vita, a megvitatás igénye. Vázlatos gondolatmenetem első fele a tudományról, második fele a gyakorlatról szól, de – miként az egész szövegben tükröződni fog – úgy tartom, hogy tudomány és gyakorlat, teória és praxis nem választható el élesen egymástól.

### Természettudomány

A modern tudományos gondolkodásról szóló vázlat kezdőpontja lehet Galileo Galilei. A pisai születésű tudósról elterjedt anekdota szerint úgy kísérletezett, hogy különböző súlyú és formájú testeket dobott ki a ferdetoronyból, és vizsgálta esésüket, sebességüket. Akár igaz a történet, akár nem, az bizonyos, hogy megcáfolta Arisztotelész tételét, mely szerint a különböző súlyú testek

különböző sebességgel esnek le a földre.<sup>1</sup> Sok száz éven át az emberiség igaznak fogadta el ezt az állítást anélkül, hogy bárki komoly próbának vetette volna alá. Galilei fogalmazta meg a kételyt, és végezte el a kísérleti bizonyítást. Azért soroljuk őt a modern tudományosság, azon belül a mechanika megalapítói közé, mert forradalmian újszerű módon, számításokkal alapozta meg és kísérletekkel, valamint demonstrációkkal igazolta állításait. A természettudomány számára azóta elengedhetetlen a matematikai és empirikus módszer alkalmazása.

A másik szemléltető példának Semmelweis Ignác történetét választottam. Fiatal orvosként egy bécsi szülészeti klinikán dolgozott, ahol az egyik osztályon a várandós nők háromszor nagyobb arányban haltak meg gyermekágyi lázban, mint a másik osztályon. A két hely között az volt a különbség, hogy a riasztóan tragikus mutatókat produkáló osztályon jómódú nőket kezeltek, a másikon pedig szegényeket, és míg az előbbieket orvosok vizsgálták, az utóbbiakat bábák. Semmelweis megfigyelte, hogy az orvosok gyakran a boncteremből mennek a szülészeti vizsgálatokra és beavatkozásokra, ezért azt a hipotézist állította fel, hogy fertőzés okozza a magas mortalitást. Azt az előírást fogalmazta meg kollégái számára, hogy klórmentes vízzel mossanak kezét. Bár feltételezését és javaslatát felháborodás követte, a drasztikusan javuló statisztikák őt igazolták. Semmelweis ezt követően egyetemi előadásokban és publikációkban hozta nyilvánosságra az eredményeket és azok magyarázatát. Mivel nem használt mikroszkópot, nem tudta beazonosítani a kórokozót, azonban a tapasztalati tények így is igazolták az ok-okozati összefüggést.

Milyen általános jellemzőket fogalmazhatunk meg a két példa segítségével? A közös kiindulási helyzet az ismerethiány és az abból fakadó megismerési igény. Az előbbi esetben a tudós arra kereste a választ, hogy mi és miként okozza a szabadesést, az utóbbi esetben pedig arra, hogy mi és miként okozza a gyermekágyi lázat. A jól körvonalazható problémához deskriptív módon közelít a természettudomány: leírja és megmagyarázza a vizsgált jelenséget, vagyis azt elemzi, hogy mi van a természeti valóságban. A tudomány eszköze az absztrakt, univerzális jelekből építkező matematika és logika, valamint a tények empirikus feltárása. Így a jelenségek leírása és a megállapított következtetések mások által ellenőrizhetőek. Hozzátehetjük, hogy a válasz a „mi van?” kérdésre szükségképpen tudományos diskurzusban, azaz racionális vitában formálódik. Közös jellemző továbbá a kritikai konklúzió, nevezetesen a korábbi ismeretek és az azokon alapuló gyakorlatok felülvizsgálata. Galilei megcáfolta az arisztotelészi tantételt, Semmelweis meg a korábbi hiedelmek eloszlátásán túl higiéniai elvárást is megfogalmazott. Mindemellett megjegyzendő, hogy a gyermekágyi láz okának és megelőzési lehetőségének feltárása

<sup>1</sup> STILLMAN DRAKE: *Galileo at Work. His Scientific Biography*. Chicago: University of Chicago Press, 1978, 19–20.



rávilágít az elmélet és a gyakorlat kölcsönhatására is. Semmelweis a klinikumban ismerte fel a problémát, ott folytatta empirikus vizsgálatait és számításait, és mindezek nyomán jelentek meg a teoretikus igényű publikációk a szaksajtóban.

Könnyű belátni, hogy a leíró természettudomány inherens sajátossága a kritikai potenciál, és jótékony hatása az ismeretek bővülése. A kritika azonban hátrányos következmények lehetőségét is magában hordozza. Most nem a tudományos eredmények káros felhasználására utalok, hanem arra a hétköznapi jelenségre, hogy az új felismerések érdekeket sérthetnek, meggyökeresedett gyakorlatokat veszélyeztethetnek, ezért a bíráló megfogalmazása személyes hátrányokkal járhat. Következésképp indokolt intézményes garanciákkal védeni a kritika szabadságát, ellenkező esetben a cenzúra és az öncenzúra megbéníthatja az eszmék, gondolatok, invenciók szabad kifejlődését és áramlását.

Galilei kálváriája közismert: Kopernikusz heliocentrikus világmépének hirdetése miatt korábbi patrónusa, VIII. Orbán pápa ellene fordult, az inkvizíció perbe fogta, eretnekség miatt elítélték, tanai visszavonására kötelezték, és végül házi őrizetben halt meg. Még tragikusabb Semmelweis sorsa: szakmai elvárásai, valamint – feltehetően – az 1848-as forradalommal való rokonszenve miatt is rebellisnek tarthatták, ezért a bécsi klinikán nem volt maradása, élete második felében Magyarországon praktizált, de egyre elhatalmasodó mentális betegsége miatt feladni kényszerült hivatását, majd egy bécsi elmeklinikára került, ahol az ápolók brutálisan bántalmazták. Vitatott, hogy közvetlenül ez okozta-e a halálát, de az kétségtelen, hogy „az anyák megmentője” menthetlen volt.<sup>2</sup>

## Társadalomtudomány

A természeti jelenségek deskriptív, de kritikai jellegű tudományos kutatása mintaként szolgált a társadalmi jelenségek modern vizsgálataihoz. Ennek szemléltetéséhez egy pillanatra visszatérek Galileihez. Előtte a tudósok azt kutatták, hogy mi tart mozgásban egy testet, például milyen mechanizmus miatt repül egy kilőtt ágyúgolyó. Galilei forradalmi újítása az volt, hogy kimondta: rosszul van megfogalmazva a kérdés, ugyanis azt kell feltételezni, hogy minden test egyenletes sebességgel mozog egy irányba, amíg egy másik erő nem hat rá. Ezért nem azt kell vizsgálni, hogy miért mozognak a testek, hanem azt, hogy miért változtatnak irányt, és miért állnak meg.

<sup>2</sup> K. CODELL CARTER – BARBARA R. CARTER: *Childbed Fever. A Scientific Biography of Ignaz Semmelweis*. New Jersey: Transaction Publishers, 2009, 76–78. Lásd még ANTALL JÓZSEF: Semmelweis betegsége és halála. In GAZDA ISTVÁN et al.: *Semmelweis Ignác emlékezete*. II. kötet. Budapest: Semmelweis Orvostörténeti Múzeum, 2001, 346.

„Ha egyszer egy test mozgásba jön, mindörökre mozogni fog, hacsak valami ebben meg nem akadályozza” – ez az idézet azonban nem Galileitől való, hanem kortársa, Thomas Hobbes *Leviatán* című művéből. Érdeemes hosszabban idézni a kötet bevezető soraiból:

„Az emberi művészet, mint sok egyébben, abban is utánozza a természetet (vagyis azt a művészetet, amellyel Isten a világot teremtette és kormányozza), hogy *mesterséges állatokat* képes készíteni. Ha ugyanis felismerjük, hogy az élet nem egyéb, mint a végtagok mozgása, amelynek kiindulási helye valamilyen fontos belső szerv, akkor miért ne állíthatnánk, hogy minden automatának (olyan szerkezetnek, amely – mint például az óra – rugók és kerekék segítségével önmagától működik) mesterséges élete van? Hogy mi más a szív, mint rugó, s mi mások az idegek, mint megannyi huzal, s az ízületek, mint megannyi kerék, amelyek az egész testet az Alkotó kívánsága szerint mozgatják?

De a művészet még többre képes – a természet ésszel felruházott, legnagyobb alkotását, az embert is utánozni tudja. Mert a művészet teremtette meg a népközösségnek vagy államnak (latinul: *civitas*) nevezett nagy LEVIATÁNT, ez pedig nem egyéb, mint *mesterséges ember* (...), s benne a szuverenitás a mesterséges lélek, amely az egész testet élettel tölti meg és mozgatja, a tisztségviselők, valamint a törvényhozó és végrehajtó hatalom többi képviselői a mesterséges ízületek, (...) a lázadás – a betegség, a polgárháború – a halál.”<sup>3</sup>

Észrevehetjük, hogy a természeti jelenségek kutatásának módszertani sé mája ráilleszthető az állam mint társadalmi jelenség hobbesi elemzésére.<sup>4</sup> Ez esetben is ismerethiány a kiindulópont: az állam eredetét és működésének jellemzőit kutatja a szerző. Tudományos eszköze a mechanika matematikai nyelvezetének mintájára az absztrakt fogalmakból kiinduló deduktív, racionális érvelés. Az állam mint jelenség leírásához itt is forradalmi jelentőségű kritikai megállapítások kötődnek. Hobbes fejti ki elsőként, hogy az állam nem isteni eredetű, hanem emberi alkotás, mesterséges konvenció. Ő fogalmazza meg, hogy senkinek nincs történelmi joga a közhatalom gyakorlására, a kormányzottak beleegyezése szükséges a legitim hatalomgyakorláshoz. És Hobbes az, aki a természeti állapottal (értsd: a polgárháború során fenyegető anarchiával) szemben igazolhatónak tartja a közbékét fenntartó állam hatalmát.

A másik példám a francia felvilágosodás korából Condorcet, aki filozófus, matematikus és az alkotmányos politika gyakorlati alakítója is volt egy személyben. Valószínűség-számítási módszerekkel vizsgálta a különféle politikai és jogi döntéshozatali formákat, és ennek segítségével próbálta megmagyarázni a demokratikus népképviselési rendszert, az emberi jogokat és az esküdtszéki

<sup>3</sup> THOMAS HOBBS: *Leviatán, vagy az egyházi és világi állam formája és hatalma*. Budapest: Kossuth Kiadó, 1999, 69–70., 77. (Ludassy Mária fordítása.)

<sup>4</sup> JONATHAN WOLFF: *An Introduction to Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, 8–10.

döntéshozatalt.<sup>5</sup> Például bebizonyította, hogy ha egy csoport valamennyi tagja 50 százaléknál nagyobb eséllyel találja el a helyes választ egy adott kérdésben, akkor a többség nézete szinte bizonyosan helyes lesz. Így szerinte a többségi szavazáson alapuló demokrácia azért a legjobb, mert a többség nagyobb valószínűséggel találja el az igazságot abban a kérdésben, hogy mit kell tenni. A deskriptív elemzéshez itt is rendszerkritika kapcsolódott: az abszolút monarchiával szemben a szabadságot, egyenlőséget és testvériséget megvalósító alkotmányos berendezkedést preferálta.

Ahogy a természettudósoknál említettem, itt is tanulságos a kritikai attitűd fogadtatása és hatása. Hobbes az 1640-es években franciaországi emigrációban írta a *Leviatánt*, mert hazájában épp nem kívánatos személynek számított. A királyság restaurálása után visszatérhetett Angliába, de műveinek egy része továbbra is csak külföldön jelenhetett meg. Condorcet a jakobinus terror áldozata lett: álruhában bujkált, egy fogadóban felismerték és elfogták, börtönbe vetették, ahol a halálos ítélet kihirdetése előtt holtan találták. Egyes feltételezések szerint öngyilkos lett, mások úgy tartják, hogy a jakobinus hatalom nem vállalta fel a népszerű gondolkodó nyilvános kivégzését.

Tehát a modern tudományos gondolkodás születése szó szerint áldozatokkal járt, mégpedig a kritikai megállapítások és azok gyakorlati következményei miatt. Az ilyen történelmi körülmények között létrejött tudományos sztenderdek ma is érvényesek. A természeti és társadalmi jelenségek vizsgálatát alapvetően a megismerési igények, a leíró tudományos módszerek és a kritikai eredmények jellemzik. Napjainkban is domináns a Comte-i pozitívizmussal megszilárduló empirikus, rendszerező társadalomtudomány, és reneszánszát éli a matematikai módszerek alkalmazása a társadalmi, azon belül a jogi jelenségek vizsgálatában, gondoljunk például a *law and economics* tudományterületre.

### Leíró jogtudomány

A társadalomtudományok imént összefoglalt jellegzetességeit fedezhetjük fel az olyan jogtudományi területeken, mint például a jogtörténet, a jogszociológia, vagy az egyes jogágakhoz kötődő jogdogmatika. Egy-egy példával megvilágítom, milyen kritikai potenciál van a „mi van?” pozitívista kérdésfeltevésben és kutatásban.

Eckhart Ferenc levéltári kutatásokkal, azaz a jogtörténeti források, tények összegyűjtésével és elemzésével, valamint a korábbi és kortárs jogtörténeti munkák feldolgozásával a történeti alkotmány és a Szent Korona alkotmányos jelentőségét írta le, pontosabban megcáfolta az akkor uralkodónak tartott

<sup>5</sup> CONDORCET: *Arithmétique politique. Textes rares ou inédits (1767–1789)*. Institute National D'Études Démographiques, Paris, 1994.

szakmai közvélekedést. Először egy 1931-ben megjelent tanulmányában<sup>6</sup>, majd az 1941-ben közzétett monográfiájában<sup>7</sup> mutatta ki, hogy a történeti források nem támasztják alá a Timon Ákos és követői által képviselt – empirikusan nem alátámasztható – alkotmánytörténeti felfogást. A Szent Koronához fűződő alkotmányos tétel nem a magyar nemzet veleszületett, ezeréves jogintézménye, hanem jóval később, a köznemesi alkotmányos igények tükréként jelent meg. Továbbá a „corona regni” nem is speciális magyar invenció, hanem közép-európai, főképp csehországi történeti párhuzamok mutatathatók ki a király személyétől elválasztott államhatalom szimbolikájában és tantételeiben. Eckhart pozitivistá jogtörténeti megállapításai olyan erős kritikát jelentettek a korszak elismert és preferált, de illuzórikus, sőt sovinizmusba hajló felfogásával szemben, hogy a tudóst heves politikai támadások érték, és majdnem elveszítette állását.

A jogszociológia szintén különféle empirikus felismerésekkel, egyebek mellett statisztikai felmérésekkel dolgozik. Fleck Zoltán néhány évvel ezelőtt esettanulmányt készített a Komárom-Esztergom Megyei Bíróság működéséről és igazgatásáról.<sup>8</sup> Iratokat tanulmányozott, számításokat végzett, és figyelemre méltó eredményre jutott: jelentős bírói ügyhátralékot, adminisztrációs mulasztásokat és pénzügyi anomáliákat tárt fel. Például Tatabánya körzetében öt év alatt nyolcszáz ügyben összesen 1470 személy esetében évültek el a terheltek számlájára rótt bűncselekmények; a megyei bíróság vezetője nem valószínű tájékoztatta az Országos Igazságszolgáltatási Tanácsot a bírói munkáról és a személyi juttatásokról. Fleck esettanulmánya egy átfogó elemzés alapjául szolgált, amely az 1997-es bírósági igazgatási reform túlnyomórészt negatív következményeit összegezte. A Komárom-Esztergom Megyei Bíróságról szóló kritikai munkának önálló utóélete lett: a megyei bíróság elnöke büntetőeljárást kezdeményezett a tanulmány szerzője és az anomáliákról tudósító újságíró, Babus Endre ellen.<sup>9</sup>

A pozitivistá jogtudomány körébe tartozik a jogi fogalmak és jogintézmények részben konceptuális, részben empirikus elemzéséből álló, úgynevezett jogdogmatika, melynek tipikus termékei a kommentárok. A releváns jogfor-

<sup>6</sup> ECKHART FERENC: A magyar alkotmányfejlődés. *Magyar Jogi Szemle*, 1931. május.

<sup>7</sup> ECKHART FERENC: *A Szentkorona-eszme története*. Budapest: Magyar Tudományos Akadémia, 1941.

<sup>8</sup> FLECK ZOLTÁN: *Bíróságok mérlegen. Igazságszolgáltatásunk újabb tíz éve*. Negyedik rész. Budapest: Pallas Kiadó, 2008.

<sup>9</sup> A Komárom-Esztergom Megyei Bíróság elnökének magánindítványa nyomán az újságíró gyanúsított lett, a jogszociológust tanúként hallgatták ki. Az elsőfokon eljáró Budapesti II. és III. Kerületi Bíróság bírónőnek mondta ki az újságírót rágalmazás vétségében (1.B.III.1770/2008/7.). Emellett elsőfokon a Fővárosi Bíróság (19.P.20.804/2008.), másodfokon a Fővárosi Ítéletábla (2.Pf.20.651/2008.) helyreigazításra kötelezte a *Heti Világgazdaság* című lapot. Később a Központi Nyomozó Főügyészség az újságcikk más része miatt újabb vádiratot nyújtott be, de a Budapesti II. és III. Kerületi Bíróság szerint az nem valószínűtlen meg bűncselekményt (1.B.III.1020/2009.). 2009. november 26-án a másodfokon eljáró Fővárosi Bíróság felmentette az újságírót a rágalmazás vádjától.

rások rendszerezéséből, fogalmi tisztázásából építkező, az elméletet a gyakorlattal ötvöző művek német mintára terjedtek el és váltak igen népszerűvé Magyarországon.<sup>10</sup> (Bár újabban Németországban az ilyen művek tudományos értéke és módszertani apparátusa vita tárgyává vált.<sup>11</sup>) Jellegükből adódóan a kommentárok, magyarázatok kritikai perspektívája szűk, hiszen a vizsgálati tárgy legalitását és legitimitását nem vonják kétségbe. Mégsem lebecsülendő ez a kritikai szemlélet, mert a kommentárok képesek feltárni a jogalkotás és a jogalkalmazás bizonyos inkohereenciáit, következetlenségeit.

Az említett példák tehát azt szemléltetik, hogy a deskriptív jogtudomány követi a természettudományos mintára szerveződő társadalomtudományok szemléletét és módszertanát, mivel a valóság, vagy mondhatjuk, az igazság tudományos kiderítését tűzi ki célként, és ehhez számtani, logikai, konceptuális és empirikus eszközöket, módszereket alkalmaz. Azt láthatjuk még, hogy az igazság feltárása konfliktusok forrása, hiszen a korábbi, intézményesült tan-  
tétélek felülírásával járhat, és ezzel együtt személyi érdekellentéteket is generálhat.

### Normatív jogtudomány

Ha elfogadjuk, hogy a deskriptív jogtudomány kritikai jellegű abban az értelemben, hogy bírálat tárgyává teheti a korábbi jogtudományos megállapításokat, és rámutathat a jogalkotás és jogalkalmazás inkohereenciáira, akkor belátható, hogy a leírás összefonódik az értékeléssel. Ilyen módon a leíró jogtudomány szükségszerűen tartalmaz normatív elemeket is. Azonban feltételezésem szerint ennél kiterjedtebb a jogtudomány normatív karaktere. A leíró elemzések motorja az indokolt megismerési igény, melynek kielégítése önmagában is értékes, ám e mögött legalább implicit módon normatív igények is meghúzódnak.

Amikor Eckhart, a pozitivista jogtörténész bírálta a Szent Korona tanban testet öltő jogfelfogást, akkor egyúttal azt is implikálta, hogy a nemesi privilégiumokra és a nemzeti felsőbbrendűsége épülő alkotmányosság *igazságtalan*, nem méltó a követésre. Amikor Fleck, az empirikus jogszociológia művelője azt vizsgálta, hogy a bírák, és különösen a bírósági vezetők betartják-e a törvényt, akkor az az előfeltevés húzódott meg kutatása mögött, hogy a bírósági vezetőknek  *kellene* tartaniuk a törvényt, mert az a tisztességes, *fair* eljárás előfeltétele. Amikor egy kommentár szerzője nemzetközi jogösszehasonlítást

<sup>10</sup> A közreműködők körét és a terjedelmet tekintve jelenleg ez a mű a listavezető: OSZTOVITS ANDRÁS (szerk.): *Az Európai Unióról és az Európai Unió működéséről szóló szerződés magyarázata*. Budapest: CompLex, 2011.

<sup>11</sup> Lásd például a *Frankfurter Allgemeine Zeitung* hasábjain a jogtudományról és a jogi oktatásról szóló vitát, azon belül HANS MICHAEL HEINIG – CHRISTOPH MÖLLERS: Kultur der Kumpanci. *FAZ*, 2011. 03. 23.

végez, akkor feltehetően nem csupán az a célja, hogy megismertessen más jogi megoldásokat, és összevesse azokat a magyarral, hanem arra a kérdésre is keresi a választ, hogy *igazolható-e, igazságos-e az az itteni megoldás.*

Tehát a *mi van?* kérdés mögött gyakran a *helyes-e, ami van?* és a *minek kellene lenni?* kérdés rejtőzik. Ezért mondhatjuk, hogy a deskriptívnek tartott tudományos munkákban sem választható el teljesen egymástól a leírás és az értékelés. Vannak továbbá olyan jogtudományos vizsgálódási területek is, amelyek dominánsan normatív, igazolási karakterűek. Ha arra a kérdésre keressük a választ, hogy mi tesz demokratikussá egy formális értelemben alkotmányos berendezkedést – például a schumpeteri kompetitív választások<sup>12</sup>, a dworkini partnerségi koncepció<sup>13</sup> vagy más kritériumok érvényesülése –, akkor a válasz szükségképpen csak normatív lehet. Pusztán szemantikai, strukturális vagy empirikus módon, normatív kritériumok figyelembevétele nélkül nem lehet meghatározni sem történeti távlatban, sem a ma létező államok megfigyelésével, hogy melyek demokratikusak.<sup>14</sup> Ehhez hasonlóan, ha azt a kérdést tesszük fel az alkotmányelméleti elemzőnek, hogy elfogadható-e a törvényhozás alkotmányossági felülvizsgálatának megszüntetése, akkor a meggyőző magyarázat igazolási elemekből épül fel. Vagy egy uniós példa: mit jelent az állami szuverenitás szempontjából, ha az Európai Unió intézményeihez kerülnek bizonyos döntési kompetenciák? A probléma mögött lényegében az húzódik meg, hogy – a hatékonyságon túl – igazolhatónak és igazságosnak tartjuk-e a közhatalom átcsoportosítását. A példák hosszasan folytathatók, e cikk keretei között azonban csak megjegyezni tudom, hogy a jogban használt olyan fogalmak, mint a „kár”, a „felelősség”, a „gondatlanság”, a „diszkrimináció”, nem egyszerűen tételes jogi kategóriák, melyek helyes jelentése megállapítható a döntvénytárakból és a jogtudós elődök munkáiból, hanem interpretív fogalmak, melyek régóta bevett jelentése is igazolásra szorul, és megerősítést vagy elvetést érdemel.

A jog, mint társadalmi gyakorlat intézményeinek mibenlétéről, működéséről és perspektíváiról szóló elemzés előfeltételez valamifajta filozófiai elköteleződést, és elkerülhetetlenül normatív érvelést vár el a szerzőtől. Vegyük észre, hogy ez nem új keletű felismerés, és nem is tolja a tudományon kívülre a vizsgálódást. Thomas Hobbes a mechanikai módszertant követő Leviatánban alapvetően normatív elméletet dolgozott ki. Egyrészt a központi államhatalom létét igazolta a valóságosan fenyegető anarchiával és a létező polgárháborúval szemben. Vagyis azt magyarázta el, hogy egy ténylegesen a szétesés

<sup>12</sup> JOSEPH A. SHUMPETER: *Capitalism, Socialism and Democracy*. London, New York: Routledge, 1976, 269.

<sup>13</sup> RONALD DWORKIN: *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2006, 131–135.

<sup>14</sup> RONALD DWORKIN: A harti „Utószó” és a politikai filozófia karaktere. *Miskolci Jogi Szemle*, 2006/1, 101–106.

határán lévő országban mi teszi indokolttá, szükségessé, hogy állami intézmények rendelkeznek bizonyos politikai kötelezettségek jogi előírásának és kikényszerítésének monopóliumával. Emellett Hobbes fontos lépést tett a világi állam igazolásának irányába. A szekuláris állam igazolása nem feltételezi vallási hittételek elfogadását, és az ilyen állam tartózkodik – e világi érvekkel nem megerősíthető, ugyanakkor társadalmilag megosztó – vallási előírások követésének kikényszerítésétől. Hasonlót fogalmazhatunk meg Condorcet-vel kapcsolatban is, aki az abszolutizmus kritikáján túl a forradalmi átalakulás, a demokratikus döntéshozatal és az emberi jogok egyfajta igazolási elméletét alkotta meg.

Következésképpen az igazságot kereső jogtudományi tevékenységben a leírás elválaszthatatlan az értékeléstől. A jogi fogalmak és intézmények leíró jelentése vitatott, és a vita eredménye azon múlik, hogy melyik leírás áll a legközelebb a fogalmakban és intézményekben megtestesülő olyan értékekhez, mint a jogszerűség vagy az igazságosság.

### Jogalkalmazási gyakorlat

A szerteágazó jogász munkák nem elhanyagolható része mechanikus tevékenység, amely könnyen elkülöníthető az elmélettől. Amikor az ügyvéd blankettaszerződéseket tölt ki, a közjegyző fizetési meghagyást, vagy a bíró idéző végzést bocsát ki, akkor aligha szükséges reflektálnia teoretikus megállapításokra. Sőt, bizonyos eljárástípusok teljes automatizálásának sincs technikai akadálya. Például a közlekedési szabálysértéseket (gyorshajtás stb.) mérőműszer rögzítheti, számítógépes program beazonosíthatja az üzembentartót a rendszám alapján, majd egy másik program elkészítheti a szabálysértési határozatot, amely egy postázóprogram segítségével kézbesíthető az ügyfélnek anélkül, hogy jogász vagy ügykezelő látta volna az eset dokumentációját. (Franciaországban és Belgiumban vezettek be elsőként teljesen automatizált rendszert közlekedési szabálysértések kezelésére. 2009 óta a közúti közlekedésről szóló törvény Magyarországon is lehetővé teszi, hogy meghatározott közigazgatási bírságot kiszabó, elsőfokú határozat meghozatala informatikai eszközzel, automatizált módon történjen, és csak a hitelesítéshez követeli meg a hatáskör gyakorlójának egyedi döntését.<sup>15)</sup>

A hétköznapi jogász munkák szintén jelentős része viszont igényli az elméleti referenciákat. Meg kell nézni, mit ír a szakirodalom az adott kérdésről, miként jeleníti meg a kommentár a releváns bírói gyakorlatot, a rivális elméleti álláspontokat, és így tovább. És az sem ritka, hogy a jogász nem talál perdöntő forrást: a kommentár nem tárgyalja a problémát, vagy ellentmondásos

<sup>15</sup> A közúti közlekedésről szóló 1988. évi I. törvény 21. § (4) bekezdés.

gyakorlat képe rajzolódik ki belőle, vagy egész egyszerűen nem meggyőző az, amit a szakirodalom állít. Vagyis az szóba jövő jogforrásokat és az empirikus tényeket alapul véve nehezen lehet alkalmazható megoldást találni. Három példa talán megvilágítja a nehézség természetét.

Casey Martin, a híres amerikai golfozó az egyik verseny előtt azt kérte a sportági szövetségtől, hogy használhasson elektromos meghajtású golfkocsit az ütések közötti távok megtételekor. Arra hivatkozott, hogy születése óta keringési rendellenessége van, emiatt lábai nehézkesen működnek, a gyaloglás fájdalmas és sérülésveszélyes számára. A szövetség elutasította a kérelmét, mert ez egyrészt nem illik bele a golf mint versenysport karakterébe, másrészt az engedmény tisztességtelen előnyhöz juttatná versenytársaival szemben. Martin perelt az *Americans with Disabilities Act*-re hivatkozva, amely szerint a nyilvános köz- és magánintézményekben a fogyatékosok speciális igényeit figyelme kell venni, és szükség esetén változtatásokat kell végrehajtani, hogy használni tudják az intézményeket, feltéve, hogy a fogyatékosok érdekében végrehajtott módosítás nem alakítja át alapvetően a tevékenység jellegét. Az ügy a Legfelső Bíróság elé került, melynek arról kellett döntenie, hogy mi a golf lényege, és tisztességtelen előnyhöz jutna-e a golfkocsival Martin.<sup>16</sup>

A golfozás fogalma látszólag szemantikai és empirikus módon tisztázható, azonban a bírósági eljárás nem várt bonyodalmakkal járt. Egyfelől élő golflegendák tanúsították, hogy e játék meghatározó eleme tradicionálisan, hogy a versenyzők végiggyalogolnak a pályán, továbbá a sportolók társadalmi elismertségét csökkentené, ha elterjedne a golfkocsi használata. Másfelől viszont Stevens bíró arra hívta fel a figyelmet, hogy a játék történeti leírását tartalmazó könyvek szerint a golf lényege a lehető legkevesebb ütéssel a lyukakba juttatni a labdát. A bíróság végül 7–2-es többséggel helyt adott Martin keresetének ezekkel a következtetésekkel: 1. A golfverseny nyilvános üzleti és szórakoztató tevékenység, ezért a fogyatékosokról szóló törvény hatálya kiterjed rá. 2. A golfjáték lényegét nem változtatja meg a golfkocsi indokolt használata. 3. Martin nem jut tisztességtelen előnyhöz a kedvezménnyel, mert az ütéseket ugyanúgy kell végrehajtania, és számára a kocsi használat is megterhelő és fájdalmas.

Tehát a bíróságnak egy törvényértelmezési kérdésben választania kellett a golfozás egy konvencionális és egy kritikai szemlélete között. A döntést az tette nehezzé, hogy a konvencionális felfogás vitatott empirikus alapokon állt, és olyan interpretív fogalmat is figyelembe kellett venni, mint a „tiszteségtelen előny”. Végző soron a bíróság határozata állásfoglalást jelent arról is, hogy igazságos-e egy fogyatékos sportoló számára ilyen kedvezményt biztosítani.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> *PGA Tour, Inc v. Martin* 532 U.S. 661 (2001).

<sup>17</sup> MICHAEL J. SANDEL: *Justice. What's the Right Thing to Do?* Farrar, Straus and Giroux, 2009, 203–206.



A következő példa egy hazai büntetőjogi eset 1997-ből. Két tizennyolc éves lány és egy fiú a fogaskerekű végállomásától nem messze lévő kiserdőben közös öngyilkosságot kísérelt meg: egy pengét körbeadva fölvtágták saját ereiket. Végül segítséget kértek, életben maradtak, a rendőrség azonban büntetőeljárást indított ellenük öngyilkosságban való közreműködés miatt. Ebben az ügyben a Büntető törvénykönyv konvencionális felfogása és egy kritikai olvasat jelent meg. Az ügyész a konvencionális felfogást képviselte: aki másnak odaad egy pengét, hogy segítséget nyújtson az öngyilkossághoz, az elköveti a bűncselekményt. Ezért a három fiatal közül kettővel szemben vádat emeltek, a harmadikkal szemben viszont nem, mivel nála ért véget a kör, és ő nem adhatta tovább a pengét. A kritikai olvasatot a két fiatal vádlott védője fogalmazta meg. Szerinte akkor beszélhetünk öngyilkosságban való közreműködésről, ha kívülálló és racionálisan gondolkodni képes személy nyújt segítséget. Öngyilkossági krízisben viszont nincs racionális mérlegelés, a közös öngyilkosságba involválódott fiatalok ezért áldozatok, és nem elkövetők, ugyanúgy, mint harmadik társuk.

A bíróság azzal a problémával szembesült, hogy a Btk. szövege nem rendelkezik kifejezetten a közös öngyilkosság kísérletéről, ezért állást kellett foglalni arról, hogy a konvencionális esetek kritériumai alkalmazhatók-e ebben az ügyben. Emellett azt is be kellett látni, hogy nem hárítható el a döntés felelőssége arra hivatkozva, hogy itt orvosi és pszichológiai szakkérdésről van szó, mert a bíró dolga a szakvélemények értékelése és súlyozása az eset összes körülményeit figyelembe véve. A bíróság végül a konvencionális olvasatot fogadta el, megállapította, hogy a két vádlott elkövette a bűncselekményt, és megrovásban részesítette őket. A bírósági tárgyalásvezetés és a határozat indokolása explicitté tette, hogy ezt az ügyet, vagyis a választást a konvencionális és a kritikai megoldás között, a bíró igazságossági felfogása döntötte el.<sup>18</sup>

A harmadik példa a jogalkalmazás köréből egy világszerte napirenden lévő kérdés, az azonos neműek házasságának legalizálása. Most nem szükséges a jogalkotási szinten végbemenő változásokat ismertetni, és nem is valamelyik bírósági döntés kerül terítékre. Az előző két eset nyomán csupán arra emlékeztetek, hogy ebben a kérdésben is egy konvencionális és egy kritikai álláspont jelenik meg a jogtudományi vitákban, a törvényhozási diskurzus színterein és a bírósági döntések indokolásaiban és a különvéleményekben. A konvencionális felfogás szerint a házasság intézménye kultúránkban és jogunkban hagyományosan férfi és nő életközössége, amely tipikusan közös gyermekek születését és családban való felnevelését célozza. Így a közfelfogás és a kulturális hagyományok támasztják alá az azonos neműek házasságának

<sup>18</sup> TÓTH GÁBOR ATTILA: Életfogytig szabadláb. Alkotmányjogi karcolatok. Budapest: *Élet és Irodalom*, 2011, 74–77.

kizárását. A „házasság” fogalmának kritikai olvasata ezzel szemben azt tartja döntő fogalmi elemnek, hogy két személy kölcsönös elköteleződés alapján, tartós érzelmi és gazdasági közösségben kíván élni, és ennek jogi elismerését várja el a politikai intézményrendszerrel.

A két felfogás konfliktusát nem dönti el a leíró szemantikai vagy konceptuális elemzés, illetve az empirikus tények vizsgálata. Egyrészt a jognak – egyebek mellett – az előítéletekből vagy tájékozatlanságból fakadó közvélekedéssel szemben kell megvédenie egyéneket és csoportokat, ezért a bíró nem hivatkozhat reflektálatlanul a közfelfogásra, amely egyébként is változékony dolog. A mai állapothoz vezető hagyományokra utaló, látszólag empirikus érvet gyengíti, hogy hamis. A szokások, erkölcsök és viselkedésmódok történetében ugyanis a házasság mindig rugalmas és változó gyakorlat volt. A különböző közösségi formákban eltérő számú és életkorú résztvevők sokféle közösségét nevezték már házasesletnek. De tegyük fel, hogy sikerül olyan összeállítást készíteni, amely azt mutatja, hogy a különféle társadalmi berendezkedésekben a „házasságnak” nevezett ceremóniák egyikét sem azért bonyolították le, hogy két különböző nemű személyt közös kötelékbe egyesítsenek. Ez esetben is megválaszolatlan marad, hogy a történelem során létezett házasságok sokféle jellemzői közül melyek a lényeges, a házasság természetét meghatározó elemek, és melyek a lényegtelen vagy esetleges jellemzők.

Tehát nincs konkluzív forrás az azonos neműek házasságának kérdésében. A bíró és minden jogász akkor tesz eleget a hivatásából fakadó elvárásoknak, ha reflexív módon viszonyul a létező társadalmi gyakorlatokhoz. Bár vélelem szól a konvenció fenntartása mellett, de a konvenció ésszerű kritika tárgyává tehető, és a vélelem megdönthető. A „golfozás”, az „öngyilkosságban való közreműködés tilalma” és a „házasság” fogalma körüli perek közös jellemzője, hogy egyszerre vitatott a társadalmi intézmény célja, rendeltetése és jelenlegi állapotának igazságossága. Így a jog speciális intézményeivel és eszközeivel fontos szerepet tölt be az igazságosságról szóló szakadatlan társadalmi diskurzusban, amely nemcsak a hitvitákon vezet túl, de a természettudományos magyarázatokon is.<sup>19</sup> A jogász tudatában lehet annak, hogy az igazságosság nehéz eseteiben nem várható széles társadalmi konszenzus, mégis olyan érveket várnak tőle, amely elvileg mindenki számára elfogadható. Az egyéni intuíciók, preferenciák vagy kiesnek, vagy a reflexív átgondolás során megerősítést nyernek. Igaz, a kritikai konklúzió kimondása kockázatos vállalkozás, és mindenkinek személyes döntésén múlik, hogy vállalja-e a rizikót.

<sup>19</sup> THOMAS NAGEL: *Secular Philosophy and the Religious Temperament. Essays 2002-2008*. Oxford: Oxford University Press, 2010, 1–26.

ZLINSZKY JÁNOS

## AZ ALKOTMÁNYBÍRÓSÁG FELELŐS AZ ELMARADT RENDSZERVÁLTÁSÉRT?

Nemrég a *Magyar Nemzet*ben nagy, többoldalas cikkben jelent meg a vád, méghozzá illetékes tollából, amely összefoglalta a gyakran hangoztatott véleményt: az Alkotmánybíróság akadályozta meg, hogy a javaiktól a szocialista éra alatt igazságtalanul megfosztottak valódi kárpótlásban részesülhessenek, tulajdonukat visszakaphassák.

Ugyancsak a közel múltban találkoztam azzal a – szintén nem egyedül álló – váddal, hogy a Zétényi–Takács törvény megkifogásolásával az Alkotmánybíróság legalizálta a szocialista éra jogsértéseit, mentette meg a felelősségre vonástól a bűnösöket.

Nem ritka az a vélemény sem, hogy a közvagyon elherdálásáért, a szerződések védelmével és a gazdálkodóknak rendelkezési jogot biztosító állami vállalati és önkormányzati jogi személyek intézkedési törvényességének elismerésével, az Alkotmánybíróság felelős országunk jelenlegi csőd közeli vagyoni helyzetéért.

A legutóbbi választásokat nagy többséggel megnyert koalíció mindkét pártjának vezetői nyilván teljesen tisztában vannak azzal, hogy az elmúlt szocialista-liberális kormányzatú évtizedben a jogállami rend érdekében folytatott politikai harcukban az Alkotmánybíróság volt – az Állami Számvevőszék mellett – következetes és megbízható „szövetségesük”. Mégis, úgy tűnik, ha a kormány és a koalíciós többség oldaláról nem is gerjesztették ezeket a híreszteléseket kifejezetten, de nem is siettek azokat elutasítani. A híresztelésekkel szemben hivatalos cáfolat nem született. Nem történt kísérlet a való helyzet hivatalos, adatokkal alátámasztott ismertetésére sem. Talán alkalmas támaszt láttak ezekben a vádakban az Alkotmánybíróság hatáskörének átmeneti korlátozását, a polgárokkal való közvetlen kapcsolatának ellehetetlenítését célzó, az Alaptörvénnyel párhuzamosan meghozott intézkedéseikhez? (Ezek eredményeként gyengültek a demokratikus jogállam biztosítékai a magyar jogrendben. Az Alkotmánybíróság létszámának növelése és hatáskörének a bírói gyakorlattal kapcsolatos látszólagos kiterjesztése ezeket a korlátozások-

<sup>1</sup> Akarjuk-e az államot? In *Krónika*. Szombathely, 1996. február 09.

kat nem ellensúlyozza. Már felvettem egyszer a kérdést, most felvetem újra: akarjuk mi – akarja a politikai elit igazán a jogállamot?<sup>1</sup>

Kérdés, hogy ünnepi kötetbe illenek-e a sorok, amelyekkel e három, ünnepelet barátunk nevéhez is tapadó híreszteléssel szeretnék leszámolni. Kérdés, méltó-e bíróhoz, hogy a saját határozatba foglalt álláspontját sanda, rosszindulatú támadásokkal szemben a nyilvánosság előtt védelmezze. Ám nem a személyes érintettség okán teszem, hanem ünnepelet barátunk jó híréért: ő maga nyilván nem fog oda leereszkedni, hogy a rá (ránk) szórt sárral érdemben foglalkozzék. Nem is neki van a tisztázásra szüksége, hanem a rövid emlékeztető és félre tájékoztatott társadalomnak.

Az első vitatott álláspont az Alkotmánybíróságnak a kárpótlással és az igaztalanul elvont vagyon visszaadásával, a reprivatizációval kapcsolatos döntéseit érinti (21/1990 (X. 4.) AB, (16/1991 (IV. 20.) AB, 66/1992 (XII. 17./AB).

### Kárpótlás

„Nem kaphatták vissza igaztalanul elvett tulajdonukat a szocialista rendszer kifosztott kárvallottjai, mert az Alkotmánybíróság ennek törvénnyel történő rendezését megakadályozta!” – így hangzik az első, legutóbb Sepsey Tamás által részletesen kifejtett szemrehányás, a kárpótlások suta, sikertelen módjéért a felelősséget az Alkotmánybíróságra háritandó.

A vád valótlán. Arról, hogy kinek mi jár, az AB már csak azért sem nyilatkozott, mert az ebben a határozott formában legfeljebb a rendes bíróság [25/1990 (XI. 8.) AB], de nem a törvényhozás feladata. Az Alkotmánybíróság hatásköre viszont a jogalkotás alkotmányosságának ellenőrzésére szól. Ezért az érdemi nyilatkozatot kifejezetten megtagadta. Arra figyelmeztetett, hogy a hatalom jogállami megosztása során mindegyik hatalmi ág maradjon a neki juttatott feladatkör határai között.

Ellenőrzésre, nem tanácsadásra hivatott az AB. A kérdés viszont alkalmat adott az alkotmánybíróságnak arra, hogy az előzetes, még el nem fogadott törvényszöveggel kapcsolatosan kért normakontroll lehetőségét minimumra szorítsa. Nem tiszte ugyanis részt venni a jogalkotásban, csak bírálatot mondhat arról [28/1991 (VI. 3.) AB].

Az AB abból indult ki, hogy a rendszerváltás a legalitás formai alapján ment végbe. Ha a maga idején jogszabályszerűn történt a vagyonlevonás, úgy az megtörtént, és csak újabb jogalkotói aktussal – ex gratia – lehet a helyzetet kedvezőbbre változtatni. A változtatást kimondó újabb jogi normának viszont már meg kell felelnie az új, (noha számában egyelőre még régi) Alkotmány követelményeinek.

Ha azonban a maga idején is jogellenesen történt a tulajdonosnak tulajdona birtokától való megfosztása, úgy az elvben – így az AB – a tulajdon jogát nem

érintheti. Az akár fenn is állhat, folyamatosan, de a hozzá való igény kérdése a rendes bíróságok hatáskörébe tartozik. A törvényhozás abban nem illetékes. Az AB álláspontja szerint ugyanis a legalitás elve azt is jelentette, hogy az állami (vagy szövetkezeti) tulajdonba vételnek jogszabály szerint kellett, a maga idejében, történnie, mert jogellenesen tulajdon nem jön létre. Minthogy a tulajdon nem évül el, ott, ahol az eredeti tulajdon helyébe nem lépett másik jog, a tulajdon fennmaradt, és Bíróság előtt érvényesíthető. Ez sokak számára jelenthetett volna megoldást. Ám az ilyen igényeknek, midőn a tulajdonosok azt érvényesíteni kívánták, a Bíróságok – a Legfelsőbb Bíróság eseti döntését követve –nem adtak helyt, „mert ez nem lenne igazságos”.

Ha pedig az állam jóvátételként adni akar valamit a kárt szenvedetteknek, akkor az egyenlőség elve alapján kell eljárnia. Gazdasági célszerűség szerint tehet különbséget termőföld és lakás között, akár szabhat a juttatásnak felső határt a társadalom teherbíró képességére, valamint a rendelkezésre álló javak korlátozott mennyiségére figyelemmel. Ám kárpótolni a károsultakat kell, arányosan, nem a klientélát előnyhöz juttatni ez úton. Magam is adtam erre, ennek mikéntjére ötletet<sup>2</sup>, de nem a juttatottak társadalmi helyzete (földműves – iparos) szerint különböztetve. Ha az állam tulajdont kíván visszajuttatni, teheti, de akkor a tulajdonosokat egyenlően kell kezelnie. Amikor viszont az AB ezt elvi szinten rögzítette, a téma iránt a politikusok érdeklődése egyszerűen megcsappant.

Ezen akadt el a politikai folyamat. A Kisgazdák a mezőgazda lakosság vagyionát részben szívesen visszajuttatták volna természetben, de nem a nagybirtokot – viszont a városi lakások és műhelyek visszajuttatása ellen több párt is tiltakozott. Alkotmányosan a reprivatizációt az országgyűlésnek nem sikerült megoldani, mert túlzottan szétágaztak a klientúrák érdekei.

Így hát a reprivatizáció mindkét úton elakadt, de nem az AB, hanem az Országgyűlés, illetve az LFB ellenállásán! Igaz, utóbbival az AB többsége nem volt hajlandó szembe helyezkedni ([15/1993 (III. 12.) AB].<sup>3</sup>

### A szocialista vezetők elszámoltatása

Nézzünk szembe a második váddal, a Zétényi – Takács féle törvényjavaslat megsemmisítésével kapcsolatban a múlt bűnöseivel szembeni eljárás elszegésének vádjával [11/1992 (III. 5.) AB, (41/1993 VI. 30.) AB, 42/1993 (VI. 30.) AB, 53/1993 (X. 3.) AB határozatok]!

A szocialistának mondott éra egyrészt még saját érvényes jogával szemben is alkalmazott a maga céljai elérésére törvénytelen, igazságtalan, hatalommal

<sup>2</sup> Mindnyájan egy hajóban ülünk. In *Valóság*, 1991/3, 28–35.

<sup>3</sup> Vö. a határozattal kapcsolatos párhuzamos indokolásomban kifejtetteket.

visszaélő eszközöket, eljárásokat, elnézett és tudomásul vett alkotmányellenes megkülönböztetéseket. Másrészt bizonyos személyi, az államhatalomhoz és a Párthoz kötődő kör vonatkozásában megakadályozta a bűnvádi felelősségre vonást, az ügyészi vádmonopóliumot e személyek vonatkozásában akár köz-bűncselekmények, akár hatalommal visszaélés esetén nem engedte érvényesülni. Az ilyen kivételeket megállapító szabályokat ugyan az AB mindjárt működése kezdetén megsemmisítette, de a vádmonopólium maradt, és a gyakorlatban az ügyészség alig indított a múlt rendszer funkcionáriusai ellen eljárást, bár annak jogszabályi akadályát az AB már elhárította.

A közvélemény egyre türelmetlenebbül kezdte számon kérni az elszámolás vagy leszámolás elmaradását a politikai hatalomtól. Érdekes, hogy a legkézenfekvőbb megoldás, az 1949-ben megszüntetett Közigazgatási Bíróság helyreállítása, senkinek sem jutott eszébe. Pedig, hogy akár az államhatalommal való visszaélés, akár hatósági túlkapások, akár az államvagyon hűtlen kezelése terén ez lett volna – s máig ez lenne! – a legalkalmasabb fórum, aligha vitatható.

E helyett a pártok, pótmegoldásként, ott igyekeztek eredményt elérni, ahol látszólag nyílt terük volt, a törvényhozásban. A Zétényi–Takács-féle kísérlet, noha mint jogalkotási mű is eléggé félresikerült volt, teljes szereptévesztésben is gondolkodott: a jövőre szóló jogalkotás helyett a múlt jogi tényeit (az idő múlásának jogi értékelését) módosító törvényt kívánt hozni, hogy az időmúlás akadályát a felelősségre vonás útjából elhárítsa.

Az Alkotmánybíróság, mikor a törvény eléje került, nehéz helyzetben volt. Nem szakmailag: a törvénynek mind a hatalmi ágak megosztását sértő volta, mind a múlt jogi tényeit változtatni kívánó (a korabeli jogi minősítést visszamenőlegesen alakító) tartalma nyilvánvalón alkotmányt sértett. Kétségtelen volt a törvény „pótcselekvés-jellege” is: hogy ti. a törvényhozás próbálja átvenni a vádhatóság vagy a bíróság szerepét, minthogy azok e téren elégtelenek, tehetetlenek mutatkoztak. Ez viszont jogállamban nem volt elfogadható, nem volt menthető megoldás sem, semmilyen cél érdekében. (De – mint arra az AB rámutatott – nem is lett volna szükség az Országgyűlésnek az elszámoltatáshoz ezekre az eszközökre.)

Az AB tehát nem tehetett mást, mint hogy alkotmányellenessé nyilvánítsa a visszatekintő jogalkotást, noha tudatában volt annak, hogy döntésével a maga politikai elfogadottságát kockáztatja. Ám a jogállamiság alapkövetelményeinek feladását népszerűségi szempontból nem tartották a bírók elképzelhetőnek, lelki ismeretükkel összecsgezethetőnek.

Mikor az elévülést visszamenőleg módosító törvényt az AB megsemmisítette, az országgyűlés megkísérelte Ogy. határozattal „értelmezni” politikai felfogását az elévülés nyugvásáról. Maga a kísérlet eleve sikertelen lett volna, mert nem lett volna a határozat a bírói gyakorlatban érvényesíthető. Az AB, álláspontom szerint e határozat megsemmisítése során „túllőtt a célon”, és ugyancsak a szükségesnél keményebben reagált arra a törvénymódosításra is,

amely az elévülés megállapítását csak nyilvános eljárásban bírói döntéssel kívánta lehetővé tenni, tehát bizonyos körben elvonta az ügyészségtől a vádelejtés, illetve vádemelés mellőzésének jogát, „ha a cselekmény ügy is elévült.”<sup>4</sup> (Ma is úgy vélem, hogy a politikai feszültséget oldotta volna, ha a vádhatóság helyett bíróság döntött volna adott esetekben az elévülés megtörténtéről.)

Erdemben azonban ezek az alkotmánybírói döntések a bűnösök felelőségre vonását nem akadályozták, sőt helyesen olvasva még az ehhez vezető alkotmányos utat is megmutatták. Az Alkotmánybíróság ugyanis mintegy saját iniciatívára állapította meg a háborús és népellenes cselekmények elévülhetetlen voltát, az Alkotmány 7. § szerint, a nemzetközi jogból levezetve, a magyar tételes büntető jog hézagát e vonatkozásban kitöltve. Az AB tehát – a számára lehetséges mértéken belül – megkísérelte jelezni az alkotmányos megoldás útját, de amint a kárpótlás esetében, az útmutatás a közvélemény és az országgyűlés figyelmét egyaránt elkerülte és alig tudatosodott, a politikusok pedig itt sem vették jelzéseit. A politikai akaratot azonban az AB nem pótolhatta.

### Nemzeti vagyon

A harmadik szemrehányás a „Sólyom-féle alkotmánybírósgot” az elvesztetett nemzeti vagyon miatt érte. A 28/1991 (VI. 3.) AB határozatban az AB kifejtette: a tulajdonviszonyok rendezése érdekében hozott törvény (az ún. kárpótlási törvény) ügyében kifejezetten a legalitás rendszerváltó elve alapján, a teljes kártalanítástól kezdve, egy sor megoldást el tudott volna alkotmányosnak fogadni. Mégis, a kárpótlási jegy, mint értékpapír, nem vált be. A vele való további manipulációk során a kártalanításban a károsultak helyett jórészt az ügyeskedők részesedtek. Ez az egész folyamatot, az azt megindítók szándékától függetlenül – és nem is az alkotmánytól függő okokból – aggályossá és károsá fordította. A laikus, sem a joghoz, sem a gazdasági összefüggésekhez nem igazán értő, de a káros eredményt előbb-utóbb (inkább utóbb) felfogó átlagpolgár előtt könnyű volt a folyamatért a mindenható alkotmánybírósgot elmarasztalni.

Tény, hogy már a rendszerváltó Alkotmány kihirdetését, 1989. október 23-át jóval megelőzőn, még a Németh-kormány idején, megszületett a közvagyon privatizálását lehetővé tévő jogszabályok sora, melyek azon liberális elv alapján álltak, hogy minden tulajdon hasznosabb a köznek, mint a köztulajdon! „Az állam a legrosszabb gazda!” El is kezdődött a köztulajdon elbontása, magánkézbe, többnyire vállalati – társasági kézbe való átjuttatása. Kísérlet történt az összes közszolgáltatások anyagi bázisának magánosítására, hogy aztán

<sup>4</sup> Lásd e határozathoz fűződő különvéleményeim, melyek helyességére vonatkozó nézetemet fentartom.

anyagi alap híján a szolgáltatás is piaci feltételekkel legyen megoldható. A folyamat, így a lakásvagyon magánkézbe adása, a polgári oldal választási győzelme után is folytatódott.

Az Alkotmánybíróság, panasz és indítvány nélkül, ebbe a folyamatba csak elvétve szólhatott bele, de megnyilatkozott pl. a közművagyton önkormányzatoknak való juttatása, részletkérdésekben a lakásvagyon bérlők kezére való átadása (pl. az egy lakásos házaknak akár minden ellenérték nélkül való magánkézbe juttatása) tárgyában, és pedig általában a közérdeket szem előtt tartva. Leghatározottabb és hatásosabb állásfoglalása az ún. Bokros-csomag hatályba léptetésének megakadályozása volt. Semmi esetre sem lehet sem azt állítani, hogy a köztulajdon elherdálását érdektelenül szemlélte, hogy ott, ahol módja volt rá, nem igyekezett a folyamatot azon alkotmányos szempont szerint irányítani, amely szerint köz- és magántulajdon egyenlő védelmet igényelhet.

Maga a rendszerváltó Alkotmány két ponton adott volna fogódzót a közvagyon védelméhez. Egyrészt, midőn 10. §-ában rögzítette, hogy az állam tulajdona nemzeti vagyon. Másrészt, midőn 9. §-ában meghatározta, hogy Magyarország gazdasága olyan piacgazdaság, amelyben a köztulajdon és a magántulajdon egyenjogú és egyenlő védelemben részesül.

A továbbiakban az Alkotmánynak a tulajdonviszonyokra vonatkozó rendelkezésein érződik az az átmeneti jelleg, amellyel a Magyar Köztársaság alkotmánya a szociális piacgazdaságot megvalósító jogállamba való békés átmenet elősegítésére törekszik. A bevezető szakaszok az ország, az állam, a köztársaság, a nép, a nemzet fogalmakat nem pontosan, mindig azonos értelemben használja, ezért nehéz volt a szövegből nyelvtani értelmezéssel az alkotmányos előírásokat kibontani.<sup>5</sup>

Az Alkotmány alapján a piacgazdaság cél volt, a piacon köz- és magántulajdonosok szerepeltek, gazdálkodtak, egyenlő jogokkal és egyenlő védettséggel: a gazdálkodók tulajdona részben elismert, részben tiszteletben tartott, részben védett, illetőleg biztosított.

Ebből a nem egészen egyértelmű, határozatlan szöveghelyzetből kiindulva az Alkotmánybíróság kibontotta azt az álláspontot, hogy a piac és piacgazdaság alkotmányosan nem érték, hanem állapot, gazdasági viszonyfogalom. Ezzel szemben a tulajdon alapjog, ugyanígy a szerződés és a vállalkozás szabadsága is. Ezek fényében nem igazán tudott mit kezdeni a munkához való joggal, valamint az egyenlő munkáért egyenlő ellenértéket ígérő és előíró tételekkel. Ugyancsak hamar elvetette a politikai akarat a szociális piacgazdasághoz tartozó harmadik generációs alapjogokat, legalább is, mint közvetlen érvényesítendő, az Alkotmányból eleve levezethető igényeket. Az Alkotmánybíróság többsége akár a szociális biztonság, akár a létminimumhoz való jog vonatko-

<sup>5</sup> Tudjátok-e mi a haza? In HAJAS BARNABÁS – SCHANDA BALÁZS (szerk.): *Fornatori iuris publici. Ünnepi kötet Kéllényi Géza professzor hetvenedik születésnapjára*. Budapest: Szent István Társulat, 2006, 597–604.



zásában általában azon az állásponton volt, hogy ezek a jogalkotó számára megfogalmazott feladatok, közvetlen nem hívhatók fel az állammal szemben.

Tény, hogy az Alkotmánybíróságnak lett volna joga rámutatni azon jogalkotói mulasztásokra, amelyek révén joghézag, s ezzel alkotmányos deficit keletkezett. Már utaltam rá, hogy az általában „aktív”-nak elkönyvelt első alkotmánybírói testület igyekezett a maga hatáskörét inkább lehatároltan felfogni, mintsem tágítani. Esetenként talán kár volt, de a politikai háttérnek feltétlen megfelelt, hogy vártuk a jogalkotó kezdeményezését az alkotmány megpendítette értékek gyakorlatba való átültetésére. Így volt ez pl. köz- és magántulajdon egyenlő védelmével kapcsolatban, ahol a magántulajdonnak a kisajátításával kapcsolatban a törvény is, az Alkotmány is határozott fogódzót nyújtott az azonnali, egyenértékű, teljes és csak közcéllal történhető kisajátítás vonatkozásában. Arra az alkotmány „azonos” előírása nem volt elégséges, hogy a közvagyon privatizálása esetére ugyanazon mértéket alkalmazzák, mint a magánvagyon szocializálása esetére, hogy csak közérdekből, törvény alapján, a vagyonmérleg megóvásával történhessen az ilyen elvonás.<sup>6</sup> Elmaradt a megfelelő törvényi meghatározása annak a felelősségnek is, amellyel az állam önállóan gazdálkodó egységei az Alkotmány 11. § szerint tartoztak volna a kezelésükbe adott vagyonért, noha az Alkotmánybíróság ez irányban adott elvi útmutatást.<sup>7</sup>

Mindenesetre az állami (nemzeti) vagyon védelmére nem annyira az Alkotmánybíróság lett volna hivatott, annak erre szervezete sem volt. Ez az Állami Számvevőszék feladata lett volna, amely e feladatának becsülettel és szakszerűen eleget is tett (amennyire én meg tudom ítélni). Hogy aztán az Országgyűlés, amely felé jelzéseit adta, többségi alapon épp úgy bizalmat szavazott a kormányok vagyonkezelésének, mint amennyire bizalommal fogadta az őszi önvallomást is – ez az Alkotmánybíróságnak még áttételesen sem róható fel.

A rendszerváltás felemás eredményéért, elhúzódásáért vagy éppen meg nem történtéért nem az Alkotmánybíróság felelős. Jogállamiságunk nem egy megvalósult értékét viszont közvetlenül köszönhetjük a testületnek, és első-sorban első vezetőjének, akit most ezen ünnepi sorokkal köszönhetünk.

<sup>6</sup> Közvagyon védelme, *Superflua lex? Non loquitur?* MJ 2007. 12. 724–729.

<sup>7</sup> Jelentős az Alkotmány (alaptörvény) erkölcsi tartalmának kifejtése szempontjából mind ünnepelt kollegánk, mind sok bírótársunk irodalmi munkássága. Magam két összefoglaló jellegű tanulmányomat szeretném ezzel kapcsolatban meghivatkozni, az emberi méltóság és család, illetve a köz- és magántulajdon alapvető jogi kategóriáinak tudatosítása tárgyában: a Szent István Akadémián tartott székfoglaló előadásomat: *Az Alkotmány értéktartalma és a mai politika* címen (Bp., 2006, 71.) és a *Iura* 2010/1. számában megjelent *Észrevételek a magánjog új törvénykönyvéhez c. dolgozatot*, 195–207.



V.  
EGYÉB



PÉTER CSERMELY

## TALENT SUPPORT NETWORKS ARE KEYS OF MODERN EDUCATION

### 1. Growing importance of talents in the 21<sup>st</sup> century

#### 1.1. *The Earth has a huge reserve of talents*

Our world is facing new challenges, which requires novel solutions. Sustainable growth, one of László Sólyom's major topics, not only imposes a limitation of population-growth (which at the time of writing this essay passed 7 billion) and of the use of environmental resources, but also needs completely new approaches in technology, lifestyle, and cooperation.

Creative solutions need creative minds. Thus the world has a rapidly increasing talent deficit. Firms, governments, countries are searching for more and more talents. It is often said: we are in a war for talents. Moreover it is widely believed that crisis develops a situation, where only the bests can survive. The winners will be the survivors, who will take all, what has remained. These ideas are wide-spread misconceptions, which are, in part, reminiscent to the Nietzschean 'Übermensch' concept, which should warn us all.

The real situation is not a zero-sum game, where the only task is to select the more able and let them win. The world not only has a huge talent deficit, but also has an enormous talent reserve. Hundred thousands of talents remain undiscovered each year. Talent support often concentrates only to the top of the top: the geniuses. However, the distribution of talent is like a pyramid. This pyramid does have a peak. This is where the very few extraordinarily talented, the geniuses are found. However, as all pyramids, the pyramid of talents has also a base. This base is the wide population of talent-promises. In the base of the talent-pyramid we find the vast reserve of undiscovered, young kids, who have a touch of originality, a special element of hidden quality. With encouragement, with proper support a lot of them might become talents.

Moreover, we have a plethora of talent types. Schools usually discover talents only by the subjects taught in the curriculum. The math teacher sees only math talents (if any...) and he is blind to observe anything else. One of my best students, who later won the EU contest of science and innovation, was discovered by the mathematics teacher not because he solved the mathematical problems brilliantly. He was discovered because he misbehaved. He drew naked women during the explanations of the teacher. This school was

a catholic school, so there was every reason to scold the student of this behaviour. Fortunately, the teacher had a sense to recognize the unusual. So he started to think. What can be the reason that this little guy draws naked women at my class? Maybe he is a bad boy having too much testosterone already. But maybe he is simply bored. Let's have a try. He gave much harder problems to the boy – which he solved easily. The boy started to have a hard time only at mathematical problems of five times higher level. In fact, these were the first mathematical problems, which made a challenge to the misbehaving young boy, making the first intellectual excitement of his life – ever. Due to the curiosity and non-conventional thinking of the teacher – a new talent was born. Sir Ken Robinson's famous 2006 TED talk (seen by more than 7 million people so far)<sup>1</sup> brings the example of the discovery of Gillian Lynne, showing the very same situation. The young Gillian was not able to listen to the teachers at school, and was recognized as someone having a learning disorder. She was taken to doctors, until one of them left her alone in the room. When she felt alone, she started to dance. And she danced brilliantly. The gifted doctor told to the mother: "Mrs. Lynne, Gillian is not sick, she is a dancer. Take her to a dance school." And another talent was born, who became later the choreographer of "Cats" and the "Phantom of the Opera" among others.

Talent may not be hidden in mathematics or in dancing only. The thousands of specific abilities are nicely demonstrated by the Piirto-model<sup>2</sup> listing any of the usual subjects in schools, any types of arts, sports, a myriad of talents related to manual skills, and also talent in entrepreneurship, communication, or even spiritual talent. The importance of spiritual talent echoes Mr. Sólyom's words at the closing conference of the Hungarian Genius Programme in October 2011 emphasizing that salvation is the final goal, and God's grace and mercy are helping the free will on the long path taken to reach this goal.

The multitude of talents warns us that the recognition of talent needs a lot of creativity, patience, long-term thinking, trust, love and belief. The good mentor is not seeing the student, who is standing before her, but the student, who may develop after twenty years, if everything goes in an optimal way.

### *1.2. Complex systems need creativity to solve new situations*

The current economic crisis and all the other crisis-waves to come (water, energy, food, migration, etc.) all make completely unexpected situations,

<sup>1</sup> [http://www.ted.com/talks/ken\\_robinson\\_says\\_schools\\_kill\\_creativity.html](http://www.ted.com/talks/ken_robinson_says_schools_kill_creativity.html)

<sup>2</sup> JANE PIIRTO: *Talented children and adults: Their development and education*. 2<sup>nd</sup> Ed. Columbus, OH, USA: Prentice Hall/Merrill, 1999.

where we will need totally novel solutions. We live in a world, where unexpected changes became an everyday experience. The unpredictable influences of the environment are amplified by the herding behaviour of the modern society. 'Good costumers' go after the crowd, and their copied behaviour lead to decision avalanches. This behaviour will magnify even those changes, which were at the beginning rather minor. The 'media-effect' provides an additional powerful element of this amplification cascade. Only the unusual stories make the news. This draws the attention of the majority to minor elements of unusual behaviour, which by the copy-mechanism of the crowd may now spread at an amazing speed.

In unexpected situations survival of complex systems needs creative behaviour. Thus creative people are our life insurance. Novel solutions require a large diversity of talents. Thus there is no winner, who will take all. We need a wide-spread cooperation of various talents to solve our major problems. This makes not only one, but a large number of winners in the future. And do not forget, we do not know, which type of talents we shall need next. Therefore we must treasure all.

### *1.3. Talents need support*

We often think that talent – just happens. Talent is something – which just grows. This is not true. Talent is often hidden, which needs discovery, needs support and needs networks. Many of our hidden talents remain undiscovered. The modern concept of talent states that anyone may hide a form a talent. Talent is like an iceberg. The vast majority of talent is hidden, and only waits a good occasion to reveal itself. Any one of us may hide a treasury of hidden talents, and good teachers do know the secret words: "Open sesame!" to liberate this magnificent energy. As much as one third of our students may be talented in any class, and we never know, which of our students will reveal her or his talent in the next month.

Moreover, talent can be revealed any time in our life. Each novel situation in our life, the birth of our children, but our first year in pension, the birth of our grandchildren all may liberate novel, hidden talents in us. As a summary, the word "untalented" should be erased from our vocabulary forever. The world has millions and millions of gifted students, who loose their chance to live a creative live by the end of their teenager years. This is an unacceptably large loss – a loss of our better future. Thus, we have a huge talent reserve. Proper networking helps to find, develop and keep our talents.

## 2. Networking strategies of talents

Talent-support will not lead to success, if we are unable to teach our talented students to appreciate networks. Networking is a must for success in a modern society.<sup>3</sup> Networking not only teaches us how to cooperate, not only introduces us completely novel skills, information and areas, but also lets us explain our own talent – in a thousand different way. If we can put our talent into various different contexts, and can show its different values in all of these, the market value (and the success) of our talent will be multiplied. Successful networking techniques never forget that a good network is extremely dynamic. There is an inner core of contacts (our family, our closest friends), which stays stable for decades. However, the outer shells of our contact-structure continuously fade and recover.

There are two major networking strategies: 1.) the safety-seeking and 2.) the novelty seeking behaviour. Both are correct, if applied in a proper situation. The safety seeker is making contacts with the friends of her friends. In this way a tightly interwoven network is built, which is ideal if we speak about the closest family, or we became a member of a new community. However, in other situations novelty-seeking may bring larger benefits. A novelty-seeker identifies the centres of the group, the opinion-leaders. Builds a contact with them, since they more-less represent the whole group. The novelty-seeker also identifies those unusual members of the group, who are open to build novel contacts. These group-members may be the “envoys” of other, distant groups in the social network bridging large social distances by their curiosity and openness. These nodes may introduce the novelty-seeker to a completely new group, where he identifies the centres and unusual members again...

Not all network positions are equal. Ronald Burt, a member of the famous Chicago-school of sociology described ‘structural holes’ in his seminal book.<sup>4</sup> If you are positioned in a structural hole, your immediate neighbours in the network do not know each other. Moreover, not only your immediate neighbours do not know each other, but their neighbours also do not know each other. If you are lucky, than you make the only contact between the two groups, group ‘A’ and group ‘B’, where your two friends, Anna and Beatrice belong. What does this mean? If you tell anything to Anna, which

<sup>3</sup> CSERMELY PÉTER: *Weak links: Stabilizers of Complex Systems from Proteins to Social Networks*. Heidelberg, Germany: Springer Verlag, 2006; 2009; NICHOLAS A. CHRISTAKIS – JAMES H. FOWLER: *Connected: The Surprising Power of Our Social Networks and How They Shape Our Lives - How Your Friends' Friends' Friends Affect Everything You Feel, Think, and Do*. Boston MA, USA: Back Bay Books, 2011.

<sup>4</sup> RONALD S. BURT: *Structural Holes: The Social Structure of Competition*. Cambridge MA, USA: Harvard University Press, 1995.



you learned from Beatrice, Anna and her group will be extremely happy, since there were no ways, how they may have learned this information from anyone else. You will be an important, interesting person, for both groups. But what happens, if Anna and Beatrice know each other? If you learn about something from Beatrice and try to tell it to Anna, Anna will yawn. Listen, this is old stuff, I have heard it already from Beatrice a long time ago. If your friends know each other you will be a looser in the networking game.

When I made these statements in a lecture, which I had in Hungary, a teacher approached me later and told: "Professor Csermely, I would not want to live in your world". When I asked her the reason, she responded: "If people would live as you suggested they would carefully plan their friendships, and would not approach someone just because she is already a friend of their former friend. This is a world of cruel, planned contacts, a Phalanstery, where I would not live for a fortune." You do not have to worry on this. First, in reality you seldom start a contact by listing your friends to see how many of them are common. Secondly, and more importantly: these decisions are seldom conscious. Building 'high-value', non-redundant contacts needs a lifestyle, which is open for novelty, and open for a change. If you treat novel situations and information as an exciting challenge instead of conceiving them as a problem, you will build a successful network without ever thinking of it.

Another remark hearing the advice of building non-redundant contacts came from a Hungarian high school student. "Peter, if I want to be successful and follow your advice, I have to quit talking to some members of my family. I have a family, where members know each other. My father knows my mother, both of them know my sister, and I know all of them. Any of us is a looser in the networking game." No, your family ties are exceptions of this rule. You do need a very strongly-knit personal network around you to ensure your emotional stability. This is an equally important piece of success than the non-redundant contacts I mentioned. The non-redundancy should come into picture only at the second or third rounds of social contacts.

What do you need to develop a successful social network? First of all: you need a positive self-image. How can you check that? You should make the bathroom mirror test. You enter your bathroom early in the morning. The first part of the test is, if you can actually have a look to your own face at the mirror or not. The second part is, if you can smile to your image in the mirror. The third and last part is, if you can tell to yourself without laughing that "I am pretty, I am skilful, and I will be successful and lucky today". If you passed this test you will spread positive comments around you, which is a must for building any type of network. If you have not passed this test – practice! After seven consecutive mornings you will start to think that you are right: in fact, you are pretty, skilful, successful and lucky. And so you will be.

The importance of spreading positive comments around you can be judged by the 1:5 rule. This was a finding after a video-recording of conversations between couples. The researchers analyzed the content of the conversations regarding the number of positive or negative messages about the partner. As an average the partnership was still viable after 5 years only, if the number of positive messages was 5-times higher than that of the negative messages. We are thirsty for positive feedback (as a type of modern-age grooming) and quit contacts, if they will not satisfy this thirstiness.

Thus, contact building requires long-term thinking. A good example of this is the marshmallow test. Almost forty years ago, the famous American psychologist, Walter Mischel made a classic experiment. He left 4-year-olds kids in a room with a bell and a marshmallow. If they rang the bell, he would come back and they could eat the marshmallow. If, however, they did not ring the bell and waited for him to come back on his own, they could then have two marshmallows. Their performance varied widely. Some rang the bell within a minute. Others lasted 15 minutes. The children who waited longer had better results in school later on. They got into better colleges and had, on average, better adult outcomes. The children who rang the bell quickest were more aggressive in schools. They received worse teacher and parental evaluations 10 years later, and were more likely to have drug problems at age 32.

Positive content will bring us new contacts, trust and curiosity to build long-term contacts, weak links, resulting in a non-redundant personal social network. Our willingness to spread positive content will also raise positive remarks on us. Smiles evoke smiles. This all will enforce our positive thinking, and will act as a self-amplifying circle. This is an angel-circle ensuring both our short-term well-being and long-term success and forming a lesson, which we should teach to all of the gifted and talented around us.

### **3. Talent support networks as essential parts of education**

#### ***3.1. Support of talents***

We have thousands of undiscovered talents – wherever we go. Talent is not only a question of IQ, it has as many forms as many situations we have in our life. Every one of us must be aware of the vast amount of unexplored talent – around and within. Discovery and nurturing talent has to be a life-experience from the moment of conception to death.

Talent is usually perceived as a one-person show. A real talent conquers the world and wins – all alone. This misinterpretation of talent is not true.

<sup>5</sup> TEDx talk on the Tao of Talent: <http://youtu.be/3nVtu8LneS0>.

Talent needs the support of society (and society needs the support of talent) to grow. This is what I call the “Tao of Talent”.<sup>5</sup> Talent support networks significantly increase the amount of discovered, properly guided and nurtured talents. With a globalized talent support network we can increase and mobilize our talent pool in each country on Earth. With the millions and millions of newly discovered talents we may overcome the zero-sum talent game. Instead of fighting talent wars for the best, and inducing new and new waves of brain drain, we should build a talent friendly society both at home and everywhere on Earth.

The most important tasks of successful talent support are to

- find the type of talent our student has,
- to discover how to help it in an optimal way,
- to suggest an order of different talents and selection of that one which should be developed first
- to organize the support of the family, friends, etc.
- and finally to allow re-creation and a normal human life.

Our talents are also children, they need time to play, to find joy, and love. However, we should not forget about ourselves, talent supporters, teachers. Our own burnout is a very serious and usual problem, which we are not recognizing, but neglecting. This neglect leads to imperfect support, and may even cause personal tragedies. Talent support is not self-sacrifice. It gives a tremendous amount of joy, self-knowledge and self-development for the mentor. But all these joyful events may only take place if teachers are not overburdening themselves.

### *3.2. Types of talents*

We have a multitude of talent-types, if we consider the attitude of talented students towards their own talent.<sup>6</sup>

- (1) The first type is the ‘good student’. This student knows the correct answer to all questions of the teacher. She knows actually the correct answer to those questions, which have not even asked yet. She learns the lesson of the next lecture, and actually she learns the whole book in the beginning of the year to figure out the next question of the teacher well ahead. She might even have a mind-reading ability – as sometimes we may conclude.

<sup>6</sup> See a more detailed description here: [www.alps-publishing.com](http://www.alps-publishing.com)

- (2) The second type is just the opposite, the 'debater'. This student is the nightmare of the teacher, the one we hope never meeting again. He also learns all books in advance. He actually cross-checks the internet for much more information. He prepares nasty questions to each lecture, which can not be answered. He prepares traps by asking questions which have an obvious, but wrong answer, and when the teachers gives this answer, he gloriously proves that it is a blunder.
- (3) The third type is the 'deviant'. This student suffered a lot already. His talent had never been recognized. Actually he might even be ridiculed by the family, by the friends, teachers, etc. This student developed a helmet and a whole set of armour around him to get protected from the frustration and neglect. However, his creative energy is still within. This energy does not find a way to escape and just grows and grows. There are three questions which do not have an answer: when will this energy explode, how will this energy explode and to what extent will this energy explode. However, there is one thing we can be sure of: the accumulating creative energy of the 'deviant talents' will sooner or later explode. Usually sooner, much sooner than we would expect. This mis-channelled creativity often leads to criminal acts, such as aggressive behaviour, drug-abuse, or even more serious offences. However, this creative energy can be channelled to a productive outcome. This needs a special voice, a lot of respect, acceptance and love. If we can approach the 'deviant talent' with an exceptionally high intensity of these positive messages it may make a miracle, and turn him from a deviant to a role model as Saulus changed in his way to Damascus.
- (4) The fourth type is the 'hiding'. This is actually worse than the 'deviant'. Why? Here the frustrations were more-less the same. However, the reaction was different. Here the energy has already been lost. This student learned that "talent is dangerous". Talent should be hidden. "Come'on! Everyone is talented in this class – but me. I am not talented at all. Never been." To bring the creative energy back – this needs months, if not years of nurturing care, trust and love.
- (5) The fifth type is the 'unbalanced talent'. Actually most talented students are unbalanced. They are extraordinarily good in something – and miserable in others. They may be genius from mathematics, but may completely lack communication skills to tell this to their teacher. These unbalanced talents are perfect subjects of the efforts for students with special needs education in its traditional sense.
- (6) The last type is our dream. The independent learner. This student recognizes the best source to develop her talent in her neighbourhood. She can explain her talent to the person representing this source and can convince this person to cooperate in the development of her talent. She

learns the possibilities this person may offer, finds the optimal choice, gets the information how to reach that special person and goes ahead. This optimization strategy can lead to an unbelievably fast speed in the development of talent.

### *3.3. Talent support as an essential part of modern education*

As we summarized in the book of Wing and Weight,<sup>7</sup> a result of the work of the Wise Persons Council<sup>8</sup> established by László Sólyom in 2008, a paradigm-change is needed in Hungarian education. We have to concentrate on the talent and values of the students around us, and not on their insufficiencies. All of them have both. If we point out the weaknesses, the students will accommodate themselves to these expectations, and will consistently under-perform. If we give them love and trust they will develop their hidden treasures, and we will be the most surprised what a multitude of gifts will become manifest. In this way we can break the failure-cascade, and change it to a series of successful events, where the next success is encouraged by the last. Talent support is an essential part of the personalized treatment of modern education.

### *3.4. Traditions of talent support in Hungary*

Hungary has a Janus-face regarding talent. Hungarians have been accommodated to survive crisis after crisis from the birth of this country more than a thousand years ago. Unexpectedly novel solutions are a commonplace here. This habit was rather a burden, when the country had to get accustomed to the Western standards of the modern industrial world twenty years ago. However, the very same habit will be a treasure in the rest of this century, when mankind has to find entirely novel answers to challenges never seen before.

Many segments of the Hungarian education have extremely high standards and traditions. EU reports list the “supply side”, such as the number of scientists, the quality of public research institutes, etc. rather high in Hungary. Similarly to this evaluation a recent report<sup>9</sup> ranked Hungary as 19<sup>th</sup> of all countries regarding the complexity of its world-trade patterns, which reflects

<sup>7</sup> Csermely Péter – Fodor István – Eva Joly – Lámfalussy Sándor: *Wing and weight. Recommendations to renew the education and to prevent corruption in Hungary*. Budapest, Hungary: Wise Persons' Council Foundation, 2010.

<sup>8</sup> [http://hu.wikipedia.org/wiki/B%C3%B6lcsek\\_Tan%C3%A1csa\\_%28Magyarorsz%C3%A1g%29](http://hu.wikipedia.org/wiki/B%C3%B6lcsek_Tan%C3%A1csa_%28Magyarorsz%C3%A1g%29)

<sup>9</sup> CÉSAR A. HIDALGO – RICARDO HAUSMANN: The building blocks of economic complexity. *Proceedings of the National Academy of the USA*, 106/2009, 10570–10575.

a wide capability-base producing a large variety of goods. However, all these promising richness in giftedness is not reflected either in gross economic productivity, or in final innovation products even in a per capita basis. What is missing? Venture capital availability is certainly one of the factors evaluated as a bottleneck in the EU reports. I may also add the lack of cooperation, the low level of social trust and the improper evaluation of risks.

### 3.5. *The Hungarian research student movement*

Networking has other, rather unexpected effects besides helping talents. In 1996 I started a program<sup>10</sup> to provide top-level research opportunities for high school students typically in the age of 16 to 18.<sup>11</sup> For the 15 years of this program more than 10,000 students were participating in research projects in Hungarian universities and research institutions. The first generations are having their PhD-s already. Several of them run their own labs by now. Gradually they 'took over', and in the last 5 years they run the program themselves.

As three examples of talented students let me introduce Ms. Brigitta Sipőcz, who discovered an asteroide in the age of 17 by coordinating two telescopes at the internet in Croatia and Spain, and named it after Ernő Rubik, the Hungarian inventor of the Rubik-cube. Ms. Eszter Végh had enough international publications in chemistry at the age of 18 to give her a PhD. Mr. Tamás Révész at 18 summarized ten years of research on the history of a military airport in a 500-page book. Tamás led the Hungarian Research Student Association which is a self-organizing movement of two thousand high-school students involved in scientific research. In 2009 he took over the leadership of the whole movement from me, and run the program successfully for years. During this period he completed his MSc of history and at the age of 22 he wrote a second monograph in war history – now on the life of a Hungarian aviation pioneer. Brigitta, Eszter and Tamás are role models showing personal examples of the successful, happy and honourable lives of excellent researchers.

Conferences, clubs, camps, discussions and evenings are organized for the students. This resulted in a few unexpected effects. We have dozens of research student couples by now. Former high school research students build up a social network, and – as several case studies show – return to Hungary after their PhD or postdoctoral period more likely than their peers.

<sup>10</sup> [www.kutdiak.hu](http://www.kutdiak.hu)

<sup>11</sup> CSERMELY PÉTER: Recruitment of the youngest generation to science. A Network of Youth Excellence and communication strategies for high school student researchers. *EMBO Reports*, 4/2003, 825–828.

Mr. Sólyom is an honorary member of the Hungarian Research Student Association<sup>12</sup> and had two very memorable informal discussions with the best 80 research students of the Carpathian basin at their annual research camp, Káptalanfüred. These occasions gave long-lasting examples of a highly autonomous, integrated personality for all, who had the privilege and joy to participate. Mr. Sólyom also visited the annual research conference in 2011 at Békéscsaba, where he participated in the audience of several research talks by high school students.

This movement has an international network, called Network of Youth Excellence ([www.nyex.info](http://www.nyex.info)) as well as a younger and an elder brother in primary schools and universities with 500 and 10,000 members, respectively. As the Network of Youth Excellence<sup>13</sup> shows, we have many of talent support networks world-wide.<sup>14</sup> However, currently these networks are rather fragmented. A world-wide network of talent support programs would significantly expand the talent pool, and would change the current, zero-sum brain-drain game to a win-win talent discovery game.

### 3.6. *The Hungarian talent support program*

The Hungarian Talent Support Council<sup>15</sup> – which I serve as its chair – was established 5 years ago. This is an NGO-umbrella organization organizing talent support cooperation in Hungary and in the neighbouring countries. We promote all types of talents: science, technology, but also humanities, arts, sports and crafts. Recent studies established enormously beneficial effects of musical and physical training on creative behaviour in e.g. engineering. Humanities and arts provide a cultural context, which is needed by any types of talents. The cross-effects provide an extremely useful way to help the talent of children coming from underprivileged (e.g. Roma) environments. Their first successes in music, dance, or in soccer often pave the way of later successes in history, mathematics, or entrepreneurship.

In 2008 the Hungarian Parliament (with only 7 opposing votes) accepted a 20-year-long National Talent Support Program. This program is not only a piece of paper. A National Talent Fund<sup>16</sup> was also established to support the

<sup>12</sup> <http://www.kutdiak.hu/56-4808.php>

<sup>13</sup> [www.nyex.info](http://www.nyex.info)

<sup>14</sup> CSERMELY PÉTER – KORCSMÁROS TAMÁS – LEDERMAN LEON (eds.): *Science Education: Best Practices of Research Training for Students under 21*, NATO Science Series V/47. Amsterdam, The Netherlands: IOS Press, 2005.

<sup>15</sup> [www.tehetsegpont.hu](http://www.tehetsegpont.hu)

<sup>16</sup> <http://www.tehetsegprogram.hu/node/54>

activities. This Fund has an annual 5 million EUR support from the national budget and an additional amount from tax-donations of the citizens totalling 1.5 million EUR in the first year doubling to 3 million EUR in the second year. The Fund is open for additional donations. The Hungarian Genius Program<sup>17</sup> is an EU-supported part of the National Talent Support Program run by the Hungarian National Talent Support Council between 2009 and 2013. The core of this program is the development of a talent support network in the whole Carpathian-basin including Hungary, Romania, Serbia, Slovakia and Ukraine.

In the last 4 years more than 650 Talent Points were established helping talents to recognize and develop their abilities. Such Talent Points are nurseries, schools, universities, but may also be chess-clubs, soccer-teams, carpentry shops and even penitentiaries. A Talent Point is not only running its own talent support program, but also serves as an information centre. Any one may go there or bring there a student or child, who is a promising talent-candidate. Members of the Talent Point will help to assess the level of talent and to find adequate support. This is a grass-root movement. Each week at least a dozen more new Talent Points ask for their registration. Talent Points form a network and help each other. These Talent Points discovered more than 25 thousand talents in the last 2 years. Talent Points and all other talent support options are listed at the Talent Map<sup>18</sup> of Hungary and neighbouring countries.

As a means of supporting the progress of talent professionals via methodology and also to provide the materials for our conferences and courses, the Program develops resources and offers several publications on topics related to talent support for the teachers, experts working in the Talent Points. A wide variety of tools and techniques are introduced to the reader in a range of subjects, balanced with some works on more theoretical aspects of the area. These include: aptitude and behavioural assessment, methods of mentoring, development of critical and reflective thinking, guidance on talent support in specialist fields, the role of talent care in integration, development of entrepreneurial and project management skills, etc. These materials are available for free in electronic and printed forms.

Teachers are key players in the recognition of talents. In the Program more than 15 thousand teachers were trained to be aware of the hallmarks of talents, and to arrange an adequate help via the nationwide support network developed. There were more than 500 Talent Days informing teachers and parents of the novel possibilities. Such a Talent Day serves as a crystallization point of the local talent support community.

<sup>17</sup> [www.geniuszportal.hu](http://www.geniuszportal.hu)

<sup>18</sup> <http://geniuszportal.hu/tehetsegterkep>



A recent development is the grass-root establishment of Talent Support Councils. These Councils organize local support options, as well as the cooperation of whole areas, like that of mathematical, musical, Roma talents or talents requiring special need education. Values of enthusiastically pursued high-quality work, perseverance, proper risk taking, Big-Thinking, long-term planning and cooperation are all promoted by talent fostering in Hungary. According to the evaluation of Prof. Franz Mönks, a former chair of the European Council of High Ability, Hungary has nowadays the best nationwide integrated program of talent support in Europe.

### *3.7. International recognition of Hungarian talent support achievements*

In April 2011 the first EU Presidential Conference on talent support took place here in Hungary. Experts and government officials of 24 European countries listed their best practices in talent support. Participants of the conference accepted the Budapest Declaration on Talent Support.<sup>19</sup> This calls EU member states to establish an EU network of Talent Points and to celebrate the European Talent Day. An EU Talent Support Centre is planned to be established in Budapest serving the organization of EU-wide cooperation in talent support. Ireland was the first to declare last Saturday a National Talent Awareness Day, but governments of Poland and Denmark (having the EU presidency after Hungary in 2011 and 2012), as well as Finland, experts of Germany and the UK are all building talent support networks. So far 10 European countries joined to this movement.<sup>20</sup> A group of Hungarian European Parliament members plans to submit a proposal for a non-legislative action supporting talents in the European Parliament.

Talent support gained a momentum in 2011: in the US Congress a Talent Act was introduced<sup>21</sup> as an amendment of the “No child left behind” program, and after a nationwide discussion involving 30 thousand people China accepted a talent support program in 2010<sup>22</sup> proposing the education of 50 million people in 10 years. Are these measures signalling a new battle in the war for talents? Not necessarily. If we learn to develop a world-wide talent support network, we may discover the huge reserves of talent that mankind has. Brain-drain is a zero-sum game. It is high time to expand the talent pool, and to change it to a win-win world-wide talent discovery game.

<sup>19</sup> <http://geniuszportal.hu/content/budapest-declaration-talent-support>

<sup>20</sup> [www.TalentDay.eu](http://www.TalentDay.eu)

<sup>21</sup> <http://www.opencongress.org/bill/112-s857/show>

<sup>22</sup> [http://www.brookings.edu/papers/2010/1123\\_china\\_talent\\_wang.aspx](http://www.brookings.edu/papers/2010/1123_china_talent_wang.aspx)

Mr. Sólyom participated in nationwide conferences of this movement in 2007, 2010 and 2011. In 2010 he called Talent Days as the celebration of goodwill. His very motivated, highly personal talks helped hundreds of the best teachers and mentors in talent support to feel the importance and value of their work. In 2011 Mr. Sólyom became an honorary Ambassador of Hungarian Talents – a help offered for 5 years. In this position he continues to encourage especially the Hungarian minorities in the neighbouring countries to continue their high-quality efforts to discover and help their best talents.

Hungary got to the forefront of novel developments of talent support between 2005 and 2011. It seems that with the organization of a nationwide talent support network the country caught a world-wide trend – two years before the trend was established. Such a worldwide trend-setting position is a rare treasure – especially for such small countries, like Hungary. It is important to keep this rarely obtained position. This adds an additional rationale to save the support for talents even in years of bad economy – besides the development of talents themselves, and besides the fact, that the financial support helping talents is one of the very last reserves for the future of Hungary – and of our world.

VI.

SÓLYOM LÁSZLÓ MŰVEINEK  
BIBLIOGRÁFIÁJA



## SÓLYOM LÁSZLÓ MŰVEINEK BIBLIOGRÁFIÁJA

### Szerzői művek/Books

- A polgári jogi felelősség hanyatlása.* Budapest: Akadémiai Kiadó, 1977. 204.
- Környezetvédelem és polgári jog.* Budapest: Akadémiai Kiadó, 1980. 170.
- The Decline of Civil Law Liability.* Budapest – Alphen aan den Rijn: Akadémiai Kiadó – Sijthoff and Noordhoff, 1980. 252.
- A személyiségi jogok elmélete.* Budapest: Közgazdasági és Jogi Kiadó, 1983. 344.
- Die Persönlichkeitsrechte. Eine vergleichend-historische Studie über ihre Grundlagen.* Budapest – Köln: Akadémiai Kiadó – Carl Heymanns Verlag, IX, 1984. 228.
- A Zöld Hullám. Olvasókönyv a környezetvédelmi társadalmi mozgalmakról.* (SZABÓ MÁTÉ társszerzővel) Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 1988. 282.
- Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn. Analysen und Entscheidungssammlung 1990–1993.* (GEORG BRUNNER társszerzővel) Baden-Baden: Nomos, 1995. 634.
- Constitutional Judiciary in a New Democracy: the Hungarian Constitutional Court.* (GEORG BRUNNER társszerzővel) Ann Arbor, The University of Michigan Press, X, 2000. 417.
- Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon.* Budapest: Osiris, 2001. 799.
- Pártok és érdekvédelmi szervezetek az Alkotmányban.* Budapest: Rejtjel Kiadó, 2004. 210.
- Egy elnökség lenyomata.* Budapest: Századvég Kiadó, 2010. 424.

### Tanulmányok/Studies

- Die Beschränkung der materiellen Verantwortlichkeit. Der Ersatz des Drittschadens.* Diss. Jena, 1969. 263.
- A felelősség korlátozása a közvetlen kárra.* *Állam-és Jogtudomány*, 1969/4. 697–713.
- Kelet-nyugati termelési kooperációs szerződések.* (VÖRÖS IMRE társszerzővel) *Jogtudományi Közlöny*, 1970/12. 642–651.
- Nézetek és nézeteltérések a gazdasági integráció jogtudományi kérdéseiről.* (MÁDL FERENC társszerzővel)

- Gazdaság és Jogtudomány*, 1970/3–4. 191–265.
- Nemzetközi tudományos konferencia a KGST-integráció jogi kérdéseiről. (MÁDL FERENC társszerővel) *Állam- és Jogtudomány*, 1970/4. 740–768.
- Termelési kooperációs szerződések tőkés cégekkel. (VÖRÖS IMRE társszerővel) In *Jelentés a szerződések rendszerének vizsgálatáról*. 2. kötet. Budapest: MTA Állam- és Jogtudományi Intézete, 1970. 76–129.
- Minisztériumok kapcsolatai a KGST-ben. *Állam- és Jogtudomány*, 1971/4. 756–763.
- Meinungen und Meinungsverschiedenheiten über Rechtsfragen der sozialistischen Integration. *Acta Juridica*, Tom. 13, 1971/1–2. 245–248.
- A súlyos gondatlanság a biztosítási szerződésekben. *Állam- és Jogtudomány*, 1972/2. 330–355.
- Internationale Arbeitskonferenz über die rechtswissenschaftlichen Probleme der internationalen Wirtschaftsbeziehungen. *Acta Juridica*, Tom. 14, 1972/1. 179–186.
- A polgári jogi felelősség mai fejlődése. *Gazdaság és Jogtudomány*, 1973/1–2. 241–262.
- A károkozó és a károsult pozíciójának önállósult fejlődése. *Állam- és Jogtudomány*, 1973/2. 300–318.
- A polgári jogi vétkekesség és az áruterelés összefüggése a római jogban. *Állam- és Jogtudomány*, 1973/4. 635–649.
- A kártérítési felelősség klasszikus szabálya. *Állam- és Jogtudomány*, 1974/2. 264–305.
- KGST-jogi formák és a Kelet-Nyugat vállalati együttműködés. *Gazdaság és Jogtudomány*, 1974/ 1–2. 219–247.
- Kontinentális általánosságok on Torts. *Állam- és Jogtudomány*, 1974/4. 611–648.
- Split in the Development of the Positions of Tortfeasor and Injured Party. *Acta Juridica*, Tom. 16, 1974/1–2. 195–219.
- Miért uralkodik a szubjektív kárfelelősség a szocialista jogokban? *Állam- és Jogtudomány*, 1975/2. 266–294.
- A közvetlen kár fogalmáról. *Külgazdaság*, 1976/1. Jogi mell. 1–5.
- Unternehmensbeziehungen im RGW und in der Ost-West Relation. *Acta Juridica*, Tom. 18, 1976/1–2. 73–97.
- Az állami vállalatok jogállása az USA-ban. *Gazdaság és Jogtudomány*, 1976/1–2. 181–208.
- Egy környezetvédelmi populáris akció elvi lehetősége polgári jogunkban. *Jogtudományi Közöny*, 1978/11. 672–682.
- Biztosítás és egyéb technikák a környezeti károk fedezésére. *Állam- és Jogtudomány*, 1978/3. 306–338.
- A személyhez fűződő jogok. *Jogtudományi Közöny*, 1979/6. 327–340.
- Személyiségi jogok. In *Állam- és Jogtudományi Enciklopédia*. 2. kötet. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1980. 1526–1536.

- Személyek a nemzetközi magánjogban. Uo. 1513–1518.
- Van-e története a személyiségi jogoknak? *Állam- és Jogtudomány*, 1980/2. 197–235.
- Der zivilrechtliche Umweltschutz und die Möglichkeit einer Bürgerklage im ungarischen Recht. *Acta Juridica*, Tom. 22, 1980/1–2. 19–55.
- Az injuria és a személyiségi jogok. „Semlegesség” és technika. *Állam- és Jogtudomány*, 1981/2. 219–262.
- Az általános személyiségi jog kialakulása. „Tulajdonos” és „személy.” *Állam- és Jogtudomány*, 1981/3. 344–385.
- A polgári jogi bíróságok környezetvédelmi ítélkezése és a polgári jog lehetőségei a környezetvédelemben. In *Környezetvédelem és a jog*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1981. 148–179.
- Judicature of the Hungarian Courts in Cases of Environmental Protection. In *Environmental Law and Chemical Substances*. (Beiträge zur Umweltgestaltung, A 82) Berlin, 1981. 173–185.
- Recent Tendencies in the Law of Tort in Hungary. *Acta Juridica*, Tom. 23, 1981/1–2. 201–206.
- Die Persönlichkeitsrechte. Entwicklungstendenzen und Widersprüche. *Acta Juridica*, Tom. 24, 1982/3–4. 297–330.
- La protection des droits de la personnalité en Hongrie: une nouvelle législation. (Problèmes de juridiction et de théorie) In *Annuaire de l'U.S.S.R. et des pays socialistes européens*. 1981–82. 147–173.
- A szerződészegéssel okozott károkért való felelősség biztosítása az NSZK-ban. *Biztosítási Szemle*, 1983/2–3. 65–80.
- Polgárjog és polgári jog. A személyiségi jogok lehetőségei. *Jogtudományi Közlöny*, 1984/12. 663–669., *utánközlés: Látóhatár*, 1985. június. 182–191.
- Mit szabad és mit nem? Capriccio polgári jogi témákra. *Valóság*, 1985/8. 12–24.
- Vojtina olvasólevele. *Jogtudományi Közlöny*, 1985/ 5. 285–286.
- Civil Law and Civil Rights. *The New Hungarian Quarterly*, 27, No. 102. 1986. 128–136.
- Zivilrecht und Bürgerrecht, oder Was man darf, was nicht. *Acta Juridica*, Tom. 28, 1986/3–4. 225–276.
- A társadalom részvétele a környezetvédelemben. *Medvetánc*, 1985/4–1986/1. 217–242., *utánközlések: Magyar gazdaság és szociológia a 80-as években. Medvetánc*, Budapest, 1988. 292–322.
- Arat a magyar*. (SZALAY JÚLIA – LÁNYI ANDRÁS szerk.) Budapest: MTA Szociológiai Intézet, 1988. 283–303.
- Menschenrechte und Zivilrecht. Zur Vermittlung der Idee der Autonomie durch das Zivilrecht. In *Menschenrechte und Menschenwürde*. (BÖCKENFÖRDE–SPAEMAN Hrsg.) Stuttgart, 1987. 251–259.

- A nem vagyoni kártérítés a mai polgári jog értékrendjében. *Jogász Szövetségi Értekezések*, 1987. 13.
- A Duna Kör története. *Szakkollégiumi Értesítő. Környezetvédelmi különszám*, 1987. 37–41., *utánközlés*: Die Geschichte des Donau-Kreises [A Duna Kör története] Nagymaros, Wien, 1987. D-33–39, M-25–32.
- A környezeti kockázatok elosztásának néhány előkérdése. *Jogtudományi Közlöny*, 1987/5. 221–226.
- Adatvédelem és személyiségi jog. *Világosság*, 1988/1. 53–60.
- Hungary: Citizen's participation in the environmental movement. ifda dossier 64 (march/april 1988). 23–34.
- Egy új szabadságjog: az információs szabadság. *Valóság*, 1988/9. 14–34., *utánközlés*: *Látóhatár*, 1988/12. 148–182.
- Nova rajto la inform-libereco. *Fokuso*, 1988/3. 10–19.
- A szabadságjogok biztosítékai. *Magyar Tudomány*, 1988/7–8. 502–509., *utánközlés*: in *Sorskérdéseink*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1989. 137–144.
- A szabadság újrakodifikálása. Remények és kételyek. Földindulás Magyarországon? Nézetek és elemzések. Róma, *Katolikus Szemle*, 1989. 38–51.
- Hungary: New Data Protection Rights. *TDR Transnational Data and Communication Report, November 1989*. 29–32.
- Data Protection and Freedom of Information in Hungary. A New Human Right in a Socialist State in Transition. In *I diritti dell'uomo nell'est e nell'ovest*, Messina. 1990. 281–290.
- Data Protection and Freedom of Information. *The New Hungarian Quarterly*, 31, No 117, 1990. 45–49., *változata*: in *Human Rights in Today's Hungary*. Budapest, 1990. 110–118.
- A halálbüntetés ellen. *Világosság*, 1990/12. 908–915.
- Neue Gesetze in der Restauration der Demokratie. *Freibeuter* 45, [1990] 53–62.
- Constitutional Privacy in Today's Hungary: A Civil Lawyer's View. In L. SWIDLER (ed.): *Human Rights. Christians, Marxists and Others in Dialogue*. New York, 1991. 157–170.
- Ellenőrzött rendszerváltás. *Világosság*, 1991/5. 365–375.
- Csönd. *Vigilia*, 1992/1. 17–21.
- The First Year of the Constitutional Court. *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 33, 1991/1–2. 5–22.
- Az Alkotmánybíróság önértelmezése. *Jogtudományi Közlöny*, 1992/6. 272–275.
- Eörsi Gyula [megemlékezés]. *Magyar Tudomány*, 1992/9. 1142–1143.
- Datenschutz und Informationszugang - Positionsbestimmung und Chancen der rechtlichen Durchsetzung in Ungarn. In *Informationszugang und Datenschutz*. München, Thomas-Dehler-Stiftung, 1992. 33–38.



- Emberi jogok és az alkotmánybíráskodás. In *A jogállamiság útján – felzárkózás Európához. A Deák Ferenc Továbbképző Jogakadémia megalakulása alkalmából rendezett tudományos ülés előadásai*. Budapest, 1992. 24–30.
- Die Rolle des Ungarischen Verfassungsgerichts im gesellschaftlichen Systemwechsel. In *Constitutional Jurisdiction 9. Ankara, The Constitutional Court of Turkey, 1993*. 305–321., *utánközlés*: The Role of the Hungarian Supreme Court in the Change of Social System. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1993/1. 34–45.
- Az emberi jogok az Alkotmánybíróság újabb gyakorlatában. *Világosság*, 1993/1. 16–33.
- Polgári jogi kérdések az alkotmánybíróság gyakorlatában. *Jogtudományi Közlöny*, 1994/3. 99–107.
- Rundfunk im Wandel: Ungarn. In *Rundfunk im Wandel von der Diktatur zur freiheitlichen Demokratie – neue Bundesländer, Ungarn, Polen, Tschechische und Slowakische Republik*. München: Beck'sche Verl., 1994. 5–12.
- The Hungarian Constitutional Court and Social Change. *The Yale Journal of International Law*, Vol. 19, Winter 1994. No 1. 223–237.
- Alkotmányosság Magyarországon. Értékek és tények. In *Emlékkönyv Nizsarovszky Endre születésének 100. évfordulójára*. Budapest: ELTE ÁJK, 1994. 218–236., *utánközlés*: Második Magyar Jogászegyütés. Budapest: *Magyar Jogász Egylet*, 1994. 12–26.
- Meinungs- und Informationsfreiheit in Ungarn. In MARIE-THERES TINNEFELD (Hrsg.): *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*. Baden-Baden: Nomos Verl., 1995. 71–86.
- Az állam és az egyház elválasztása az Alkotmánybíróság alapjogi koncepciójában. In *Az állam és az egyház elválasztása*. Budapest: Faludi Ferenc Akadémia, 1995. 104–111.
- Zum Geleit zu den Entscheidungen des Verfassungsgerichts der Republik Ungarn. In BRUNNER-SÓLYOM (Hrsg.) *Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn*. Baden-Baden: Nomos, 1995. 59–116.
- Jog és jogász a rendszerváltozásban. In *Európai jogi tanulmányok*. 2. kötet. Budapest, 1996. 229–243.
- Az Alkotmánybíróság szerepe a magyar jogban. In *A magyar jog múltja – európai jogharmonizáció – jogunk modernizálása*. Budapest: *Magyar Jogász Egylet*, 1996. 79–94.
- Előszó. In *Alkotmányos elvek és esetek*. Kézikönyv. Budapest: COLPI, 1996. 8–15.
- Az Alkotmánybíróság hatáskörének sajátossága. Tanulmány és ajánlás Benedek Ferencnek. In *Tanulmányok Benedek Ferenc tiszteletére*. Pécs: JPTE ÁJK, 1996. 5–34.

- On the co-operation of Constitutional Courts – Sur la coopération des cours constitutionnelles – Die Zusammenarbeit der Verfassungsgerichte. In *The 10th Conference of the European Constitutional Courts. Budapest 6-9 May, 1996*. Vol.1. Introduction and General Reports. Budapest, 1997, 7–28; 29–50; 51–74. *További megjelenés*: Introduction to the 10th Conference of the European Constitutional Courts. In *Bulletin on Constitutional Case-Law, 1996/1*. 139–149. Sur la coopération des cours constitutionnelles. In *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. 12. Paris, Economica – PUAM, 1997. 31–48.
- Stability of Democratic Institutions. In *On the State of the EU Integration Process - Enlargement and Institutional Reforms*. (F. MADL ed.) Vol.1. Budapest, 1997, 65–73.
- Justices at Work: Bovary et al. v. Chief Administrator of the National Brotherhood and Sisterhood Youth Organization Act. Justice Sólyom's Opinion. *Cardozo Law Review*, 18, 1997/5. 1725–1743.
- Systemwechsel und Veränderungen im Strafrecht in Ungarn aus der Sicht der Verfassungsgerichtsbarkeit. In *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das "Böse"*. Bd. 5. (KLAUS LÜDERSEN Hrsg.) Baden-Baden: Nomos, 1998. 167–224.
- Anmerkungen zu dem "Systemwechsel" aus des Sicht eines Verfassungsrichters: Kann man die "Wendeländer" von den "alten" Demokratien Europas trennen? In LAMNEK–TINNEFELD (Hrsg.): *Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa*. Baden-Baden: Nomos, 1998. 259–268.
- Die ungarische Perspektive. Die Rolle des ungarischen Verfassungsgerichts im Stabilisierungsprozess der jungen Demokratie. In KLAUS STERN (Hrsg.): *Zukunftsprobleme der Europäischen Union. Erweiterung nach Osten oder Vertiefung oder beides?* Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1998. 53–73.
- Alkotmánybírószági módszerek a döntés vállalására, illetve elhárítására. In *Iustum, Aequum, Salutare*. Emlékkönyv Zlinszky János tiszteletére. Budapest: Pázmány Péter Katolikus Egyetem, 1998. 249–268.
- Anmerkungen zur Rezeption auf dem Gebiet der wirtschaftlichen und sozialen Rechte aus ungarischer Sicht. In FROWEIN–MARAUHN (Hrsg.): *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*. Berlin, Heidelberg: Springer, 1998. 213–227.
- Ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit und deutsche Grundrechtsdogmatik. In *Akademische Feier aus Anlaß der Verteilung der Würde eines Ehrendoktors der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln an die Herren Professor Dr. László Sólyom, Präsident des Verfassungsgerichts der Republik Ungarn a.D. und Rechtsanwalt Ludwig Koch am 6. Februar 1999*. Köln, 1999. 26–39., *utánközlés*: in *Humboldt Nachrichten*, Nr. 17, Juni 2000. 917., *változata*: Aufbau und dogmatische Fundierung der ungarischen Verfassungsgerichtsbarkeit. *Osteuropa Recht*, 3–4/2000. 230–241.

- Helyretolható-e alkotmányosan a kiközösített idő? In *Liber Amicorum. Studia L. Vékás dedicata*. Budapest, 1999. 257–270.
- The interaction between the case-law of the European Court of Human Rights and the protection of freedom of speech in Hungary. In *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective Mélanges a la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Köln: Heymann, 2000. 1317–1335., *magyar fordítása*: Kölcsönhatás az Emberi Jogok Európai Bíróságának esetjoga és a szólásszabadság védelme között Magyarországon. *Allam-és Jogtudomány*, 1996–1997/3–4. 149–172.
- The Rights of future generations, and representing them in the present; In BENEDEK JÁVOR (ed.): *Rights of future generations*. Budapest: Védegylet, series 1. 2001. 35–45., *további megjelenés*: The Rights of Future generations, and Representing them in the Present. *Acta Juridica Hungarica* 43, Nos. 1–2. 2002. 135–143.
- Az jövő nemzedékek jogai és ezek képviselője a jelenben. In JÁVOR BENEDEK (szerk.): *A jövő nemzedékek jogai*. Budapest: Védegylet, 2000. 37–46., *változata*: A jövő nemzedékek jogai és ezek képviselője a jelenben. In SÁRKÖZY TAMÁS – VÉKÁS LAJOS (szerk.): *Eörsi Gyula Emlékkönyv 1922–1992*. [The rights of future generations, and representing them in the present] Budapest: Hvg-Orac, 2002. 191–202.
- Az alkotmánybíráskodás tízedik évfordulójára. In BITSKEY BOTOND (szerk.): *Tíz éves az Alkotmánybíróság*. [To the Tenth Anniversary of Constitutional Review] Tudományos-szakmai konferencia, Budapest, 2000. január. Budapest, 2000. 21–45. In HALMAI GÁBOR (ed.): *A megtalált alkotmány?* [The Constitution Found?] Budapest: Indok, 2000. 21–47.
- Öffentliches Recht in Ungarn. Bestandsaufnahme nach zehn Jahren. In DIETER PFAFF (Hrsg.): *Zehn Jahre danach. Versuch einer Bestandsaufnahme der Entwicklungen und Trends zum demokratischen Rechtsstaat und zur sozialen Marktwirtschaft in einigen MSOE-Ländern. Südosteuropa-Jahrbuch*, 30. München, 2000. 39–60.
- Introduction to the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Hungary in SÓLYOM-BRUNNER (ed.): *Constitutional Judiciary in a New Democracy*. Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000. 1–64.
- Third generation constitutional courts - with special regard to the constitutional court of Albania. In *L'attuazione della costituzione albanese. Atti del seminario di Trieste 13-14 dicembre 1999*. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche 4., Università degli Studi di Trieste, 2001. 135–173.
- Az oktatási törvény és a világnézeti semlegesség. In *Ius privatum – ius commune Europae. Liber amicorum. Studia Ferenc Mádl dedicata*. Budapest, 2001. 221–233.

- Die Entstehung der Zuständigkeit bezüglich der Verfassungswidrigkeit durch Unterlassen. In M. HOFMANN – H. KÜPPER (Hrsg.): *Kontinuität und Neubeginn. Staat und Recht in Europa zu Beginn des 21. Jahrhunderts*. Festschrift für Georg Brunner aus Anlaß seines 65. Geburtstags. Baden-Baden: Nomos, 2001. 426–440.
- Az ombudsman „alapjogi bírászkodása” és „normakontrollja.” In *Az odaát nyíló ajtó*. [The Door Onto the Other Side] Budapest: Adatvédelmi Biztos Irodája, 2001. 77–96.
- Angol fordítása ugyanitt: *The role of the ombudsman: interpreting fundamental rights and controlling laws*. 239–262. *A magyar szöveg utánközlése: Az ombudsman „alapjog-értelmezése” és „normakontrollja.”* *Fundamentum*, 2001/2. 14–23.
- Spazio europeo e strutture ecclesiali territoriali e personali – “Eurolandia” (Europe) and territorial and personal ecclesial structures. Tavola rotonda/Round table. [Előadás a kerekasztalon (németül)] In PÉTER ERDŐ – PÉTER SZABÓ (szerk.): *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico. Il diritto canonico di fronte al terzo millennio/Territoriality and Personality in Canon Law and Ecclesiastical Law. Canon Law Faces the Third Millenium*. Atti dell’ XI Congresso Internazionale di Diritto Canonico e del XV Congresso Internazionale della Società per il Diritto delle Chiese Orientali/Proceedings of the 11th International Congress of Canon Law and of the 15th International Congress of the Society for the Law of the Eastern Churches. Budapest, 2-7 Settembre 2001. Budapest, 2002. 902–909.
- Az egyházak és az Európai Unió. (Összefoglalás és megjegyzések a konferenciához.) In *Az egyházi intézmények szerepe az európai integráció fejlesztésében, valamint a belga és magyar társadalomban*. Nemzetközi kollokvium, Louvain-la-Neuve, 2001. november 8-9. Budapest, 2002. 155–167.
- Alkotmányértelmezés az új alkotmánybíróságok gyakorlatában. *Fundamentum*, 2002/2. 18–28.
- Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in politischen Transformationsprozessen – der Fall Ungarn In *Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in politischen Transformationsprozessen. Vorträge von Andrzej Zoll und László Sólyom*. Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 249. Heidelberg: C. F. Müller, 2002. 17–40.
- Előszó. In HALMAI-TÓTH (szerk.): *Emberi jogok*. Budapest, Osiris, 2003. 13–20. További megjelenés: *Az Emberi jogok című tankönyv elé*. *Fundamentum*, 2003/1. 165–169.
- Alkotmányossági kérdések. In HALMAI GÁBOR (szerk.): *Ügynökök és akták. Nemzetközi konferencia az átvilágításról és az állambiztonsági iratok sorsáról*. Budapest: Soros Alapítvány, 2003. 115–121.
- Egyenlőségi kérdések a rendszerváltásban. In *A Polgári Jogi Tudományos Diákkör évkönyve*. 2001–2002. tanév. Budapest, 2003. 111–117.

- The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy, with special reference to Hungary. *International Sociology March* 2003, Vol.18. No.1137–165.
- Equality of Victims – Equality of Regimes? In SHLOMO AVINERI – ZEEV STERNHELL (eds.): *Europe's Century of Discontent. The Legacies of Fascism, Nazism and Communism*. Jerusalem: The Hebrew University Magnes Press, 2003. 215–232.
- Ezen a lejtőn nehéz megállni! Előadás a PPKE JÁK alkotmányjogi pódiumbeszélgetésén (2010. november 10.) *Iustum, Aequum, Salutare*, 2010/4. 5–9.
- Alkotmány és alkotmányozás Magyarországon. Előadás az MTA Politikatudományi Intézet által szervezett „Alkotmányozás Magyarországon és máshol. Politikatudományi és közjogi megközelítések.” c. konferencián (Budapest, 2010. december 20.) In JAKAB ANDRÁS – KÖRÖSÉNYI ANDRÁS (szerk.): *Alkotmányozás Magyarországon és máshol. Politikatudományi és közjogi megközelítések*. Budapest: Új Mandátum, 2011.
- Wissenschaftskooperationen in Mittel- und Südosteuropa. Előadás a Humboldt-Kolloquium alkalmából. (Budapest: MTA, 2011. május 6.) In *Humboldt-Nachrichten. Budapest, Nr. 33 Dezember 2011*.
- Az alkotmányos kultúra szerepe (Előszó). In JAKAB ANDRÁS: *Az új Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei*. Budapest: Hvg-Orac, 2011. 11–14. In MICHAEL STOLLEIS (Hrsg.): *Worte des Hörers in Herzkammern der Republik. Die deutschen und das Bundesverfassungsgericht*. C.H. Beck, München, 2011. 224–238.
- Mythen und Wirklichkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit – am Beispiel ihrer Entwicklung in Mittel-, Ost- und Südosteuropa. Előadás az osztrák Alkotmánybíróság Verfassungstag- rendezvényén. (Wien, 2011. Szeptember 30.) [http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/1/3/9/CH0003/CMS1317366861282/verfassungstag\\_2011\\_solyom\\_rede.pdf](http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/1/3/9/CH0003/CMS1317366861282/verfassungstag_2011_solyom_rede.pdf)



## A KÖTET SZERZŐI





## A KÖTET SZERZŐI

- BABAI-BELÁNSZKY TAMÁS a Jövő Nemzedékek Országgyűlési Biztosának Irodája, Jogi főosztály, főosztályvezető
- BERKE BARNA ügyvéd
- BITSKEY BOTOND az Alkotmánybíróság főtikára
- von BOGDANY ARMIN Direktor, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
- BUQUICCHIO GIANNI President, European Commission for Democracy through Law
- CSEHI ZOLTÁN egyetemi docens (ELTE ÁJK, PPKE JÁK)
- CSERMELY PÉTER egyetemi tanár (SOTE)
- DÜRR SCHNUTZ RUDOLF Head, Constitutional Justice Division, European Commission for Democracy through Law
- ERDŐ PÉTER bíboros, prímás, esztergom-budapesti érsek
- FÜLÖP SÁNDOR a Jövő Nemzedékek Országgyűlési Biztosa
- GRABENWARTER CHRISTOPH Richter am Verfassungsgerichtshof, Professor, Wirtschaftsuniversität Wien
- GRIMM DIETER Bundesverfassungsrichter a.d., Prof. em. Humboldt Universität Berlin
- HARMATHY ATTILA prof. em. (ELTE ÁJK), volt alkotmánybíró
- HERZOG ROMAN Bundespräsident a. d., Präsident des Bundesverfassungsgerichts a. d.
- HOFMANN RAINER Professor, Direktor, Wilhelm Merton-Zentrum für Europäische Integration und Internationale Wirtschaftsordnung, Goethe-Universität Frankfurt am Main
- HOLZINGER GERHART Präsident, r Verfassungsgerichtshof, Österreich
- JAKAB ANDRÁS egyetemi docens (PPKE JÁK)
- KECSKÉS LÁSZLÓ egyetemi tanár (PTE ÁJK)
- KUKORELLI ISTVÁN egyetemi tanár (ELTE ÁJK), volt alkotmánybíró
- KÜPPER HERBERT Professor, Institut für Ostrecht München
- LANDI BALÁZS egyetemi adjunktus (PPKE JÁK)
- LÁBADY TAMÁS egyetemi docens (PPKE JÁK), a Pécsi Ítéltábla Elnöke, volt alkotmánybíró

- MAJTÉNYI LÁSZLÓ egyetemi tanár, (volt adatvédelmi biztos) az Eötvös Károly  
Közpolitikai Intézet elnöke
- PACZOLAY PÉTER az Alkotmánybíróság elnöke, egyetemi tanár (SZTE ÁJK)
- PÉTERFALVI ATTILA az Országgyűlési Biztos Hivatala, hivatalvezető
- PÉTERI ZOLTÁN prof. em. (PPKE JÁK)
- ROSKA TAMÁS egyetemi tanár (PPKE ITK)
- SCHANDA BALÁZS egyetemi docens (PPKE JÁK)
- SCHEPPELE KIM LANE Laurance S. Rockefeller Professor of Public Affairs,  
the University Center for Human Values, Woodrow Wilson School of  
Public and International Affairs, Princeton University
- SONNEVEND PÁL egyetemi docens (ELTE ÁJK)
- SPIROS SIMITIS Prof. Dr. Dres. h. c. Goethe-Universität Frankfurt am Main
- SZÉKELY LÁSZLÓ egyetemi docens (ELTE ÁJK)
- SZUROMI SZABOLCS ANZELM O.Praem. egyetemi tanár (PPKE JÁK)
- TÓTH GÁBOR ATTILA egyetemi docens (Debreceni Egyetem; Rajk László  
Szakkollégium)
- TRÓCSÁNYI LÁSZLÓ nagykövet, egyetemi tanár (SZTE ÁJK), volt alkotmány-  
bíró
- VÉKÁS LAJOS prof. em. (ELTE ÁJK)
- ZLINSZKY JÁNOS prof. em. (PPKE JÁK), volt alkotmánybíró
- IFJ. ZLINSZKY JÁNOS tudományos tanácsadó (PPKE JÁK)