Jogelméleti Szemle 2021/2. szám

TARTALOM

Tanulmányok

Kevevári István: Igazságosság, felelősség és emlékezet: avagy mit tehetünk a sötét egyéni és közösségi múltunkkal? Jacques Derrida és a Paul de Man eset 2

Lichtenstein András: A materiális védelem és annak korlátai a büntetőeljárásban 15

Pokol, Béla: A Sociological Analyses of the Power Structure of the EU 30

Serbakov, Márton Tibor: The attack on the U.S. Capitol and the security threat posed by the QAnon conspiracy theory 106

Tribl Norbert: Elvárások és realitások: A magán egészségbiztosítási rendszer hazai alkalmazhatóságának nyomában 125

Szemle

Darai Péter: A jogorvoslati jog gyakorlásával összefüggő adóhatósági tájékoztatás 135

Legeza Dénes István: A többes jogviszonyban létrehozott szerzői művek sorsa az élettudományok területén 153

Papp Zoltán: A diplomáciai és konzuli képviseletek helyiségei nemzetközi jogi státuszával kapcsolatos kérdések elemzése, különös tekintettel a nemzetközi és nemzeti bíróságok megállapításaira 165

Ságiné Márkus Anett: Követeléskezelők GDPR szerinti adatkezelési jogcímei egy hazai jogeset tükrében 185

Szmodis Jenő: Az adatkezelés célhoz kötöttsége és a legitim cél valóságosságának problematikája 199

Kevevári István[1]

Igazságosság, felelősség és emlékezet: avagy mit tehetünk a sötét egyéni és közösségi múltunkkal? Jacques Derrida és a Paul de Man eset

I. Emlékezet és narratíva a 2020-as események tükrében

A globális járvány árnyékában 2020-ban valami olyan dolog zajlott le, amely nem volt váratlan, sőt előzmények nélküli, azonban harcias túlkapásaival szinte forradalminak tetszett. A nyugati világban (azon belül is elsősorban az Egyesült Államokban) felfutó identitáspolitikai mozgalmak fokozatosan a mainstream közéleti-tudományos részeivé váltak, és kezdték átformálni a keretet, amelyben önmagunkat, mint politikai-kulturális közösséget értelmezzük. Azonban a George Floyd-esetet követő tiltakozások és a Black Lives Matter mozgalom hatására egy pillanatra úgy tűnt, hogy a tér és a kultúra, amit eddig otthonosnak véltünk, ideológiai csatatérré vált: szobrok, cégek évtizedek óta használt brandjei, logói vagy sportcsapatok neve váltak a kultúrharc martalékává a történelmi igazságszolgáltatás nevében.
A kulturális emlékezet nyilvánvalóan nagyon fontos elem a jelenkori nemzeti identitás felépítése szempontjából, és ennek nagyon sok magán-, közösségi és állami eleme van. Álláspontom szerint egy modern társadalomban mindig párhuzamos narratívák vannak önmagunkról (Kik vagyunk? Kik voltunk? Kik akarunk lenni?); ezt nevezte Robert Cover *nomos*nak.[2] A történelmi emlékezet létrehozása nem olyan egyszerű, a kulturális emlékezet kanonizációja egy nagyon bonyolult folyamat, amelyet még az állam sem tud feltétlenül kontroll alatt tartani. Álláspontom szerint Magyarország Alaptörvényének Nemzeti hitvallása erre tesz kísérletet, amikor a következőképpen fogalmaz:

„Nem ismerjük el történeti alkotmányunk idegen megszállások miatt bekövetkezett felfüggesztését. Tagadjuk a magyar nemzet és polgárai ellen a nemzetiszocialista és a kommunista diktatúra uralma alatt elkövetett embertelen bűnök elévülését.
Nem ismerjük el az 1949. évi kommunista alkotmányt, mert egy zsarnoki uralom alapja volt, ezért kinyilvánítjuk érvénytelenségét. […]
Hazánk 1944. március tizenkilencedikén elveszített állami önrendelkezésének visszaálltát 1990. május másodikától, az első szabadon választott népképviselet megalakulásától számítjuk. Ezt a napot tekintjük hazánk új demokráciája és alkotmányos rendje kezdetének.”

Az USA-ban lezajló folyamatok közül napjainkban a legfontosabbnak a *The 1619 Project*[3] tekinthető, amelynek a *The New York Times* adott keretet, és a legfontosabb szószólója Nikole Hannah Jones újságíró, aki kollégáival egy olyan új narratív keretet akar alkotni, amelyben az afroamerikaiak rendszerszintű elnyomása nem „baleset”, hanem a fennálló amerikai rendszer esszenciája, egy olyan történelem, amelyben a nemzet minden nagysága eltörpül, sőt gyanú alá kerül a rabszolgaság emlékezete miatt.
Európában hasonló „történelmi keretezést” jelentenek a 20. századi totális diktatúrák körül zajló emlékezeti viták. A „szembenézés a történelemmel” kérdésének egész könyvtárnyi

---

[1] Adjunktus, Nemzeti Közszolgálati Egyetem Államtudományi és Nemzetközi Tanulmányok Kar Állam- és Jogtörténeti Tanszék. Kapcsolat: kevevari.istvan@uni-nke.hu.
[2] Robert M. Cover: The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, 5. o. In *Harvard Law Review,* 97. (1983)
[3] Elérhető: https://www.nytimes.com/interactive/2019/08/14/magazine/1619-america-slavery.html

irodalma van. A fő kérdés pedig az, hogy a múltunk „kínos" tettei és eseményei mi vagyunk-e, vagy csak megtörténtek velünk (különösen Magyarország második világháborús szerepvállalása körül vannak komoly viták).
Az egyén öntételezése esetében ez a kérdés ugyanúgy megjelenik: az életünk során rengeteg olyan dolgot teszünk, amelyek miatt okkal vethetik ránk bűneinket. A lelkiismeretével mindenki maga számol el, hogy ezek a „magánbűnök" most mi vagyunk vagy egyszeri botlásaink. *Talán vannak olyan tetteink, amelyekkel halálunk órájáig nem tudunk elszámolni.* Az egyéni identitáshoz tartozó „múltértelmezés" azonban egy ponton megáll: az egyén halálával, a *corpus* kiüresedésével „az egyén története" megszűnik, és csupán mások gyászoló emlékezete marad.

Az olyan kollektívumok esetében, mint a magyar vagy amerikai nemzet, azonban nincs ilyen *corpus* vagy szimbolikus „végpont". A nemzet léte egy kontinuum, amelynek tartalmat egyének élete és tettei adnak. Generációk váltják egymást, más divat, más ízlés, más problémák és más válaszok, miközben egy absztrakt „nemzetnek" nevezett dolog folyamatosan létezik. Itt lép be a kollektív-történelmi felelősség kérdése: meddig felelünk a minket megelőző generációk hibáiért? Mennyiben őrizzük meg azokat a bálványainkat, nagy tudósainkat és művészeinket, akiknek esetleg napjaink szemüvegén keresztül vállalhatatlan tettei vagy nézetei voltak? Napjaink amerikai progresszív válasza az, hogy semennyire; döntsük le a szobrát, tegyünk magyarázó táblákat és kitérőket minden alkalommal, ha a neve felmerül, de sose kezeljük az életművét az egyéni esendőségeitől függetlenül.
Jelen írásomban egy 1980-as évekbeli esetet kívánok górcső alá venni, amelyben Paul de Man, az amerikai irodalmi dekonstrukció egyik nagy alakjának életműve került össztűz alá halála után, fiatalkori írásai miatt. A „végtelen felelősség", az emlékezet és az igazságosság kérdése körüli vität Jacques Derrida és Jack Balkin írásain keresztül szeretném bemutatni.

II. A Paul de Man-eset és a derridai konstrukció igazságosságfogalmának egy lehetséges körvonalazása

Ismert, hogy amikor az 1980-as években a dekonstrukció megjelent az amerikai jogi gondolkodásban, akkor a CLS második generációja (illetve néhányan az első generációból, mint Duncan Kennedy) kezdte el e sajátos elmélet jelentőségét hangsúlyozni a jogi gondolkodás távlatainak kiszélesítése szempontjából. A dekonstrukció, mint az európai kontinentális filozófia diskurzusából eredő elgondolás azonban egészen más szellemi környezetbe került az amerikai jogászság esetében. Ez ahhoz hasonlít, mintha egy tengeri halat az édesvízbe engednénk. A dekonstrukció szó *iterabilitása* maga után vonta azt, hogy egy teljesen új jelentésréteget kapott, hiszen egy olyan diskurzus szereplői ejtették ki, akiket a mainstream akadémiai körök nihilistáknak és a szellemi életet tekintve romboló erejűeknek tartottak. Ezek a viták korábban lezajlottak az amerikai irodalmi körökben, de a yale-i négyek (Paul de Man, Geoffrey Hartman, J. Hillis Miller és Harold Bloom) sikeresen ismertették el a dekonstrukciót elfogadható elméleti megközelítésként.

A jogászságnál azonban ez a diskurzus csak ekkor kezdődött meg, ráadásul eleve előítéletekkel kezelték, és úgy tekintettek rá, mint a már korábban meglévő nihilista jogászi attitűd egy újabb megnyilvánulására. Ezen az alaphelyzeten nyilván nem segített a derridai *„nincs szövegenkívül" [il n'y a pas de hors-texte]* szerencsétlenül félreértett koncepciója sem, amely a magyar fordításban már pontosabban „Szövegen kívüli jelentés nincsen"-ként szerepel.[4] A félreértés abban állt, hogy a szövegenkívüliség tagadásával Derrida és követői azt vallanák, hogy lényegében minden szövegnek, és így a különböző szövegeknek olyan

[4] Jacques Derrida: Grammatológia. Fordítás: Marsó Paula. Typotex, Budapest, 2014. 182. o.

értelmeket tulajdoníthatunk, amilyeneket csak akarunk.

A dekonstrukció helyzetét tovább rontotta az, amikor kiderült, hogy az amerikai dekonstrukció egyik jeles képviselője, *Paul de Man* a második világháború idején rövid ideig a *Le Soir* nevű belga lapba írt. Ekkoriban a *Le Soir* a megszálló náci Németország szócsöve volt, és az akkor húszas évei elején járó Paul de Man több, főleg irodalmi tárgyú cikket jelentetett meg a lapban, amelyek közül egy kifejezetten antiszemita hangot ütött meg. A helyzetet tovább bonyolította az, hogy de Man a botrány kirobbanásakor már öt éve halott volt, ezért ő maga nem tudott számot adni ifjúkora ezen epizódjáról. A *Critical Inquiry* hasábjain élénk vita bontakozott ki arra vonatkozóan, hogy e cikkek fényében hogyan kell megítélni Paul de Man munkásságát, és ez milyen kihatással lesz a dekonstrukcióra. Az uralkodó hangok amellett, hogy elítélték de Mant, ezt az alkalmat ragadták meg arra, hogy a dekonstrukcióról is megsemmisítő kritikát közöljenek, habár a kritikusok között volt olyan, aki nyíltan vallotta, hogy nem ismeri behatóan ezt az elméleti irányzatot. Jacques Derrida vállalta azt a rendkívül érzékeny és veszélyes feladatot, hogy árnyalja ezen egyszeri, általa eufemizálva „fiatalkori botlásként" hivatkozott epizódot, és ennek alapján újrafesse a Paul de Man-képet. Derrida nem kívánta tisztára mosni de Mant, elismerte a bűneit, azonban arra kívánta felhívni a figyelmet, hogy az ítélkezésben a figyelmes újraolvasás kapja a főszerepet, ne pedig a vádaskodás. Másfelől jól látta, hogy a Paul de Man-eset nagyon jó ürügy volt arra, hogy a dekonstrukciót látens fasizmussal lehessen vádolni, így itt valójában a dekonstrukció tekintélyének megvédése volt a tét.

Jacques Derrida két hosszú és tőle szokatlanul szenvedélyes cikkben reagált a vádakra és kritikákra. Jack Balkin megjegyzi, hogy habár e cikkeknek szerves részét képezi az etikai ítélkezés, az igazságosság gondolata, a *Force of Law* című előadásában, amikor a dekonstrukció és az igazságosság korábbi találkozásait veszi számba az írásaiban, ezeket a cikkeket nem említi. Balkin szerint érdekes, hogy Derrida marginalizálja ezt a két cikket, pedig amíg a *Force of Law*-ban a francia filozófus hajlamos elvontan beszélni az igazságosságról és az igazságos döntésről, addig ebben a két cikkben egy nagyon is konkrét etikai-erkölcsi szituáció megítéléséről van szó.[5] Pont olyan egyedi helyzetről, amelyek fontosságára Derrida a szóban forgó előadásban felhívja a figyelmet. Balkin e három szöveg párhuzamos olvasásából próbálja kibontani a maga dekonstrukcióértelmezését.

Derrida sok esetben a Másikra, a halálában immár örökké távol lévő Paul de Manra való nyitottság hiányára hívja fel minduntalan a figyelmet. A következő módon lehetne összefoglalni Derrida érveit de Man helyes megítélése érdekében:

(1) De Man nem felelős a nácizmus és a holokauszt bűneiért. „Mengeléhez hasonlítani, ahogy azt egy író tette, igazságtalan."[6]

(2) Igazságtalan a későbbi írásait csupán úgy olvasni, mint a bűneinek vagy felelősségének bevallását.[7]

(3) Igazságtalan lenne fiatalkorának egyetlen epizódja alapján megítélni őt (Paul de Man több megjelent cikkéből csak egy volt egyértelműen antiszemita).

(4) A cikket kontextusba helyezve látható, hogy a többi kortárs cikkhez képest ez a cikk még mindig sokkal kevésbé kárhoztatásra méltó.[8]

Magam úgy gondolom, hogy Derrida érveit több ponton is lehet vitatni, de ha szigorúan ragaszkodunk a tudományos vizsgálódáshoz, akkor azt olvashatjuk ki e cikkekből, hogy Derrida a megfelelő, az igazságos ítélkezésre hívja fel a figyelmet. Ez a megfelelőség, a felelősség határa kulcsfontosságú lesz Balkin transzcendentális dekonstrukciójának

[5] Jack Balkin: Transcendental Deconstruction, Transcendental Justice, 1134. o. In *Michigan Law Review,* 92. (1994)
[6] Jacques Derrida: Biodegradables. Seven Diary Fragments, 821. o. *Critical Inquiry,* 15. (1989)
[7] Jacques Derrida: Like the Sound of the Sea Deep Within a Shell, 640−651. o. *Critical Inquiry,* 14. (1988)
[8] Derrida (1988): i. m. 621−632. o.

megértésében.

III. Az igazságosság és a dekonstrukció jobb megértése

Balkin a három szöveg alapján a *„dekonstrukció maga az igazságosság”* misztikus megfogalmazását négy állításban vagy problémakörben foglalta össze. Az első az igazságosság (mint jog) alanyainak problémája; a második a Lévinas által ihletett „végtelen felelősség” gondolata; a harmadik az igazságosság azon követelménye, hogy a „Másik nyelvén beszéljünk”; végül a negyedik Derrida azon megállapítása, miszerint a dekonstrukció egy antitotalitárius elemzési forma. A továbbiakban e négy problémakört vizsgálom úgy, hogy összefoglalom Derrida gondolatait, majd Balkin megállapításait és következtetéseit.

IV. Az igazságosság (mint jog) alanyai

Jacques Derrida a *Force of Law* című művében elejtett megjegyzése alapján azon puszta létezők, amelyeket az „állat” szóval szoktunk jelölni, a domináns nyugati diskurzusban nem lehetnek az igazságosság alanyai, sőt a sérelmükre elkövetett tetteket nem lehet bűncselekménynek vagy károkozásnak betudni.[9] Az alanyiság (vagy szubjektum) határainak megvonása lényeges kérdés Derrida szerint, mert úgy véli, még mindig túl egyoldalúan vonjuk meg ennek határait: „volt egy olyan idő, nem is olyan régen, és még véget sem ért, amelyben a »mi, emberek« azt jelentette, »mi, felnőtt, fehér európai férfiak, húsevők és áldozatra készek«.”[10] A francia filozófus érvelése szerint a dekonstrukció az igazságosság és a felelősség mind fokozatosabb érvényesítésére szólít fel, és ez maga után kellene, hogy vonja az igazságosság alanyi körének minél tágabban történő kijelölését.
Az emberi személy fogalmának meghatározása és körülhatárolása alapvető kérdés napjaink emberi jogi diskurzusában, és ami Derridánál még csupán egy sejtés volt az „állatok jogaira” vonatkozóan, az egyre inkább aktuális kérdéssé válik a különböző híradásokban,[11] diskurzusokban. Habár senki sem vitatja, hogy az állatok megérdemlik a tisztességes, erkölcsös bánásmódot, mégis az a paradox helyzet állt elő napjainkra, hogy a „ha többek személyiségét, és így jogát ismerjük el, akkor nagyobb lesz az igazságosság” axiómájával teljesen ellentétes folyamatot fedezhetünk fel a meg nem született személy jogaival kapcsolatban. Tudniillik a meg nem született személy (méhmagzat) jogainak elismerése sokkal vitatottabb, sőt tendenciáit tekintve ez az „ügy” nem a védtelen méhmagzat jogainak kiterjesztése felé halad.[12]

Ezt az önellentmondást Balkin is felismerte. A dekonstrukció nyelvén szólva itt az „ember” és „állat” dichotómiáját láthatjuk, ahol az ember azon létezőket jelöli, akikkel szemben igazságosnak kell lennünk, akikkel szemben felelősséggel tartozunk; míg mindazok, akik az ellentétpár másik pólusára kerültek, pusztán egyszerű létezők lesznek, akikkel bármit meg lehet tenni. A két fogalom közötti határvonal mindig megkérdőjelezhető, mivel teljesen önkényesen megvont.[13] Habár meg szeretném jegyezni, hogy ez a megkérdőjelezési kényszer

[9] Jacques Derrida: The Force of Law. The Mystical Foundation of Authority, 951. o. In *Cardozo Law Review,* 11. (1989–1990)
[10] Derrida (1989−1990): i. m. 951. o.
[11] A legutóbbi ilyen hír Argentínából jött, ahol a bíróság „nem emberi személynek” ismert el egy orángutánt, és ezen személyi mivoltából következően joga van a szabadságra. Elérhető: http://uk.reuters.com/article/2014/12/21/uk-argentina-orangutan-idUKKBN0JZ0QA20141221
[12] Vö. Frivaldszky János: *A jogfilozófia alapvető kérdései és elemei.* Budapest, Szent István Társulat, 2013. 98−111. o.
[13] Balkin (1994): i. m. 1143−1144. o.

pontosan a világ ilyen durva leegyszerűsítéséből adódik. Amíg az egyik oldalon vannak a személyek, akikkel szemben *„határtalan felelősséggel tartozunk”,* a másik oldalon pedig minden más (és itt kövek, növények és állatok egyaránt vannak), addig mindig érezni fogjuk, hogy „hiba van a rendszerben”. Egy kő nem fog panaszkodni, ha egy csákánnyal lehasítjuk a hegyoldalból, azonban az állatok természetükből adódóan képesek fájdalmat érezni, és ez jól látható. Még Aquinói Szent Tamás is úgy fogalmazott, hogy a létezők különböző nemeiben másképpen vesz részt az örök törvény.[14] Mindebből azt a közbenső értékelést szeretném levonni, hogy éppen a világ durván leegyszerűsítő, mesterséges dichotomikus (személyek, akikkel szemben igazságosak lehetünk – nem személyek, akik mindig elnyomásban és erőszakban élnek) felosztása az, ami megzavarja a teoretikus tisztánlátását azoknak, akik szerint az állatok egyedüli lehetséges védelmi formája (a hátrányos megkülönböztetéssel és az erőszakkal szemben), ha azokat felemeljük az emberi szintre azáltal, hogy személyként kezeljük őket – de legalábbis a legintelligensebb emlősöket.[15]

Balkin szerint azonban a dekonstrukció és az egalitárius, emancipatorikus politika közötti egyenlőségjel tétele túlságosan elhamarkodott. Miről is van szó? Ha a dichotomikus ellentétpár két eleme között vont határvonal instabil, akkor bebizonyítható, hogy egyes létezők inkább személyek, vagy fordítva: egyesek, akiket személynek gondolunk, valójában nem is azok. „Valóban, valaki felfoghatja úgy a bigottság történetét, mint az emberiség elképzelt egységének folyamatos dekonstrukcióját.”[16] Valószínűleg a dekonstrukció legelkötelezettebb hívei sem szeretnék, ha olyan zavaros és embertelen ideológiákkal kerülnének egy sorba, mint a dél-afrikai apartheidrendszer és a különböző fajgyűlölő diktatúrák, pedig ha pusztán a dekonstruktív gyakorlatot nézzük, akkor az érvelés szintjén ugyanazon (értelmezési-érvelési) műveletek zajlanak az ember és állat határának megvonásakor. Önmagában a dekonstrukció (mint módszer) nem tud igazságot tenni egy ilyen kérdésben, de a dekonstruktőr megpróbálkozhat vele: ő ugyanis az, aki mozgatja az érvelések láncolatát, és ő az, „ki érzi a földet, / tapintja merészen a görcsös, a szörnyű / Medusa-valóság kő-iszonyatját /s szól: »ez van«, »ez nincsen«, / »ez itt az igazság«, »ez itt a hamisság«.”[17] Ha mindezt így nézzük, akkor érezhető, hogy a dekonstrukció rá van szorulva bizonyos előzetes megfontolásokra, előzetes értékelésekre, és bizony az ontológiára is.

Balkin vitatja azt is, hogy a „személyek” körének bővítése egyenes arányban növelné a társadalmi igazságosságot. Meglehetősen naiv elképzelés, valóban. Az elmúlt pár száz évben a jogok alanyainak legnagyobb kiterjesztése (szigorúan kvantitatív szempontból) nem a rabszolgaság eltörlésének, az emberi jogok egyetemes elismerésének köszönhető: a valódi ok a jogi személy létének univerzális elismerésére vezethető vissza.[18] *Anélkül, hogy a téma részleteibe belemennénk, vajon tényleg növelte-e az „igazságosságot” az, hogy a nagy óriáscégek jogainak elismerésével lehetővé tettük, hogy elképesztő vagyoni (és ezzel együtt hatalmi) koncentráció alanyai legyenek?* Nem lehet erre a kérdésre egyszerű (és lehetőleg demagógiamentes) választ adni, de még az emancipatorikus-baloldali gondolkodók egy része is, akik egyetértenek a jogok alanyainak állatokra való kiterjesztésével, szkeptikusok lehetnek azon axiómával szemben, hogy pusztán az igazságosság, mint jog alanyainak kiterjesztése önmagában növeli a társadalmi igazságosságot.

Balkin felveti azt a meglátást is, hogy *pro life* szemszögből a méhmagzat és gyermek

[14] Aquinói Szent Tamás: A Summa theologiae kérdései a jogról. Ford. Tudós Takács János. Budapest, Szent István Társulat, 2011. 22, 26. o.

[15] Az állatokkal kapcsolatos megítélés változásaira lásd Pongrácz Alex: „Nem álmod-e, hogy egyszer láthatatlan légy?” A természettel kapcsolatos felfogás változásai és a szuverenitás kiöldítésének esélyei, 39–54. o. In Jogelméleti Szemle, 2020/2.

[16] Balkin (1994): i. m. 1145. o.

[17] Részlet Kosztolányi Dezső *Marcus Aurelius* című verséből.

[18] Balkin (1994): i. m. 1146. o.

(ember) közötti határvonal hasonlóképpen elmosódott,[19] önkényes és így dekonstruálható. Amit Derrida és mások elmondanak az állatok jogaikból való kirekesztéséről, és az ellenük elkövetett jogsértésekről, ugyanúgy megáll a méhmagzatra is, ahogy Balkin arra rámutat.[20] Az abortuszt propagálók persze nem fogadnának el egy ilyen érvelést, de nem azért, mert a dekonstrukció bármiben is meggátolná a dekonstruktőrt, hogy így érveljen, hanem azért, mert számukra így igazságos az önrendelkezés és az anya érdekei szempontjából. De miről is van szó? A dekonstrukció valójában formába önti a meglévő értékválasztásainkat, de nem tudja megmondani nekünk, hogy mit gondoljunk igazságosnak bizonyos kérdésekben.

V. A határtalan felelősség

Többször is említettem, hogy Derrida igazságosságkoncepciója nagyon sok helyen támaszkodik a lévinasi határtalan *(infini)* felelősség gondolatára. Lévinas szerint *„a Másikkal való kapcsolat maga az igazságosság”,*[21] a Másikkal szembeni felelősségem és kötelességeim határtalanok, és sosem tudok azoknak teljes egészében megfelelni. De mégis mit jelent konkrét esetben a határtalan felelősség? Derrida ezen a ponton nagyon absztrakt szinten beszél a felelősségről és a méltányosságról. Egy olyan igazságosság megfogalmazására utal, amely túlmutat az egyenlőségen és az arányosságon.

Balkin meglátása szerint az igazságosság tekintetében konkrét esetben a francia filozófus mintha elfeledkezett volna a felelősség határtalanságáról. Paul de Man kapcsán, ha felelevenítjük a védelmére felhozott érveket, Derrida mintha amellett érvelne, hogy ha el is ítéljük de Mant, akkor is megfelelő módon tegyük. Az alapján ítéljük meg, ami neki jár. Sem Paul de Man, sem a dekonstrukció nem felelős a holokauszt szörnyűségeiért. A megfelelőség, a Másikat megillető, a *juss (iustum)* gondolata hatja át Derrida gondolatait ebben a konkrét kérdésben, még ha ő maga ezt nem is mondja ki. Vajon felelősséggel tartozom-e az utca végén lakó beteg özvegyasszonyért? Kell-e bűnösnek érezni magunkat honfoglaló őseink rablóportyáiért? Felelősséggel tartozom azért, ha a fuvarozási szerződés teljesítésekor a kamion sofőrje a nekem szállított áruval karambolozik, és ezzel súlyos anyagi károkat okoz?
A ki, miért és milyen mértékben tartozik felelősséggel egy nagyon is húsbavágó jogi és etikai kérdés, amelyre nem lehet elhamarkodottan válaszolni. A „határtalan felelősség” koncepciója a fenti kérdéseknél elmossa a kontextust, és minden esetben megkövetelné a felelősségérzetet, azonban látható, hogy konkrét esetben Derrida mégsem emellett érvel (Drucilla Cornell továbbhalad ezen a határtalan úton, de az eredmény inkább politikai filozófia lett, semmint jogi elmélet), hanem amellett, hogy a felelősség mértékét valamiféle *megfelelőség* (talán arányosság) kell, hogy mérje. Az igazságosság megköveteli, hogy ne legyünk felelősek az igaztalan vádakkal szemben.[22] Balkin nagyon finoman jegyzi meg, hogy a probléma feloldása valójában a derridai *határtalanság*nak *meghatározhatatlanság*ra való átfogalmazása lehet.

A „meghatározhatatlanság” egy sokkal pragmatikusabb és jobban megfogható mederbe tereli a felelősségről szóló érvelést Balkinnél. A derridai eredeti elképzelést úgy fogalmazza újra, hogy közben megmarad a kötelesség- és felelősségmeghatározás kontextusból eredő bizonytalansága. „A meghatározhatatlannak nincsenek tiszta határai, mert a látóköre annyira kontextusfüggő, és nem lehet előzetesen minden lehetséges jövőbeli kontextust leírni. A meghatározhatatlannak vannak határai, de nem tudjuk pontosan, hogy hol.

[19] A méhmagzat jogalanyiságának kérdőjeleiről lásd Frivaldszky i. m. 43−54. o.
[20] Balkin (1994): i. m. 1148. o.
[21] Emmanuel Lévinas: Teljesség és végtelen: tanulmány a külsőről. Ford. Tarnay László. Pécs, Jelenkor, 1999. 89. o.
[22] Balkin (1994): i. m. 1151. o.

A határtalannak nincsenek határai, és ebben biztosak vagyunk."[23]

Mindez nemcsak a felelősség mértékére vonatkozik, hanem a szövegek jelentésére is. Balkin szerint a dekonstrukció képviselőinek gyakran tulajdonítják azt a nézetet, hogy a szövegek jelentése meghatározhatatlan. Ez kétféleképpen lehetséges: a szövegeknek végtelen elképzelhető jelentése van (ezt nevezi Balkin nihilista nézetnek), a másik szerint pedig csupán meghatározhatatlanok a kontextustól való függőségük miatt, minthogy *más környezetben más olvasatokat produkálhat ugyanazon szöveg,* de ettől nem lehet bármilyen jelentést tulajdonítani annak. Balkin az utóbbi mellett foglal állást, ezt a megközelítést nevezi transzcendentális dekonstrukciónak.

A szöveg nihilista dekonstrukciója minden dichotómia közötti különbségtétel illuzórikus voltára mutat rá, mivel valójában mind a kettő ugyanazt jelenti. Ezzel szemben, ha a balkini egymásba forduló ellentétekre gondolunk, akkor látható, hogy az ellentétpárok, habár tartalmazzák egymást (sőt feltételezik egymást), mégsem mondhatjuk, hogy a dolgok, amelyekről szó van, nem léteznek. A nihilista dekonstrukció Balkin álláspontja szerint tarthatatlan álláspontokra vezetne, és alapjaiban elhibázott.[24] A nihilista dekonstrukció alapján a nappal és éjszaka ellentétpárja közötti határvonal pontos meghúzása képtelenség, ezért valójában ezek nem léteznek, és minden nap „végtelen". Balkin szerint a meghatározhatatlanság nem jelenti azt, hogy a megkülönböztetésnek nincs értelme, csupán azt, hogy annyira kontextusfüggőek, hogy minden esetben alapos vizsgálatnak kell alávetni az állításainkat és a döntéseinket.

VI. A Másik nyelvén beszélni

A *Force of Law* kétségkívül legelgondolkodtatóbb sorai azok, ahol a francia filozófus arról beszél, hogy *bármiféle igazságosság előfeltétele az, hogy a Másik nyelvén tudjunk beszélni.* Derrida szerint több példát is tudunk hozni akár az irodalomból, akár a történelemből, amikor valakit vagy valakiket olyan nyelven megfogalmazott normák alapján ítéltek meg, amiket ők maguk nem értettek, vagy azok meghatározását vitatták.[25] A multikulturalizmus és a kultúrák közötti érintkezés egyre növekvő problémái (amelyet egyes szerzők borúsan a civilizációk összecsapásaként aposztrofálnak) mind azt a kérdést járják körbe, hogy hogyan tudjuk a Másikat, annak kultúráját megérteni, ha nem ismerjük a nyelvét, nem ismerjük a kontextust, amelyben szocializálódott; és miképpen vagyunk képesek a saját normáinkat idegen kultúrák felé közvetíteni akár a saját, akár a Másik nyelvén. De ha nem is a multikulturalizmus diskurzusában vizsgáljuk ezt, akkor is felmerül az, hogy miként tudjuk a Másikat közvetlenül megszólítani, és hogyan tudjuk a kapcsolatainkban az igazságosságot vele együtt fenntartani.

A jog, mint törvény Derrida szerint mindig valamiféle harmadikként lép be az Én és a Másik kapcsolatába, mivel a jogszabályi előírások valamiféle igazságossági sztenderdeket határoznak meg a felek viszonyaiban. Azonban a harmadik bevonása bármilyen etikai kapcsolatban a derridai-lévinasi modellben annak etikai voltát szünteti meg. Ha a felek egymáshoz való viszonyukban az előre lefektetett szabályokat követik, onnantól a cselekvésük nem lesz más, mint mechanikus cselekvés a Másikra való odafigyelés nélkül. „Még ha meg is elégszem az igazságos szabály használatával, az igazságosság szelleme nélkül, […] talán védve vagyok a jog *(droit)* által, a cselekedetem összeegyeztethető az objektív joggal, de nem lennék igazságos. A cselekedetem, ahogy Kant mondaná, *kötelességtudó* lenne, de nem a kötelesség *által* vagy a jog *tisztelete* miatt. Lehetséges azt

[23] Uo.
[24] Balkin (1994): i. m. 1153. o.
[25] Derrida (1989−1990): i. m. 951. o.

mondani: egy cselekedet nemcsak jogszerű, de igazságos is?"[26] Derrida válasza egyértelműen nem. *A jognak viszont Balkin szerint több korlátja van, amely akadályozza az igazságosság maradéktalan kibontakozását:*

(1) *A törvények általános nyelven szólnak*, mert különböző tényleges helyzetben kell érvényesülniük, vagy a jogalkalmazónak szubszumálnia kell a tényleges tényállást a norma előírásai alá. „A jognak így egyszerűsítenie kell, és meg kell hamisítania az elé kerülő szituációt."[27]

(2) James Boyd White-ra hivatkozva Balkin szerint *a fordítás problémájával is szembe kell kerülnie a bírónak,* hiszen a Másik nyelvéről kell a sajátjára lefordítania az igazságosságot, de minden fordítás szükségszerűen tökéletlen.

(3) *A törvénynek olyan nyelven kellene szólnia, amely nem tartozik egyik félhez sem, így semleges és fair maradhat. Azonban elképzelhető az, hogy a nyelvi kifejezésforma ilyetén távolságtartása lesz az, amely megakadályozza, hogy ténylegesen sikerüljön igazságot szolgáltatni*. Hiszen olyan nyelven és módon írja le az elé kerülő szituációt, amelyben a felek nem tudják önmagukat kifejezni. A végeredmény így az lesz, hogy a jog lehet, hogy nem az egyik fél nyelvén beszél, hanem éppen ellenkezőleg, egyik fél nyelvén sem fog. Ez pedig az egyedi helyzet jelentőségét ássa alá, amely fontos lenne bármiféle igazságossághoz.[28]

Derrida két imperatívuszt ír elő: először is, hogy *minden helyzetet a maga egyediségében vizsgáljunk; másodszor pedig, hogy próbáljuk meg a szituációt a Másik szemszögéből is nézni*, ami maga után vonja azt, hogy annak nyelvén és világnézetén keresztül vizsgáljuk a köztünk lévő viszonyt. Ez két különböző előírás, amelyeket nem szabad összekeverni.[29]

VII. Minden helyzet egyedisége

Vajon mit jelent az, hogy minden szituációt a maga egyediségében vizsgáljunk? A különböző élethelyzetek mindig valamiféle hasonlóságokat szoktak mutatni; erre vezethető vissza az, hogy a jogi nyelv által megragadhatók és rögzíthetők azok a jellegzetes vonások, amelyek például az adásvételi szerződést adásvételi szerződéssé teszik. Azonban az is nyilvánvaló, hogy nem mindegy, hogy egy megunt széket adunk el, vagy egy másfél szobás garzonlakást. A korábbi pontban említett nihilista-transzcendentális megközelítés a balkini értelmezésben itt is megjelenik, hiszen a nihilista értelmezés szerint az egyediség túlhajtása miatt mondhatnánk azt, hogy igazából nem lehet általánosan leírni egyetlen jogviszonyt sem, így az hiábavaló vállalkozás lenne. A józan ész és a szakmai tudásunk jó okkal tiltakozna egy ilyen megállapítás ellen. Ha egy szituáció annyira egyedi, hogy össze sem mérhető a másikkal, akkor az a döntés képtelenségét is maga után vonná, vagy legalábbis minden döntés egyedi lenne, de e döntések igazságosságát nem tudnánk megállapítani, mert nincs semmilyen mögöttes elgondolás.[30]

Azonban ha a relatív különbözőség álláspontját fogadjuk el, akkor a kérdés máris kezelhetőbb lesz. Az igazságos jogi döntés valahol mindig a megfelelő kontextus kiválasztásán múlik,[31] azon, hogy mely jogszabályoknak (az angolszász jogi gondolkodásban: precedensnek) feleltethető meg leginkább az adott tényállás. Ez a döntés mindig maga után vonja a bírói diszkréciót, de ettől még a döntés nem lesz feltétlenül önkényes, és nem fogja a helyzet egyedi értékelésének figyelembevételétől megfosztani az érintett feleket.

[26] Derrida (1989−1990): i. m. 949. o.
[27] Balkin (1994): i. m. 1157. o.
[28] Balkin (1994): i. m. 1157–1158. o.
[29] Balkin (1994): i. m. 1158. o.
[30] Balkin (1994): i. m. 1159−1160. o.
[31] Balkin (1994): i. m. 1160. o.

Mindezt igaznak véli Balkin a Másikkal való kapcsolatunkban is, minthogy a Másik tökéletesen idegenként való kezelése ugyanúgy problémát okozhat, mintha a többiekhez teljesen hasonlónak kezelnénk, nem tisztelve a releváns egyedi különbségeit. „Ha meggondolatlanul úgy vesszük, hogy a Másik teljesen olyan, mint mi, akkor nem tudjuk megérteni a tetteit, ha eltérnek a mienktől; ha ragaszkodunk önmagunk abszolút különbözőségéhez hozzá képest, akkor sosem lesz képes megérteni minket."[32]

VIII. Megérteni a másik szempontjait

A Másik megértése Derrida szerint minden igazságosságnak az előfeltétele. Kétségkívül, a Másikra való nyitottság nélkül nehezen képzelhető el bármilyen emberi kapcsolat; de vajon tényleg kötelesek vagyunk mindig a Másik szemszögéből nézni az elénk kerülő szituációt?

Ez a megközelítés Balkin szerint akkor tűnik a legvonzóbbnak, ha az adott viszonyban mi vagyunk az erősebb fél vagy a károkozó, esetleg mi hozunk döntést egy vitatott esetben. Ekkor a kötelességeink vagy jogaink gyakorlásakor a Másikra tekintettel kell eljárni, hogy lássuk, milyen kihatással lehet ez rá, s ekkor arra van szükség, hogy félretegyük a prekoncepcióinkat, és az ő nyelvén, az ő világlátásán keresztül lássuk a helyzetet.[33] Álláspontom szerint persze erősen kérdéses, hogy megvan-e a kellő információnk ahhoz, hogy (például) „kínaivá váljunk", és így lássuk a viszonyt, és nem csupán úgy nézzük a helyzetet, ahogy szerintünk a Másik látja.

Balkin szerint azonban ez az imperatívusz korántsem ilyen problémátlan abban az esetben, ha mi vagyunk az elnyomottak, a bűncselekmény áldozatai vagy a gyengébb fél. Tényleg igazságos annak a szemszögéből nézni a vonatkozó szituációt, aki egyébként ártani akar nekünk? Meg kell-e érteni a nemi erőszak áldozatának, hogy az elkövető szemszögéből ő csupán egy eszköz volt alattomos vágyainak kielégítésére? Igazságos lenne az, hogy egy holokauszt-túlélő a korábbi elnyomóit az „árja felsőbbrendűség" nyelvén szólítsa meg?[34] Különösen úgy, hogy ezekben a szituációkban a másik ember éppen a mi személyi mivoltunkat vonta kétségbe, ami pedig összeegyeztethetetlen az igazságossággal.

Derrida a korábban említett konkrét etikai szituációban (Paul de Man) pontosan azt veti a kritikusok szemére, hogy nem értették meg az igazságosság hívását, és nem a Másikra való nyitottsággal közelítették meg a kérdést. Derrida a méltatlan és alattomos támadások egy részére, amelyek nemcsak néhai barátját, hanem az ő személyét is érintették, így reagált: „[Az erőszakos támadásokról:] Nem lehetséges, hogy ezen a szinten válaszoljak. És kötelességem ezt nem elfogadni. Az ember nem csak maga dönt a fölényes hangnem használatáról."[35] E sorokból az derülhet ki, hogy nem vagyunk minden esetben kötelesek a „Másik nyelvén" válaszolni, sőt ugyanolyan módon reagálni. A Másikkal való találkozás nem minden esetben jelenti azt, hogy a felek nyitottak lesznek a párbeszédre.[36] Az elnyomó vagy a Másikat sértő viszony nem követeli meg azt, hogy akkor e személy világlátásán keresztül lássuk a helyzetet. Sőt az igazságosság azt követeli, hogy a károkozó feleljen a tetteiért még akkor is, ha ő nem akar, vagy úgy gondolja, hogy nem felelős semmiért. Így az igazságosság azt követeli meg tőlünk, hogy ne öntagadó nyelven kezeljük a dolgokat és a személyeket, hanem úgy, ahogy az adott szituáció megköveteli.[37] Vagy, ahogy a klasszikusok mondanák, ahogy a dolog

[32] Balkin (1994): i. m. 1161. o.
[33] Balkin (1994): i. m. 1162. o.
[34] Balkin (1994): i. m. 1162−1163. o.
[35] Derrida (1989): i. m. 872. o.
[36] Balkin (1994): i. m. 1164. o.
[37] Balkin (1994): i. m. 1164. o.

természete azt megköveteli.

A másik nyelvén való beszélés kötelességét így sokkal inkább meghatározhatatlannak, mint határtalannak kell értelmezni Balkin szerint. A kötelességünk az, hogy a tőlünk telhető módon leginkább törekedjünk a Másikhoz fűződő viszonyunkban az ő megértésére. De meddig kell ebben elmennünk? Balkin úgy véli, nem tudjuk e kötelesség határait tisztán és mindenkorra definiálni, de az adott találkozás kontextusából még van esély arra, hogy megleljük ezen imperatívusz megfelelő alkalmazását.

Az „erősebb" és „gyengébb" fél fogalma sem menekülhet a jelentés ideológiai sodródásától vagy a kontextustól. Ráadásul, míg az eddigi leírásból úgy tűnhet, mintha ez az elismerési viszony egyoldalú lenne, valójában kölcsönös, mivel mindkét fél számára a jogviszony másik tagja *Másiknak* számít, akire tekintettel kell lennie. Így a kötelességeink sokban függenek attól, hogy miképpen definiáljuk az egyes szereplők pozícióját. A kötelességeink terjedelme a Másik nyelvén való beszélés szempontjából sokban függ attól, hogy miképpen határozzák meg a szerepeiket.[38] Egyértelműen látszik, hogy az erős-gyenge, elnyomó-elnyomott dichotómiák olyan egymásba hajló ellentétek, amelyek könnyedén dekonstruálhatók.

A Paul de Man-esetben is kérdéses Balkin szerint, hogy milyen szerepet osszunk a fiatal belga irodalmárra. Az áldozatét, akit igaztalanul vádolnak, vagy egy olyan személyét, aki igaztalanul vádolt másokat? Az opportunista kollaboránsét, vagy éretlen fiatalét, aki megbecsült tudóssá érett? A méltányossági kötelességünk meghatározhatatlansága azonban nem jelenti annak bármilyen irányban való korlátlanságát (legyen az felmentés vagy elítélés). Mindkét véglet igazságtalansághoz vezethet: akkor is, ha teljesen visszautasítjuk a Másik nézőpontját, és akkor is, ha csupán az ő szempontjai alapján mérlegeljük az elénk kerülő etikai-jogi szituációkat.

IX. Dekonstrukció, mint antitotalitárius elemzés

A Paul de Manról szóló szövegében Derrida a dekonstrukció egy másik értelmezését is felvetette, amelyben a dekonstrukciót egy antitotalitárius elemzési módként mutatja be. A totalitarizmus mindig valamiféle leegyszerűsítést, meghamisítást vagy elhamarkodott ítéletet jelent: „purifikáció, tisztogatás, totalizálás, eltulajdonítás, homogenizálás, hirtelen objektifikáció, jó lelkiismeret, sztereotipizálás és el nem olvasás; minden szöveg és probléma közvetlen átpolitizálása és depolitizálása (a kettő mindig együtt jár), közvetlen historizálása és dehistorizálása (ez mindig ugyanaz), a moralizálás azonnali megideologizálása (ez maga az amoralitás); gyorsított perek, rosszallás vagy felmentés, végrehajtások vagy finomítások összefoglalása. Ezt kell dekonstruálni."[39]

A fenti felsorolás elemei mind a kontextus figyelembe nem vételéből eredő hibák és bűnök. Balkin szerint a totalitárius-kritika egyben a derridai logocentrizmuskritika egy újabb megfogalmazása. A logocentrizmus problémája nem más, mint a kategorikus ítéletek problémája: a kategorikus ítéletek egyfelől szükségesek azért, hogy beszélhessünk bizonyos dolgokról, de Balkin szerint ezek a kategorikus kijelentések figyelmen kívül hagyják az egyes dolgok kontextusát. Amikor valamire azt mondjuk, hogy kölcsönszerződés, adásvétel, jogi személy, akkor arról teszünk állításokat, hogy az adott, a jelenség szféraszintjén létező dolog milyen előzetesen felállított fogalmi kategóriába fér bele. A kategorikus kijelentések összevonnak dolgokat, függetlenül e jelenséghalmazok különbségeitől, és figyelembe nem véve azt, hogy más dolgokhoz ezek hasonlítanak.[40] Így Balkin szerint minden kategorikus

[38] Balkin (1994): i. m. 1168. o.
[39] Derrida (1988): i. m. 646. o.
[40] Balkin (1994): i. m. 1173. o.

kijelentés az adott helyzet meghamisítása vagy leegyszerűsítése.

A dekonstrukció ereje Balkin szerint az, hogy képes kimutatni, milyen szakadék tátong a kategorikus kijelentéseink és azok jelentést befolyásoló kontextusa között (amit néhányan talán az egyedi helyzet egyedi igazságosságának neveznének). Balkin azonban nem amellett érvel, hogy teljesen vessük el a kategorikus kijelentéseket, hanem csupán azt mondja, hogy egyetlen elemzésünk és értelmezésünk során se feledkezzünk meg arról, hogy *minden dolog a kontextusok gazdagon burjánzó rétegeiben helyezkedik el.* A dekonstrukció minduntalan erre mutat rá, azokra a leegyszerűsítő kijelentésekre tehát, amelyek nem vesznek figyelembe minden kontextust, minden lehetséges megközelítést, és ezért egyes fogalmak vagy szövegek értelmezése megkövesedik. Balkin szerint a „totalitárius" szó használata szintén túl erős, és túl sok olyan értelmezési réteget von be, amely megnehezíti annak helyes értelmezését. Így ír erről: „A dekonstrukciónak az antitotalitárius gondolkodással Derrida általi azonosítása sokkal jobban kifejezhető a dekonstrukciónak transzcendentális emberi értékekhez való kötésével, amelyeket a jog, a nyelv, és a konvenciók sosem tudnak teljesen kiszolgálni, és ezeket mindig félig elfedik."[41] Az értékek transzcendenciája vezet minket a balkini dekonstrukció átfogó megértéséhez és bemutatásához.

X. Az értékek transzcendenciája és a transzcendentális dekonstrukció

Egy korábbi írásomban már bemutattam, hogy Balkin szerint minden dekonstrukció kulcsa az, hogy mit dekonstruálunk, és milyen értékelköteleződéssel rendelkezik a dekonstruktőr.[42] A dekonstrukció balkini értelmezése szerint a dekonstrukció mindig arra a szakadékra mutat rá, amely az emberi értékek és azok jogi-társadalmi-kulturális kifejeződése között van. Ezt nevezi Balkin *normatív szakadéknak (normative chasm).* Ha „a dekonstrukció maga az igazságosság", ahogyan azt Derrida mondta, hogyan lehetséges az, hogy azt mégis lehet azzal ellentétes, azaz kifejezetten igazságtalan célokra is használni? Nincs erre hatásos válasz, ezért *Balkin szerint a dekonstrukciónak valójában kétféle értelmet kell tulajdonítanunk.*

Első értelemben a dekonstrukció egy érvelési gyakorlat, amelyet emberek alkalmaznak, így mint minden retorika, ez is használható jó és rossz célokra egyaránt. *Második értelmezése* azt a normatív szakadékot jelenti, amely az értékeink és azok konkrét kifejeződése között húzódik meg. Az értékek kifejeződése mindig történelmi-társadalmi szituáció függvénye, azaz kontextusfüggő, és ugyanígy bármilyen dekonstruáló érvelés egy meghatározott történelmi szituációban megy végbe, a dekonstruktőr kontextusfüggő értékválasztásai által meghatározottan. A normatív szakadéktól nem tudunk megszabadulni egyszer és mindenkorra, mert nem tudjuk sosem az egész kultúránkat destabilizálni és újraértelmezni, hanem mindig csak annak egyes részeit. További probléma az, hogy minden elemzésnek, értelmezésnek véget kell valamikor vetni, de ez a „vég" nem jelenti azt, hogy ne lehetne még innen is továbblépni, hogy ne lenne helye további dekonstrukciónak.[43] A dekonstrukció jelenlétkritikája így azt jelenti, hogy a szakadék két oldala sosem fog összeérni, a transzcendentális igazságosság és annak partikuláris leképeződése az egyszeri emberi kultúránkban sosem lesz egymásnak tökéletesen megfeleltethető.

E megfontolások alapján Balkin szerint elhibázott a dekonstrukció azonosítása az igazságossággal.[44] Az igazságosság abban az értelemben lehetetlen, hogy sosem találhatunk

[41] Balkin (1994): i. m. 1174. o.
[42] Kevevári István: A dekonstrukció megszelídítése: Jack Balkin dekonstruktivista jogelmélete. 53. o. In Jogelméleti Szemle, 2014/4.
[43] Balkin (1994): i. m. 1178. o.
[44] Balkin (1994): i. m. 1179. o.

olyan cselekedetet, amelyről kategorikusan ki tudjuk jelenteni, hogy igazságos. Derrida misztikus megfogalmazásai az amerikai jogász szerint valójában elfedik a lényeget.[45] Mert ha elfogadjuk, hogy mind az igazságosságot és mind a dekonstrukciót lehetetlen teljes jelenlétében elérni, akkor más értékekkel is ez a helyzet: szépség, bölcsesség, bátorság – mindezek szintén elérhetetlenek. Balkin szerint a dekonstrukció a transzcendentális értékek és az emberi konvenciók közötti szakadéknak nem az egyik partvonalán áll, hanem ő maga a szakadék.[46]

Mindez látszólag megmagyarázná azt, hogy a dekonstrukció módszertani értelmezése miért hibás: ha azt mondjuk, hogy a dekonstrukció az a jelenség, amely az érték és annak megvalósulása között van, akkor érthető, hogy az erre való rámutatás önmagában nem lesz dekonstrukció. Így az érvelés, amely erre a normatív szakadékra vonatkozik, szintén dekonstruálható marad, hiszen minden elemzés nagymértékben kontextusfüggő (és így kultúrafüggő). Ez a függő helyzet teszi lehetővé, hogy a dekonstruktív érvek sem menekülhetnek az ideológiai sodródás elől, így térben és időben egyes állítások – legyenek azok bármilyen erősek is a maguk korában – jelentése és politikai töltete meg fog változni.[47]
Mit jelenthet „az igazságosság határtalan követelése”? Balkin szerint az igazságosság semmiképpen sem követel meg tőlünk semmit, mert az igazságosság nem norma, ami előír, hanem egy érték vagy erény, amely *„az emberek szívébe van írva”*.[48] Amikor Derrida az igazságosságot teszi meg a követelés alanyának, mintha ő követelne meg tőlünk valamit, valójában elfed egy nagyon fontos dolgot: nem az igazságosság követel meg valamit, hanem nagyon is konkrét személyek. Balkin az értékeket belső ösztönökként írja le, amely gondolat meglepően közel áll a klasszikus természetjog képviselőinek nézeteihez (bár Balkin és a klasszikus jogfilozófusok nézeteit nem azonosítanám).[49]

A dekonstruktív gondolkodás szinte a kezdetektől nagyon is antihumanista felhangokkal rendelkezik. Ha megfigyeljük Derrida számtalan írását, akkor látható, hogy nem arról beszél, mit csinálunk a dekonstrukcióval a szövegekkel, hanem azt, hogy mi történik, a szövegek hogyan dőlnek önmagukba, hogyan dekonstruálják a saját jelentésüket. De az igazságosság alanya csak az lehet, aki mindezeket megtapasztalja, aki képes igazságosan vagy igazságtalanul cselekedni, aki érzi, ha megkárosítják, vagy segítenek neki.[50]
Balkin szerint három megoldás van, hogy ezeket az alapvető problémákat megoldjuk. (1) Az első az, ha feltételezünk egy transzcendentális szubjektumot, aki képes minden jelentést megérteni, és képes az egész világot átfogni (ez lenne a hegeli megoldás). (2) A második megoldás a szemantikai materializmus: ebben az értelmezésben a jelek fizikai nyomok, amelyek létének feltételezéséhez nem kell feltételeznünk egy szubjektumot, aki olvassa őket, anélkül is léteznek (ez a megoldás előfordul a Derrida-korpuszban).[51] (3) A harmadik megoldás a szubjektum, az ember rehabilitálása lenne, aki nemcsak a kultúrájának terméke, hanem egyben annak alkotója is.[52]

Balkin utolsó dekonstrukcióról írott soraiban amellett érvel, hogy el kell hagyni a dekonstrukció antihumanista nyelvezetét, és újra fel kell fedezni az egyszeri cselekvőt, az ő felelősségét. A konkrét jogi vitákban nem lehet csupán a szövegekről, jelekről és arctalan kulturális hatalmakról beszélni. Ez mindenképpen olyan egyoldalúsághoz vezetne, amely megakadályozná az igazságos társadalmi kapcsolatok létrejöttét. Ez az új szubjektum az

[45] Balkin (1994): i. m. 1151. o.
[46] Balkin (1994): i. m. 1179. o. 119. lj.
[47] Balkin (1994): i. m. 1180. o.
[48] Balkin (1994): i. m. 1184. o.
[49] Balkin (1994): i. m. 1140. o.
[50] Balkin (1994): i. m. 1184. o.
[51] Jacques Derrida: *Speech and phenomena.* Evanston (US-IL), Northwestern University Press, 1973.
[52] Balkin (1994): i. m. 1185. o.

amerikai alkotmányjogász szerint egy olyan személy, aki képes választani, és e választásaiért felelősséget vállalni. Mindez szerinte elvezethet minket a társadalmilag konstruált szubjektum tételének újragondolásáig. Mindez nem fogja megoldani minden problémánkat, a normatív szakadék nem fog megszűnni az értékek és a konkrét megvalósulásuk között, hiszen szükségszerűen kultúrán és konvenciókon keresztül fogalmazzuk meg az emberi értékeket. Az, hogy ezek nem tudják azok teljes spektrumát átfogni, nem tudnak az értékeknek teljeséggel megfelelni, nem jelenti azt, hogy ne kellene rá törekedni, vagy azt, hogy ne léteznének ún. transzcendentális értékek.[53]

[53] Balkin (1994): i. m. 1186. o.

Lichtenstein András[1]

A materiális védelem és annak korlátai a büntetőeljárásban[2]

I. Bevezető gondolatok és fogalmi alapvetés

Materiális védelem alatt a magyar büntetőeljárásban a XIX. század vége óta hagyományosan az eljáró hatóságok azon kötelességét értjük, amely szerint eljárásuk során nem csupán a terheltet terhelő és a büntetőjogi felelősséget meglapozó, hanem az enyhítő körülményeket is figyelembe kell venniük.

Ezzel az elnevezéssel kapcsolatban azonban mindenekelőtt megjegyzendő, hogy - mint arra *Király Tibor* rámutat - nem egészen pontos: arra engedne következtetni, hogy az ez irányú hatósági tevékenység eljárási szempontból nem, csupán tartalmilag védelem.[3] Valójában azonban nem erről, hanem a fentebb kifejtett jelentéstartalomról van szó. Mindazonáltal tekintve, hogy a kifejezés mind a köznyelvben, mind pedig a büntető eljárásjog tudományában meghonosodott és egyértelműen a már említett hatósági tevékenységet jelöli, jelen tanulmány keretei között is ez a terminus technikus alkalmazandó. Elöljáróban megjegyzendő ugyanakkor továbbá az is, hogy a bár jelentéstartalmát és érvényesülését tekintve nem, megnevezésében valóban egyedülállóan a magyar büntetőeljárás sajátossága a materiális védelem. A külföldi eljárásjogokban ezt a koncepciót jellemzően az ügyészi *objektivitás, tárgyilagosság, elfogulatlanság* követelményével jelölik, vagy éppen a hatóságok *tényállás-felderítési kötelezettségének* körébe vonják.

A tanulmány célja a materiális védelem kialakulásának és fejlődéstörténetének áttekintése a magyar büntető eljárásjog tudományában, illetve a külföldi példák közül a világ legobjektívabb (vád)hatóságának tartott német ügyészség bemutatása és tárgyilagosságának vizsgálata. Mindemellett – figyelemmel arra, hogy a materiális védelem újabban már nem csupán a nemzeti eljárásjog sajátja, indokolt a nemzetközi emberi jogi szervek és büntetőbíróságok vonatkozó gyakorlatának bemutatása: előbbi az Emberi Jogok Európai Bíróságának esetjogán keresztül, utóbbi a Nemzetközi Büntetőbíróság eljárása alapjául szolgáló Római Statútum alapulvételével. Ezek mindegyikéhez kapcsolódóan vizsgálandók a materiális védelem érvényesülésének határai és korlátai is.

---

[1] Tanársegéd, Szegedi Tudományegyetem, Állam-és Jogtudományi Kar, Bűnügyi Tudományok Intézete

[2] A kutatást az EFOP-3.6.2-16-2017-00007 azonosítószámú, *Az intelligens, fenntartható és inkluzív társadalom fejlesztésének aspektusai: társadalmi, technológiai, innovációs hálózatok a foglalkoztatásban és a digitális gazdaságban* című projekt támogatta. A projekt az Európai Unió támogatásával, az Európai Szociális Alap és Magyarország költségvetése társfinanszírozásában valósul meg.

[3] Király Tibor: Büntetőeljárási jog. Osiris Kiadó, Budapest, 2008. 16. o.; Király Tibor materiális védelemmel kapcsolatos álláspontja a magyar büntető eljárásjog tudományának olyan kiemelkedő új tudományos eredményét jelentette, amely akadémiai tagságához is hozzájárult:
„Határozottan elvetette a „materiális" védelem fogalmát, amelynek ellentétpárjaként a „formális" lenne a védő funkciójának jelzője.” Ajánlók: (Eörsi Gyula, Kovács István) Akadémiai tagajánlások, a Magyar Tudomány 1979. 4. számának melléklete. 53. o.
http://real-j.mtak.hu/6248/1/MT1979Tag.pdf

II. A materiális védelem a magyar büntetőeljárásban

II.1. Történeti előzmények

A materiális védelem intézményét már a bűnvádi perrendtartásról szóló 1896. évi XXXIII. törvénycikk (Bp.) is ismerte és elismerte. A Bp. általános rendelkezései között – ha úgy tetszik: alapelvi szinten – írta elő, hogy az eljáró hatóságok és hatósági közegek kötelesek a terhelő és súlyosító, valamint az enyhítő és mentő körülményeket egyenlő gondossággal figyelembe venni. (Bp. 9. §) Az ehhez fűzött indokolás szerint a cél a bűnügyekben közreműködő hatóságok általános kötelességének megszabása volt. A jogalkotó felismerte, hogy a vádelvi alapokon nyugvó eljárási rendszerekben – mint amelyet a Bp. is követett – ez elengedhetetlen az eljáró hatóságok „egyoldalú törekvéseinek" elkerülése érdekében.[4] Amennyiben az elméletben megjelenő, de a jogalkotó által elvetendőnek tartott ügyféli per (azaz az akkuzatórius eljárási rendszer) érvényesült volna, ennek valódi lehetősége is fennállt volna. Éppen ezért, illetve ennek elkerülése érdekében látta szükségesnek a jogalkotó a materiális védelem alapvető rendelkezések közötti rögzítését. A korabeli – és mai szemmel is értékes – vélekedés szerint ugyanis helytelen az állam érdekét kizárólag a vád érdekével azonosítani: a büntető igazságszolgáltatás érdeke éppúgy megköveteli a védelem érvényesítését is. Ezt az üzenetet hivatott közvetíteni a Bp. 9 §-a. Az indokolás szerint a büntetőügy olyan közügy, amelyben az eljáró hatóságok az igazságszolgáltatás - és így áttételesen a köz érdekét kell, hogy szolgálják. Ez a hatóságok tagjaitól eljárásuk során részrehajlástól mentes magatartást, valamint az anyagi igazság megállapításának érdekében a valósággal egyező tényállás – azaz az anyagi igazság felderítésének kötelezettségét követeli meg.[5]

Figyelemmel arra, hogy a büntetőeljárás alapvetően különbözik a polgári pertől, ezeket a különbségeket az eljárás résztvevőire – így az eljáró hatóságokra és eljárási cselekményeikre irányadó szabályok kialakításánál is figyelembe kellett venni: a vádhatóságként működő ügyészséget is meg kell különböztetni a magánjogi felperestől, illetve a bizonyítékok beszerzése sem hagyható kizárólag a felekre a büntetőeljárásban. A büntető és a polgári eljárásjog szembeállításával, a hatóságok ügyféli minőségével összefüggésben ugyanakkor a teljesség kedvéért megjegyzendő, hogy a Bp.-hez kapcsolódó - az indokolásnál későbbi - szakirodalomban megjelenik az vádló ügyféli minőségének részleges, a bírósági eljárásra korlátozott elismerése. Ezt a nézetet vallotta *Finkey Ferenc* is, hangsúlyozva, hogy az ügyész ténylegesen csak a perben ügyfél, se előtte, se utána nem minősül annak. A materiális védelemmel (illetve a terhelt érdekében benyújtható jogorvoslattal) egyúttal azt is igazoltnak látta ugyanakkor, hogy az ügyész nem pusztán egyoldalú ügyfél, hanem igazságügyi feladatokat is ellátó közhatóság, amely azonban nem rontja le ügyféli minőségét.[6] *Az ügyész az ügy mindenoldalú feltárására, a terhelő és súlyosító körülmények mellett a mentő és enyhítő körülmények figyelembevételére és objektivitásra is kötelezett.*[7]

Abból, hogy ez a szabály szerkezetileg a Bp. általános rendelkezései között került rögzítésre, az következik, hogy annak az eljárás minden szakaszában érvényesülnie kell, azaz nem csupán a rendőri hatóságokat és a királyi ügyészséget köti a nyomozás során, hanem a vizsgálóbírót is a vizsgálat alatt és az eljárás további szakaszában is. A bizonyítékok

[4] Vö. az ún. ügyféli perre vonatkozó korabeli elméletekkel és azokkal kapcsolatos félelmekkel.

[5] Az 1896. évi XXXIII. törvénycikk indokolása Képviselőházi irományok 1892/97. XXVII. kötet 1-416. o., XXVIII. kötet 1-376. o., irományszám: 870.

[6] Finkey Ferenc: A felek fogalma és köre a büntetőjogi per mai elméletében. Különlenyomat „Büntetőjogi dolgozatok" c. műből. Wessely és Horváth Könyvnyomda, Pécs, 1914. 37–38. o.; Finkey Ferenc: A magyar büntető perjog tankönyve. Grill Kiadó, Budapest, 1916. 196. o.

[7] Kardos Sándor: Kit "terhel" a bizonyítási teher? In Erdei Árpád (szerk.): A büntető ítélet igazságtartalma. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2010. 62. o.

összegyűjtésénél mind a vád, mind pedig a védelem érdekeit szem előtt kell tartani és ez nem csak a már megállapított terhelő és enyhítő, illetve súlyosító és mentő körülmények azonos mértékű figyelembevételének kötelezettségére vonatkozik, hanem már azt megelőzően a felderítés során és a bizonyítékok beszerzése körében is érvényesülnie kell a kétirányú elfogulatlanságnak. Az indokolás ezt az általános kötelezettséget a közszolgálat jellegéből tartja levezethetőnek, nevezetesen abból, hogy a köztisztviselőknek eljárásuk során egyébként is hivatali kötelességük a tárgyilagosság.[8] Összevetve a francia büntetőeljárással, a jogalkotó hivatkozik arra, hogy a francia ügyészek akkoriban gyakran kifogásolt egyoldalú eljárása éppen a *Code d'instrictuion criminelle* materiális védelmet előíró szabályainak hiányára vezethető vissza. Mindazonáltal egyéb eljárásjogi jellegű érdekek is indokolják a materiális védelem létjogosultságát: az ún. *structinialis eljárás* – azaz az ügyész eljárási cselekményeit megelőző tájékozódási kötelezettsége és az információáramlás biztosítása (Bp. 33. §), az előkészítő eljárás és a vizsgálat szabályai (Bp. 102. § és 133. §), illetve a hatóságoknak a terhelt irányába fennálló tájékoztatási kötelezettségei. Az indokolás hangsúlyozza, hogy a materiális védelem érvényesítése a rendőri hatóságoknak is kötelezettsége és nem áll ellentétben a vádelvvel. A Bp.-vel ugyanis olyan vádelvi alapokon nyugvó vegyes rendszert kívántak kialakítani, amely vádelv egyes merev szabályait az igazság érvényesülése érdekében maga mögött hagyja.[9,10]

A materiális védelem szabálya kifejezetten a nyomozással összefüggésben ismételten megjelenik a Bp. 100.§-ban, amely szerint „a nyomozás folyamán nemcsak a terhelő, hanem a mentő körülmények is kiderítendők és a gyanúsított érdekében is gond fordítandó ama bizonyítékok megszerzésére, melyeknek megsemmisülésétől tartani kell." Az indokolás *„részrehajlatlan eljárás"* cím alatt itt alkalmazza először a materiális védelem elnevezést, amelyet a terhelt érdekében felállított egyik legfontosabb garanciának nevez. Teszi ezt mindenekelőtt arra figyelemmel, hogy a kontinentális, eredendően inkvizitórius alapokon nyugvó büntetőeljárásokban ekkoriban – és egészen a közelmúltig napjainkban sem – érvényesült a nyomozás során az ügyfélnyilvánosság, azaz a terhelt és a védő eleve nem lehettek abban a helyzetben, hogy az enyhítő és mentő körülmények felderítését és figyelembevételét szorgalmazzák. Éppen ezért – azaz az ún. formális védelem korlátozott érvényesülése miatt kellett arról gondoskodni, hogy a nyomozás során az eljáró hatóságok teljesítsék a materiális védelmet és expressis verbis elő kellett írni számukra a mentő körülmények felderítésének kötelezettségét.[11]

A materiális védelemben lényegét tekintve az eljárás minden szakaszában kívánatosnak tartott anyagi igazság megállapításának igényét látták kifejeződni. A bíróság eljárásában – az annak pártatlanságába és függetlenségébe vetett bizalom révén – ezt külön törvényi előírások nélkül is biztosítottnak látták. Mindazonáltal a vádemelést megelőzően, a királyi ügyészséggel és a

[8] Ezt a nézetet Csemegi Károly már a Bp. országgyűlési vitáját megelőzően viszonylag részletesen kifejtette: „A modern állam a törvény megvalósítását követeli közegeitől és e fenségesebb hivatásával nem egyeztethető össze, hogy az ő képviselője mellőzze a tudomásaira jutott azon tényeket és körülményeket, melyek a vádlott büntetlenségét vagy enyhébb szempont alá eső bűnösségét bizonyítják. Az ügyészség eminens hivatása e tekintetben a vádlott védelmére is kiterjed; és mint az ügyész jogosítva van az ő tevékenysége folytán megindított bűnvádi eljárástól végképp el is állni, úgy jogosítva van a rendőrségi közegek, valamint a vizsgáló tevékenységét vádlott érdekében is proviciálni." Csemegi Károly: A magyar bűnvádi eljárás tervezetének indokai. I. A bűnvádi eljárás alapelvei és főbb intézkedései. Pesti Könyvnyomda Rt., Budapest, 1882. Idézi: Fantoly Zsanett: Alapelvek az új büntetőeljárási törvényben. In: Homoki-Nagy Mária et. al. (szerk.): Ünnepi kötet dr. Nagy Ferenc egyetemi tanár 70. születésnapjára. Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Szeged, 2018. 743. o.

[9] Ennek legszembetűnőbb példája a 306.§, amely lehetővé teszi, hogy a bíróság hivatalból rendeljen el bizonyítást.

[10] Az 1896. évi XXXIII. törvénycikk indokolása Képviselőházi irományok 1892/97. XXVII. kötet 1-416. oldal, XXVIII. kötet 1-376. o., irományszám: 870.

[11] Uo.

rendőri hatóságokkal szemben fennálló bizalom jóval mérsékeltebb volt a korban, olyannyira, hogy esetükben talán helytállóbb inkább bizalmatlanságról beszélni: „*a kir. ügyész, mint a vád képviselője, bármennyire át legyen is hatva az igazság érzetétől, könnyebben szem elől téveszthetí a materiális védelmet, mint a bíróság"*, illetve számolni kellett az *„emberi gyarlóságokkal;* szem előtt kellett tartani azt, hogy a nyomozás folyamán az áll a terhelttel szemben, aki a főtárgyaláson ellenfele lesz, s aki esetleg az üldözés gondolatától elragadtatva, a terhelt védelmi érdekét nem veszi kellő figyelembe". Ennél is lesújtóbb képet fest az indokolás a rendőrségről, „melynek alárendeltebb tagjai nincsenek a műveltség s értelmi fejlődöttség ama fokán, hogy minden direktíva nélkül le tudnák győzni a minden áron való üldözés ösztönét, mert élethivatásuk gyakorlása közben úgyszólván vérükbe ment át." Ezekre a gondolatokra figyelemmel tartotta szükségesnek a jogalkotó a materiális védelem ismételt – már-már túl-biztosítását a nyomozásról szóló rendelkezések között, illetve az eljáró hatóságokat újfent és nyomatékosan arra utasítani, hogy „*hogy bármily súlyos is a bűntett, bármily rettentő is a bűnös gonoszsága, egyenlő gondossággal gyűjtsék össze a terhelő és a mentő körülményeket."*[12]

II.2. Materiális védelem a szocialista büntető eljárásjogban

A materiális védelem szabálya lényegét tekintve az 1951. évi III. törvényben (II. Bp.) és az 1962. évi 8. sz. tvr.-ben (I. Be.) is fennmaradt. A II. Bp. 3. §-a szerint a terhelő és mentő, valamint a büntetést súlyosbító és enyhítő körülményeket a hatóságok kötelesek az eljárás minden szakaszában figyelembe venni és kideríteni. Az I. Be. 5. §-a lényegét tekintve - némi pontosítással - megtartotta ezt a rendelkezést.[13] A korszakot tekintve talán meglepő lehet, de ezáltal – legalábbis a normaszöveg szintjén – ezekben a jogszabályokban is rögzítésre került a tisztességes eljárás egyik fontos elme. Mindazonáltal megjegyzendő, hogy az ún. szocialista büntető eljárásjog tudománya nem hagyta teljesen érintetlenül ezeket a szabályokat sem, és a materiális védelem elvében a *„materialista bizonyítás-elméletet"* és *„dialektikus módszereket"* látták kifejeződni.[14] Kérdés persze, hogy az eljáró hatóságok eljárásuk során mennyiben tettek eleget a materiális védelem által rájuk rótt kötelezettségeknek. Bár ez - lévén történeti kérdés - szoros értelemben véve nem képezi jelen tanulmány tárgyát, feltehetőleg kevéssé.

Végezetül röviden meg kell említeni az 1973. évi I. törvényt (II. Be) is, amely a magyar büntetőeljárási kódexek közül elsőként kapcsolta össze a materiális védelmet a tényállás felderítésének kötelezettségével és a bizonyítási teher kérdésével [5. § (1) bekezdés],[15] amely részben új megvilágításba helyezte a jogintézményt.

II.3. A legutóbbi felfogás és a hatályos szabályozás

Az anyagi igazságról és az annak eléréséről alkotott ideáktól való távolodással a materiális védelem is kikopott a büntetőeljárás alapelvei közül, helyét fontosabb – vagy legalábbis fontosabbnak tartott princípiumok, mint *az eljárási feladatok megoszlása*, vagy az

[12] Uo.

[13] I. Be. 5. § A büntető ügyekben eljáró hatóságok kötelesek az eljárás minden szakában a terhelő és mentő, valamint a büntetést súlyosító és enyhítő körülményeket egyaránt kideríteni és figyelembe venni.

[14] Kardos: i.m. 63. o.

[15] II. Be. 5. § (1) bekezdés: A hatóságok feladata, hogy az eljárás minden szakaszában a tényállást alaposan és hiánytalanul tisztázzák, a valóságnak megfelelően állapítsák meg, a terhelő és mentő, valamint a büntetőjogi felelősséget súlyosító és enyhítő körülményeket egyaránt figyelembe vegyék. Fel kell deríteni azokat az okokat és körülményeket is, amelyek a bűncselekmény elkövetését közvetlenül lehetővé tették.

in dubio pro reo elve vették át. Így a 1998. évi XIX. (régi Be.) az alapvető rendelkezések helyett, pragmatikusan az ügyész feladatai közé sorolta a materiális védelmet [28. § (1) bekezdés].[16] Habár ez a megoldás kétségkívül más, mint a korábban érvényesülő alapelvi felfogás, a mögötte meghúzódó megfontolások érthetők. A materiális védelem az ügyész kötelezettsége, s mint ilyen, a joghelyzetét meghatározó tényező. Valószínűleg ez, továbbá az indokolta a rendelkezés rendszerbeli helyének megváltoztatását, hogy a régi Be. *expressis verbis nem tette a nyomozó hatóság kötelességévé* a terheltet mentő és büntetőjogi felelősségét enyhítő körülmények figyelembevételét. Ennek magyarázata a régi Be. ügyészség és nyomozó hatóság kapcsolatára vonatkozó szabályaiban keresendő: mivel az ügyészség a nyomozást vagy maga végzi vagy a nyomozó hatósággal végezteti, így a jogalkotó elegendőnek látta az ügyészt kötelezni a materiális védelemre.

Király Tibor szerint a régi Be. ezen szakasza az ügyésztől *egyértelmű elfogulatlanságot* követel. A terhelő és súlyosító, valamint a mentő és enyhítő körülmények figyelembevételének kell irányadónak lennie számára minden egyes határozata meghozatalakor, indítványa előterjesztésekor és legfőképp a vádemelésről való döntéskor. Bár elsődleges feladata kétségtelenül a bűnüldözés, nemcsak a terhelt ellen szóló tényeket kell figyelembe vennie, hanem azokat is, amelyek a javára szólnak.[17] Ezzel szoros összefüggésben áll az összes büntetőeljárásbeli jogosítványa: a nyomozás elrendelése, vagy el nem rendelése; a vádemelés vagy a nyomozás megszüntetése; valamint a terhelt terhére vagy javára egyaránt bejelenthető fellebbezés lehetősége, illetve a bíróság határozatának tudomásul vétele.
A vádemelésről való döntéssel összefüggésben ugyanakkor indokolt, hogy kétséges kimenetelű esetekben a vádemelés mellett döntsön, akkor is, ha a büntetőjogi felelősség megállapítása nem egyértelmű.[18] A *materiális védelem ezen korlátját* más eljárási alapelvekben – így pl. az igazságszolgáltatás bírói monopóliumában és funkciómegoszlás elvében megjelenő nyomós érdekek is indokolják. Az ügyész ugyanis még akkor sem vonhatja el az igazságszolgáltatás bírói monopóliumát, sértheti a funkciómegoszlás elvét, illetve foszthatja meg a terheltet a bírósági eljáráshoz való jogától, ha a vádemelésig *quasi ügydöntő hatóságként* tekintünk rá. E tekintetben nemhogy nem köti az ügyészt az *in dubio pro reo* elve azzal a szigorral, mint a bírákat,[19] hanem a valóban kétséges esetekben inkább az *in dubio pro duriore* elvének kellene érvényesülnie és vádat kellene emelnie az ügyésznek. A büntetőjogi főkérdés eldöntése, azaz az, hogy a terhelt követett-e el bűncselekményt és igenlő válasz esetén a büntetőjogi felelősség megállapítása a bíróság kizárólagos feladata, amelyet pedig (törvényes) vád hiányában képtelen ellátni. A bírói út kizárólagossága a büntetőjogi felelősség megállapítása és a büntetés kiszabása tekintetében a vádemelést követően érvényesül töretlenül, bizonyos esetekben azonban a régi Be. feljogosította az ügyészt a nyomozás megszüntetésével egyidejűleg a Btk. szerinti, önállóan, büntetés helyett alkalmazható megrovás intézkedés alkalmazására [régi Be. 190. § (1) bek. j) pont],[20] illetve a vádemelés elhalasztása esetén a gyanúsított pártfogó felügyeletének elrendelésére, magatartási szabályok megtartására vagy más kötelezettségek teljesítésének kötelezésére [régi Be. 225. § (1) bek.].[21] Ezen rendelkezések első olvasatra talán ellentétesnek tűnhetnek az emberi jogi

[16] Régi Be. 28. § (1) bekezdés: Az ügyész a közvádló. Az ügyész kötelessége, hogy mind a terheltet terhelő és mentő, mind a büntetőjogi felelősséget súlyosító és enyhítő körülményeket az eljárás minden szakaszában figyelembe vegye.
[17] Király: i.m. 161. o.
[18] Uo.
[19] Uo.
[20] Fantoly Zsanett – Gácsi Anett Erzsébet: Eljárási büntetőjog: Statikus rész, Iurisperitus Bt., Szeged, 2013. 62. o.
[21] Herke Csongor: Büntető eljárásjog. Dialóg Campus Kiadó, Pécs, 2014. 31. o., Vö.: Erdei Á. „szankcionáló ügyész”-ről alkotott nézeteivel. Erdei Árpád: Tanok és tévtanok a büntető eljárásjog tudományában. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2011. 187-188. o.

egyezmények és az Alaptörvény által biztosított bírósági eljáráshoz való joggal, azonban az ellentét két okból is csupán látszólagos: elsősorban azért, mert a bírói út igénybevételéhez való jog a terheltet a nemzetközi emberi jogi dokumentumok, illetve az Alaptörvény értelmében is a vádemelést követően – gyakorlatilag a terheltek közül csak a vádlottakat – illeti meg. Látszólagos viszont továbbá az ellentét azért is, mert az ügyész ilyen jellegű határozatai tipikusan a terhelt bizonyos mértékű együttműködését – és mint ilyen, egyben a bírói úthoz való jogról való hallgatólagos lemondását is – igénylik, valamint velük szemben a régi Be. 196. § és 228. § szerinti jogorvoslatnak (panasznak) volt helye, így az ügyész határozata elleni, gyanúsított általi panasz felfogható a bírói út igénybevételére irányuló akaratnyilatkozatként is, tekintve, hogy amennyiben a terhelt a szankciót alkalmazó határozattal szemben panasszal él, az eljárás lefolytatása illetőleg a vádemelés kötelező: az ügyész által alkalmazott megrovás kapcsán a régi Be. 197. § (2) bekezdése értelmében a büntetőeljárást folytatni kellett, ha a gyanúsított a nyomozást megszüntető határozat ellen benyújtott panaszában a megrovás alkalmazását sérelmezte, és a büntetőeljárás megszüntetésének más oka nincs.[22] A vádemelés elhalasztásával összefüggésben pedig a régi Be. 227. § (1) bekezdés a) pontja mondta ki, hogy az ügyész vádat emel, ha a gyanúsított a határozat ellen panasszal él, és a nyomozás megszüntetésének feltételei nincsenek meg. A terhelt számára tehát az ügyész által alkalmazott szankciók esetében is fennáll a bírósági eljárás igénybevételének lehetősége. Érdekesség viszont, hogy ilyenkor a jogorvoslati jog elve az, ami korábban érvényesül és a bírósági eljárás a jogorvoslat eredményeként biztosított.[23]

Ami a 2017. évi XC. törvényt (Be.) illeti, hatálybalépésével ismét változott a materiális védelem. A változás egyfelől a materiális védelem rendszerbeli helyét érinti, hiszen a terheltet mentő és a büntetőjogi felelősségét enyhítő körülmények hivatalbóli figyelembe vételének kötelezettségét a védelem joga cím alatt szerepelteti. [Be. 3. § (6) bekezdés]. Ebben az a nézet tükröződik, amely szerint a hatóságok oldalán a terhelt javára szolgáló körülmények figyelembevételének kötelezettsége elsősorban az igazságossággal és a materiális védelem érvényesítésével áll összefüggésben, mintsem az ártatlanság vélelmével vagy az önvádra kötelezés tilalmával. Ez az indoka annak, hogy a törvény ezen előírást újfent az alapelvek között, méghozzá a védelem jogánál szerepelteti.[24] A régi Be.-vel összehasonlítva további – az alanyokat, vagy ha úgy tetszik: kötelezetteket érintő változás, hogy a materiális védelem szabálya újfent *expressis verbis* mindhárom bűnügyi hatóságot, azaz a bíróságot, az ügyészséget és a nyomozó hatóságot köti.

II.4. Eljárásjogon kívüli adalékok a materiális védelemhez: az emberi tényező

Mint ahogyan maga *materiális védelem*, annak *kritikája* sem új keletű a jogirodalomban: habár az emberi tényezőt és a terhelő és mentő körülmények felderítésével összefüggő pszichológiai kérdéseket már a Bp. idején felismerték – éppen ez indokolta a materiális védelem szabályának bevezetését a Bp.-be (l. Bp. indokolásának fentebb idézett részei), kétséges, hogy a szabályozás elérte-e célját.
Vámbéry Rusztem 1916-os tankönyvében mutatott rá, hogy a „vádló tevékenységének lélektani tevékenységével nehezen fér össze a mentő bizonyítékok gyűjtése."[25] *Erdei Árpád*

[22] E rendelkezést az Alkotmánybíróság utólagos normakontroll tárgyában hozott határozatában (56/2010. (V.5.) AB határozat), vizsgálta és az alkotmányellenességének megállapítására és megsemmisítésére irányuló indítványt elutasította.
[23] Lichtenstein András: A terhelt emberi jogai és a büntetőeljárás egyes alapelvei. In Acta Universitatis Szegediensis FORVUM Publicationes Discipulorum Iurisprudentiae, I. évfolyam, 1. szám, 324-325. pp. Az ismertetett eset a Be. alkalmazásában is előfordulhat. Vö.: Be. 398. §. (2) bek. d) pont és 398. § (3) bek.
[24] Fantoly: i.m. 243. o.
[25] Vámbéry Rusztem: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. Budapest, 1916. 107. o.

szerint pedig a vádlótól elvárt teljes tárgyilagosság pusztán hiú ábránd: az ügyész ugyanis elsősorban vádló és a vádemelést követően is az marad, függetlenül a vádlott javára szóló körülmények ismeretétől.[26]

Az emberi-pszichológiai tényező büntető eljárásjog általi kiiktatása vagy korlátozása kétségkívül összetett – ha nem megoldhatatlan probléma, amelynek a bírák vonatkozásában még nagyobb jelentősége van, azonban az eljáró ügyészt érintően sem hagyható figyelmen kívül. Természetesen nem ellenőrizhető és ebből kifolyólag jogilag nem szabályozható sem az eljáró – pártatlan – bíróság bírájának, sem pedig a materiális védelemre kötelezett ügyésznek a személyes véleménye, a terhelt bűnösségét illető belső meggyőződésének kialakítása, illetve az ehhez vezető pszichikai folyamat.[27] Szabályozható viszont a terhelttel kapcsolatos bánásmód: bűnösnek tekintése az ártatlanság vélelme által tilalmazott, a számára kedvező körülmények feltárása pedig a materiális védelem által megkövetelt. Ezek egyértelmű és kifejezett követelményei a törvényes és tisztességes büntetőeljárásnak, amelyek ellenőrizhetőségéhez nem, a megsértésük jogkövetkezményeihez azonban férhet kétség.[28]

III. Egy külföldi példa: Németország és a világ legobjektívabb hatósága?

Így, vagy úgy, de valamilyen formában a mai vegyes büntetőeljárási rendszerek mindegyikében megjelenik az általunk materiális védelemnek nevezett koncepció: napjainkban már az angolszász (alapvetően vádelvű) büntetőeljárási rendszerek is elismerik a materiális védelem elvét, amely valamelyest áttöri a tiszta büntetőeljárási funkciómegoszlás elvét.[29] Az objektív vádhatóság archetípusának ugyanakkor a legtöbben a német ügyészséget tekintik,[30] ez indokolja annak részletesebb bemutatását és vizsgálatát jelen tanulmány keretei között.

A német ügyészség elődje a porosz ügyészség volt, amelynek legfontosabb feladatát *Savigny* jogalkotásért- és igazságügyért felelős miniszterként a törvényesség feletti felügyeletben látta. Mindemellett úgy vélte, hogy a törvényesség őreként kötelezni kell az ügyészséget arra is, hogy az eljárás megindításától kezdve nem csupán a terhelttel szemben, hanem az érdekében is végezze tevékenységét.[31] Nemcsak a mai magyar nyelvű szakirodalomban materiális védelemként ismert jogintézmény, hanem az ügyészi objektivitás, azaz a materiális védelem érvényesülésének kérdése is részben ide vezethető vissza. *Annak igazolása azonban, hogy egy hatóság a világ legobjektívebbik hatósága természetesen a társadalomtudományi kutatás módszertani szabályai miatt több okból is lehetetlen.* Ehhez ugyanis, azon túlmenően, hogy a világ összes országának összes hatóságát vizsgálni kellene, szükség lenne az objektivitás tárgyilagos mércéjére is, amely nyilvánvalóan nem áll rendelkezésre. A fejezet címében feltett kérdés indoka mindezek ellenére az, hogy a német ügyészséget rendszerint ezzel az állandó jelzővel illetik, amely nem lehet véletlen.
Elsőként *Hugo Isenbiel*, későbbi berlini főügyész 1900-ban egy, a sajtónak adott és azóta is gyakran idézett nyilatkozatában nevezte a német ügyészséget – annak pártatlanságára és semlegességére utalva – egyenesen *a világ legobjektívebb hatóságának*.[32]

---

[26] Erdei: i.m. 199. o.
[27] Herke et al.: i.m. 60. o.
[28] Lichtenstein: i.m. 327. o.
[29] Fantoly: i.m. 247. o.
[30] L. pl.: Boyne, Shawn Marie: The German Prosecution Service: Guardians of the Law?, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2014.
[31] Schmidt, Ebrehard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1995. 330. o.
[32] Rautenberg, Erardo C.: Die deutsche Staatsanwaltschaft: „Objektivste Behörde“ mit viel Macht, aber geringem Ansehen – Was ist zu tun? In Deutsche Richterzeitung, 2014/6, 214-219. o.

Az ügyészség megítélésének ellentmondásosságát azonban mi sem bizonyítja jobban, mint *Franz von Liszt* e kijelentésre adott válasza: szerinte a legalitás elvének léte, az ügyésznek mind a terheltet terhelő és mentő körülmények figyelembe vételére való kötelezése, azaz a materiális védelem, illetve a neki biztosított, a terhelt érdekében is bejelenthető jogorvoslat joga bármely magánjogászt könnyedén arra a – téves – feltételezésre vezethetné, hogy az ügyész a német büntetőeljárásban nem csupán ügyfél, hanem egyenesen a világ legobjektívebb hatósága. Szerinte elegendő ugyanakkor egy pillantást vetni a vonatkozó jogszabályra, a német bírósági szervezeti törvény (*Gerichtsverfassungsgesetz - GVG*) ügyészséget érintő 146-147.§-aira, hogy az e megállapításban rejlő tévedést felismerjük: az ügyészek ugyanis kötelesek feletteseik hivatali utasításait követni. *Liszt* szerint tehát az objektivitás és a hierarchikus szervezet, illetve az ügyészek utasíthatósága egymást kölcsönösen kizárják és összeférhetetlenek.[33]
A több, mint száz évvel ezelőtt elhangzottak kiválóan érzékeltetik azokat a német ügyészséggel és a materiális védelemmel kapcsolatban a mai napig felmerülő alább kifejtendő aggályokat és felettébb aktuális kérdéseket.

III.1. A német ügyészség szervezete és az utasítási rendszer

Az ügyészség – magyar megfelelőjéhez hasonlóan – Németországban is hierarchikusan szervezett állami hatóság, amely különböző, a büntetőeljárással összefüggő feladatokat lát el. Két, a magyartól eltérő, alkotmányjogi jellegű szervezeti sajátossága mégis van. Az első abból fakad, hogy Németország szövetségi köztársság (GG Art. 20 Abs. 1.), ennek megfelelően pedig az ügyészség szervezete is párhuzamosan, szövetségi és tartományi szinten szervezett.[34] A második az ügyészség közjogi jogállását érinti. Habár a német szakirodalom következetesen „független" *(unabängig)* hatóságként jellemzi az ügyészséget, amely nem tartozik sem a végrehajtó, sem pedig a bírói hatalomhoz, hanem az igazságszolgáltatás szerveként e két hatalmi ág között áll, valódi függetlenségről nem, csupán bizonyos mértékű *funkcionális önállóságról* beszélhetünk. Ezt támasztja alá az is, hogy a legfőbb ügyészi szervek vezetői felett az utasítási joggal rendelkező szövetségi vagy tartományi igazságügy miniszter – és így közvetetten a kormány - áll. A Szövetségi Legfelsőbb Bíróság (*Bundesgerichtshof - BGH*) és a tartományi felsőbíróságok (*Oberlandesgericht - OLG*) mellett működő ügyészséget a Szövetségi Legfőbb Ügyész vezeti, aki a Szövetségi Igazságügy Miniszter felügyelete és irányítása alatt áll és saját hatáskörében önálló utasítási joggal rendelkezik szövetségi ügyészek felett. (GVG 142. §, 142a §, 147. §). Mivel egyebekben az ügyészség szervezete tartományi jogalkotási hatáskörbe tartozó kérdés, a tartományi ügyészségek nem alárendeltek a Szövetségi Ügyészségnek. A tartományi legfőbb ügyészek (akik a tartományi legfelsőbb bíróságok mellett működő ügyészségek vezetői) feletti utasítási jogot sem a Szövetségi Legfőbb Ügyész, hanem a tartományi Igazságügy Miniszter gyakorolja. A Tartományi Legfőbb Ügyész az illetékességi területén működő tartományi bíróság (*Landgericht - LG*) mellé rendelt Tartományi Főügyész felettese, aki pedig az ezek alatt működő ügyészségek felettese. (GVG 142. §, 147. §).
A Tartományi Legfőbb Ügyész a tartományi felsőbíróság illetékességi területén működő összes ügyészség ügyészét utasíthatja, kivéve a Szövetségi Ügyészséget. Ugyancsak nem vonhatja vissza önállóan a Tartományi Ügyészség által a Szövetségi Legfelsőbb Bírósághoz benyújtott felülvizsgálati indítványát. Amennyiben a felülvizsgálati indítvánnyal nem ért egyet, csupán annak - bíróság általi – elutasítását indítványozhatja.

---

[33] Liszt, Franz von: Vortrag *über die Stelling der Verteidigung in Strafsachen im Berliner Anwaltsverein am 23. März 1901*. In Deutsche Juristen-Zeitung, 1901/8. szám, 179-182. o.
[34] Roxin, Claus – Schünemann, Bernd: Strafverfahrensrecht. C.H. Beck. München, 2012. 52-53. o.

Szövetségi és tartományi szinten egyaránt egységesen szervezett és irányított ügyészségi szervezetről tehát nem beszélhetünk, azonban annak jelentős kezdeményezéséről igen: a GVG 142. §-a és 120. §-a lehetőséget biztosít a Szövetségi Legfőbb Ügyésznek az ügyek átvételére kiemelt tárgyi súlyú, belföldi és nemzetközi terrorista bűncselekmények esetében. Ugyancsak az utóbbi évtizedekben egyes tartományok regionális szerződéses megállapodásokat kötöttek az ügyészségi bűnfelderítés elősegítése érdekében.
A már említett utasítási rendszerből fakadóan a bírákat megillető tárgyi és személyi függetlenség tehát nem vonatkozik az ügyészekre, ők kötelesek feletteseik hivatali utasításait követni (GVG 146. §) Az ügyész nem saját jogán, hanem az ügyészség vezetőjének képviselőjeként jár el (GVG 144. §), aki az ügyet bármikor magához vonhatja (*devolutív jogkör*)[35] vagy elintézésével más ügyészt bízhat meg (*szubsztitúciós jog* – GVG 145. §). Tekintve, hogy az igazságügy miniszter nem ügyész, őt e két jogkör közül csak az utóbbi illeti meg. Mindazonáltal az utasítási jog kizárólag az ügyészség belső szervezeti viszonyaiban érvényesül és hatályosul, a büntetőeljárásban nem. Ennek következtében az eljáró ügyésznek nyilvánvalóan nincs szüksége eseti felhatalmazásra vagy megbízásának igazolására a bíróság előtt (GVG 144. §). Ugyanebből következik az is, hogy ha az ügyész adott esetben például utasítás ellenére visszavonja a fellebbezést, vagy önhatalmúlag hozzájárul az eljárás bíróság általi megszüntetéséhez, ezek a perbeli nyilatkozatai eljárásjogilag akkor is érvényesek és joghatályosak, ha a szervezeti szabályok szerint kötelességszegést valósítanak meg.

III.2. Az ügyész jogállása a német büntetőeljárásban

A német ügyész a büntetőeljárásban a pártatlanság követelményéből fakadóan nem egyszerű ügyfél, hanem az eljárás egyéb résztvevőihez képest többletjogok illetik meg és többletkötelezettségek terhelik. Köteles nem csupán a terheltet terhelő körülmények, hanem a mentő körülmények figyelembevételére és köteles ez irányú nyomozást is folytatni (StPO 160. § (2) bekezdés), azaz az *anyagi igazságnak megfelelő tényállás felderítésére és materiális védelemre kötelezett*. Jogosult jogorvoslati nyilatkozat megtételére a terhelt érdekében (StPO 296. § (2) bekezdés) és kezdeményezhet rendkívüli perorvoslatot is az eljárás megismétlése és az elítélt felmentése érdekében. (StPO 365. §, 301. §) Ez utóbbira kötelezett is, amennyiben a törvénysértő bírósági határozat csak ily módon orvosolható.
Másfelől az ügyészség a legalitás elvéből fakadóan bűncselekmény elkövetésének gyanúja esetén cselekvésre, illetve vádemelésre kötelezett.[36] Az eljárásjogi szemponton túl, anyagi jogilag is kényszerítve van erre az StGB 258a §-ban szabályozott, bűnkapcsolati jellegű, hivatalos személy által elkövetett büntetőjogi felelősségre vonás meghiúsítása (*Strafvereitelung im Amt*) elnevezésű bűncselekmény törvényi tényállása révén.[37]

III.3. Az „ügyészi meggyőződés" problematikája

Vitatott, hogy utasítható és kötelezhető-e az ügyész meggyőződésével, valamint saját jogértelmezésével ellentétes eljárási cselekmény végzésére (vádképviseletre, letartóztatás vagy más kényszerintézkedés indítványozására, illetve foganatosítására, ha a terhelt büntetőjogi felelősségre vonását ténybeli vagy jogi okból a nem tartja indokoltnak). *Roxin* és *Schünemann* szerint nem. Az utasítási jog ugyanis nemcsak a legalitás elve és a szolgálati

[35] Hellmann, Uwe: Strafprozessrecht. Springer, Berlin-Heidelberg, 2006. § 5 Rn. 89.
[36] Vö.: az StPO 152. § (2) bekezdésében rögzített legalitás elvével.
[37] Jürgen,Wolter (szerk.): Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung (SK-StPO), Band IX., Carl Heymanns Verlag, Köln 2016, §§, 141. ff. GVG Rn. 31.

jogviszony, hanem a német alaptörvény (*Grundgesetz – GG*) 20. cikk (3) bekezdése által is korlátozott. Az ügyész a szolgálati jogszabályok alapján köteles a jogellenes utasítás teljesítésének megtagadására. Az egyébként jogszerű, de téves büntetőjog-értelmezést tartalmazó utasítás teljesítése miatt pedig akár a fentebb említett, hivatalos személy által elkövetett büntetőjogi felelősségre vonás meghiúsítása (StGB 258a §) vagy ártatlan személy felelősségre vonása miatt (*Verfolgung Unschuldiger* – StGB 344. §) büntethető, nem teljesítése miatt pedig fegyelmi úton vonható felelősségre. Egyik lehetőség sem mentes a kompromisszumokról. Véleményem szerint a helyes megoldás az utasítás nemteljesítése és ez esetben a felettes devolúciós és szubsztitúciós jogának gyakorlása jelenti, amelyek keretében vagy magához vonja az ügyet, vagy az elintézésére más ügyészt jelöl ki. Az utasítási jogkörhöz és a meggyőződéshez kapcsolódó további tilalom a perbeszédre vonatkozó utasítás adásának a tilalma a bírósági eljárás megkezdése előtt. Ez ugyanis súlyosan sértené a közvetlenség elvét, hiszen az ítélet kizárólag a tárgyalás és az annak részét képező bizonyítási eljárás eredményein alapulhat, és az ügyész az általa perbeszédben képviselt meggyőződésére is csak a bizonyítékok saját maga általi mérlegelésével juthat. Az idő előtti utasítás tehát kibúvót jelentene a bizonyítás felvétele alól, büntető eljárásjog-ellenes és semmis lenne.

III.4. Kötöttség a bírói gyakorlathoz

Habár törvényileg (normatív módon) nem szabályozott, a büntető igazságszolgáltatás hatékony működésének érdekében Németországban is széles körben elfogadott elvi tétel, hogy az ügyésznek a vádemelésről való döntés meghozatalakor figyelemmel kell lennie a vonatkozó bírói gyakorlatra.

Rendkívül ellentmondásos viszont a megítélése annak, hogy akkor is érvényesül-e a vádemelési kötelezettség, ha az ügyészség a következetes felsőbírósági gyakorlat ellenére nem tart büntetendőnek egy magatartást.[38] Az irodalom egyik része szerint igen, a GVG 121. § és 136. §-ra hivatkozással, már egyes, az elítélést valószínűsítő előítéletek esetén is.[39] A BGH szerint ugyanakkor csak folytonos és következetes joggyakorlat esetén érvényesül a vádemelési kötelesség.[40] Másik oldalról viszont ezek a szerzők jogot tulajdonítanak az ügyészségnek vádemelésre, ha az a felsőbírósági értelmezés ellenére is büntetendőnek tart egy magatartást, amely értelmezés kifejezetten ellentétes a materiális védelem eszméjével. Az uralkodó álláspont ellenére azonban az ügyészség bírói gyakorlathoz kötése elvetendő.[41] Ezt támasztja alá az ügyészség GVG 150.§-ben kimondott függetlensége (*önállósága*) a bíróságoktól, továbbá az is, hogy az a pártatlanság követelményének való megfelelés és a vádemelés önmagukban is önálló és egyéni felelősségen alapuló szakmai meggyőződést feltételeznek. A funkciómegosztás elve és az igazságszolgáltatás bírói monopóliuma sem követelik meg, hogy az ügyészség a bírói gyakorlat figyelembevételével, a saját jogértelmezésével ellentétesen emeljen vádat, mivel az eljárás bűncselekmény hiányában, ügyészség által történő megszüntetése az alaptörvény értelmezésében sem tekintendő igazságszolgáltatásnak.

A praktikus szempontokon kívül az ügyész bírói gyakorlathoz kötöttsége ellen szól továbbá az egységes és következetes ítélkezési gyakorlat nehezen elérhető, utópisztikus mibenléte is, amelynek hiányában viszont az ügyészségnek a saját meggyőződésén kívül más nem áll rendelkezésére a vádemelésről való döntésénél.

---

[38] Roxin-Schünemann: i. m. 55-56. o.
[39] Beulke, Werner: Strafprozessrecht. C.F. Müller, Heidelberg, 2016. § 5 IV Rn. 90.
[40] BGHSt 15, 155.
[41] Roxin-Schünemann: i. m. 55-56. o.

III.5. Kizárás

Habár a tárgyilagosság, pártatlanság és részrehajlástól mentesség követelménye, illetve az ügyészeknek (a bírákkal azonos módon) az igazsághoz és joghoz kötöttsége indokolná az ügyész kizárásának lehetőségét, a német büntetőeljárási törvény nem tartalmaz az ügyész kizárására vonatkozó szabályokat,[42] a bírák kizárásának lehetőségét biztosító törvényhely (StPO 22. §) pedig analóg módon közvetlenül nem alkalmazható közvetlenül az ügyészekre.[43] Az ügyész kizárását és másik ügyész kijelölését a terhelt a felettes ügyésznek címzett indítványában, a GVG 145.§-ra hivatkozással terjesztheti elő olyan ok esetén, amelynek fennállása bíró esetében annak kizárását eredményezné, vagy ha az ügyész elfogultságát egyébként alapos okból feltételezi. Egyes tartományi jogszabályok ezt kifejezetten tartalmazzák. Egy másik BGH döntés értelmében azonban nem alapozza meg az ügyész kizárását a fellebbviteli eljárásban, ha korábban ugyanabban az ügyben bíróként járt el.[44] Egyebekben a tisztességes eljárás követelményéből fakadóan az elfogult ügyészt a GVG 145. §-a alapján kell kizárni az eljárásból. Ennek ellenére a gyakorlat az ügyész elfogultsága miatti kifogásokat főszabály szerint elutasítja és az ügyész elfogultsága nem alapozza meg a felülvizsgálatot sem. Egyik megoldás sem meggyőző: az elfogultsági kifogás/kizárási indítvány igazságügyi igazgatási aktus, ha az eljárt ügyész tanúként is részt vett az eljárásban és ez felülvizsgálati ok, akkor itt sem lehet másként.[45] Miután az I. német Be. novella jelentősen erősítette az ügyészség szerepét és jogállását a büntetőeljárásban, az objektivitásának biztosítása és a materiális védelem erősítése érdekében a kizárás lehetőségét biztosító törvényi garancia bevezetése még indokoltabb.

Habár az évszázadok során az objektivitás a német ügyészség toposzává vált, ahogyan az a fenti áttekintésből is kitűnik, nem minden az, aminek látszik. A materiális védelem kétségtelenül a hatályos és élő német büntetőeljárási jog része, azonban az *„ügyészi objektivitás”* részben a szervezeti, részben pedig az eljárásjogi szabályok által elé gördített akadályok, illetve e szabályok bizonyos mértékű hiányosságai miatt nem érvényesülhet töretlenül. Az objektivitás és az utasítási rendszer ugyanakkor nem abszolút egymást kölcsönösen kizáró tényezők, hanem egymással összeegyeztethetők.

IV. A materiális védelem követelményének megjelenése és érvényesülése a nemzetközi színtéren

Az eljáró hatóságoktól és mindenekelőtt elsősorban az ügyésztől megkövetelt tárgyilagosság nem csupán a jogirodalomban és a nemzeti eljárásjogokban jelenik meg, de gyakran kiemelt szerephez jut a nemzetközi jogi instrumentumokban is, legyen szó akár a nemzetközi soft-lawról[46] vagy konkrét nemzetközi szerződésekről (pl.: az Emberi Jogok Európai Egyezménye, vagy a Nemzetközi Büntetőbíróság Római Statútuma). Erre figyelemmel a következőkben ezek vázlatos áttekintése olvasható, regionális (európai) szinten az Emberi Jogok Európai Bíróságának vonatkozó gyakorlatával kiegészítve, illetve

[42] Kindhäuser, Urs: Strafprozessrecht. Nomos, Berlin-Heidelberg, 2006. § 5 Rn. 18
[43] BVerfGE 25, 336, 345.
[44] BGH, NJW 1980 845.; NStZ 1989, 583; NStZ 1991, 595.
[45] Hellmann: i.m. § 5 Rn. 105.; Kindhäuser: i.m. § 5 Rn. 22.
[46] L. pl.: Guidelines on the Role of Prosecutors Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990; Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors adopted by the International Association of Prosecutors on the twenty third day of April 1999; Recommendation Rec (2000)19 – The Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System. Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 6 October 2000

univerzális szinten a Nemzetközi Büntetőbíróságra eljárására vonatkoztatva.

IV.1. Az Emberi Jogok Európai Bíróságának vonatkozó gyakorlata

Az Emberi Jogok Európai Egyezménye (EJEE) *expressis verbis* nem tartalmazza az objektivitás követelményét, az emberi jogi szempontból a jogállamiság elvéből, a tisztességes eljáráshoz való jogból (6. cikk) és – viszonylag konkrétan – az állam általános jogvédelmi és az ügyészség törvényességi felügyeleti kötelezettségéből vezethető le. A 6. cikk értelmezésében a materiális védelem elve és az objektivitás szorosabban összefügg más elemi jelentőségő alapelvekkel, mindenekelőtt az ártatlanság vélelmével. Ezen alapelvek közös pontja, hogy az ügyésznek elfogulatlannak, pártatlannak és tárgyilagosnak kell lennie, illetve a nyomozás nem alapulhat kizárólag azon az előítéleten, hogy a terhelt követte el az eljárás tárgyát képező bűncselekményt.[47]
Ennek a megsértésére példa az Emberi Jogok Európai Bíróságának (EJEB) esetjogából a *Virabyan v. Örményország* ügy,[48] amelyben a panaszossal szemben folyamatban volt büntetőeljárást az ügyész az opportunitás alapján szüntette meg, határozatát azonban úgy fogalmazta meg, hogy kétséget kizáróan kiderült belőle az ügyész azon meggyőződése, amely szerint a terhelt követte el a bűncselekményt.[49] Ezzel az EJEB szerint megsértette az ártatlanság vélelmét és a 6. cikk 2. pontját, illetve az EJEB további jogsértéseket állapított meg a nyomozás során elkövetett mulasztások miatt.
A materiális védelem az EJEB esetjogában szoros összefüggésben áll a fegyverek egyenlőségének elvével és a bizonyítás szabályaival is. A tisztességes eljárás akkor is megköveteli, hogy minden fél megismerhesse a bizonyítékokat, ha a nyomozó hatóság és az ügyészség köteles mind a terheltet terhelő és mentő körülmények feltárására. Az olyan eljárások tehát, amelyek kezdeti szakaszában a bizonyítékokat kizárólag a nyomozó hatóság és az ügyészség ismerheti meg és bírói kontroll nélkül előzetesen mérlegelheti, nem felelnek meg a 6. cikkben foglaltaknak, függetlenül az ügyész objektivitási kötelezettségétől és a materiális védelemtől. [50]

IV.2. A materiális védelem a Nemzetközi Büntetőbíróság eljárásában

Az EJEE-vel összehasonlítva a Nemzetközi Büntetőbíróságot létrehozó és eljárásának szabályait megállapító Római Statútum kifejezetten részletesen rendelkezik az ügyészről és sokat követel tőle a materiális védelem körében. Nem pusztán a birtokában lévő büntetőjogi felelősséget enyhítő bizonyítékok feltárását kívánja meg, hanem azt is, hogy a büntetőjogi felelősséget súlyosító és enyhítő körülmények irányába egyaránt aktívan végezzen nyomozást. Ezt a kötelességet a Római Statútum 54. cikk 1. a) pontja rögzíti, amely független és pártatlan igazságkeresőként definiálja a főügyészt.[51]

---

[47] Kjelby, Gert Johan: Some Aspects of and Perspectives on the Public Prosecutor's Objectivity according to ECtHR Case-Law. In Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice, 2015/1. szám, 61-83.o., 68. o.
[48] Virabyan v. Armenia, Judgment of 2 October 2012 (appl. 40094/05).
[49] Vö.: a magyar büntetőjogban az ügyészi megrovás intézményével.
[50] Rowe and Davis v. The United Kingdom, Grand Chamber Judgment of 16 February 2000 (appl. 28901/95), Janatuinen v. Finland, Judgment of 8 December 2009 (appl. 28552/05)
[51] 1. A főügyész:
(a) Az igazság megállapítása érdekében a nyomozást minden olyan tényre és bizonyítékra kiterjeszti, amely hasznos lehet annak megállapításában, hogy a jelen Statútum szerinti büntetőjogi felelősség fennáll-e, és ennek során egyaránt megvizsgálja a bűnösség mellett és a bűnösség ellen szóló bizonyítékokat;

A Nemzetközi Büntetőbíróság előtti eljárás adverzárius természetű, amellyel összefüggésben mind a vádnak, mind pedig a védelemnek kiemelt szerepe van az azt megelőző – egymásétól független nyomozásban. Ehhez jelentős anyagi források állnak mindkét fél rendelkezésre. E tekintetben az eljárás inkább az angolszász, mintsem a kontinentális büntető eljárásjog hagyományait követi, bár az utóbbi lényeges alapelvei közül is többet átvesz. Ezek egyike az 54. cikk 1. a) pontjában megjelenített materiális védelem elve, amely azon az elgondoláson alapul, hogy a főügyész nem lehet pusztán olyan ügyfél az eljárásban, akinek kizárólagos célja a tényállás és az annak bizonyítására szolgáló bizonyítási eszközök bemutatása a vád eredményességének és terhelt büntetőjogi felelősségének megállapítása, hanem ezen túlmenően pártatlan igazságkeresőként és az igazságszolgáltatás szerveként kell eljárnia.[52]

Az 54. cikk 1. a) pontja mindezek mellett az angolszász és kontinentális jogrendszerek közötti egyensúly megteremtésére és az ügyész adverzárius rendszerben betöltött szerepének, illetve az egyes kontinentális rendszerekben ismert nyomozási bíró szerepének közelítésére és ötvözésére is törekszik. Ennek gyökerei a fentebb ismertetett német példára, és egy arra hivatkozással készített javaslatra vezethetők vissza, tekintve, hogy a Németországban – és számos más európai államban hasonló szerepet tölt be az ügyész.[53]
Ezzel szemben az angolszász jogrendszerekben az ügyész szerepe a nyomozás során feltárt enyhítő körülmények terhelt és védelem részére történő átadására korlátozódik, a kontinentális rendszerekhez képest azzal a lényeges különbséggel, hogy itt az ügyésznek nem explicit kötelessége sem az ez irányú nyomozás, sem pedig az enyhítő körülmények figyelembevétele. Ezek a terheltre és a védőjére hárulnak, aki – legalábbis elméletben – rendelkezik az ehhez szükséges forrásokkal és eszközökkel.[54] Mindazonáltal ezen szabályok közül is létezik néhány kivétel: így például szakmai etikai szabályok az Amerikai Egyesült Államok ügyészeitől is megkövetelhetik a még birtokukban nem lévő, a terheltet mentő és büntetőjogi felelősségét enyhítő körülmények felderítésének szorgalmazását.[55] És végső soron, az ügyészek sem hagyhatják figyelmen kívül a nyilvánvaló tényeket, még akkor sem, ha ezek gyengítik a vádat, vagy segítik a védelmet. Így, bár az 54. cikk (1) bekezdésében meghatározott, materiális védelmet előíró rendelkezés kétségkívül a kontinentális jogrendszerekből fakad, bizonyos mértékben az angolszász jogászi etika megjelenése is beleláthető.

Más, ad hoc nemzetközi büntetőbírósági fórumokkal összehasonlítva (így pl. *Ruandai Nemzetközi Törvényszék – ICTR, Volt Jugoszláv Területeken Elkövetett Bűncselekmények Nemzetközi Törvényszéke – ICTY vagy a Sierra Leone-i Különleges Törvényszékkel*) a Nemzetközi Büntetőbíróság előtt az 54. cikk 1. a) pontja kedvezőbb helyzetet eredményez a védelem számra. Ha az ügyésznek pusztán a terheltet terhelő és a büntetőjogi felelősséget súlyosító körülmények felderítésének szorgalmazása és az ez irányú bizonyítás a kötelessége; az enyhítő és mentő körülmények feltárása a terhelt és védelem feladata marad. Ehhez pedig jelentős időre és anyagi forrásokra van szüksége. Hogy ez pontosan mit - mennyi időt és pénzt - is jelent a gyakorlatban, a mai napig vitatott. Kétségtelen azonban, hogy jelentős egyenlőtlenség van a védelem és a vád között az utóbbi javára a rendelkezésére álló

T/4490. számú törvényjavaslat az Egyesült Nemzetek Diplomáciai Konferenciája által, a Nemzetközi Büntetőbíróság Rómában, 1998. július 17-én elfogadott Statútumának kihirdetéséről http://www.parlament.hu/irom37/4490/4490.htm

[52] Cassese, Antonio: The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, In European Journal of International Law, 1999/10. szám, 168. o.

[53] Vol. 1 of the Report of the Preparatory Commission on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/51/22, Proposal II.B.5 and 6, 113–14.

[54] Sprack, John: A Practical Approach to Criminal Procedure. Oxford University Press, Oxford, 2008, 13-15. o.

[55] ABA Formal Opinion 09–454 'Prosecutor's Duty to Disclose Evidence and Information Favorable to the Defense', 2009, 27. lj.

erőforrások tekintetében.[56] Ez az *„ügyfélegyenlőtlenség”* a nemzeti büntetőeljárásokban is megjelenik - vö. például Magyarország vonatkozásában a magánvádló vagy a pótmagánvádló joghelyzetével -, azonban lényegesen nagyobb mértékben van jelen a nemzetközi büntető igazságszolgáltatás rendszerében. Ez utóbbiban a főügyész számára sokkal több feltétel adott a nyomozás eredményes lefolytatásához, mint a védelem számra. Kiemelendő ezek közül elsősorban az idő-tényező, ugyanis a nemzetközi büntető igazságszolgáltatásban a nyomozás gyakran évekig tart, még mielőtt egyáltalán azonosítanák a feltételezett elkövetőket (a későbbi gyanúsítottakat, majd vádlottakat) a vádemelés pedig csak jóval ezután történik. Az ad hoc bíróságok eljárásában a védő először a vádemelést követően lép be az eljárásba. A Nemzetközi Büntetőbíróság esetében a védelem valamelyest hamarabb, azonban még így is jelentős idő telik el az ügyész nyomozásának megkezdése és a védő meghatalmazása vagy kirendelése között. Ezt megelőzően pedig a védő nyilvánvalóan képtelen a vádlott érdekében nyomozást folytatni.[57]

Mindezekhez hozzájárul a főügyésznek az a „túlhatalma”, amely abból fakad, hogy a Nemzetközi Büntetőbíróság hatóságként működik, ennélfogva pedig könnyebben kényszerítheti ki az eljárásban érintett államok együttműködését, mint a védelem. A vád előnyére szolgál továbbá az is, hogy az ENSZ és különböző civil szervezetek jellemzően az ő nyomozását segítik, míg a védelemmel kevésbé hajlandóak együttműködni.[58] Ezáltal a főügyész több információhoz és bizonyítékhoz juthat hozzá, mint a védelem. Az 54. cikk 1. a) pontjában rögzített materiális védelem szabálya ezeket a faktorokat hivatott ellensúlyozni.
Így nemzetközi büntető igazságszolgáltatás tényleges gyakorlatából, a fentebbi szempontok figyelembevételével megállapítható, hogy nem csupán a védelemnek, hanem az anyagi igazságot kereső bíráknak és a konfliktus áldozatainak is előnyére válik a materiális védelem, azaz, ha a főügyész alaposan, tevőlegesen és egyenlő mértékben szorgalmazza a terhelő és mentő körülmények feltárását.

V. Összegzés

Összegzésként megállapítható, hogy a materiális védelem elvét a magyar büntető eljárásjog és büntető eljárásjog tudomány a kezdeteitől napjainkig folyamatosan ismeri és elismeri. Tényleges gyakorlati érvényesüléséről azonban kevés információval rendelkezünk: empirikus kutatásokat e tárgykörben mindezidáig nem folytattak. Az egyetlen rendelkezésre álló statisztikai adat az Egységes Nyomozó Hatósági és Ügyészségi Bűnügyi Statisztikából származik, amely szerint a 2018-ban indult 178 720 db büntetőeljárásból 65 285 esetben került sor vádemelésre, míg a nyomozást 47 422 ügyben szüntették meg.[59] A statisztikai adatokból ugyanakkor az nem olvasható ki, hogy az eljárás megszüntetésekhez a hatóságok materiális védelemmel összefüggő kötelezettségének teljesítése, vagy a terhelt személyes vagy védő általi védekezése vezetett-e.
Mindenesetre a materiális védelem a büntető eljárásjog más alapelvei – így az ártatlanág vélelme, vagy a fegyverek egyenlősége – melletti érvényesülése már csak azért is kiemelt jelentőséggel bír, mert eljárásuk során gyakran a bíróságok is elsősorban - ha nem kizárólag - a nyomozás során keletkezett anyagokra támaszkodnak.[60] Ez, illetve az előkészítő tartásának a

[56] Buisman, Caroline: The Prosecutor's Obligation to Investigate Incriminating and Exonerating Circumstances Equally: Illusion or Reality? In Leiden Journal of International Law, 2014/1. szám, 205-226., 207. p.
[57] Uo.
[58] *On the Brink of the Precipice: A Human Rights Account of Kenya's Post-2007 Election Violence*
[59] Egységes Nyomozó Hatósági és Ügyészségi Bűnügyi Statisztika, Eljárási adatok, 2018. Belügyminisztérium Koordinációs és Statisztikai Osztály, 2018.
[60] Bárd Károly: A büntetőhatalom megosztásának buktatói. Közigazgatási és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1987. 131. o.

Be. általi kötelezővé tétele és a bűnösség beismerésének esetére irányadó szabályok fokozzák a materiális védelem széleskörű érvényesülésének szükségességét és indokolják a további ez irányú – akár empirikus - kutatások létjogosultságát is. A nemzetközi példák is a téma aktualitását támasztják alá és az EJEB gyakorlatából, illetve a Nemzetközi Büntetőbíróság eljárási szabályaiból is a materiális védelem további térnyerésére lehet következtetni.

Pokol, Béla[1]

A Sociological Analyses of the Power Structure of the EU

I. The ECHR as a Self-organizing Team of Registry Lawyers

Though the ECHR is formally not a part of the EU, it plays an important role in the power structure of this entity and in this way it is necessary to analyse it in order to understand this power-structure. In recent years, based on empirical studies and internal interviews, a number of studies have appeared that show the details of the internal functioning of the European Court of Human Rights (ECHR). For a long time, the operation of this type was only known to internal actors, but now recent studies have made it possible to understand how the Court works in general sociological contexts. This chapter deals with the characteristics that can be derived from investigations and interviews with regard to the independence of the ECHR judges. First, the details are described (1); then the general characteristics of the independence of the judges and the dilemmas around the judges' commitment to the case law of the ECHR are looked at in more detail (2). Finally, against the background of the general picture of the judges' independence, the problematic independence of the ECHR judges is assessed by highlighting which side of the functioning of the court most violates this independence (3).

I.1. Organizational framework

Each of the signatory states to the Convention may send a judge to the ECHR, and the 47 judges are divided into five sections. In the plenary meeting of the ECHR, the president and a deputy president are elected FROM the judges for each section. In addition, there are seven or eight judges in each section. According to their website, the decision making of the 47 ECHR judges is currently supported by 667 registry lawyers, including eleven Hungarians, of whom 270 lawyers help to decide individual cases. The ECHR judges do not have their own staff, and if one of them is appointed rapporteur by his/her head of department in one case, (s)he also receives employees from the centralized legal team and forms a team with them. This centralized decision-making apparatus is divided into 33 groups, which are installed alongside the five departments and are headed by the head of the department.[2] Since the applications are submitted in the national language and there is a separate team of

[1] DSc., Professor Emeritus at the Faculty of Law, Eötvös Loránd University, judge of the Constitutional Court of Hungary

[2] More specifically, the judge-rapporteur does not receive a specific legal assistant, but a whole group of lawyers from the relevant department, below junior registry lawyer, who is constantly checked by senior lawyers and the written draft is corrected, and ultimately everyone can be from the head of department be taught in relation to the designs. In an interview, one of the department heads described this as follows: "I Manage the entire thing, it's a well-oiled machine. […] Clearly the most experienced lawyers who have an indefinite contract […] handle the hardest case […] and supervise younger lawyers who begin with the simplest cases and handle correspondence. It's a system of hierarchy and supervision, especially for newcomers. In our jargon we call the permanent lawyers 'A lawyers' and 'B lawyers' those who are on a fixed-term contract." (cit. Mathilde Cohen: Judges or Hostages? Sitting at the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. In: Fernanda Nicola/Bill Davis (eds.): EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence. Cambridge University Press 2017. 63. p.

employees for each language area that leads each case through the decision-making process, most of the 33 groups bring lawyers together from one language area. There is a strict hierarchy within the decision-making groups of permanent legal staff, and in the bottom rows there are the temporary employees with a one-year term that can be extended by up to four years. However, if one of them is found to be co-optable by the permanent head of the legal team, (s)he can belong to the permanent registry lawyers, where (s)he can then spend up to 30-35 years.

In addition to the judge who has been appointed rapporteur for a case, the responsible department head appoints a member of the legal team. They review the progress of the case and each phase of the editorial process, and the hierarchy reviews the draft created by the junior staff before the rapporteur, changes it, and then forwards it to the rapporteur. Before it is completed, it must go through the above-mentioned supervisor of the junior assistant lawyer and the amendments of the rapporteur may only be included in the draft by the consent of the registry lawyers. So when it comes to a more determined rapporteur sticking to his/her ideas, there is an ongoing struggle between the judge and the registry lawyer hierarchy. The resulting draft decision will then be forwarded to one of the ECHR's decision-making bodies and, if it includes a rejection, it will be distributed to a three-member council.[3] However, if the decision is substantive and positive, it will be forwarded to the section's seven-member chamber.

There is, however, another review by another permanent legal staff before a case is brought before a judicial decision-making chamber, and this is the opportunity for the *jurisconsult* and his/her legal team to intervene. This position of *jurisconsult* was established in 2005 to protect the relevant ECHR case law and to ensure that individual drafts are always made in the light of this case law. As a former *jurisconsult*, *Vincent Berger*, who held this office between 2006 and 2013, writes that the appointment of *jurisconsult* is decided by the central ECHR management team, which is composed of the President of the ECHR and the five heads of department, and (s)he then examines the draft of every single case. In case of discrepancy, his/her legal team requests the judge rapporteur and the decision-making staff to end the discrepancy. If the deviation from the case law is significant, his/her weekly briefing contains, as a kind of public reprimand, the name of the "perpetrator" and the case for all judges and registry lawyers to warn everyone of such a deviation.[4] Based on interviews with judges and legal staff of the ECHR, ECHR researcher *Mathilde Cohen* has already found that if the rapporteur insists on a solution to his/her draft despite repeated warnings in one case and expects a positive decision in his/her chamber on the contested draft, at the suggestion of the *jurisconsultus* staff, the case is ultimately taken away from the judge-rapporteur and the chamber and assigned to another judge-rapporteur or another chamber.[5] However, this is only

[3] It should be noted that the first decision on applications received by the ECHR is the admission or rejection, which is entirely decided by the legal staff of the permanent staff and then the rejection is formally signed by a judge as a sole judge, and this has become even more common in published in the past under the names of committees of three section judges. The number of these has been tens of thousands since the turn of the millennium, e.g. 33,067 applications were rejected in 2009, and 983 went to the boards to make a factual decision. See Andrew Tickell: Dismantling the Iron-Cage: the Discursive Persistence and Legal Failure of a 'Bureaucratic Rational' Construction of the Admissibility Decision-Making of the European Court of Human Rights. German Law Review (Vol 12.) 2011. 1799. p.

[4] "A regular, always confidential, task: he writes a weekly flash jurisprudence intended only judges and Registry lawyers and devoted to developments in sections during the past week. With particular emphasis on the "value added" case law, it intends not only inform, but above all contribute to the treatment of chamber business by alerting those who are responsible for their preparation (lawyers, registrars and judges rapporteurs) and their outcome (members of judgment formation of the Court)" Vincent Berger: Jurisconsult of the Court (2006-2013). online: www. berger-avocat.eu/echr/jurisconsult.html

[5] "The jurisconsult has the authority to intervene at any time in the opinions-drafting process if a departure is spotted. Several options are available. The jurisconsult can initiate a discussion with the lawyer and the reporting

conceivable for the most persistent judges, since the *jurisconsult* stands far above the individual judges and their decision-making bodies and is one of the most important decision-makers in the more important decision-making forum of the ECHR, the *Grand Chamber*. Here (s)he represents the entire permanent EGMR-team of registry lawyers. (S)he is also the joint manager of several independent departments (e.g. the research and library department, the jurisprudence department, etc.).[6] However, his/her greatest strength is that (s)he protects the ECHR's case law from individual judges and their decision-making bodies under the umbrella of the *"Case Conflict Prevention Group"* of the President of the ECHR and the section presidents, and thus confrontation with the legal team of *jurisconsult* by each judge and his/her decision-making body would be a confrontation with the central supervision of the ECHR as a whole. Although a warning from the *jurisconsultus* to a draft case in principle only promotes an open account of the reasons for the deviation, and a justification for this deviation can be given that in principle it only promotes an open debate.[7] The above-mentioned sanctioning powers of the *jurisconsult* and the possibility to take the case away – or possibly suggest a referral to the Grand Chamber – encourage the potentially opposing judge not to raise any objections if the warning of the *jurisconsult* reaches a level. In the summary by Mathilde Cohen, the *jurisconsult* can be seen as the "Grand Inquisitor" of the ECHR: "I like to think of the jurisconsult as the ECHR's 'Grand Inquisitor'". The *jurisconsult* and his delegates receive and review all draft opinions. They can intervene at any time in the writing of any opinions. During their weekly meetings, one of the lawyers may declare, "Hey, I'm reading something that fails to support "the party line", as we used to say it during the Soviet time, that is, contrary to orthodoxy."[8]

However, there is another level of control over the judges of the ECHR, namely, the linguistic control of draft decisions and final decisions, but also of individual dissent. This also means an additional review of the content, since the linguistic corrections by the mother-tongue inspectors, in accordance with the language and the concepts of the established case law, also cause significant changes to the finished drafts and the published text of the final decisions. Above all, the senior layer of the staff of the language department not only has a mother tongue background, but also a law degree. In this way, they can control judges and their decision-making bodies and chambers, both linguistically and from the point of view of human rights law.[9] Language tests on the decisions are taken twice, first after the draft decisions have been drawn up and then again by the linguist lawyers, including the text of the dissenting opinion, to the text of the decisions made. Such a linguist lawyer, attached to the ECHR, stated in his interview that there are explicit linguistic precedents in Strasbourg that include binding terminology, and regular terminology meetings are held by linguist lawyers to maintain them. This terminology is compulsory and applies to all judges and legal staff. If one of the judges violates this – perhaps because (s)he deliberately wanted to add another

---

judge responsible for the case, alerting them to the discrepancy. They can include a note on the problematic case in their weekly e-mail to judges and registry members banking on the naming-shaming effect. Should these actions fail to elicit the desired response, more drastic means can be employed, such as withdrawing the case from the panel and reassigning it to a different one." Mathilde Cohen: Judges or Hostages? 68. p.

[6] "Besides that tasks, the jurisconsult is the head of a direction that brings together several sectors: The Registry of the Grand Chamber, […] the Research and Library Division […] The Case Law Information and Publication Division […] The Just Satisfaction Division". (Vincent Berger, see above)

[7] In an interview, a jurisconsultus lawyer described his review of the draft decisions as follows: „Thus a member of the jurisconsult's team pointed out that "my role […] too is to say, with my team. "Beware, if you depart from precedent, you must explain why.' One may very well have good reasons, but it must be transparently, and really good reasons must be given." Cites Mathilde Cohen: Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations in Courts of Last Resort. The American Journal of Comparative Law (Vol. 62.) 2014, 970-971.p.

[8] Mathilde Cohen: Ex Ante Versus Ex Post… 970. p.

[9] Mathilde Cohen: On the linguistic design of multinational courts: The French capture. I-CON. 2016, 1-20 p.

normative meaning to the decision – this will be relentlessly remedied during the linguistic correction phase.[10]

Regarding the linguistic vulnerability of judges, it should be noted that the two official languages of the ECHR, English and French, do not only mean the official and widely used language versions, but one that has become a simplified but special "Strasbourgian" language system that has been developing over many years. These so-called language versions ("Conventional English" and "Conventional French"), which have been expanded with special terminology, represent the two working languages that are used in everyday decision-making processes.[11] And this can only be learned through a two-year intensive language course, even for lawyers who work continuously in Strasbourg. Regardless of how well a judge from the member state who has been seconded to the ECHR for nine years speaks either or both languages, for several years (s)he is unable to carry out decision-making processes without support and is, therefore, vulnerable to the senior legal staff. However, the real situation in Strasbourg is worse, and since one of the two official languages is sufficient to appoint ECHR judges, the seven judges in a section's decision-making chambers can often only communicate at meetings with the help of an interpreter, because half of them knows one and the other half only knows the other language. These linguistic restrictions, along with the others, mean that in many cases judges are, in fact, just a disguise to cover up the decision making of the permanent legal staff (registry lawyers); on the one hand, due to the restrictions of extremely strong precedents, and on the other hand, due to language weaknesses.

The almost complete vulnerability of ECHR judges to the ECHR's permanent legal staff (registrar, deputy registrar, department registrar and deputy department registrar) and to the centralized registry lawyers they oversee and are under permanent hierarchical subordination can be demonstrated even more clearly in their situation in comparison to the European Court of Justice in Luxembourg. As we will see, judges are also vulnerable to permanent staff, but this results in a higher level of judicial independence for judges involved in decisions. (See the analyses in the next chapter.)

I.2. The independence of the judges, their loyalty to the Convention on Human Rights and their case law

Since the Enlightenment, the basic principle of the judiciary – the formula for the independence of judges – has been that the judge is independent and is only subject to the law. As a result, there must be no other instance between the judge and the law applied by him/her that affects the decision. The linguistic meaning of the law determines the norm of the decision, and if this does not happen immediately due to its openness, the judge can authentically decide based on the methods of interpretation used in the legal system and the legal dogmatic concepts of each branch of the law. If there is any objection to the judgment of the court, the appeal process can be repeated before a higher instance. This can eliminate the prejudices or misinterpretations that still occur in the first instance and, at the same time, ensure the independence of the judges. This initial situation began to change in the early 20th century, and, by then, decades of experience since the Enlightenment made it clear that

[10] "ECHR translator *Martin Weston* thus writes that there are „linguistic precedents" at the Strasbourg court. There, translators hold periodic „terminology meetings" to discuss and settle upon standardized translations for given words and expressions. These translation constrains are very much present in the mind of those, judges and non-judicial personnel, drafting opinions." Mathilde Cohen: On the linguistic design… 15. p

[11] "A senior registry lawyer explains that the new recruits must be trained in those idioms: 'we have our style […] for two years, we are taught that style,' so there is a Convention English and a Convention French, a registry lawyer way of drafting." Mathilde Cohen: On the linguistic design… 19.p.

something else under the law's general provisions should still be binding judges in their considerations and interpretation of the law. It has gradually become common in European countries for judges to be bound by interpretations developed and determined by Supreme Courts, and if this is ignored in their judgment, their judgments in appellate cases will become annulled by the higher courts. Henceforth, the legal text and the case law of the Supreme Courts have jointly defined what the law is in a country, and the judges take the legal text into account in their decisions based on legal dogmatic concepts and together with the case law of the Supreme Courts.[12] Since then, legal compliance and the relevant legal dogmatics have also been considered as a legal restriction to the independence of the judiciary in addition to compliance with the law. However, this did not change the fact that the judge's decision could not be influenced by a binding body, and the judgment of a judge can only be corrected by appeal. The appeal has, of course, been supplemented by various additional review procedures over the past hundred years, and not the entire trial is repeated, only a few legal issues are re-examined, or the Constitutional Courts can decide on the basis of a constitutional complaint if a court decision violates a fundamental right. However, they do not affect the judge's decision in his/her own proceedings and (s)he can make his/her judgment without the instructions of an outside person.

Violation of the independence described above is the most fundamental violation of the rule of law. So let us look at how the ECHR decision-making mechanisms described in the introduction relate to this and whether or not they affect the independence of individual judges.

I.3. The exclusivity of the ECHR case law for judges: loss of independence

The general picture of the judges' independence outlined above is supplemented in the case of stable legal codes that may remain in place for centuries, such as the French Civil Code of 1804 or the German Civil Code of 1900. Despite the unchangeability of the legal text, this can be supplemented by the fact that the changes in times are followed by a gradual reinterpretation of the existing case law brought about by the judges and the introduction of a new case law standard in addition to the legal text. There is a hierarchy between the listed intellectual layers of law (the legal text, the case law and the legal dogmatics) and in addition to the priority of the current legal text, judges' case law can be changed more easily, which can be supported by new legal dogmatic constructions created by legal scholars over time. Therefore, the binding nature of groups of the Supreme Courts' case law norms are only relative, and when the new generations of judges come or new judges are appointed with a change in the democratic political majority, the existing case law is gradually changed and the old case law is replaced by new one added to the codes. However, this presupposes that the newly appointed or elected judges within the judiciary are independent and that the binding nature of the case law remains only relative and the possible rapid exchange of the existing case law cannot be prevented. Judicial independence, therefore, means not only protection from outside, against political power, but also against the internal hierarchy of the judiciary and protection against older groups of judges who want to preserve the old case law forever. If a closed judiciary and its self-cooptation order are created, then the rule of the established case law against a change of law and dogmatics can be realized, which can only react to the change of times with arrogant rejection and with the argument of the supremacy of law over democratic politics. The closed judiciary actually identifies the supremacy of law with its own

[12] See the description of the combined effect of legislative acts and the case law of Supreme Court on the decision making of the courts and on their judgments: McCormick, D. Neil/Robert Summers (eds.): Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. Aldershot. 1991.

power and this is declared as the "rule of law". In case of an extreme escalation of tensions, society and its political order can only respond to such a situation to restore the primacy of law and legislation and the subordinate jurisdiction of the judiciary with a revolutionary swing. In this way, the individual judges are freed from the rule of the closed and hierarchical judiciary and the independence of the individual judges is realized again.

The general picture of the relationship between the independence of judges and existing case law also provides a good background for understanding the situation of the ECHR judges. The investigations show that the case law has been absolute and individual judges and their decision-making chambers have been extremely bound to this case law, and the ECHR judges have lost their independence in an extreme way, especially since the turn of the millennium. The starting point for this is the fact that the decision-making staff were separated from the judges and were organized in a separate hierarchical central system. In this way, the rapporteur can only act from a subordinate position in order to prepare a draft decision based on an independent judicial judgment. "His/her" supporters are embedded in a hierarchical order that is independent of him/her, and even if new ECHR judges grow up over time to understand the existing case law and to examine possible intellectual alternatives to a provision of the Convention on Human Rights, (s)he will still be opposed to the closed hierarchical EGMR legal team that dominates decision making. The "Grand Inquisitor" *(jurisconsult)* has joined this already existing position of subordination since 2005. With his/her own legal team, (s)he has extensive powers to intervene in every phase of each case and ultimately force individual judges and decision-making chambers of the ECHR to change. All of this not only abolishes the judges' independence, but gives full control over the ECHR's decision-making mechanism for an established case law, and the Convention only becomes a distant reference because judges can only consider it in the light of the case law.

In fact, the ECHR's decision-making mechanism is increasingly characterized by the rule of the closed group of the permanent registry lawyers, who could also ensure their permanent self-reproduction by training new lawyers, monitoring their loyalty and then including the selected ones. Therefore, for the most part, the ECHR judges, selected and seconded by the member states, can only hide this decision structure, but have only a minimal influence on decisions. In fact, they only obscure the hierarchy of the permanent legal team, including the dominance of the registrar, the deputy registrars, the departmental registrars and the deputy departmental registrars. If an ECHR judge identifies with the leaders of the dominant legal team over the years, (s)he may even be section president, but the remaining years of his/her nine-year term leave him/her with little opportunity to influence the ECHR's juristocratic oligarchy and jurisprudence.

The signatory states to the ECHR can, therefore, only state that their powers due to the closed ECHR juristocracy are being annulled and despite their right to choose the ECHR judges based on the democratic public opinion of each member state to influence human rights jurisdiction in the face of changing European circumstances, this is not put into practice. Research has also shown that, over the years, this closed juristocratic oligarchy in Strasbourg has not only interpreted the Convention in its jurisdiction, but expanded it in many ways to bring the entire legal system of the signatory states under its control. In analysing the case law of the European Court of Human Rights, *Julian Arato* has previously shown two methods of how the judges' competences, which were originally very wide, were further separated from the Convention. In doing so, they have been expanded so that they are the most distant from what the signatory states originally intended with the commitment.

In view of this expansion, it is not the ECHR judges that actually rule on the cases put before them, but a closed juristocratic oligarchy, and in particular, this fact violates the sovereignty of the signatory states to the Convention. Over the next few years, Europe's self-defence against migration pressures, which are already reaching millions, will be at the heart

of the Strasbourg Court's rulings. If the ECHR does not interpret human rights standards by focusing on the rights of the European citizens and protecting the European civilisation from other civilisations, but interprets immigration as the rights of all people, then its pre-existing distortions – i.e. violation of the foundations of judicial independence, as we have seen – will continue to increase, and its operation can be questioned in the most fundamental way. One step towards creating a new pan-European court of justice perhaps should be to modify the protection of human rights, which was set up after the end of the Second World War and, instead of the human rights, to put the protection of the rights of European citizens at the centre. In the meantime, however, the most important tasks of the improvement are already visible for today's ECHR. First, the decision-making autonomy of the ECHR judges must be at least as high as that of the Luxembourg judges, and, for this purpose, the centralized decision-making apparatus in Strasbourg must be abolished and each judge must be able to do the preparatory work instead. In addition, the powers of *jurisconsult*, in whom the extreme ties to the Strasbourg case law are realized, and the influence of his/her apparatus should be radically abolished in every decision-making process.

These are the most direct violations of the judicial independence and the abolition of these are the requirements for the minimum standards of rule of law.[13] In the long run, however, a number of additional negative experiences in building today's protection of human rights from the rights of European citizens could be a warning sign in the direction of the right structure to avoid today's distortions.

II. The decision-making mechanism of the Court of Justice of the European Union

In the previous chapter, I analysed the functioning of the Strasbourg Court of Human Rights (ECHR). One of the aims of this chapter is to compare the judges in Luxembourg with the situation of ECHR judges. I would like to examine to what extent the Court of Justice of the European Union (CJEU) differs from the situation diagnosed in Strasbourg and whether the Luxembourg decisions are real court decisions and whether the judges are mere puppets of a permanent legal staff or not. When I analyse the situation of the EU Supreme Court in more details, I also look at its power functions, which were actually achieved during its work and make some suggestions at the end of the chapter to remove the distortions in its functions.

II.1. Organizational and operational data

The Court of Justice of the European Union (CJEU) has had two internal courts since 1989 to deal with the decision-making burden more quickly and, in addition, a second internal court (known as the General Court) has been set up to deal with competitive law cases. I will

[13] In an interview with David Thor Bjorgvinsson (Davíð Þór Björgvinsson), an earlier judge of ECtHR, he had critics on researchers not to address the problems of independence of judges from a theoretical point of view: "You enter into an institution filled with hundreds of people who at least some of them, have been working there for decades. These are the people in the Registry. They have all the institutional knowledge, so you are very much dependent on them, when it comes to the way in which the European Court of Human Rights operates on a daily basis. This is not just with regard to practical matters, but also on technical expertise, and even judicial decision-making. […] Some judges have very strong views on their judicial independence, while others are less concerned about the role of the Registry and its influence of the judicial decision-making. This has caused some tensions within the Court and is an issue which academics have failed to address from a theoretical point of view." Graham Butler: Interview with David Thor Bjorgvinsson: A Political Decision Disguised as Legal Argument? Opinion 2/13 and the European Union Accession to the European Convention on Human Rights. Utrecht Journal of International and European Law. (Vol. 81.) 2015, No. 31.

refer to these two courts as the European Court of Justice (ECJ) and as the General Court.

The ECJ and the General Court are composed of one judge from each signatory state, and the term of each of these can be extended by six years. In addition to the 27 judges, nine advocates-general *(avocat générale)* from the French legal tradition take part in the decision-making of the cases. (There are no advocates general at the General Court.) Although the latter have no right to vote in the judges' chambers, the advocate general's independent opinion essentially determines the content of the decision in all important cases.[14] Here in Luxembourg, each judge and advocate general has his/her own staff (cabinet) with three (the last four) legal staff (*référendaires*) selected by the individual judge and the advocate general and employed as an employee. So if a judge is appointed rapporteur by the President of the Court of Justice, (s)he will have more control over the draft decision through his/her subordinate staff and will not be as vulnerable to the permanent legal staff as we have seen in the case of the ECHR judges. (The advocates general are appointed by the First Advocate General to provide an opinion on each case.) Again, there is the registrar who oversees and directs the permanent legal team, but for the most part controls only the economic management and information tools of the entire Court and no control about the cabinets involved in the decision of the individual cases. Here the vulnerability of individual judges is greater due to the linguistic restrictions. In Luxembourg alone, French is the internal working language of both courts, and individual judges draw up their draft decisions and statements in French. Since French has largely been relegated to the English language in general for the past seventy years, the judges appointed by each member state travel to Luxembourg with much less language experience and it is more difficult to get cabinet personnel trained of true French from the member states. (*Mathilde Cohen* calls this *"the French capture"*).[15] Since a specific legal jargon and a closed terminology for the uniform linguistic expression of draft decisions and judicial statements have also developed here in Luxembourg, only a judge and the cabinet staff who have long used this legal jargon can effectively enter the decision-making process. As a result, this barrier of the language mostly does not allow individual judges to choose their own cabinet staff and maintain their independence, and for this reason there is a tendency to adopt those who are familiar with the functioning of Luxembourg judges, and that means a forced takeover of already practiced employees also.[16] Although such transferred employees cannot be controlled by an external legal team independent of the judge, in contrast to ECHR judges, a judge with a stronger personality in Luxembourg can retain a certain degree of decision-making sovereignty in this way. It should also be noted that the constant corrections of the legal-linguistic departments in the draft decisions and then in the adopted decisions also mean strong control here, and this goes beyond mere linguistic control and often means a rewriting of content before the adopted decisions are published.[17]

An additional decision-making control over individual judges and their decision-

[14] In contrast with the judge positions available to each member state, in the case of Advocates General, only six large states (UK, Germany, France, Italy, Spain and Poland) have such positions and the other three have switched from the other member states. However, the Lisbon Treaty provided for an increase to 11, and Poland was then given a permanent sixth post as Advocate General. See László Blutman: European Union law in practice. HVG-ORAC. Budapest. 2014, p. 74. p. However, with regard to the total number of Advocates General, only nine employees were hired until 2017, see Karen McAuliffe: Behind the Scene at the Court of Justice. Drafting EU Law Stories. In: Fernanda Nicola / Bill Davis (eds.): EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence. Cambridge University Press 2017. 44.

[15] Mathilde Cohen: On the linguistic design of multinational courts: The French capture. I-CON. 2016, 1-20 p.

[16] "When new judges or advocates general come to the Court, they generally bring their own staff with them, although they sometimes keep at least one *référendaire* from the institution itself as 'it is useful to have at least one member of cabinet who knows and understands how the institution works". McAuliffe: Behind the Scene… 46.

[17] See Karen McAuliffe: Behind the Scene at the Court of Justice… 35-57. p.

making chambers in Luxembourg is the involvement of the advocate general in the decision-making process. Although the advocate general has not been appointed for simpler cases since 2004, this is the case in most important cases and, together with the President of the Court's decision on the person of the rapporteur, the First Advocate General also appoints the advocate general to the specific case. After his/her appointment, both the rapporteur and the advocate-general report to their own cabinet on the drafting of the draft decision and the opinion in the case of the advocate-general. However, the rapporteur can only begin drafting his/her decision after the advocate general has done his/her job and has submitted his/her opinion, which has been published in the internal system of the court. *Mathilde Cohen* describes the role of the advocate general in a way that the intervention of the *jurisconsult*, which has already been outlined in the case of the ECHR, and in her opinion, the role of the advocate general in influencing the decision is somewhat similar.[18] However, it should be noted that although the opinion of the advocate general plays an important role in the decision in Luxembourg, the majority of the Chamber can take a different position. Thus, the independence of judges in Luxembourg is not affected as much as it was created in Strasbourg due to the apparatus of the *jurisconsultus* and the registry lawyers.

According to the European Parliament and Council rules 2015/2422, which amended the Statute of the Court of Justice of the European Union (CJEU), the number of judges of the court was doubled by 2019.[19] At the ECJ, the judges are appointed for a three-year term in five chambers, chaired by a president, who is elected by the General Assembly from among the judges of the ECJ on the proposal of the President of the Court. In these chambers, the General Assembly elects three-member councils and one chairperson for an annual rotation, and if it is a routine matter and no new legal issue arises, this is not discussed by the five-member council, but only by the three-member council. In the ECJ, however, most cases are decided in five-member councils.

II.2. The question of the independence of the judges and the objectivity at decision-making

The independence of the judges and the impartiality of decisions are strengthened when cases are passed on to the chambers and to one of the judges as rapporteurs through a certain degree of automation. In this regard, there is a big difference between the ECJ and the General Court, and while the President of the ECJ can freely decide who will the rapporteur be and who should deal with the draft ruling in the case, the General Court has had automation in this area in recent years. By restricting the discretion of the President of the General Court, the cases are here automatically forwarded to each chamber. It is true that the decision of the President of the Chamber on the person of the rapporteur is more or less approved formally by the President of the General Court. However, since the case was referenced to a particular chamber through the mechanism of random case assignment, the possible distortion of this personal choice only disturbs the objectivity of the decision, but

[18] See Mathilde Cohen: Ex Ante versus Ex Post… 971. p.

[19] With regard to the case burden, 739 cases were registered in 2017, which also exceeded the peak of 2015 (713). This increase was also increased due to preliminary design requests, which totalled 533 requests, 13% more than in 2016. However, the number of infringement procedures against member states has also increased. In 2017, 41 such cases were initiated, compared to only 31 in 2016. The court's number of appeals to the ECJ in 2017 was only 141, compared to a higher number in 2015, 206. The total number of cases closed by the ECJ in 2017 was 699 versus 704 in 2016. The preliminary ruling before the ECJ averaged 15.7 months in 2017 compared to 16 months in 2016, the appeal process averaged 17.1 months, compared to only 12.9 months in 2016. This increase was due to the large number of very complex competitive processes. See the report by the President of the ECJ, Koen Lenaerts: The Court of Justice in 2017: Changes and Activity. In: Annual Report Judicial Activity. Court of Justice of the European Union. Luxembourg. 2018. 8-19. p.

does not remove it. In contrast, within the ECJ, the appointment of a judge through an arbitrary decision by the president can be the greatest problem both in terms of a higher degree of judicial independence and in terms of the objectivity of decisions. Because the President of the Court of Justice (CJEU) is free to rule in this area, the President's rejection of a former rapporteur's decision in the future may adversely affect that judge in later cases, and it can be assumed that the President will avoid this judge with the arbitrary choice of rapporteur. This distorted situation is all the more problematic, since between the two courts of the Court of Justice of the European Union – the ECJ and the General Court – the ECJ has a higher hierarchical level and important cases come from there and the decisions of the General Court can be appealed to the ECJ. Two further problems exacerbate this distortion, particularly within the ECJ.

One of them is described by the "revolving door" analogy, and the important thing is that while the ECJ should be the neutral arbitrator in the dispute between the EU Commission and the governments of the member states, it has a close exchange of staff between the permanent apparatus of the ECJ and individual judges/advocates-general and the Commission's Legal Department in Brussels. Dozens of Commission lawyers will regularly switch from the Commission to the staff of the ECJ, but also to the legal staff of the General Court, and they will return to the Commission's legal department in a few years.[20] For the ECJ, more than ten percent of legal staff came from the Commission's legal department in the 1990s, but that number is still over 30 percent at the General Court. In addition, some of the *référendaires* return to the Commission's Legal Department after their years at the ECJ and the General Court, and many only work in either of these courts when their work at the Commission is suspended. Thus, the Commission can always count on built-in "friendly" lawyers in the judicial system of the ECJ or the General Court, and in more important cases, judges with an employee on their staff who is a member of this "friendly lawyers network" from Brussels and when they are appointed as rapporteurs this situation could cause serious distortions. The most common way for the Commission to get inside information from built-in former Commission staff is to find out which decision-making preferences prevail in cyclically changing judicial chambers and new judges and which judge or rapporteur would be favourable to the Commission.[21] The most common party to litigation before these courts is the Commission, which is either suing a member state or is sued for a measure. Therefore, the independence of the judiciary in Luxembourg and the objectivity of decision-making are often questioned by a "revolving door"-like association.

The ground tilts towards EU institutions, including the Commission in the Luxembourg decision-making process, while judges and judicial councils should, in principle, be isolated from them as neutral arbitrators in disputes between the EU and the member states. The ongoing internal insider information and the close relationship between the Commission and the Luxembourg judiciary make the equality of arms between the member states, which are suing for EU measures, largely illusory. Their disadvantage is exacerbated by the fact that

[20] „Abundant literature in law, economics and political science has voiced concern that revolving doors can lead to regulatory capture. As the Commission frequently appears before the Court, those *référendaires* who were seconded from the Commission or those who wish to join the Commission may have the tendency to side with the Commission." Angeal Huyue Zhang: The Faceless Court. University of Pennsylvania Journal of International Law. (Vol. 38.) 2016. No. 1. 101. p.

[21] See Angela Huyue Zhang: „Another consequence of the revolving door is that it allows the Commission to conduct intelligence surveillance on the Court. As Court membership is fluid and the preference of individual judges varies, the revolving door makes it possible for the Commission to keep pace with its changing landscape. Commissions secondees can sharpen their litigation tactics, for instance, by learning how to present arguments that can best persuade particular judges and *référendaires* at the Court. […] The Legal Service of the Commission, which employs more than 200 lawyers, is a powerhouse that specializes in litigation before the Court." op. cit. 102. p.

the Luxembourgish courts, which originate from the French tradition, completely hide internal dilemmas and decision alternatives from the public and do not allow judges to add dissenting opinions and parallel arguments to decisions. Contrary to the vast amount of inside information provided by the Commission's Legal Department, member states' lawyers who have litigation with the Commission are unsure about arguments that judges can adequately influence. In addition, there is the French "language trap" of the Luxembourg judges due to their internal working language, and although applications from the Member States can be submitted in all the 23 official EU languages, the internal decision-making processes use only the French one. In addition to the few western member states (France, Belgium and Luxembourg), the knowledge and use of the French language in legal circles is minimal, as English has replaced all previous world languages in recent decades. For most EU member states, this language disadvantage is, therefore, limited to the narrowest possible group of lawyers from which to choose a cyclically dispatched judge and send him/her to Luxembourg, and the judges have difficulty finding a lawyer in their own country who, in addition to EU law, also knows the French language. The French court jargon used in the terms and formulas of Luxembourg jurisprudence have developed over decades and can only be mastered after a long language course even for those who speak French well.[22] This then forces almost all judges from the member states to select their legal staff from EU legal departments. The Luxembourg judiciary is thus isolated from the member states, but works almost in symbiosis with the EU bodies, with the Commission in particular.

A further distortion can also exacerbate the above distortions within the ECJ, which violates the independence of judges and questions the objectivity of the Luxembourg judiciary. This was described by *Hjalte Rasmussen* in 2007, stating that the judges from the old member states marginalize the judges sent by the new member states that have joined since 2004 and the latter are mostly excluded from deciding on more important cases. After the President has appointed the rapporteur, the weekly general assembly of judges, on the rapporteur's suggestion, decides which formation to form in a case: whether the three-member chamber, the five-member chamber or, in more important cases, the 15-member grand chamber. In addition to the President and Vice-President of the Court of Justice, the Grand Chamber is dominated by the group of judges from the old member states, while the ECJ's rules of procedure in principle provide for rotation, at least more recently.[23] In his 2013 study, *Tomas Dumbrovsky* confirmed this statement by saying that if a judge from the new member states adapts to the preferences of the old judges, one of them could exceptionally join the inner circle after a while. In his description, the dominant group of judges developed in such a way that the President of the Court of that time set up an informal decision-making body after 2005, consisting of the old judges at the head of the five chambers, to ensure that the decisions of the chambers were based on his preferences. On the other hand, those who belong to the dominant inner circle have a permanent information advantage over other judges who miss these weekly sessions.[24]

Another consequence of the consolidation of the dominant group of internal judges is that the presidents of the five chambers sit next to the president and the vice-president of the Court in the 15-member Grand Chamber, which decides on really important cases and thus on

[22] See Mathilde Cohen: On the linguistic design of multinational courts: The French capture. I-CON 2016, 1-20 p.

[23] Hjalte Rasmussen: Present and Future European Judicial Problems after Enlargement and the Post-2005 ideological Revolt. Common Modern Law Review (Vol. 44.) 1661-1687. p.

[24] Tomas Dumbrovsky: The European Court of Justice after the Enlargement: An Emerging Inner Circle of Judges. EUSA Twelfth Biennial Conference, Boston. 2013. 2.p. According to Dumbrovsy's data analyses, there were no new national judges among them, despite the five rotating presidencies of the Council after 2004, after two three-year terms.

the most basic jurisprudence. If you take all the old judges with you, the safe majority of them are usually able to make decisions beyond doubt. As of 2005, the new member state judges were scattered and separated in the various chambers at the suggestion of the President of the Court, so that they could not be organized against the old judges in larger cases. [25] Dumbrovsky even showed that some judges in Central and Eastern Europe brought some nuances to the arguments of the elderly by emphasising national defence against the previously unshakable pro-European dominance of federal EU. Internal interviews said it was the first Polish judge and the Czech judge and it applied to the Estonian judge, but in principle this did not mean a renewal of the decision-making practice of the EU courts.

Overall, therefore, although the situation in Luxembourg is better than that of the Strasbourg judges, there is some degree of objectivity of judicial decisions in the judiciary of the ECJ. However, the situation in Luxembourg is not reassuring due to the major decisions of the Grand Chamber, the so-called "revolving door problem", and the role of this internal judge clique in the old member states.

II.3. The European Court of Justice in the power dynamics of the Union

Of the two EU courts in Luxembourg, the ECJ is important not only because of its ordinary judiciary, but also because to a certain extent, it plays the role of the constitutional court through its interpretation of the treaties and its case law is indirectly at the centre of EU law. Let us take a closer look at them.

Although after the failure of its 2003 constitutional draft, despite the encouragement of some political circles, the European Union failed to unite the member states in one federal state, even the most Eurosceptic member states benefit from the economic concentration and thus they are encouraged to accept the expansive interpretations of the ECJ on the Treaties. In this way, the ECJ's interpretations of the Treaties are the *de facto* highest normative level of the EU and this activity can be regarded as the constitutional adjudication of the Union, even if the Union has not become a federal state due to the afore-mentioned failure and the treaties do not mean a constitution. This *de facto* situation has existed for decades, and since the amendments to the treaties to repeal the ECJ's interpretations are often almost impossible due to the requirement of unanimity, the ECJ has so far unconditionally limited the laws of the member states through constant expansive interpretations of EU-competences. This enlargement can, in principle, be stopped by the constitutional courts of each member state on the basis of constitutional identity or by *ultra vires*, in particular because of the reservations by the decisions of member states' constitutional courts on the Lisbon Treaty, which declared that the binding force of EU law to the member states was limited.[26] It is rarely realized, but in 2012 the Czech Constitutional Court rejected an ECJ decision regarding the Czech Republic because of its constitutional identity, and implementation of that decision in the Czech Republic was prohibited. Then there were similar cases again in 2016 in Denmark and again in 2020 in Germany. However, these occurrences are rare, and despite the basic possibility, no other similar invalidation has yet occurred in other cases.

However, it should be seen that the scale of mass migration in recent years and the militant denominations of Muslim communities already numbering millions – e.g. the Salafi

[25] Dumbrovsky also showed in absolute numbers that between 2004 and 2012 the most influential old judges in the inner circle received at least twice as many rapporteur positions as judges in the new member states, and this was clearly more unequal in really important cases. See Dumbrovsky, 28. p.

[26] See the analyses of constitutional judge, Zs. András Varga: The Role of Constitutional Courts in the safeguard of constitutional identity. (Az alkotmánybíróságok szerepe a nemzeti/alkotmányos önazonosság védelmében.) Iustus Aequum Salutare 2018/2. sz.

fanatics – create such civil war situations in the metropolises that can help those in a number of Western European countries to power the government who want to break this current radically. This changed political situation in Europe and the change of mood can, in the future, also alter the attitude of the constitutional courts of the member states in order to take advantage of this possibility of resistance to EU law. It is only worth mentioning that the ECJ did not address this problem, and, following the increase in the influx of millions of migrants in 2015, at the request of an Eritrean youth migrant girl, in April 2018 the Luxembourg judges decided that the girl who had a family at home (her parents and three brothers) has a right under EU law to bring their family to the Netherlands for family reunification purposes, and the Dutch authorities' decision to refuse to do so was considered against EU law. It should be noted that the ECJ's migration-friendly decisions in recent decades have largely required the admission of hundreds of thousands of migrants from non-EU countries to EU countries for the purpose of family reunification. However, several countries have attempted to interpret this in such a way that if a minor is recognized as a refugee wanting to stay in the country, (s)he can only ask for family reunification before (s)he reaches adulthood. After adulthood, however, this need for family reunification no longer exists, namely, (s)he is no longer in need of family help. However, in April 2018, the ECJ ruled that the possibility of family reunification should be expanded, and despite reaching adulthood, a migrant could apply for the admission of his/her parents and siblings to the Netherlands under EU law.[27] Due to a similar situation in Germany, the local press pointed out that the German authorities also examined this decision of the ECJ and presented figures from last year that 90,000 migrants, mainly Muslim minors, came without parents in 2017. Based on the family of five from this Eritrean girl, the ECJ ordered the admission of another fifty thousand migrants only for Germany and only for 2017. However, this will be reinforced by the years 2015 and 2016 with more than one and a half million Islamic people. This means tens of thousands of similar minors among them and together with their families, the number exceeds hundreds of thousands who stayed at home.[28] Therefore, as a case law, this decision could increase millions of new migrant groups across the Union in the coming years, even if the EU border agency, Frontex and the member states manage to stop further influxes of migrants.

This raises the problem that, despite the fact that political change has been taking place at the level of millions of European citizens and they are becoming a political force that wants to curb migration in more and more European countries, the European Court of Justice above them can block government actions for European self-defence. In such situations, it is very likely that, at least in some EU countries, the limited possibility to invalidate EU acts within a member state on the basis of constitutional identity or *ultra vires* will be brought to life in the coming years. In this way, the "constitutional adjudication" of the ECJ can be reduced to whatever would have resulted from the international law-character of the Union: a mere international interpretation activity under the control of the constitutional courts of the signatory states.

The fact that this possibility is not just theoretical speculation has been shown by the consequences of several ECJ decisions around 2007, which more than usually exceeded the EU's responsibilities to the disadvantage of the member states, provoking explicit proposals from the member states to reject the implementation of these decisions. One of them was the the ECJ's so-called *Laval decision*, which was based on the four fundamental freedoms of the Union (free movement of people (labour), capital, goods and services), and it intervened in the area of labour law and trade union issues, which are after the EU treaties expressly a

[27] See the decision C-550/16 of Chamber of ECJ https://eur-lex.europa.eu/legal-inhalt/en

[28] See the information from the weekly „Zeit": „Insgesamt haben nach Abgaben der Bundesregierung im vergangenen Jahr 89.207 Minderjährige einen Asylantrag in Deutschland gestellt, darunter 9084, die ohne Begleitung ihrer Eltern oder anderer Erwachsener eingereist sind." Die Zeit 2018, 12 April.

matter for the member states.[29] With this, the ECJ, relying on market freedom, brought the supervision of the fundamentally different areas of labour law and advocacy in each member state under its control and started to lay down the foundation of a single EU regulation. This put aside the trade union powers that have been fought for in the individual member states for centuries, which clearly violated the division of powers in the EU treaties, and suggested the rejection of such ECJ decisions, which, without political consultation, imposed a serious political dilemma onto the member states. *Fritz Scharpf*, a renowned expert on EU political mechanisms and a German political scientist, suggested that after the rejection of this ECJ decision, the member states must have the power of regulation concerning these issues in EU legislation. That is, the negotiating mechanisms of EU regulations and directives should be decided and such EU law can only be created with will of majority.[30] Flooding European societies with millions of Muslim migrants, also through the decisions of Luxembourg judges, while leading to landslide electoral shifts in the member states to prevent this, threatens the foundations of European civilisation far beyond the otherwise important labour struggles. It is, therefore, likely that the resistance recommended by *Fritz Scharpf* will become reality after a good decade, and the declaration of principle already made by most EU constitutional courts on the basis of constitutional identity and *ultra vires* can lead to concrete decisions in the coming years.

In connection with this anticipation, there is a fundamental structural problem of the European Union that makes it even more urgent to take this step. The basic problem can be understood if one takes the nature of a semi-federal state of the EU as a starting point. Originally an international treaty, the Common Market of 1957 was brought to quasi-federation by the decisions of the ECJ from 1962-64 (*Van Geld en Loos* and *Costa v Ennel*), which declared the supremacy of Community law over the legal systems of the member states, and thus the Treaty of Rome was made a quasi-constitution. In particular, however, later on, the EU treaties were radically modified and expanded by the case law of the ECJ, and this community thus moved towards a half-realized European United States. However, the failure of the EU constitution in 2005 and the profound global banking and financial crisis of 2008 led to the deepest pessimism among hundreds of millions of European citizens about all transnational formations, and in a number of European countries the parliamentary majority became more Eurosceptic. This has only been exacerbated by the influx of several million Islamic migrant masses since 2015, an influx that was received amicably by the EU elite or at least rated as neutral. Therefore, no effective measures have been taken to stop migration according to the will of the electorate. Eurosceptic political forces have thus increased across the member states and in some places have gained the majority. However, this cannot be reflected at EU level due to the structural peculiarities of the EU institutions. This is because the ECJ has been pushing for European integration towards the Federation from the start. In cooperation with the ECJ, the other EU institution, the Commission, first of all, which is independent of the member states and is in most cases against them, is the main bastion of federal efforts within the EU. Although the intergovernmental institutions that safeguard the

[29] C-341/05 Laval und Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetarförbundet and Others.

[30] "Die Regierung könnte erklären: Wir halten diese EuGH-Urteil für nicht gedeckt durch die politische Willensbildung in Europa. Dieses Urteil ist reines Richterrecht, das nie politisch akzeptiert wurde. Wir akzeptieren jedoch ein Votum des Ministerrats falls dieser das Urteil bestätigt. Das heißt, man müsste nicht nur der nationalen Wiederstand deklarieren, sondern auch die europäische Politik anrufen und fragen: "Habt ihr das wirklich gewollt, was die Richter hier machen? Wenn eine qualifizierte Mehrheit der Länder Ja sagt, dann werden wir weiterhin das Europarecht vollziehen". Das wäre aus meiner Sicht die einzige Strategie, mit der man nicht die generelle Unterstützung für die europäische Integration aufkündigen müsste und trotzdem Wiederstand leisten können gegen diese zu weit gehende richterliche Interpretation von Verträgen, die vor mehr als 50 Jahren geschlossen wurden." Cornelia Girnd: Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen. Interview mit Fritz Scharpf. Mitbestimmung, 7-8/2008. 23. p.

sovereignty of the member states (the Council of Heads of State and Government and the Council of Ministers) were encouraged by the more Eurosceptic member states, they could not act effectively against the tandem between the ECJ and the Commission in defining the Union.

Due to the unanimity of the EU treaties, which constitute the quasi-constitution of the quasi-federation of the EU, this standstill has been resolved for decades, so that the European Parliament has no possibility of changing the foundations of the Union, and also the Council of Heads of State and Government or the Council of Ministers have only minimal scope in this area. In contrast, the ECJ, which interprets the quasi-constitution of the Union with an exclusive monopoly, realizes a constant constitutional specification of all EU policies through its case law. Constitutional historian *Dieter Grimm* called this situation the over-constitutionalization of EU politics in his book of 2016; Grimm is a former German constitutional judge and a great critic of this phenomenon.[31] In addition to this deadlock, this is also made possible by the nature of the EU treaties, which not only provide an operational framework for EU institutions (which could then be filled in by specific political processes), but also a number of abstract political goals for important EU responsibilities. But even the basis for it – the four EU freedoms as basic goals of the entire Union – is so extensive that by an activist interpretation of the ECJ, they can almost completely define all living conditions in the member states. In fact, the free movement of people (labour), goods, capital and services across the Union indirectly affects all regulations in all member states, and in recent decades, the ECJ has not hesitated to interpret the full EU law of the Treaty and thus the formation of the internal political will of the EU is redesigned to the specifications of the Treaty by the ECJ. It always receives great help against the intergovernmental institutions from the Commission, which is pushing the Union towards federalism, and from the permanent Eurocratic bureaucracy of tens of thousands in Brussels. On the one hand, the Commission enforces the case law of the ECJ in dozens of infringement proceedings against the member states before the ECJ – and forces the member states to do so. On the other hand, the drafts of EU legal regulations and directives, most of which were created by its own apparatus, will merely codify the relevant case law that was adopted by the ECJ and from then on, the case law becomes effective not only as case law of the ECJ, but as complete, directly applicable EU law.[32] As a result, it can be concluded from the analyses that the ECJ, which is actually behind the public, is the dominant force in the European Union as a whole and that the Council of Heads of State and Government, which in principle is the head of the EU, is not able to control the ECJ. In most cases, when drafting regulations and guidelines, the Council of Ministers only codifies the case law of the ECJ, which the Commission and its apparatus have included in their draft regulations and guidelines.

However, this stalemate between the federative forces of the EU and the sometimes strong intergovernmental institutions of the member states has a high price for the Union. This is because the Union has come under the control of a leader that, due to the nature of judicial decisions, can only look back. Any change that occurs worldwide or concerning the EU – about which a government of a real state is able to process operational information and react to it at lightning speed and even declare a state of emergency – the ECJ, as the highest guide of the EU, can only resort to an action plan that has developed in the Union over the years. In analogy, this situation could, perhaps, be portrayed if we look into the captain's cabin of a

[31] See Dieter Grimm: Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie. C. H. Beck Verlag. 2016.

[32] For details see Fabio Wasserfallen: The Judiciary as Legislator? How the European Court of Justice shapes Policy-Making in the European Union. Paper presented at the Annual Meeting of the Swiss Political Science. St. Gallen, January 8-9, 2009; Michael Blauberg/Susanne K. Schmidt: The European Court of Justice and its political impact. West European Politics, (Vol. 40.) 2017, No. 4. 907-918 p.

giant ocean liner and see that the captain and his first officer are discussing what to do in a windowless room, poring over an old map. Meanwhile the iceberg is approaching. In other words, the current governance structure of the Union makes it difficult for any member state to withdraw and take action against certain EU measures, while the ECJ's case law extends the powers of the EU to bring it closer to a federation, whether it is what EU citizens like or not. However, this only creates a back and forth for the entire Union. As long as the more or less orderly relationships of the world allow for this uncontrollability, these operating conditions need not be changed significantly by the EU in order to survive. In the meantime, this situation can remain latent. But if conditions are disrupted, as demonstrated by the migration of millions of migrants to Europe in 2015, this shows the Union's non-viability.

II.4. Encouragement towards a more Ideal Situation

Proposals to end the EU stalemate due to the dominance of the European Court of Justice cannot be taken up here, and since there is no uniform European consciousness beyond the national communities and there is no European public sphere or genuine European party system, it would be another dead end to go in the direction of a single European state. However, the consequent descent of today's Union into the initial integration of a single market would only be a politically realistic alternative if there were massively more dramatic problems than there are today. However, from the analysis above, there are some obvious reform proposals to reduce the distortions of the European Union – which is focused on the ECJ and therefore led by top level judges – and I would like to outline this in the last part of this chapter.

Six changes could improve the current situation of the stagnating EU governance at the EU headquarters, but especially in the case of the hierarchically higher ECJ. From a democratic perspective, these changes could help in terms of publicising the decision-making mechanism of the EU judiciary and also concerning the problems of the EU institutions – in particular the Commission – in their legal disputes with the member states. One of the main distortions is that both the President of the ECJ and the President of the General Court can have a strong influence on the decisions of the judicial chambers not only as a neutral administrator of judicial administration, but also through a number of powers. This applies, in particular, to the President of the ECJ, who can be regarded as the actual head of the entire EU Juristocracy due to the hierarchical relationship between the two courts and due to the fact that important decisions fall within the jurisdiction of the ECJ. We would, therefore, be closer to driving the Union's leadership towards democracy if we could reduce the President's influence on court decisions. The aim is to abolish the powers of the Presidents of the ECJ and the General Court in order not to be able to appoint judges longer to the chambers of the ECJ and the General Court and instead to introduce random mechanisms for the distribution of judges.

Another suggestion to increase the openness of decision-making processes in the judiciary instead of today's secrecy can be requested because case law, which goes beyond *ad hoc* effects during the process, represents a "constitutional specification" of the Treaties. In addition, political disputes and struggles between the Union's institutions – the Commission in particular – and the member states are resolved through these judicial decisions (through rule-of-law rather than democratic struggles). Publicity would thus be a minimum here, so that at least the alternatives that exist and are discussed in court decision-making processes could be published and thus, in addition to majority decisions, divergent opinions and parallel arguments of divergent judges should be publicly published at the end of the decision-making processes. This would bring equality of arms closer to the most common parties in the EU

judiciary, the Commission *vis-à-vis* the member states, and would enable any party to better anticipate legal dilemmas and prevailing argumentation patterns and alternatives for the future. However, this equality of arms can only be achieved if the "revolving door" mentioned above could also be closed between the legal department of the Commission and the legal staff of the two main courts of the Union. To this end, it would be necessary to include the rule of conflict of interest into the procedural rules of the courts.

In the end, it seems to be a technical problem, but perhaps the most radical change would be to replace the courts' French internal working language with English. This would allow the selection of judges from a much broader base of member states, but also the convening of legal staff from home lawyers. Above all, however, it seems sensible to adopt a proposal that was published several years ago in order to prevent the EU Court of Justice from extending its powers beyond the Treaties, and it would, therefore, be important to set up a court of competence over both Union courts.

II.5. Establishing a Court of Competence

In 2002, *Ulrich Gollt* and his co-author *Markus Wissenner* were prompted by the increasing criticism of ECJ judgments that go beyond the treaties to prepare a proposal for a court of competence to control the CJEU.[33] With some changes, this proposal can be accepted here and it should be assumed that the European Union is not a federal state, but only a certain international legal entity. It follows that the ECJ, which does the application of the Treaties on which this formation is based, is a court of international law. Therefore, this body can only act as an international court that is closely linked to the text of the treaty and cannot act with the freedom of interpretation of a constitutional court in order to break away from it. The creation of new standards or a new principle with a radiant effect on a new area by interpreting more abstract provisions and principles of the Treaties thus goes beyond the function of this court and represents an unauthorized usurpation of the contract-changing function of the member states and an infringement of jurisdiction would, therefore, be the annulment of such decisions.[34] The review done by this court would obviously affect the decisions of the higher European Court of Justice in the case of the two-tier European Court of Justice and would only secondarily challenge the decisions of the General Court (which can be challenged at the European Court of Justice anyway), but, in principle, the review could also be done in the subordinate General Court if the question of exceeding the division of jurisdiction happened to arise in the EU Treaty.

The first question in the case of a Court of Competence is how to determine the sufficient number of member states that should form a coalition that would be large enough to challenge an ECJ judicial decision. In order to initiate this procedure, it is not appropriate to prescribe a threshold that is too high, since a higher threshold within the court of competence would obviously be required only for an actual annulment decision. For example, based on seats in the European Parliament, at least 15% of the common seats of the contesting member states in the European Parliament could be required to introduce such a procedure, and at least three member states should be involved. The decision to annul the judgment under appeal

[33] See Ulrich Goll/Markus Kenntner: Brauchen wir ein europäischer Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten. In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2002. No-3. 101-106. p.

[34] Martin Höpner has set a six-point scale in order to separate such excesses from legitimate interpretations of the contract (clarification of provisions and possible gaps) see Martin Höpner: Von der Lückenfüllung zur Vertagsumsdeutung. Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH). Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management. 2010. Heft 1. 165-185. p.

would only be possible with a majority decision of 27 judges, whereby all judges in the member states would have the same right to vote. Such a structure and a low threshold to initiate proceedings would make it likely that such infringement proceedings were initiated more than once a year. The judges of the Court of Competence could be elected by the majority of each member state's parliament under the constitutional judge or the judge of the Supreme Courts where there is no such court, and the judge could hold this office in parallel until the end of their term at home. It would be foreseeable that in the event of the establishment of such a Court of Competence, the weight of power in relation to the Union *vis-à-vis* the member states would be fundamentally shifted towards the member states, as determined at the beginning of the European integration in the Treaty of Rome in 1957.

II.6. The Distribution of the Judges of the ECJ and the General Court in Chambers, and the Appointment of Chamber Presidents

The independence of the judges and the expected neutrality of the decisions of the judicial chambers can only be guaranteed in the judiciary if the court presidents cannot have any significant influence on the content of the court decisions through administrative functions. This is a principle of the rule of law, but it does not exist in the two EU courts, from which the EU's rule of law should otherwise be protected. The Presidents of the ECJ and the General Court have the power to propose that the judges be distributed to the chambers, which is only a formal decision by the General Assembly. This is regulated in Article 16 of the Statute for the CJEU, in Article 50 for the General Court, in Article 11 of the Rules of Procedure of the CJEU and in Article 13 for the General Court. Likewise, the presidents of the established chambers are elected by the general assembly on the proposal of the ECJ President and the President of the General Court, proposals that sociologically mean the actual decisions. In this way, the two Presidents' position of power and their actual influence on court decisions are further increased. In view of the rule of law, it is, therefore, proposed to abolish it and instead to assign judges to each chamber by random mechanisms and to use the same method of selecting presiding judges by changing the two articles of the statute as follows: "The judges of the ECJ will be drawn by lot distributed into the chambers, and the presidents of the chambers are selected by lot from the judges in each chamber. The distribution into chambers, including the term of office of the chairman of the chambers, takes three years. Then a new distribution follows." The same applies to the General Court by amending Article 50 of the Articles of Association.

II.7. The Appointment of the Rapporteur

The two Presidents of the ECJ and the General Court also determine the selection of the rapporteur for the examination of each application, which in many respects determines the direction of the judicial council's decision. One difference, however, is that the President of the General Court is somewhat more restricted and can only select a judicial council based on the selection criteria laid down in the General Court's preliminary ruling and then appoint a rapporteur from among its members.[35] However, the President of the ECJ has no limits and is

[35] "The court shall determine the criteria by which the boards are assigned to the cases. (Article 25)" After receipt of the procedural document, the president of the court will refer the case to a council as soon as possible. The President of the Chamber proposes the Judge Rapporteur to the President of the Court for each case assigned to the Chamber. The appointment is decided by the president of the court." (Rules of Procedure of the General Court, Art. 26 Par. 1 and 2)

free to choose a rapporteur at any time. Then again, it is the ECJ that is hierarchically superior to the General Court and that decides on all important questions for the Union.[36] In both cases, it is suggested that a more random selection mechanism be established in accordance with the rule of law and that the rapporteur, instead of being selected by the President, should be chosen by lot as soon as possible after the request has been submitted to the President.

II.8. Enabling Dissents and Parallel Arguments

The judgments of the courts of the European Union, in particular the hierarchically higher ECJ, have the consequence that the EU treaties with a predominant effect on legal disputes are concretized and later become an interpretation of the Treaties at the highest level. Furthermore, as seen, their normative content mostly becomes the content of the Commission's proposals for the regulations and directives that are secondary EU laws. Therefore, these decisions are not in the least simple judicial decisions; on the contrary, they can be considered as the "constitutional specifications" of the quasi-constitution of the Union and also as the essential determinants of EU law. Since among the double basic contracts, the TEU and the TFEU, the former mostly only defines broadly formulated principles – the broadest is the mere declaration of the four fundamental freedoms – the ECJ, which interprets this, essentially enjoys complete freedom in concretising this quasi-Constitution. This specification can actually not be changed by any other EU institution because of the unanimity. Therefore, the formation of the EU's political will has been juristocratized to the utmost. Political issues are decided here in the form of court decisions rather than in the form of democratic struggles, and to ensure that at least the minimum of democracy is achieved, it should be possible to dissent and furnish parallel arguments in order to make decision alternatives that arise during these court decisions and it should be possible for judges to disclose these in public. In a system of rule of law, the publicity of dissent and parallel arguments is a minimum of democracy, and this is why this should be suggested here.[37]

This possibility is not declaratively prohibited by the provisions on the EU's highest courts in the TEU, the TFEU, the statutes and the rules of procedure, in which they are listed, but there is simply no information about them. Therefore, this should not be changed, but supplemented. The most appropriate way to do this is to add a new paragraph to Articles 36 to 37 of the Statute of the Court of Justice of the European Union on the reasoning and delivery of judgments as follows: "A judge who has voted against the judgment can have one dissent and express the reasons for this in a separate opinion. A judge who voted for a judgement but had reasons other than the majority can declare them in parallel." (Article 36 paragraph 2) "The dissenting opinion and the parallel reasoning attached to the judgment must be signed by the judge and read to the public at the time the judgement is pronounced after the majority decision has been issued." (Article 37 paragraph 2).

[36] "The President of the Court of Justice appoints the judge-rapporteur responsible for the case as soon as possible after submitting the procedural document." (ECJ Rules of Procedure, Art. 15 (1))

[37] With other considerations, Marcus Höreth is also trying to improve the most important courts in the European Union by allowing dissents and parallel applications. He would therefore like to make the future deviation of these courts more flexible compared to established case law, since not only would the (undeniable) rationalism of established case law be preserved, but also the various alternatives would serve as models for the future. See Höreth, Marcus: Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH als Alternative zum "Court Curbing". Der Staat (Vol. 50.) 2011. Heft 2. 191-226. p.

II.9. The Declaration of a Conflict of Interest vis-à-vis the Legal Departments of EU Institutions

The "revolving door problem" mentioned above, the merger between Luxembourgish legal staff and the legal departments of the EU institutions, systematically disadvantages the objective judgements of the courts of the Union, so it is one of the important tasks in this area to remedy this and to declare the conflict of interests between the jobs in EU-institutions and the ECJ legal staff. In the case of the ECJ, the addition of Rule 20 of its Rules of Procedure appears appropriate, and in the case of the General Court Rule 39 of its Rules of Procedure, which mentions officials and other servants. In both cases it must be stipulated that a person who has been employed by an EU institution for three years cannot be a member of the legal staff of the Union courts. This addition will likely close the "revolving door" and give equality of arms a greater chance of litigation between the Union and the member states.

II.10. Changeover from French to English

We have seen the counter-selective impact of the internal French working language of the Luxembourg judges as a result of the fact that French, which is used only in this way, is only slightly used in most EU countries and is undoubtedly overshadowed by English. For the member states, the number of available judges can, therefore, only be selected on a very narrow basis, but they also find it difficult to recruit their legal staff from their own member states, and they have to get it spontaneously from the legal department of the EU Commission. However, this is the typical EU institution that turns out to be the most frequent complainant in legal disputes against the member states and this situation gives the Union an advantage and disadvantages the member states. *Mathilde Cohen* calls this *"the French capture"* and suggests using the much more common English as the internal working language instead of French, and I would like to repeat this in complete agreement.

Based on the consideration of the four-level system of the rules for the Luxembourg judiciary – Article 19 TEU (Treaty on European Union), Article 251-281 TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union), or the statute specifying it and the rules of procedure adopted on this basis, it can be stated for both the ECJ and the General Court that (in particular in the rules of procedure) there is a lot of talk about the use of the language of the court, but these rules only apply to external judicial contacts and it is not about the internal working language. This was originally provided for in secondary EU law, in Article 6 of Regulation (EEC) No. 1/58, and entrusted to the rules of procedure of every EU institution, but ultimately no such institution has formally laid it down, only in practice, and the use of the French working language was fixed. It can, therefore, be proposed to change this by replacing and incorporating what the ECJ and the General Court did not do in this area in its rules of procedure (in the case of the ECJ rules of procedure 38 / b. And Article 46 / b in Case of the General Court) that the internal working language in the court decision-making processes is exclusively English.

III. The Power Structure of the EU Juristocracy

The European Council, composed of the heads of state or government of the member states, appears to be the Union's most powerful body, and the Commission, led by its President, is the permanent decision-maker. The European Parliament, which is not a real

legislator, appears only in public due to the low turnout in its election as a mere noisy politicising forum. In contrast, the European Court of Justice, which acts behind the public, reaches only a fraction of the political publicity in the EU member states with its decisions and is only occasionally observed by political journalists, publicists and social scientists.

However, some studies and books have shown for years that the European Union – and its predecessor, the European Community – has built an internal power structure that, even at the level of formal institutionalisation, has concentrated unlimited power on the Union's Supreme Court (ECJ). There is no appeal and no possibility to change the decisions of the Court of Justice, and since these decisions also lead to a binding interpretation of the EU Treaties in the event of conflict, until the member states can change them through intergovernmental bodies, the ECJ will remain a supreme power over the entire Union without any counterbalance whatsoever. Then again, changing the EU's founding treaties requires unanimity, and this is almost out of the question in everyday political processes and can only be achieved with a series of clever compromises after decades of preparation. As a result, this structure of power has spontaneously placed the European Court of Justice in a power role that goes beyond its already broad remit and which has made the democratic organization in the Union even more juristocratic than it is possible in the member states by the most powerful constitutional courts. The pinnacle of this unrestricted role is that, pursuant to Article 281 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the rules on the Court of Justice of the European Union can only be changed at the request of the Court itself or with its consent. So while in the case of the state constitution, which has a strong juristocratic power structure, rules can usually be changed against the will of the Constitutional Courts, this is impossible in the case of the Union. This justifies describing the power structure of the Union and thus the role of the EU Supreme Court as a *superjuristocracy,* which has completed the transition to juristocracy that has already taken place in many countries.[38]

III.1. The Tandem of Power between the Commission and the Court of Justice

We have seen above the formal institutional structure of the Union and the formal links between the various governing bodies. However, the spontaneous dynamism which placed the ECJ above the other Union governing bodies due to its factual unrestricted nature, was associated with the division of the various camps along the Union's internal political divide. Indeed, the Court's consistently distinctive integration support has promoted a stable alliance with the Commission and its many thousands of apparatuses, since it has had a federal bias from the start. To understand the growing merger between the Commission and the Court of Justice, it is worth considering the shift in the focus of the power structure of European integration as a whole in recent decades.

In contrast to the first decades after its foundation in 1957, the weight of the Commission *vis-à-vis* the Council of Ministers, which brings the member states together, has increased since the 1980s. The first chairman of the commission, *Walter Hallstein* (1958-1967), was confronted with the French President *Charles de Gaulle* from the beginning, who spoke out against integration as a whole and refused to subject nation states to bureaucracy in Brussels. The unanimity requirement of the decision-making mechanism then reduced the power of the Commission to a minimum, and this weak role continued until 1985 when the dominant European powers behind *Jacques Delors* from France agreed with the member states to tolerate the greater power role of the Commission and this compromise was fixed in

[38] See the analysis of Alec Sweet Stones on the juristocratic nature of EU: "The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance". Yale Law School, Faculty Scholarship Series. 2010. Paper 70. 53 p.

the Single European Act in 1986. The golden age of the Commission was during the Delors period (1985-1995), but then the Treaty of Amsterdam of 1993 increased the weight of majority decisions in the decision-making procedures between member states and the increasingly regular meetings of Heads of State and Government reduced the Commission's powers regarding the setting of strategic targets. In addition, the Commission resigned in 1995 due to internal corruption and the resignation of its president *Jacques Santer*. Since then, the Commission Presidents have been able to act only under the dominance of large member states, both on the level of daily political decisions and in connection with the now almost monthly meetings of the heads of state and government where strategic decisions concerning all relevant topics are made. (Oztas/Kreppel 2017: 5-6.) This loss of power over intergovernmental forums has, over the past few decades, caused the Commission to promote the federalization of the EU using the ECJ's procedures. In fact, in most cases the Commission does not have to turn to the Court of Justice as an independent arbitrator, but as a loyal ally without any risk. A number of studies have shown, based on empirical analysis, how the power tandem between the Commission and the Court of Justice works, acting in a coordinated manner towards the member states and, through their combined powers, making them mutually stronger.[39] This coordination then developed specific political-legal strategies of tandem power to break the more resilient member states and some of their policies. (Schmidt 2000; Dederek, 2014; Höpner 2014; Schreienmacher 2014.)

The cooperation and then an almost tandem-like merger between the two actors in the Union resulted from the interdependence of their positions of power, which despite all their strengths characterize their powers. Despite its irrefutable interpretations of the treaties and arbitrary interpretations of secondary law, the ECJ can constantly be faced with the fact that if a decision happens to go against national interests, the parliaments, governments and courts of the member states simply ignore such a decision by leaving it only on paper but not acting accordingly. However, the Commission is empowered to initiate proceedings to compel reluctant member states to comply with the judgments of the Court of Justice. By initiating infringement proceedings, the Commission can bring a member state that has infringed the Court back to the Court. If it finds that a member state has violated the infringement procedure decision, the ECJ can impose billions in fines on the member state. The decisions of the ECJ regarding the interpretation of the Treaties or the interpretation of certain provisions of secondary EU law are made primarily on the initiative of the Commission or in a preliminary ruling procedure through applications from the national courts,[40] almost always by a small step to expand the relevant competence of the EU and to limit national jurisdiction. On the other hand, the Commission's need for the Court is less clear, but it has been shown over the years that it will be an easier task for the Commission to break the resistance of the Council, the intergovernmental body representing the member states by the support of ECJ, and in most cases it would not be possible without it. As can be seen, the powers of the Commission have risen to the level of the Council since the reduction of unanimity and the

[39] See Buket, Oztas/Kreppel, Amie (2017): Power or Luck? Understanding the Character of European Commission Agenda Setting Influence. Paper presented for the Midwest Political Science Association Annual Conference. Chicago. 2017, 04 6-9, 5-6. p.

[40] According to Björn Schreienmacher, the tandem cooperation between the Commission and the Court of Justice in many cases is as follows: „Diesem Gedankengang folgt auch die Beobachtung, dass die Kommission Gesetzesvorschläge mit Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten vorbereitet, die für die Annahme dieser Gesetze im Rat als Schlüsselstaaten gelten können. Diese Länder werden gerichtlich zu Integration bzw. Liberalisierung gezwungen. Ein anschließender Kommissionsvorschlag zur Kodifizierung dieser Urteile bietet den betroffenen Regierungen dann die Aussicht auf eine gleichmäßige und gesetzlich präzisierte Anwendung des neuen Rechts in allen Mitgliedstaaten." Björn Schreienmacher: Vom EuGH zur Richtlinie – wie die EU-Mitgliedstaaten über die Kodifizierung europäischer Rechtsprechung entscheiden. Transtate Working papers 2014. No. 183. Bremen. 22 p.

transition to majority voting in the 1980s, but it has often been insurmountable to push the blocking minority aside in the Council. The EU Court of Justice can help here, and in recent decades, the Commission has consistently advocated the ever increasing integration of the Union against the member states. In many cases it is sufficient for the Commission to show the possibility of opening infringement proceedings against a reluctant member state. Member states can have no doubts about the decision of the Court of Justice in an ECJ procedure, because the empirical studies show that the Commission has a 93% chance of winning before the ECJ.[41] That this "absolute success" of the Commission has been before the Court for decades is also evident from a study by *Harm Schepel* and *Erhard Blankenburg* in 2001, which analysed the decisions of the 1990s by examining the relationship between the Commissioners and the ECJ and they compared this relationship to a kangaroo boy sitting on his mother's lap: "Its success rate is so high as to make the ECJ look like a kangaroo court – being the baby in the pouch of the mother, it has to follow wherever the Commission goes." (Schepel/Blankenburg 2001: 18.) Thus, in most cases, a blocking minority of the member states can be cleared out of the way with the help of the Court of Justice and the Commission can achieve the adoption of its proposal in the Council, despite the initial resistance of the majority of the member states. In recent years, a variety of regulations and guidelines have been created in this way.

However, the mere tactical initiation of an infringement procedure in order to carry out an internal legal transformation required by the Commission is often sufficient to ensure that a member state (and even several other member states!) comply with the Commission's request so that the ECJ does not do so at the request of the Commission. A more comprehensive decision by the ECJ would probably require an even more extensive change. This effect is described by *Michael Blauberger* as follows: "Um schwer vorhersehbarer und politisch kaum korrigierbarer Rechtsprechung vorzubeugen, kann es aus dieser Perspektive politisch ratsam sein, sich auf Kompromisse mit möglichen Klägerinen einzulassen und nationale Politik *vorauseilend und umfassend* zu reformieren. Dies kann auch politische Reformen in Mitgliedstaaten einschließen, die noch gar nicht in einen konkreten Streitfall vor dem EuGH verwickelt waren, sich aber indirekt betroffen sehen." (Blauberger 2013: 184.)

However, if, despite this pressure, the Commission is unable to implement its proposal for a regulation or directive because of opposition from the member states in the Council, it can achieve its goal again by relying on another jurisdiction of the Court. There is then the possibility that what the Council could not achieve in the form of the creation of a secondary right, could be achieved by the ECJ in a court decision that results directly from the interpretation of the Treaties.[42] This only requires intended applications by the Commission to the ECJ related to a judicial phase of an infringement procedure, many of which are still ongoing or the Commission can permanently enter the preliminary ruling process by the courts of the member states with proposed decisions, and, in this way, it can finally be determined of legal norms that could not be implemented as a regulation or directive due to

[41] See Schmidt K Susane (2000): Only an Agenda Setter? The European Commission's Power over the Council of Ministers. *European Union Politics*. Vol.1. No. 1. 37-61. p.; Dederke, Julian (2014): Bahnliberalisierung in der Europäischer Union. Die Rolle der EuGH als politischer und politisch restringierter Akteur bei der Transformation staatsnaher Sektoren. Papers on International Political Economy, No. 20. 28. p.; Höpner, Martin (2014): Wie der Europäischer Gerichtshof und die Kommission Liberalisierung durchsetzen. Befunde aus MPifG-Forschungsgruppe zur Politische Ökonomie der europäischer Integration. Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung. MPIfG Discussin Paper. Vol. 14. No.8. Schreienmacher 2014, 22.

[42] "The preliminary reference procedure in Article 267 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) is, in this regard, the epicentre of EU judicial politics. It and the enforcement procedure accounted in 2009 for 87.8 % of the judgements delivered by the Court with it accounting for 49.9% (European Court of Justice 2010:87)." Damian Chalmers/Mariana Chaves: The Reference Points of EU Judicial Politics. 2011. LEQS Paper, No. 43/2011. 31p.

the resistance of the Council.[43]

It has to be added that a tandem-like collaboration between the two bodies has also developed beyond what was said above. With hundreds of judgments a year, the Court of Justice sets standards in each of its proceedings for innumerable aspects of the economic and social life of the member states, which result from certain principles and declarations of the Treaties. Although these decisions and the standards set out therein are only formally established between the parties involved in a particular procedure, under the pressure of the Commission and other EU bodies, these case decisions are considered a general norm for the whole Union and should be followed by everyone. Although this conversion of individual decisions into general norms contradicts the formal power structure of the Union, since the Court of Justice is only a law enforcement agency and it is not compatible with the principle of democracy, which is a fundamental principle of the Union, the transformation under the pressure of integration-promoting forces has become commonplace. The Commission also enforces these decisions as generally binding by initiating infringement proceedings in the event of opposition. More importantly, however, it uses the Court's numerous case laws to codify the content of regulations and directives in its proposals to the Council.[44] In this way, the case decisions formally become the "laws" of the Union, and thus the Court not only plays the role of a constitutional court that interprets the Treaty, but also becomes an effective player in EU legislation.

III.2. Is there a possibility of resistance in case of a Eurosceptic EP election result?

After the EP elections in 2024, the federal forces in the Union's power structure are likely to weaken, although the extent of this weakening is at best questionable. In preparation for this, considerations are already being made about a possible reform of the Union and the possible liberation of the member states, which have so far been put under pressure by federal forces. In view of the realisation of these possibilities, it is worth considering first the existing forms of resistance (1) and then the existing mechanisms for building the internal political will of the Commission (2).

III.2.1. A Historical Background of the Resistance of the Member States

For an overview of the resistance of the nation-states defending their sovereignty, it is worth reviewing existing forms of resistance and their success against the pressure of the Union's federal agents before realising the possible scope of the growth of resistance in the case of a more sovereignty-friendly majority of EP 2024. Andreas Hofmann gives a good summary in a recently published study (Hofmann 2018).

---

[43] In wording of the authors: "Enforcement procedures against member states are preceded by lengthy Commission-Member State negotiations with only a small proportion (in 20009 about 4%) reaching judgment. It is thus an arena of dispute settlement of last resort with the Commission winning 92.7% of the cases in 2005-2009." Damian Chalmers/Mariana Chaves: The Reference Points of EU Judicial Politics. 2011. LEQS Paper, No. 43/2011. 4p. According to Andreas Hofmann, there was the same ratio even in the '90s.: "Only about 10% of infringement proceedings reach the Court, with a judgement rendered in less than 4%." Andreas Hofmann: Influencing Policy Production in the European Union: The European Commission before the Court of Justice. Paper presented at the EUSA Eleventh Biennial International Conference. Los Angeles. 22-25 April 2009. 5. p.

[44] In a broader sense, this also means that democratic-political decisions within the Union are replaced by processes disguised as legal decisions, so that there is a shift towards democracy rather than democracy. László Blutman has already pointed this out in the Hungarian-language European legal literature, see László Blutman: The law of the European Union in practice. HVG-ORAC book publisher. Budapest. 2014. 85. p.

So far, open resistance to EU acts that go beyond the EU treaties, including the decisions of the European Court of Justice on which they are based, has rarely occurred, and in addition to the decision of the Czech Constitutional Court in 2012, which has repeatedly been used as an example in debates, the Danish top judges made this resistance in 2016.[45] At the time, the Danish judges not only stood up openly against a norm of EU law, but also explained that in future it will in each case decide in front of them whether Danish law or contradictory EU law have priority under the Danish constitutional order. In addition to the rarity of such an open confrontation, the undeclared opposition was far more common, but mostly did not appear in the ECJ's regular annual reports or in the media about the EU. This type of resistance has been known since the 1980s, but has increased in particular in recent years. *Andreas Hofmann* has examined this in his empirical analysis and, for a better understanding, he has taken the distinction between *Michael Madsen, Pola Cebulak* and *Mich Wiebusch,* a trio of authors, who examine the resistance to decisions of international courts in a broader dimension, to separate the degree of contradiction. Accordingly, in the event of a confrontation, he differentiated between the resistance, which only pushes back and limits the scope of the decision (*pushback*), and the resistance, which rejects the entire controversial norm (*backlash*). The latter, more radical confrontation after an outrageous EU court ruling mostly appears only in academic circles as a scientific opinion,[46] but in the case of a government or the courts of a member state in question, the more covert forms of pushback confrontation appear.

On the part of the governments of the member states, this more hidden resistance appears in their neglect of the legal changes ordered by the Court of Justice in infringement proceedings, and it also appears in the obstruction of the national courts with regard to the preliminary decision of the ECJ concerning the member states.[47] In the event of non-compliance with the obligation laid down in repeated infringement proceedings, the Maastricht Treaty in 1992 introduced the possibility of a fine, which the Court of Justice has been able to impose at the request of the Commission and which has been applicable since 1997. If a member state has already reached this stage against the Court's decision, it is already approaching the level of open resistance and, according to EU statistics, the Commission has imposed 86 such fines between 1997 and 2016, which represents 9% of all infringement procedures carried out during that period (962). The extent of the final opposition is also evident from the fact that in 33 cases the reluctant member state had to do so and could not be persuaded to comply with the mandatory legislative change previously

[45] There were 2,900 such infringement proceedings pending in 2009 alone, but in most cases the Commission can agree to the member state concerned under different pressures and compromises before being brought before the Court of Justice, and only a hundred of them have given a judgment in this case. Year. See Damian Chalmers/Mariana Chaves: The Reference Points of EU Judicial Politics. 2011. LEQS Paper, No. 43/2011. 6. p.

[46] Björn Schreienmacher distinguishes between the following versions, of which the case law of the Court of Justice is included in a Commission proposal to be codified by the Council: "Für die im Vorfeld von Gesetzgebung ergangenen relevanten EuGH-Entscheidungen steht zur Disposition, ob sie für die Anwendung europäischer Recht in Gesetzesform gebracht, sprich: kodifiziert, werden sollen, und wenn ja, in welcher Weise. Die Möglichkeiten reichen von der wortgetreuen Übernahme bis zur abstrahierenden Umformulierung. Unterschiedlich kann etwa mit dem Sachbezug des Urteils belassen, oder diese – und damit auch die Integration und Liberalisierung – auf neue Zusammenhänge ausweiten. Letzlich kann eine Kodifizierung auch umgangen werden, indem speziell die Sachverhalte des relevanten Richterrechts aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden." Björn Schreienmacher: Vom EuGH zur Richtlinie – wie die Eu-Mitgliedstaaten über die Kodifizierung europäischer Rechtsprechung entscheiden. Transtate Working papers 2014. No. 183. Bremen. 2. p.

[47] This was the so-called *Ajos case*, in which the Danish supreme judges overturned the norm prohibiting age discrimination based on a ruling by the Court in 2005, on the grounds that this norm did not exist even when the Danish Accession Act was adopted existed. For an analysis see Ran Hirschl: Opting out of Global Constitutionalism. Law & Ethics of Human Rights. (Vol 12) 218 No.1. 30. p.

ordered by the Court, even under the threat of a heavy fine. The Court subsequently imposed a final fine on 31 cases.[48]

However, the breadth of this lesser resistance is reflected in the fact that, between 2003 and 2016, in 461 cases between 2003 and 2016, the Commission had to send a formal notification letter to the member states convicted by the Court of Justice to warn that the infringement procedure would resume if they postponed enforcement. The final solution to the confrontation is that the ultimately resilient member states will implement the standards established by the Court of Justice as EU law into national law in addition to paying the fine, but in some cases resistance will continue. The member state concerned pays part of the fine by declaring that it will implement the necessary change in the law, but essentially retains its previous right. The Commission, on the other hand, sees the obligation as 'fulfilled': "Closer analysis of the aftermath of the cases in which ECJ issued a penalty for non-compliance with previous judgments indicate that even financial penalties do not guarantee that the underlying implementation problem is remedied. Ian Kilbey shows that the Commission has developed creative means of 'face-saving' in order to close cases after some penalties have been paid and some efforts towards compliance undertaken, even though the problem persists." (Hofmann 2018: 12.)

Another tool in the hands of national governments to avoid the ever-increasing powers of the EU is to design their laws that a member state keeps the preliminary rulings available to its courts to a minimum. It is clear that if global foundations that promote federalism and the staff of their NGOs can run "awareness courses" in law schools and training centres in one member state to regard the ECJ's condemnation of the member states as a "shame", then, the number of such preliminary rulings will increase in this member state. In the case of such practice by Italian judges, who sent a relatively large number of such preliminary requests to the CJEU, the empirical investigation shows that in the extensive judicial area, the judge's poor reputation is caused by his participation in repeated preliminary ruling procedures and the reputation of the National Supreme Judicial Forum is repeatedly destroyed and that has a deterrent effect: "When a few iconoclastic judges did challenge these practices for motives with judicial empowerment, they often incurred reputational costs and remained marginalized." (Pavone 2018: 8.) In addition, judicial officials and, under their influence, central judicial administration have the ability to contain such "sensitising" influences in this area, and there is scope for litigation rules to influence the environment for preliminary rulings. Research into the practice of Danish government officials has shown that they have made efforts to reduce the preliminary ruling process. They wanted to achieve this in order to maintain the integrity of the national legal system: "It could be hostility towards judicial review of legislation more generally, which has been attested to judges in majoritarian democracies, such as the UK and the Scandinavia. Marlene Wind has moreover reported that Danish government officials discourage Danish judges from sending references to the CJEU." (Hofmann 2018: 15.) But member state governments also go in this direction when they implement a restructuring measure following an infringement procedure or follow a reference to a preliminary ruling by a court, which is, however, only tailored to the circumstances of the case and leaves the general restructuring.

In addition to the national governments, there is also resistance at the level of the national courts against the expansive case law of the ECJ. Although the open confrontation of the Danish Supreme Court in 2016 cannot be seen as a general pattern, there are also more concealed confrontations in other courts. This covert opposition usually manifests itself in the fact that the courts of a particular member state may follow the interpretation of EU law given

[48] In his study, Hofmann describes this type of reference for a preliminary decision as a "national informant": "The Commission has limited capacity to follow up on implementation and often relies on national "whistle-blowers". (Hofmann 2018: 10.)

in individual cases, but they do not accept such as requests for a comprehensive doctrinal change. Already in 2002, Lisa Conant showed that if there is no institutional structure in the ideological and media environment of judges in a certain member state that constantly alarms the public about the decision of the CJEU in order to promote comprehensive implementation, then measures will probably only be taken in a specific case, but the broader scope is not taken into account: "*Conant* like *Rosenberg,* argued that in the absence of supportive political pressure following the development of innovative legal doctrines, national authorities will respond by isolating the effects of single judgments, applying them only to the case at hand while ignoring their wider ramification – that is, denying the intermediate authority and *"erga omnes"* effect. (Hofmann 2018: 18.) In particular, if there already exists a legal doctrine that has for many years been developed in a particular member state that is against a doctrine in the decision of the Court of Justice, it is expected that this technique of resistance will be used by the judiciary and the contrary doctrine of the Court will not adopted besides its application in some individual cases. Of course, there are major differences in the implementation of EU law by the courts of the member states in this area, while EU law should always take precedence in the everyday life of the member states. In Denmark, for example, domestic law completely excludes the application of relevant EU health standards in judicial practice, while in Spain the judicial application of law in this area is thoroughly based on it. (Hofmann 2018: 23.)

III.2.2. Internal Decision-making in the Commission

It is worth dividing this topic into two and consider the times before 2014 and the time since President Juncker separately, since President Juncker also passed a reform in this area when he took office. (The time of the *von der Leyen* Commission is too short to enable a research in 2020.)

For decades, the commissioning and preparation of Commission proposals began in a decentralized way, from bottom to top, from the Directorate-General apparatus and with the coordination of the apparatus between the Directorates-General. If issues remained open, the decision lay with the chiefs of staff of the Commissioners concerned, possibly the Commissioners themselves, and the compromise proposal went to a meeting of the College of Commissioners and appeared as a proposal of the Commission and was then presented to the Council and Parliament in the EU legislative framework.[49] In this system, decision-making was essentially organized by the Commission apparatus, led by senior officials from the major Directorates-General, and by the Commissioners and their cabinets. In addition, the compromises of apparatus between the Directorates-General was generally so seamless that 87% of the Commission's final decisions as a Commission proposal between 2004 and 2008 did not go to the College for discussion, but were already taken at this administrative level.[50] In practice, this system meant that the Commission's apparatus, which had grown to be of many thousands and was organized in Directorates-General under the direction of the Directors-General and the General Secretariat, was largely independent in guiding this important part of EU decision-making. The commissioners, who often travelled from home to

[49] "Until the end of 2016, the Commission had sent 86 such cases to the Court, which correspond to about 9 percent of infringement cases ruled on by the CJEU from 1997 to 2016 (962). The CJEU ruled on 33 of these (the rest were withdrawn before a judgment) issuing financial penalties in 31." (Hofmann 2018:11.)

[50] For details see Miriam Hartlapp: Internal Dynamics: Position Formation in the EU Commission. WZB Paper. 2008. 2-6. p. And Buket Oztas/Amie Kreppel: Power or Luck? Understanding the Character of European Commission Agenda Setting Influence. Paper presented for the Midwest Political Science Association Annual Conference. Chicago, April 6-9. 2017.

Brussels for only a few days, could at most reject some suggestions from the apparatus, but could not make their own proposal. So they were not really able to initiate positive decisions and get involved in making decisions. This autonomous apparatus decision-making system, which violates the rule of law and democratic principles, has also tried to demonstrate a kind of democracy in recent years. In fact, the research has shown that the heads of this decision-making system have been using the Eurobarometer more and more recently to demonstrate the popularity of their proposals. For example, while in the early 1980s no specific opinion polls existed to assess the popularity of a proposed measure, the number of such polls exceeded 20 each year after the turn of the millennium and the number of directorates-general increased, one of which commissioned such a survey prior to the major drafts.[51] These surveys not only increased legitimacy but also served as weapons to protect the position of the Directorate General of the draft from those who had contested its draft, and so this democratic addition also initiated will-fighting struggles between the directorates-general as party-like struggles.

This is what the era with President Juncker has changed since 2014 and has continued since. The reform consisted of several elements, the final effect of which was to centralize the Commission with 27 Commissioners under the President of the Commission and to freeze the decision-making process in the Directorates-General, which would ultimately involve the Commissioners and their personal cabinets more closely. The *Joint Teams*, headed by the heads of the General Secretariat and the Vice-Presidents of the Commission, dominate in this new situation, and they discuss and approve proposals from the outset.

The increasing role of vice-presidents *vis-à-vis* the ordinary commissioners and their subordination to the presidents put an end to the Presidency of the Commission *"primus inter pares"* and created a more central system around the President. Although there had been Vice-Presidents in the past, they had only a symbolic title with no real functions and, like the other Commissioners, they only had contact with the Directorates General in their respective departments. However, the Vice Presidents no longer have their own resorts, and the Commissioners' resorts that are under their leadership in the *"Joint Team"* belong to him/her, as do the Commissioners in his/her *Joint Team*. The aim of the reform was not only to create a more central unity among the college of commissioners, but also to break the closure of the previously closed directorates-general and to subject them to a uniform decision-making process by the Commission. Or, according to Brussels' terminology, the reform aimed at "de-siloisation", i.e. the freeing of the apparatus from separate "silos" (tanks).[52] This meant that the Juncker reform even created the post of First Vice President over the four Vice Presidents, and that, as an extension of the President, it gained control and administration over the entire Commission, of course under the President. With the help of the First Vice President, the President almost doubled in overseeing the activities of the 32,000-strong apparatus, which was organized into 40 directorates-general.

In addition to the system of commissioners in the centralized Joint Teams headed by the First Vice-President and the four Vice-Presidents, the Commission has unified around the President as the reform has given the Secretary-General and his/her extensive staff even more powers over each Directorate-General and cabinet Commissioners have been transferred. The

[51] "Empirical evidence on coordination at the political level suggests that only 13.2% of all Commission proposals between 2004 and 2008 were actually negotiated in the College. In other words, a rather large share of legislative proposals was already agreed among the services prior to the political level." Miriam Hartlapp/Julia Metz/Chrisitan Rauh: The agenda setting by the European Commission: the result of balanced or biased aggregation of positions? LSE. LEQOS Paper No. 21/2010. London. 20. p.

[52] "This gives rise to the expectation that looser coupling will lead to reduced siloization and more intensive interdepartmental cooperation." Kristina Ophey: Post-Lisbon Policy Making in the European Commission. Juncker's Politics of (Re-)Structuring Infra-Commission Policy Formulation Processes. ARENA Working Paper 6/2018. 5. p.

extended powers of the Secretary General actually meant that the power of the President of the Commission could almost triple beyond that of the First Vice President. The Secretary General, Juncker's most confidential person, was given the right to obtain an authorisation or consultation concerning all relevant activities of the Directorates-General. The weight of the Secretary-General and the Secretariat-General was also increased by the fact that the Vice-Presidents, from whom the committees were headed, did not have their own apparatus and Directorate-General, and, in this way, they could only control the Directorates-General of the Commissioners through the Secretariat-General. At the Commissioner level, subordination to the Joint Committee indirectly led to extensive subordination to the Secretaries General and the Secretariat General. Perhaps this change can be represented by analogy as a replacement of a decentralized government structure based on ministers and their ministries with a centralized government of the chancellor type, in which everything serves to subdue ministries and their ministers and give direct control and direction to the prime minister. (Russack 2017.)

As far as the Directorate-General's apparatus is concerned, the reform was aimed to end its former full autonomy and the bipartisan struggles of the Commission and, instead, limit it to processing mere information without independent political roleplay. As a result, its previous role as initiator in developing individual design proposals and reaching compromises with other directorates-generals has been removed without the involvement of Commissioners. Since 2014, a draft proposal has only been possible in the Joint Teams, and only after its approval can the draft begin in the Directorate-General's apparatus, which is appointed by the responsible Vice-President through the General Secretariat. This has made it possible for the drafts not only to contain the preferences of the apparatus of the approving Directorate-General, for which the other directorates-general are late to compromise, but also from the outset at the political level of the commissioners (or at least the chiefs of staff) and draft proposals are drawn up in front of the permanent presence of the directorates.

Overall, the impact of the Juncker reform, inherited from the post-2019 EP elections, has broken the multi-decade-long power of tens of thousands of Brussels' bureaucrats and is a good prerequisite for a nation-state-friendly commission in the future to try to revamp federalist priorities. However, this can only be limited in terms of ultimate success if we see that the Union's power structure does not really focus on the Commission or the European Council of Heads of State or Government, but on the European Court of Justice, which is the highest juristocratic authority of the EU. It would be worth considering how this supreme power would be affected if the Court's tandem counterpart in the future focused on protecting the powers of the member states, rather than pursuing federalist priorities. There is still time until 2024 when the next EP elections come.

IV. The NGO Base of the EU Juristocracy

According to the analysis mentioned above, the EU's power structure is largely based on judicial decisions and although the democratic component of the European Parliament can influence this structure, it has little real control over the development of the Union. In addition, the democratic majority of the member states in the intergovernmental bodies of the Union (the Council of Ministers and the European Council) have only a limited influence on the political decision-making process of the EU. The question arises concerning this machinery, which has been freed from democratic control, to what extent it moves on its own – driven by the internal interests of the apparatus and the world views of its leading groups – and to what extent the dominant groups of society can influence it beyond the existing meagre path of democratic control. Regarding the latter, it is important to emphasize that a self-

moving machine of power cannot survive alone for long if it does not build continuous channels of mediation with the dominant groups of society that have money, an influence on the media, and other sources of power. In a power system based on purely military power, this can happen for a short time even under the conditions of today's social development, but the spiritual atmosphere of societies in Western civilisation no longer allows this.

From this point of view, there are number of empirical studies that have shown the connections that exists between the legal system of the Union and these dominant groups in recent years. Let us first consider such links to the European Human Rights Justice (ECHR), which is formally outside the Union, but is actually an essential part of the EU legal system. We will then move closer to the Union's internal institutions and, after a general overview, look at the forms of NGOs and other lobbying that affect the work of the Commission, and then look at the influential organizations around the European Parliament, the Council of Ministers and COREPER. The European Court of Justice's influence through NGOs and lobby organizations will then be briefly examined.

IV.1. Juristocratic Power Groups for the Decision-making of ECHR

As soon as we see that the ECHR's decision-making mechanism is essentially based on the self-organizing legal staff of the registry lawyers, which is largely obscured by the chambers of judges who have been sent by the signatories to the convention for a term of nine years – as the second chapter's analysis has demonstrated – next, it is important to look at how the members of this staff intertwine with the underlying power groups that want to influence the decisions of the ECHR and also with the employees of their NGO networks. Unfortunately, no such information can be found, and only in the case of some ECHR judges can evidence of such links with global NGO networks be shown, demonstrating that a systematic merger is also likely here. For example, Bulgarian ECHR judge *Jonko Grozev* was a senior member of the Soros Open Society organization before his election. More recently, *Darian Pavli*, an ECHR judge dispatched from Albania, was the local chair of the Albanian Open Society preceding his entry into Strasbourg. Yet another example is a former Hungarian ECHR judge, *András Sajó* from the Central European University (CEU), who had a senior position in an organization of the Soros Foundation before receiving his Strasbourg position. However, these are only sporadic data that do not mainly relate to the high-ranking members of the underlying human rights apparatus (registrar, deputy registrar, etc.) who actually influence the decisions of the ECHR. In contrast, the interrelation of certain points in the internal power machinery of the European Union with foundation leaders and NGO officials who want to influence them can be seen in documents published by *WikiLeaks*. e. g. a list of 226 MEPs connected to the Soros network, with addresses, cell phone numbers, etc. In addition, the President, the Vice-Presidents of the Commission, and individual Commissioners can also maintain intensive and regular contact with the leading representatives of the NGO foundations as it is documented by media coverage. For example, when George Soros visited Brussels in the first half of 2018, he not only met President Juncker, but the first Vice-President Timmermans announced to journalists that he had had years of contact with the Soros network management and he had always spoken to Soros himself about the fate of Europe in the past and will continue to do so. (It is only little known that during this trip to Brussels, Soros met with other Vice-Presidents of the Commission and several commissioners for a working lunch, according to news and photos in the media.)

On the basis of this information, it is certain that similar links must also exist with regard to the ECHR legal staff. This is made possible by the enormous size of the NGO base, which is built on the submission phase of the applications, and by the NGO activities, which

almost force the condemned state to implement the decisions of the ECHR through media lashing. There are already empirical studies for this activity by NGO networks, so let us take a look at them first.

Two researchers from the University of Strasbourg, *Gaetan Cliquennois* and *Brice Champetier*, conducted a thorough study in 2016 on how ECHR decisions are initiated by NGO networks in an organized manner, and hundreds, sometimes thousands, of cases are submitted by the same NGO lawyer on behalf of various petitioners, and an organized media campaign strengthens the effects of such actions. (Cliquennois/Champetier 2016.) For the sake of accuracy, the researchers focused only on NGO activities organized by Russian subsidiaries of foreign, mainly American, foundations. In recent years, these foundations, including the most active ones in the Soros network, have been present in a number of Central and Eastern European countries, so the description of the Russian situation also provides general information in this area.

The influencing of Russian politics and its prompting it in certain directions through decisions of the ECHR was made possible by the direct complaint of the citizens against their own state on the basis of Protocol No. 11 in 1998 and, with the help of subsidiaries of American foundations, it has started to exercise this influence. These subsidiaries settled here at the beginning of the 1990s, but in the past few years this has been a particular focus since Russia's relations with the United States have become increasingly tense. As a result, these US-Russian NGO networks are sending more and more applications to Strasbourg, and, in the meantime, general convictions have become possible beyond individual cases. Due to the *pilot judgment process* and their huge media presentation on Russia, this country constantly appears in the world press as a "state of terror" and as a real "lator state". The two researchers point out that for the most part, the Russian problems that have been condemned by ECHR decisions (e.g. in the Russian prison sphere or in the area of press freedom) are not problems specific to Russia; on the contrary, similar problems are most often present in western countries as well, albeit to a lesser extent, and yet they will not be leaked and sent to Strasbourg and, above all, will not result in the same global condemnation as in the case of Russia. Taken together, the dumping of US-Russian NGO networks against Russia over the years has not primarily helped to protect the rights of the people and organizations involved, but to combat overarching political goals through human rights disputes as a new Cold War: "To put it differently, the point is to show that the new cold war dynamics revolves around an instrumentalization of the European system of human rights, which work far from new, is extremely problematic." (Cliquennois/Champetier 2016: 94.)

With regard to the size of the US-Russian NGO base, we can see that behind every large NGO centre here, without exception, the central organization of the Soros network, the *Open Society,* but often also other Soros network organizations such as a *Helsinki Committee* organization is established in each country. In addition, the *MacArthur Foundation* is usually one of the founders and donors, but there is also an organization of the *Norwegian Foundation* that has been closely associated with them for years. For example, the *Memorial Human Rights Center*, founded in Moscow in 1991 (founded and financed by the Open Society, the MacArthur Foundation and the Norwegian Helsinki Committee, among others) has been doing dozens of filings with the ECHR. Between 2000 and 2014, 101 applications were submitted together with this NGO centre, of which 87 received a positive decision. The *European Human Rights Advocacy Center* (EHRAC) was also founded by the Open Society, the MacArthur Foundation and other affiliates they had previously founded, and 93% of EHRAC is being funded by them ever since. In 2015, EHRAC was interested in 310 currently pending submissions to the ECHR. The *International Protection Center* (IPC), which is largely established and financed by the above-mentioned foundations, has been in operation since 1994 and has been under the Russian office of *the International Commission of Jurists*

(ICJ) in several European countries since 1999. Its profile and potential have been increased by the fact that it has received advisory status from the United Nations and the Council of Europe. On average, it sends 30 applications to the ECHR every year, but it also disseminates human rights ideology in educational centres and teaches the details and tricks of human rights disputes to lawyers from various legal organizations. The *Stitching Russian Justice Initiative* (SRJI) was founded in Moscow in 2001 by the above-mentioned foundations and their organizations, and has submitted 300 requests to the ECHR for the North Caucasus region in recent years. It also submitted thousands of complaints to the ECHR in Chechen cases, in controversial Russian-administered cases in South Ossetia, but also in cases of joint attacks in Georgia and Russia. This NGO network also includes the *Association of Russian Human Rights Lawyers, the Moscow Helsinki Group, the Open Russia NGO* and the Dutch-based *Russian Justice Initiative* (the latter, despite its name, is mainly funded by the Soros Network). Finally, within the framework of the Open Society Foundation (OSJI) judicial initiative in Russia, the Soros network has been active under its own name in the area of ECHR applications for many years and includes a number of important cases.

Taken together, these overseas-funded American-Russian NGOs are the originators of a significant portion of the thousands of ECHR filings against Russia each year, although some of them are disguised in the form of individual law firms. Another empirical study in this area shows that Russia has the highest rate of NGO submissions to the ECHR. If we look at this number together, it is even higher, and together with the submissions from individual human rights lawyers trained by NGOs, it could mean the majority.[53] In addition, of the tens of thousands of ECHR petitions per year, only two to four percent are accepted for a substantive decision and the rest are rejected, and the vast majority of this small accepted part are mostly submitted as applications by NGOs. According to Strasbourg practice, however, if the application has been accepted, then it will definitely be judged positively.[54] The coexistence of the admission with a largely positive decision, therefore, makes the work of the ECHR legal staff particularly important, even if it is formally covered by the decision of an individual judge.[55]

Taken together, the picture shows that the self-organizing human rights apparatus in Strasbourg and the NGO network, which are largely supported and maintained by some American foundation networks, make the decisions of the ECHR together. Even if not so polarized, this depiction can, perhaps, be applied to other Central and Eastern European countries as well.

The importance of the merging of the ECHR base and the NGO networks and the creation of fundamentally comprehensive political efforts against individual states due to the

[53] "Lloyd Mayer, in a study of ECHR cases involving NGO representation between 2000 and 2009 from all Coe member states found that, by far, Russian cases were most likely to involve NGOs as representatives, applicants, or interveners: during those years approximately 19 percent of decisions concerning Russia involved NGOs, while on average across the Coe only 4 percent of all ECHR decisions involved NGOs. In reality, this undercounts the number of instance (such as those assisted be the International Protection Centre), NGOs will delegate their clients' cases to individual lawyers, and thus an NGO name never appears in the records. It also does not reflect the additional influence that NGOs exert on cases by training individual independent lawyers on how to submit successful cases to the ECHR." Lisa McIntosh Sundstrom: Russian NGOs and the European Court of Human Rights. Human Rights Quarterly. (Vol. 36) 2014. 849. p.

[54] "The large proportion of NGO involved decisions and the fact that most initial applications are underrepresented by NGOs or lawyers, suggests that, at least of on the face of things, NGO involvement in case applications leads to increased success for applicants in having their cases admissible […] an winning them (much less arduous, since nearly all cases admitted to the Court are ruled in favour of the applicant)." Lisa McIntosh Sundstrom: Russian NGOs and the European Court of Human Rights. Human Rights Quarterly. (Vol. 36) 2014. 849. p.

[55] See Van den Eynde: An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs before the European Court of Human Rights. Netherlands Quarterly of Human Rights. 2013. No. 2. 292. p.

ECHR's condemnation was particularly emphasized by the so-called pilot judgement procedure. The introduction of pilot judgement procedures radically expanded the scope of the ECHR to force individual states' legal systems to change, and, since then, human rights theorists have written about the "constitutionalization" of the human rights system (which is one of the main pieces of evidence for constitutionalization in international law). The procedure should be adopted in Protocol 14 with the signatories to the Convention on Human Rights, referring to the large number of cases that have of course been realized in *"repeat player strategies"* through the tactic of thousands of applications from NGO networks by US Eastern European foundations. However, in the end, the pilot judgement procedure was left out of the editorial board's opposition. Through the decision of the Committee of Ministers of the European Council (Res (2004) 3) to interpret Article 46 of the Convention, the ECHR was able to do this itself without additional provisions. In a subsequent recommendation (Rec (2004) 6), the member states were informed that although the member states were only bound by the ECHR's decision against them, if a member state had already been convicted by the ECHR in a similar case, other member states can voluntarily decide in such cases that, based on the decision of the ECHR, they will also change their problematic domestic law. As this is the core of the pilot judgment process, the ECHR made its decision in the first pilot judgment process in 2004 with reference to these decisions. The bottom line is that if there are a large number of cases before the ECHR, it is enough to highlight one of them as a lead case and suspend the others to identify the legal issue at stake, and (what in this process is really important!) in addition to solving the case, the respective state is obliged to remedy this legal problem in the specified directions by changing the legal provisions. When this is done, the other suspended cases will be closed with the declaration of acceptance of the change by the ECHR. It is also important that the ECHR continuously informs the competent bodies of the Council of Europe throughout the pilot decision-making process and provides information about compliance with the requirements by the member state. (Szemesi 2013: 56.) The Strasbourg-judges were enthusiastically celebrated with this self-made expansion of power in the institutions and in the circles of human rights lawyers, but among the critical voices is the position of *Judge Zagrabelsky,* who was involved in the decision and did not agree with it. He described the specificity of the pilot judgement procedures and the general normative requirements as a transition to a political area and he believed that this procedure was rejected in the debate over the text of Protocol 14 and that the ECHR nevertheless set it up arbitrarily.[56] Despite this criticism, human rights foundations that pursue overarching political goals and the NGOs they pursue have increasingly taken the path of "process politicisation" by the ECHR. This has led to a political instrumentalization of individual human rights violations and a purely power-based selection at the ECHR.

The mass filings of NGOs – mostly by searching for and acting on behalf of interested parties or by entering into the procedure with an *amicus curiae statement* as a third party – postpone existing procedures before the ECHR and promote the decision-making mechanism of the ECHR in certain directions. In addition, NGOs are actively involved in implementing the decisions of the ECHR for which they have already fought in the process. Cliquennois and Champetier provide data on this in relation to Russia, and if one reads about it, one gets similar experiences regarding the situation in Hungary, which shows the more general validity of their analysis. After the ECHR has condemned and ordered the attacked state to redesign its legal system and organization in certain directions, the Council of Ministers of the Council of

[56] "Judge Zagrebelsky in a partly dissenting opinion in *Hutten-Czapska*, argued against the use of ordering general measures in the operative part of the Court's judgement. He took the position that the Court went "outside its own sphere of competence" and entered "the realm of politics". He pointed to the fact that the pilot procedure was not included in Protocol 14." Antoine Buyse: The Pilot Judgement Procedure at the Court of Human Rights: Possibilities and Challenges. Nomiko Vima (Greek Law Journal) 2009. November 12. p.

Europe monitors the implementation. Since the pilot judgments, this has meant not only fixing individual violations, but also implementing extensive internal reforms, so that US-Russian NGOs have taken control of them as a new activity in order to achieve broad media coverage. They monitor the progress of the required legal and organizational changes on the spot and are constantly bombarded with entries to Strasbourg, in which the inadequacy, slowness, etc. of the changes are explained.[57] This control and condemnation by NGOs is then always on the front pages of the friendly world press and as an attacked state, as a "Lator State", as a "Mafia State" and so on. Their image is weighted in the international public, which weakens the ability of the respective state to act. This is the real goal, since it can create international isolation for the attacked state. According to the Strasbourg authors, such an instrumental use of the human rights mechanism for comprehensive political purposes would mostly not help to protect individual rights, but would only worsen their situation by creating a new type of Cold War: "What we find is that NGOs/private donors (largely echoing and influencing EU/US foreign policy) make strategic use of the ECHR system and litigation before the ECtHR, and that such instrumentalization of human rights, far from being conducive to a better protection of rights, actually tends to foster the opposite". (Cliquennois/Champetier 2016: 94.)

IV.2. The Influence of NGOs on EU institutions

The two main axes of the Union's decision-making mechanism are the decisions of the European Court of Justice and the expenditure of the regulation and directive resulting from the co-decision of the EP and the Council (or less often the Council alone) and the expenditure can only start on the basis of the Commission proposal. (The European Council of Heads of State and Government, which decides on strategic issues, is above the current decision-making machinery and is not directly accessible to NGOs and lobbies anyway, so it is now ignored.) The role of the Commission is the same in both decision-making directions. It initiates infringement proceedings against member states before the ECJ and, with additional requests for decisions, intervenes in the preliminary ruling procedures initiated by the courts of the member states before the ECJ. In this way, the activities of lobbies and NGOs at EU level mainly aim to influence the Commission's decision-making. With the expansion of the co-decision powers of the EP, however, NGOs and lobby organizations have also emerged in this direction. For NGOs that use public and media reporting as a resource, EP public hearings and friendly MP presentations are also important. It is, therefore, a priority to put as many MEPs on your contact list as possible and to organize safe support (see the 226 MEPs mentioned above that were found on the Soros list by *WikiLeaks*). Because of EP's co-decision rights, MEPs are also important for non-public lobbying and NGO activities, and they are trying to win individual MEPs as lobbyists, as some scandalous public announcements have shown.[58] A total of five thousand organized interest groups or NGOs are represented in Brussels – of which 3,500 are capitalist interest groups and one and a half thousand NGOs, but many of them are one-person lobbyists who are, therefore, less efficient

[57] "Lastly, NGOs have been associated since 2006 to the execution of judgements delivered by the ECtHR. During the supervision process in which national states indicate to the Committee of Ministers the measures planned and or taken in an 'action plan' to comply with the final judgement, NGOs and national institutions prompting and protecting human rights can submit communications to the Committee of Ministers denouncing the failure of a state to execute a judgement." Clinquennois/Champetier (2016): The Economic, Judicial and Political Influence Exerted by Private Foundations on Cases Taken by NGOs to the European Court of Human Rights: Inklings of a New Cold War? European Journal (Vol. 22.) No.1. 98. p.

[58] Ernst Strasser, MEP, former Austrian Home Secretary (and also a Romanian and a Slovenian MEP) spoke in a video published by British journalists about five lobbying tasks for a salary of half a million euros.

than larger-scale NGOs.[59] An example of the latter is the Open Society European Policy Institute (OSEPI) in Brussels, which nominates 19 people on its website. Therefore, the total number of Lobbyists in Brussels is increased to 20 to 30,000.[60]

In addition to this path of influence in Brussels, it is important for NGOs and capital-intensive lobby organizations to develop a degree of influence at the level of the member states in order to promote decisions in Brussels or Luxembourg.[61] In addition, it is important for NGOs at member state level to set up a machinery for influencing, as national courts can send requests for preliminary rulings to the Court of Justice (ECJ) in addition to the Commission, which can extend EU law in certain directions. It is, therefore, important for NGO networks to be able to change the reluctance of courts in this area in the member states and to feel that judges are "heroes of progress" if they can be at the centre of the preliminary rulings activities. As the example of Hungary has shown in recent years, judges who have been trained by the largest NGO networks in law schools, can "be sensitized" in order to intensify such activities. But in the same way, the education of future generations of lawyers in universities by the staff of NGO networks can change, so that lawyers can undertake such activities with greater determination in the future. Since the Soros Open Society network works in all Central and Eastern European countries – grouped together under common umbrella organizations – without exception, it probably exists in other countries as well, although unfortunately no empirical studies can be found for this.

IV.2.1. The Commission's Base of NGOs and Lobbies

Initially (1957-87) in the age of unanimity, the Commission had little autonomy in decision-making, so lobbying in Brussels was minimal and associations or interest groups tried to do that in the capitals of the first six founding states and then in some of the acceding countries in order to influence decision-making processes. Only the majority decision mechanisms of the *Single European Act* in 1987 increased the importance of the Commission and a larger proportion of the lobbyist subsidiaries started to settle in Brussels. The Maastricht Treaty of 1993, then the Amsterdam Treaty of 1999, and finally the Lisbon Treaty of 2009 further increased the decision-making powers of the majority in the EU, including co-decision with the EP, and in parallel, the number of lobby groups has increased by several hundred and grew to 7,700 in 2016, which were registered in the Transparency Register in Brussels.[62]

NGOs and lobbyists are trying to direct their decisions to the Directorates-General of

---

[59] See Henry Hauser: European Lobbying Post-Lisbon: An Economic Analysis. Berkeley Journal of International Law. (Vol. 29.) 2011. No. 2. 686. p.

[60] For a detailed description of the lobbying work with current data and representations, see Cerstin Gammelin/Raimund Löw: Europas Strippenzieher: Wer in Brüssel wirklich regiert. ECON. Berlin. 2014.

[61] For the possibility of making a change of direction between the multilevel decision-making influences ("venue shopping"), see Christian Kaunert/Sarah Lénard/Ulrike Hoffmann: Venue Shopping and the Role of Non-governmental Organizations in the Development of the European Union Asylum Policy. Comparative Migration Studies (CMS) Vol. 1. 2013. No. 1. 179-200.p.

[62] For changes in this sphere see: „Watson charts moderate growth from 400 EU interest groups in 1970 to 800 in 1991, but doubling to over 1600 in 1994". Henry Hauser: European Lobbying Post-Lisbon: An Economic Analysis. Berkeley Journal of International Law. (Vol. 29.) 2011. No. 2. 690. p. For the last years see as follows: "Overall, beginning of 2016, the Transparency Register contained a total of around 7700 registered entities. Chart 1 shows that the largest sub-set contains the private sector-lobbying activities ('direct lobbying') with a total of around 4000 firms and another ca. 1000 consultancies or law firms lobbying on behalf of other firms ('indirect lobbying'). Another 2000 NGOs are as well registered in the database. The remaining part of the Register is small and contains think tank, academic institutions and small number of organizations representing local, regional and municipal or religious authorities." Konstantinos Dellis/David Sondermann: Lobbying in Europe: ner firm-élevel evidence. European Central Bank Working Paper Series. No.2071/2017. 7. p.

the Commission, as Commission decisions and the Directorates-General below are responsible for drawing up the Commission's decisions. Each NGO or corporate lobby organization thus builds permanent links to the Directorates-General, which is responsible for the topic of their work. However, since more than one Directorates-General is involved in most of the Commission's decisions, the NGO networks and lobby organizations with a really large Brussels apparatus and resources have mostly developed stable contacts with several Directorates-Generals. One form of this is that their people participate in the advisory councils set up by the Commission. But even before the really outstanding decisions are made, even the leading politicians or top managers of an NGO network are directly involved in influencing the Commission, as George Soros' trip to Brussels in spring 2018 showed when supporting Article 7 – Procedure of the EP against Hungary was on the agenda, initiated by the Commission.

However, the ongoing influencing of decisions is organized at a lower level, as a 2013 study on the success of NGOs to support migrants shows. (Kaunert/Lénard/Hoffmann 2013.) The date is also useful because the numbers in this study apply to periods prior to mass migration in 2015, when these issues were not as controversial and, therefore, NGO activities in this area have not yet been disguised. The authors are following the development of two guidelines on asylum and migration (from 2004 to 2011) to assess the degree of influence of NGOs that support migrants. In these matters, the EU was only empowered by the Treaty of 1999, and this was only expanded by the Lisbon Treaty of 2009, or EP was included as a co-decision maker. The transfer of competences to the EU in 1999 even placed the settlement of the migration question in the third pillar and at the centre of the Council of Ministers of the member states. By 2004, the Commission's monopoly on proposals had not even entered into force. The member states did not have to fear the excessive influence of the migrant-friendly EP and the Commission, and the focus was on the intergovernmental Council of the Member States.[63] Nevertheless, NGOs in Brussels have already been able to include some of their proposals in the final directive (Council Directive 2004 / 83 / EC). The increased activity of NGOs at both the EU and member state levels has resulted in these organizations being able to increase grants and increase the benefits and rights of migrants (e.g. the number of additional family members who are allowed to join the refugee in the name of family reunification). Based on their suggestions, an amended guideline was then drawn up in 2011.[64]

In the first case, the opportunities for NGOs were even more limited in 2004 and only the Council could be influenced, as the home affairs ministers of the member states were fairly closely linked from home. However, they were able to submit some of their proposals through the Brussels Office of the Council and the Directorates-General of the Commission concerning the first settlement of the migrant issue at that time. In particular, the *European Council for Refugees and Exiles* (ECRE), an umbrella organization for asylum, founded in 1974, has been a successful lobby organization on this matter, and its proposals have been reflected in the formal proposal for a directive that was finally put forward by the Commission: "With regard to goal achievement, at the drafting stage, ECRE was fairly

[63] "In addition, venue-shopping to the EU-level enabled Interior ministries to largely exclude 'migrant friendly' actors such as the European Commission and the European Parliament from the decision-making process." (Kaunert/Lénard/Hoffmann 2013, 182. p.)

[64] This directive further raised asylum standard in the EU by introducing several changes, including the clarification of various concepts through the incorporation of recent case-law of the Court of Justice and of the European Court of Human Rights, measures to better take into account gender-related issues and children's interests in asylum assessment processes, the approximation of the rights granted to refugees and beneficiaries of subsidiary protection relating to health care and employment, as well as the extension of the period of validity of residence permits issued to beneficiaries of subsidiary protection in some circumstances." (Kaunert/ Lénard/Hoffmann 2013: 188.)

successful. Its recommendations and the Commission's proposal for the Qualification Directive especially concur on the general provisions and the chapter that defines the qualification criteria for international protection, such as the provisions concerning non-states actor persecution." (Kaunert/Lénard/Hoffmann 2013: 190.) But only about a third of the NGO proposal was included in the final Council directive, these authors mourned in their study, and, therefore, NGO pressure aimed to change the directive that omitted their proposals. This was the case in 2011 when they were given a greater chance after the changes to the new 2009 basic contract, which were favourable for NGOs. At this point in time, eight migrant support NGO networks were already engaged, five of which were involved in the Commission's draft decision, and were later in the co-decision phase of the EP and then before the Council.[65] In the case of the Commission, they have been most successful – in essence, their proposals made up most of the Commission proposal – but only half of their proposals were included in the directive which was finally adopted by the Council and EP.

If this picture has a general validity – which is also demonstrated by the other analyses, even if not with so much detail – then, in addition to codifying the case law of the ECJ through the Commission's proposals, the NGO networks and lobby organizations are the key factors for the creation of the EU-law in Brussels.

IV.2.2 The Organization of NGO Influence around the EP

When approaching lobbying and NGO organizations around the EP, it is important to emphasize that, unlike the other EU institutions, it is not only important to influence decision-making here, but also to maintain close contact with MPs and group leaderships of the EP, as this can reach the European public and a public hearing of an EP committee can ensure a friendlier attitude of the MPs through stable contact or at least reduce hostile feelings. The actual decision on certain topics is mostly made later and not in the EP phase, but lobbyists and NGOs with large resources and organizations try not only to influence the decision-makers, but also the actors who have a lasting influence on the EP public. This underscores the importance of the Soros network's list of 226 MPs, published by *WikiLeaks*, and even if it does not have such a large and strong EP presence, the other NGO networks also have groups of friends and their lists. Due to the nature of the matter, this is more important of the two competitors – lobbies and NGOs – for the NGO networks, because the extensive EP publicity for NGOs clearly brings about a reinforcement. On the other hand, lobbying is inherently a way of secret background influence, but it is also possible to build a separate NGO wing of the disguised lobby organization here and, this way, such lobbies can also appear in the public relations of EP.

The participation of NGOs in specific EU decisions is continuously reflected in the process of establishing regulations and directives, which were decided by the Council and EP in co-decision procedures. This means a "legislative process" in the EU, in which the Commission has the monopoly to submit proposals and to submit their proposals to the Council and the EP simultaneously in the form of drafts. (The EP can only influence it by way of presenting an initiative to the current work plan of the Commission for the next year with the majority of its members and proposes to the Commission a draft regulation or a draft

[65] "In the case of the recast Qualification Directive, total eight pro-migrant groups were involved in the lobbying of the EU institutions. Five groups tried to influence the drafting of the proposal by the European Commission – AI Europe, the CCOEMA network, ECRE, the Women's Lobby (EWL) and the Red Cross. At the decision-making stage, the European Parliament and the Council were lobbied by the CCOEMA network, ECRE, Terre des Hommes, EWL, Asylum Aid and the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, as well as Red Cross." (Kaunert/Lénard/Hoffmann 2013: 191.)

directive on a subject that is not covered by the original work plan of the Commission.) If the EP receives the Commission's draft, the responsible EP committee appoints a rapporteur for the draft resolution, and each EP fraction nominates its shadow rapporteur. Influence begins at this level, and it is up to NGOs and lobby organizations in the sector affected by the project to determine who should or should not be the rapporteur for the project. In addition to the search for public influence, the position of the EP on a draft is most often determined by the internal dominant positions of the relevant EP committee, in which, in addition to the president, the shadow rapporteurs of the large groups and the narrow circle of the group coordinators responsible for the committee play an important role.

The political groups appoint a political group coordinator for all EP committees from among their members, from whom the position of the group's leadership in ongoing decision-making is conveyed to the committee concerned, so that the group coordinators monitor the work of the committee in addition to the individual shadow rapporteur. In addition, according to the descriptions, the drafts received by the committee are first discussed in some committees by the group's coordinators and are included in the selection of the rapporteur, although this is the prerogative of the committee chairman. However, the shadow rapporteur is chosen by each political group coordinator on behalf of the political group from among the political group members of the committee. (Neuhold 2001.)

The rapporteur usually proposes amendments and additions to certain points in the draft, and then when discussing it with the committee, the final position of the committee as a whole will be achieved in the light of the solution proposed by the shadow rapporteurs or additional changes by means of a communique. Relevant NGOs and lobby organizations are present at all points in this decision-making process, and they mostly try to smuggle their suggestions into the decision, in particular by contacting the rapporteur and shadow rapporteurs, as well as trying to provide information on the (adverse) impact of certain points in the draft and propose alternative solutions that they believe are more supported by "professional" information.

If the EP adopts its position on the draft, it will be forwarded to the Council, which has already contested the draft received from the Commission. At this point, the Council will comment on the changes to the EP. If there is a contradiction, the Council's position on the draft will be sent back to the EP, where there will be a second reading as before and then repeated again before the Council. If the differences between the EP and the Council persist, a joint conciliation committee will be set up before third reading, in which the representatives of the Council and the EP, with an equal number of participants, will form the common position. In order to give an indication of the frequency of the three readings, the year 2006 was mentioned when in 103 such co-decision procedures between the EP and the Council, in 58 cases a co-decision at first reading, in 35 cases at second reading and only in 10 cases a co-decision took place at third reading, for which a joint arbitration board would have to be set up. (Lehmann 2009: 60.)

This decision-making mechanism involves people from NGOs and lobby organizations at all points in the process. Statistics recorded 70,000 officially recorded contacts between MPs and NGOs and lobby organizations in 2006, and this means one hundred contacts per year for each MP on average. Of course, this means that there may be many hundreds of contacts between rapporteurs, shadow rapporteurs on key drafts, committee chairs and committee group coordinators, while there are few contacts for ordinary MEPs.

The EP, like the entire EU decision-making apparatus, is trying to replace and demonstrate its lower legitimacy base and closer proximity to society than national parliaments by allowing a large number of NGOs and lobby organizations to get involved in the decision-making process. In addition, the technical knowledge and information required by the EP, which decides in a wide range of areas, can be gathered by the lobby organizations

that would otherwise like to provide it. It is true that the information processing of the materials they provide gives an image that is chosen according to their interests and is, therefore, biased. However, if the MPs examine this together with information from the competing lobbies, these distortions can in principle be mutually corrected. This justifies the trend not only to strengthen the organization of NGOs and lobbies in the EU, including the EP, but also to build new NGOs in part from the Union itself through a range of funding channels. EU donations in 1994, for example, promoted the creation of a *Platform of European Social* NGOs, an umbrella organization that has since been used to mediate the mutual influence between the social NGOs it brings together and the EU institutions in Brussels (Cullen 2017). This has, of course, led to criticism from less generous EU-funded NGOs that these NGOs set up by the Commission themselves have no real social basis and that they can only take a critical stance on the legitimacy of the Commission and the EP and them.[66] Without ending this debate, it should be noted that the EP parliamentary groups' debate on NGO funding shows that although NGOs do exist in all policy areas and that their political objectives are pursued jointly with the EU institutions, EU-backed NGOs tend to be in the left hemisphere rather than in the conservative political camp. This may also be strengthened by the fact that in 2015, for example, a quarter of the EU's donations of EUR 610 million went to the 28 most important NGO networks at three migration organizations.[67] This impression was further reinforced by the attitude of the Greens and the Left to hide EU NGO funding data in a corresponding debate in the EP in 2017: "In a vote today the EPP group rejected attempts to keep NGO financing a secret. Hiding behind calls for transparency in this House, the Greens and the Left in the European Parliament wanted to prevent shedding light on the use of EU taxpayers' money in funding NGOs, in a report by Sven Giegold on transparency accountability and integrity in the EU. The Greens and the Left in the European Parliament are hypocritical when they call for all-encompassing transparency from MEPs and interest groups, but deny transparency in the financing of non-governmental organizations. (Press-Release 2017). The debate between the EP's left and right groups on EU funding for NGOs also shows that some of the NGOs that have been specifically set up and funded by some Commission Directorates-Generals do not actually use this money to operate out of the field, but to use it in the EP and to influence the Council and COREPER. And this means, according to the debate, that left-wing NGOs are financed by the Liberals and the Greens, and on the other hand, that right-wing and conservative groups are calling for such funding to be banned.[68]

[66] "However, EU social NGOs have been characterized as elite focused with weak link to grass root constituents and have on this basis discounted as significant agents in closing gap between European citizens and EU policy makers. Scholars also point to the EU funding and project support these NGOs receive as evidence of their co-optation and inability to maintain independence from EU policy imperatives. EU NGOs have also been categorized as lacking the critical distance required to mobilize for a radical shift in EU policy and of participation in consensus-oriented processes devoid of substantive opportunities for deliberation." Pauline Cullen: The Platform of European Social NGOs: ideology, division and coalition. Journal of Political Ideologies. (Vol. 15.) 2017 No. 3. 318. p.

[67] "The three largest beneficiaries of these commitments are the Danish Refugee Council, which accounted for 8.4%, Red Barnet Forening (7.5%) and the Norwegian Refugee Council (7.3%)." Roderick Ackerman/Elsa Perreau/Malin Carlberg: Democratic accountability and budgetary control of non-governmental organizations funded by the EU budget. Directorate–General for Internal Policies. 2016. 18. p.

[68] "The budgetary control committee is discussing German MEP Markus Pieper's draft report on EU financing of NGOs, in which he calls for funding restrictions on organizations which 'disseminate untruth' or use EU funds to lobby Parliament or the Council of the EU. At a recent closed-door meeting in Strasbourg of the MEPs working on the draft resolution, he faced pushback from Green and Socialist MEPs. "We will as Greens try to 'kill' this report as soon as possible." Belgium's Bart Saes told *Brussels Influence* describing it as "direct attack on NGOs without any proofs of the lack of their transparency." Harry Cooper/Quentin Aries: Commission sides with Greens on NGO funding – How to lobby (and how not to). Politico 4/21/217.

IV.2.3. Opportunities to Influence the Council and COREPER

Alongside the Commission and the EP, the Council, which is made up of various ministerial formations, there is a third main institution in the ongoing decision-making process of the EU. There were about twenty such formations per cycle in the 1990s, but that number has been decreasing since the turn of the millennium and there are now nine such formations in the Council's framework. Formally, the responsible ministers of the member states to Brussels decide in the Council, but in most cases a compromise is reached on the proposal submitted by the Commission in the preparatory process, and also in the case of the co-decision procedure with the EP, and, in this case, the Council of Ministers signs the decision only without separate discussion and it is announced as a regulation or guideline. The decision-making forums before the Council consist of a three-tier hierarchy that culminates in COREPER, the permanent representative of each member state in Brussels, under which there is a mediation forum for lower-level representatives and at the lowest level there are work committees of employees *(attaché)*, of which the Commission's proposals are processed at first level, and the first instance tries to reach compromises between the member states. (Saurugger 2009: 105-110; Hayes-Renshaw 2009: 84-86.) The number of working committees is 250, which further divides the main themes of the ten Council formations. This concerns the *attachés*, who are either specialized experts who are permanently seconded to Brussels or only officials from the ministries of the member states who attend the meetings in Brussels. However, this Council machinery in Brussels is not a single operating system since the governments of each member state have different EU decision-making models at home, and this also applies to their departments in Brussels within this three-tier hierarchy.

In principle, the home organization of the political will formation of the member states with regard to EU policy can be divided into three main models. Some countries (France, Denmark, Greece, Sweden and formerly Great Britain) have developed the centralized model, in which a separate general secretariat or supreme body has been set up, and this body organizes meetings of the internal EU departments of the various ministries involved in the project to discuss EU drafts and develop a common national position. Due to ongoing drafts and multiple discussions about individual drafts, the French SGAE *(Secreteriat general des affaires européennes),* for example, occasionally holds ten such sessions parallel in this model, and this happens almost continuously throughout the year. (Saurugger 2009: 109.) In contrast, this system is decentralized in most member states, with a department specialising in EU affairs in each ministry largely developing its own position. Finally, there is the mixed system, in which there is a certain degree of centralization and fragmented will formation in relation to EU policies.[69]

These three models give different roles to the Brussels departments of the respective member states and thus to different lobbies and NGOs. In the centralized model, the position of the member state is already established at home, and this only has to be represented in the working committees in Brussels, in COREPER and in the Council itself, and it follows that

[69] The Central and Eastern European countries that joined in 2004 largely developed a variant of the mixed model and are generally more centralized in this area than most of the old member states. But Slovenia, for example, turned more to a decentralized model, while Poland turned to a more central model: "In Central and Eastern European states there has been a pronounced tendency towards the emergence of distinct 'EU core executives' who are separated from the rest of the administration. This is particularly due to the fact that negotiating accession and ensuring legal transportation of the entire *acquis* needed to be coordinated efficiently. […] However, differences emerged even before accession. Thus while Slovenian EU affairs structures turned increasingly polycentric, the Polish government experienced a major shift towards a much more centralized approach in 2000 which included reinforced central and hierarchical coordination mechanisms." Sabine Saurugge: COREPER and the National Governments. In.: Davis Cohen/Jeremy Richardson (eds.): Lobbying the European Union: Institutions, Actors and Issues. Oxford University Press. Oxford. 2009. 110. p.

there is no longer any autonomous education of the member states' bureaucrats in Brussels.[70] This also means the closure of these bureaucrats in Brussels for lobby organizations and NGOs, because lobbying for EU positions in the case of a member state with such a model can only be successful in its capital. Large trade unions, chambers of employers and industry associations, but NGOs interested in cultural affairs etc. lobby in Paris, London, Copenhagen etc. for draft regulations and guidelines that are important to them. Due to the partially centralized feature, which is also available in the mixed model, the neocorporatist mediation system set up here in Germany and Austria is most heavily involved in lobby and NGO networks in EU capitals.

The largest participation of lobbyists and NGOs based in Brussels in council decisions is in the member states in which the decentralized model only defines the position of the member states in the relevant EU ministries, since this is only done at the official level without a uniform national political consultation. There is, therefore, still room to influence this and to change the original secret position, and it is important to know that there is a decentralized model in most member states. However, the common position of the analyses in this regard is that it is much more difficult for the Council than for the Commission and the EP to successfully lobby and influence NGOs. (See Saurugger 2009; Hayes-Renshaw 2009.) One of the reasons for this is that the *attachés* here, the permanent representatives and their deputies for all the drafts received have access to the apparatus of the responsible ministry at home, from which they can receive all the information and therefore do not constantly receive information as the Commission or the EP, MPs are absent and so they do not depend so much on the specific information from lobby organizations.[71] The other reason is the constant replacement of *attachés* and the appointed permanent representative and their deputy by changing government, which means that the existing personal relationships, which are more important for lobbying and the influence of NGOs, are always interrupted at short intervals and they have to always be built from the beginning.

Despite these difficulties, in addition to the capitals of the member states, the organization of constant pressure from NGOs and lobbying also exists in Brussels towards the Council's preparation for decisions, in particular towards the 250 working committees. Most of the Council's decisions are already taken in the decision-making forums, and, in many cases, the final agreement is reached in the working committees, which the Council ministers no longer vote on, but only sign the decisions.

IV.2.4. Ways to Influence the European Court of Justice

It is important to see that strategic legal disputes between lobbyists and NGOs as well as their interference in the legal disputes of others through *amicus curiae brief* in the proceedings before the ECJ are made very difficult due to the fact that the pilot judgement process is not allowed as it is in the case of the ECHR in Strasbourg. Influence on decision-making and the enforcement of legal changes in the member states through ECJ procedures and circumvention of the member states' laws are, therefore, only possible in an indirect way.

[70] It was one of the consequences of the fact that in such a centralized model the position of the member state was agreed at home at the political level, which was only communicated to the permanent representations of that state in Brussels and one had to act accordingly. The minister traveling to Brussels has only a mere formal signature role, which is why some British ministers, for example, often did not travel to complete this formality.

[71] "Compared with the Commission and Parliament, the Council requires less information from private actors because it has greater opportunities to obtain information from national and local governments." Henry Hauser: European Lobbying Post-Lisbon: An EconoHauser, mic Analysis. Berkeley Journal of International Law. (Vol. 29.) 2011. No. 2. 698. p.

Such detours do exist, however.

The main method of influencing NGOs and lobbyists is to initiate preliminary rulings before the courts of the member states, which are encouraged in the directions set out in their proposals. This means that it is not the NGOs and lobby departments based in Brussels that are affected by the ECJ, but their subsidiaries in the member states.[72] The tactic is to use certain parts of EU law as the legal basis in an action before a court in a member state and to ask the court to send a preliminary ruling to Luxembourg to interpret the aspect that is important to them. Courts have discretion, but if influential NGO networks in a particular country have "sensitized" some of the judiciary to law schools, training centres, or already during legal education, it is likely that more judges will tend to comply with preliminary rulings. However, this can only be effective if an NGO network is able to build up specialized legal staff (lawyers and university lawyers), since only a large number of carefully planned legal disputes are really sufficient to bring about the desired legal changes through legal disputes. And a *"repeat player"* can only work effectively with large resources and specialized legal knowledge. Although there is no possibility of an American class action or the Strasbourg pilot judgement in Luxembourg, the NGO lawyers can split the case into aspects so that every NGO lawyer bombards the same topic from different sides in their legal proceedings with their submissions and so ultimately the desired answer can be obtained through a preliminary ruling procedure in Luxembourg.[73]

The other way to combat the EU's judicial decision in favour of NGOs and lobby organizations is to use the Commission's machinery by working to open infringement proceedings against a member state to force the member state to change its legal policy. However, it is also possible that they will provide the Commission with information on their opinion on the ongoing proceedings before the ECJ, and this will direct this process in a certain direction. While in the previous way the branches of NGOs in the member states will take the lead, the influence of the Commission in Brussels is exercised by the local branches in Brussels. However, for a particularly important decision by the Commission, the main personalities of NGO networks can go to Brussels to force the decision. In the event of the decision to introduce the famous Article 7 against Hungary, George Soros personally visited the most important people of the EU leadership in Brussels in early 2018. In simpler cases, however, it is enough to mobilize stable links in the desired direction between the lower leaders of NGOs and the Directorates-General, the EP Secretariats and the General Secretariat of the Council.

In summary, the influence of NGOs and lobbyists on the Court of Justice in Luxembourg shows that there are only indirect options here. In contrast to the possible direct involvement of other Union institutions, the ECJ in Luxembourg can only be influenced by the courts of the member states or the Commission. If we compare this indirect possibility of influence with the direct NGO influence on the functioning of the ECHR in Strasbourg outside the narrow Union, which largely supplements the EU power machinery, and we recall the common decision-making machinery of the almost symbiotic-like, intertwined ECHR and its NGO base, then the ECJ judgment from a few years ago, which despite the provisions of

[72] Within the European Court of Justice, the Court of Justice (ECJ) has monopolized the right to a preliminary ruling as the main instrument for the judicial development of EU law, and this cannot be decided by the General Court, although the EU treaties do not provide for it.

[73] "Litigants also bring multiple suits simultaneously, with slightly different strategic effects. The ECJ has long had the habit of joining cases, where multiple referrals come before it with the same fact pattern concerning the same EU law or action. The trends towards joining cases has increased significantly over time. […] Sending multiple references signals to the ECJ the saliency of the issue to private litigants and also maximizes the immediate applicability of a legal change." Margaret McCown: Interest Groups and the European Court of Justice. In.: Davis Cohen/Jeremy Richardson (eds.): Lobbying the European Union: Institutions, Actors and Issues. Oxford University Press. Oxford. 2009. 97. p.

the Treaty refused to bring the Union as a whole and its decision-making mechanisms under the ECHR, becomes particularly important. This would have placed the remaining areas of democratic political influence under the hierarchical human rights apparatus of Strasbourg and the NGO base, and we would now see the completion of the EU's legal policy, but not with Luxembourg but with the centre in Strasbourg and as we have seen the situation here is worse.[74]

V. EU Scholarship: A criticism

In the years around the turn of the millennium, I discussed the structure and models of European integration in two studies,[75] and while studying the relevant literature, I always felt that these were mostly descriptions for the EU staff in Brussels or for the people who want to be the members of this comprehensive organization in the future, and from these descriptions the various positions of the huge organization into which they will enter and where they have their place and their function in it are represented. In short, I could not regard them as scientific literature, but rather like uncritical propaganda writings. Based on my previous extensive research, I was aware of the motivations for planning European integration that some European power groups started at the beginning of the 20th century, and the resistance that this effort created in the elites of each country and I studied the background practices and strategies against these plans.[76] In contrast, writings on the history of the European Union and textbooks in the universities largely detail all phases of the history of integration, as well as successive contracts and expansions, of how the long-awaited state of peaceful development and the prosperity of European states was realized after a long period of being constantly at war with each other, and consequently how the United States of Europe is gradually being realized due to the will of all European citizens. Likewise, integration as a fundamentally coherent legal system across the member states only unfolds as a story that has been advanced by courageous court decisions in Luxembourg. The court decisions with almost *coup* effect between 1962 and 1964 on the direct effect and the primacy of Community law over domestic law were mostly mentioned only as a side event and as self-evident. Only enthusiastic descriptions but no critical analysis has been found in the official textbooks on the EU concerning other similar decisions of the European Court of Justice, from which European integration has been transformed from an international organization into a semi-federal state. Despite all opposition from the founding states and their peoples (see the rejection of the European constitution in referendums after the turn of the millennium) they are only described in the writings of European studies as the content of EU standards, but the deeper legal and sociological aspects have already been carefully removed.

Fortunately, however, in the course of my current analyses, I have found writings in recent years that illuminate this lack of problematic "science" for European studies with a specialist literature. This new research may have taken place in recent years because secret material about the treaties and negotiations that have led to European integration has been

[74] Of course, it should be noted that this positive assessment is only a legal assessment by an external observer and does not release the Luxembourg judges from criticism of an open violation of their judicial obligations. This apparent departure from the Treaty has generally been a feature of the Luxembourg judges, as our analysis to date has shown, and deserves general criticism. It should only be emphasized here that in this case, exceptionally, this generally negative type of assessment also had an advantageous legal policy effect.

[75] See Béla Pokol: EU accession and Hungarian Parliamentarism. (i. e. Az uniós csatlakozás és a magyar parlamentarizmus.) Pol. Tud. Szemle 1998/12. 21-37.p.

[76] See in particular the relevant monographs by the international historian of political economy Kees van der Pijl: The Making an Atlantic Ruling Class. London. Verso 1984, and the Global Rivalries from the Cold War to Iraq. Pluto Press 2006.

published over the past few decades, and with the death of key players in the history of integration, theirs private archives have become largely accessible in recent times. Some of the participants who were still alive could already speak and give researchers interviews about the "intimate" details. At the same time, the descriptions of the history of European integration as a "salvation story" have lost credibility due to the global economic crisis in 2008 and the catastrophic mismanagement of Islamic mass migration in 2015. The 2008 financial crisis that shook the world and the inability to defend itself against the influx of millions of Islamic migrants to Europe have shocked a significant number of elites in the EU member states with the dangers of the disappearance of all European civilisation. In this change, the "courageous" judges, cosmopolitan heads of state and leading legal politicians, who were formerly viewed as "heroes" in the era of optimistic ideas of Europe, now appear to many as gravediggers of Europe, whose actions destroyed the sovereignty of the nation states and their internal cohesion were undermined by secret practices and covert machinations. In this way, while in the past, more serious criticisms of EU court decisions and treaty changes that promoted federalism could successfully be presented to the public as the "stupid nationalism of the mentally limited" or "backward adherence to the ideas of old sovereignty", these criticisms can find greater support in the face of these dramatic new experiences.

The new critical scientific research on European integration that has developed in recent years has been particularly important to me from three academic circles. The most fundamental redesign of European studies ratings comes from a Danish group of historians whose members have followed this path since the turn of the millennium, but their research has been particularly accelerated by the opening of relevant archives after 2010. The central figures and organizers of the research here are *Morten Rasmussen, Anne Boerger, Rebekka Byberg, Vera Fritz* and *Jonas Petersen,* but their research continues in close unity with the research of the American *BiIl Davies,* the Dutch *Karin van Leeuwen* and *Karen Alter.*[77] After the turn of the millennium, another group formed among French political scientists and sociologists, which, in contrast to their Danish colleagues, did not concentrate on the entire history of integration, but specifically on the organization of academic circles for European law and European studies based on the theory of *Pierre Bourdieu*. Bourdieu describes the development of individual academic disciplines and their access to teaching as university subjects and thus to university departments and professorships as an ongoing struggle that can always be led to success by charismatic university organizers, clever tacticians and legitimizing ideologies. In recent decades, the new academic and university organization of European studies and European law has created a good area for the application of this theory. In this way, political scientists like *Antoine Vauchez, Julie Bailleux, Michael Madsen* and others have been researching since the turn of the millennium to find out how the discipline for European law and European studies did this. From this, it can be deduced to what extent the new organization of the EU studies as an academic discipline was due to the internal work of professors in the relevant branches of science or rather can be seen as an external creation by the power groups of the European Community, which actually created their "own" academic discipline.

The third grouping in this area is a German political science research department within the Max Planck Research Network. The group's great old man, *Fritz Scharpf*, has been analyzing and critically demonstrating the monetarist neoliberalism of European integration since the late 1980s and the fragmentation of the social network and state aid system that has

[77] The research team's research into the development and change in EU science up to the mid-1990s was well summarized in *Rebekka Byberg*'s dissertation, which was written under control of Rasmussen, see Rebekka Birkebo Byberg: Academic Allies. The Key Transnational Institutions of the Academic Discipline of European Law and Their Role in the Development of the Constitutional Practice 1961-1993. Kobenhavns University, Det Humanist Faculty. PhD thesis. 2017. 142 p.

arisen in many Western member states over decades in the name of market equality. However, his pioneering work has been continued since the turn of the millennium by an entire team of researchers from the Max Planck Research Network. In recent years, dozens of studies and monographs have been published as a critical strand of European integration research, with the studies by *Martin Höpner, Sussanne Schmidt* and *Björn Schreienmacher* being the most productive and usable. Also well connected externally with this group is the renowned constitutional historian and former German constitutional judge *Dieter Grimm*, who has analysed and criticized the doctrines and plans for a unified federal Europe in several monographs since the 1990s. The following analysis of this chapter on ECJ case law and the EU's juristocratic power structure has largely been derived from the results of this critical research. In this chapter, I will primarily use the analyses that exposed the structures of the instrumental framework for academic discipline of European studies and European law. Based on their analyses, these academic disciplines, controlled by the Brussels and Luxembourg juristocracy, serve to legitimize and support the steps towards federalism and the constitutional basis, rather than to analyse them with a really neutral attitude.

V.1. The Initial State of Opposition between Federalists and Sovereigntists

The resumption of the post-war period and the controlled integration of Germany – which was occupied and divided by the Americans – into European integration, as well as the creation of a larger market framework that was necessary for economic prosperity in a comprehensive European area led to the following dilemma: whether the United States of Europe should be created based on the US federal model, or rather a loose confederation of states would suffice. The strong national identities and the lack of a uniform supranational identity took the federation quickly off the agenda, and the 1950 Paris negotiations on the coal and steel community rejected the ideas created of some smaller, cosmopolitan intellectual groups to build certain federal-style community institutions. Proponents of these minority opinions did not disappear from the Community institutions, however, and persuaded some leaders of the High Authority – the highest governing body of the Community for Coal and Steel – to accept an interpretation, although this form of European integration was established under international law due to its structure, and it no longer corresponds to international law, but represents a specific legal system that reflects the characteristics of a real federal state rather than a mere international organization. Consequently, the provisions of the treaties establishing the Community must not be interpreted strictly according to the methods of interpreting international law, but as the domestic law of a real state, emphasising the overriding principles and normative objectives and perceiving the treaty as a constitution.

In particular, *Michel Gaudet*, head of the legal department of the leading community institution, continuously advocated this turnaround, and the leadership of the High Authority convened a comprehensive conference in Stresa in mid-1957 to discuss this by meeting the most renowned professors of international law. (Byberg 2017: 15.) The conference was a complete failure for those who advocated the stronger federal integration model, as senior international law professors considered it impossible for the European Community, an international legal organization, to act as a state. This ended the federalization debate within the Coal and Steel Community, but the same circles raised the issue again in the 1957 Rome Treaty negotiations, even though they were unable to advance the treaty towards the Federation.

The man of continuity was *Michel Gaudet* in the new and wider European integration community, who from the beginning of 1958 until his retirement in 1969 was the head of the Commission's Legal Department, which succeeded the former High Authority. The

possibility for the Commission to force individual member states through the Luxembourg court to implement certain measures made it clear to Gaudet that the urgent constitutional law of the Treaty would be a great opportunity for the Commission to carry out its tasks more effectively, and that would give the community federal characteristics. In order to bring the member states more strictly under Community law, a constitutionalized interpretation of the founding treaties would be far more effective than treating them merely as international treaties. The main task of the Commission's Legal Service was continuously to consult the European Court of Justice, make applications and guide its decisions in a specific direction with the official opinion of the Commission, and so Gaudet was at the centre of the struggle regarding federalization and constitutionalization of the basic treaties. He was already in a better position in this fight than under the previous leadership of the Coal and Steel Community, as the first President of the Commission, *Walter Hallstein*, now fully supported Gaudet's plans and gave him a free hand in shaping the content of the requests and gave Commission opinions before the Court.

The breakthrough in the reinterpretation of the Community's international treaties and their interpretation as a quasi-constitution was made possible by the Dutch constitutional changes in the 1950s (1953 and 1956). These have greatly expanded the longstanding monistic conception of international law and domestic law in Dutch international legal circles and not only monistically expressed the direct internal effect of an international contract signed by the Dutch state, but also the possibility of taking a monistic view of international law to apply to later rules. Contributing to this was the strong acceptance of the idea of federal Europe by the Dutch political elite in the post-war years, but also the fact that in Dutch parliamentarianism, the independence of the government from the parliament – with an interesting interpretation of the separation of powers – enabled the government's international treaties without recognizing and enforcing parliamentary ratification.[78] This has created an extremely monistic position in the field of international law, which has also been involved in everyday political debates. This extremely monistic position of the Dutch constitution helped the legal department of the Commission in Brussels push the Luxembourg court towards the constitutional law of the Community treaty. Due to the monopoly of the member states in the implementation of Community law, the Commission, in accordance with international law, was only able to force the member states to implement Community law through infringement proceedings, which the Brussels officials have found to be inadequate over the years.[79]

It should be noted that in addition to the constitutionalization of the basic treaties that Gaudet advocated in the Commission's Legal Service, the other alternative was to incorporate Community law into the regulations of the member states through harmonization of laws, by bringing member state laws and regulations closer to Community law. This was the dominant trend among the majority of comparative university lawyers in the emerging associations of

[78] For internal Dutch political debates on the possibility of international law entering into force in the early 1950s without ratification, see Carla Hoetink / Karin van Leeuwen: Dilemmas of Democracy. Early Post-war Debates on European Integration in the Netherlands. In Joris Gijsenbergh (ed.): Creative Crises in Democracy. Peter Lang. Brussels 2012. 183-213. According to the authors' analysis, because of the protocols of the early parliamentary debates, the desire for a federal European state in the dominant Dutch parties was so strong that the Council of Europe, its parliamentary assembly and its committee of ministers already wanted to reinterpret it as a newly founded federal European state.

[79] See Morten Rasmussen: Revolutionizing European Law: A history of the Van Gend en Loos judgment. International Journal of Constitutional Law (Vol. 12.) 2014. Issue 1. (136-163) 142. p. In einem späteren Teil seiner Analyse argumentiert Rasmussen, dass die Verhandlungsprotokolle zur Festlegung des Vertrags von Rom zeigen, dass die Verhandlungsführer des Vertrags zusätzlich zum Vertragsverletzungsverfahren die Möglichkeit des Zwangs durch Vorabentscheidungen abgelehnt haben: „Likeweise, the analysis of the EEC Treaty negotiations suggests that the elements in the *Van Gend en Loos* judgement, most importantly the use of the preliminary reference system as an alternative enforcement mechanism, contradictetd the original design of the EEC Treaty." (op. cit. 146. p.)

European Studies in 1958. However, Gaudet and the leadership of the Commission found that this was too slow, since they did not see the solution as slowly bringing the member states closer together, but instead created a centralized European area by completely destroying the autonomy of the member states. The excessive trust of the professors of European studies in the legislation of the member states was seen as flawed by them, and was also attributed to the fact that the national courts at that point initiated preliminary rulings to the European Court of Justice only sporadically. Gaudet, therefore, also tried to put the self-assertive character and the direct effect of the Community Treaty under the Dutch constitution at the centre of the European legal conference of 1963, which was already planned in The Hague, since it puts the emphasis on national courts instead of national legislation. In this way, the European Court of Justice could also be placed at the centre of EC decision-making. (Rasmussen 2014: 144.) In the case of Bosch (Case 13/61) from 1961, a preliminary ruling by a Dutch court in The Hague gave Gaudet and the Commission the opportunity to press the constitutionalization of the Community Treaty. However, its current version at that time was rejected by the Court.[80]

The turning point in this area was then created by a double exchange within the seven-member European Court of Justice in 1962, and this exchange shifted the balance towards accepting what was urged by Gaudet. As can be seen today after the publication of the ECJ's internal decision-making process, the decision by *Van Gend en Loos*, which constituted a *"judge coup"* (or from another point of view: a joyful revolution), was given by the judges of the Court with a hit of 4:3. And there were the new judges among the four supporting judges, namely the French *Robert Lecourt* and the Italian *Alberto Trabucchi*. Before his appointment, Lecourt was a notorious federalist and a member of the Jean Monnet socialist circle. It was, therefore, a surprise that he was appointed judge by the Eurosceptic and conservative President *de Gaulle* and Prime Minister *Michel Debré.* He replaced *Jacques Rueff* in the Luxembourg Court of Justice, who was an economist with narrow economic prospects, and so he was not convinced to accept the concept of constitutionalization of the basic treaties based on Gaudet's proposal. Although *Nicola Catalano*, who was replaced by Trabucchi, was also a determined federalist and, therefore, suited Gaudet's aspirations, his deepest opposition to the other Italian judge, *Rino Rossi*, made his participation in every decision a permanent personal duel and they could not be on one platform. In contrast, Trabucchi saw eye to eye with his Italian colleague immediately after he entered, and followed Trabucchi's position in the *Van Gend en Loos case*, as can be seen in Trabucchi's note on the case. (Personal circumstances and their contradictions were revealed in an interview by Trabucchi's employee, who was also a Catalano employee before the exchange.)

Of the seven judges, *Charles-Léon Hammes* from Luxembourg was the rapporteur for the revolutionary Van Gend case, who in his draft decision rejected the constitutional concept of the Commission and Gaudet with *Otto Riese* from Germany and *André Donner* from the Netherlands. The two new judges Lecourt and Trabucchi accepted this and were supported by two old judges, *Louis Delvaux* from Belgium and *Rino Rossi*, whereby the four judges formed a majority and the constitutionalization of the basic treaties and the direct effect of EC law were declared. (Rasmussen 2014: 155).[81] It is true that, as a precaution, this decision did not

[80] "The legal service also made clear its general position on the direct effect – or self-executing nature – of treaty norms. It argued that the EEC Treaty was not a traditional international treaty, but had features of constitutional law, and independent institutions the decisions of which create obligations directly for citizens. As a consequence, the treaty had a presumption in favour of being self-executing. *This point was not taken up by the ECJ*". (Highlighted by myself – P,B) Morten Rasmussen: Revolutionizing European Law: A history of the Van Gend en Loos judgement. International Journal of Constitutional Law (Vol. 12.) 2014. Issue 1.145. p.

[81] In addition to the four federalists among the seven judges, one of the two advocates-general at the time was undoubtedly a federalist and a constitutional beehive. She was Maurice Lagrange, who stood out in her academic writing before taking office for the following reason: "In academic writings and before the ECJ, advocate-

use the phrase "constitutional law of the basic treaties" in the reasoning of the decision – this was only done in a decision in 1986 – but they made it clear that they have decided against the concept of international law and its limitations and Community law has been declared autonomous. It has the nature of the *sui generis* legal system, which made it possible, in addition to certain specific provisions in the text of the basic treaties, to derive other norms from the general objectives and values of the community. Three of the six member states at the time – Germany, Belgium and the Netherlands – commented on the preliminary ruling by Van Gend en Loos and on the opinion of the Commission, and Gaudet and rejected its coming into immediate effect.[82]

Although the French did not comment on the decision in this proceeding, a year ago they did comment on the limited jurisdiction of the European Court of Justice for the application of Community law by the European Court of Justice in the *Bosch case* on this issue. This opinion is worth remembering as it shows well what the situation was up till then and what role the Court would have played in European integration if the 4:3 ratio in Van Gend's decision had had the opposite sign: "The French position in the Bosch case was remarkably clear. The French administration believed the system of preliminary reference should not be used for circumventing the political process at the European level nor interfere in the application of European law in the member states. The ECJ should merely interpret European law at the general and theoretical level, whereas national courts which held the *'pleines compétences sur les faits et les moyens'*, should apply European law in the concrete cases." (Rasmussen 2014: 155). If the opinions of the Belgians in the Netherlands are also analysed, further problems can be identified in this decision. They even complained that the application and the Commission's opinion submitted to them referred to the direct effect of the Dutch constitution, but the European Court of Justice is not empowered to interpret the constitution of the member states, but to derive their decisions from the Community Treaty. (Rasmussen 2014: 155). This definitely shows that the world is changing, and the position of the Dutch government in 1962 was already in conflict with its federalist-friendly predecessors, who had enforced previous Dutch constitutional changes, which first led to the Van Gend en Loos decision and then to the semi-federal, Luxembourg case law that has been constructed since.

V.2. The Organization of Transnational Academic Circles for European Studies

The ground-breaking Van Gend decision was followed by enthusiastic celebrations from some French, Dutch, Belgian and Italian lawyers and politicians who had long wanted this in their plans for federalism, but also started the ongoing debate and criticism from member states and national sovereign defenders. Those in power around the Commission's legal department, especially Michel Gaudet, who had been pushing for a breakthrough for many years, were aware that the vast majority of member states' legal elites were against the new ECJ doctrine and that the Court of Justice and the Commission supported

general Maurice Lagrange likewise endorsed European law as partly constitutional and closer to federal than to international law." (Byberg, 23. p.)

[82] In the Van Gend case and earlier in the Bosch case, it was clear that four of the six Member States were against the trend reversal at that time – the Netherlands, Germany and Belgium in the Van Gend case and France in the Bosch case – and in the subsequent case Costa. The Italians submitted a dismissive statement to ENEL. Thus, only Luxembourg, the small country, was the only member state that did not object to the turnaround at the national level, and this puzzles why the member states tolerated this *"judge coup"*, which was not supported by their own legal elites. In Rasmusen's words: "In existing research on European law, it has been a key puzzle why national governments accepted this fundamental transformation of the European legal order." (Rasmussen, 157. p.)

constitutionalization and gradual federalization of the community would have to win at least some of the legal elites. However, Gaudet very much remembered the fiasco in Stresa in the mid-1950s experienced by the leaders of the Coal and Steel Community, and he knew that international law professors were at risk of the ECJ's reinterpretation of the European Community from an international entity to a federal state. Only the creation of supranational academic circles for European law and in European studies can create the legal basis for the semi-federalist European Community and, through it, the gradual influx of legal circles within nations could be created, from which the missing legal basis can be made up, because without it, a reversal can take place at any time.

Gaudet, with his abundant financial resources, started this mission in two directions. On the one hand, he wanted to bring the federation-friendly legal associations to the supranational level with an umbrella organization that had already been established in their country by the more cosmopolitan circles of the French (1954) and then the Italians (1958), and he wanted this umbrella organization to work closely with the commission's lawyers in Brussels and the judges in Luxembourg. According to him, on the way to a federal Europe, these cosmopolitan sections of the legal elite should be feared the least. On the other hand, he started funding a new supranational journal for European law from Commission funds and saw the dissemination of this journal in the legal and academic community in the member states to solve the problem of the lack of an academic basis and a supportive background to the plan to federalize Europe. In addition to Gaudet's efforts, the plan for a third supranational academic background for European studies emerged in 1948 with the establishment of the Coal and Steel Community, and that was the plan for the European University. Finally, the European University Institute was founded 24 years later and after many attempts in 1972 in Florence. Although not a real university, but only a university institute, this could include many doctoral thesis programs, and it later took on much of the supranational federalist ideas developed by Gaudet and his allies in 1958. Let us now take a look at the path of these three institutions.

V.2.1. FIDE as a Background for European Integration

The *Association des Juristes Européens* (AJE), founded in 1958, followed the example of the Italian *Association Italiana dei Giuristi Europei* (AIGE), which deliberately tried to unite the more cosmopolitan lawyers with a university background who rejected the nation-state organization. The judges of the European Court of Justice who had federalist ideas were already active in them, and alongside them, *Michel Gaudet* from the Commission – or earlier from the High Authority – was always there, and when the Italian organization was founded, he already recognized the possibility to organize them as the background of federalist plans against the legal groups that favoured the nation-states. He then encouraged the creation of a similar body in the other member states using the Commission's legal services. Immediately after the Italian, the Belgian organization (*Association Belge pour le Droit Européen)* was founded, and similar associations were founded in Luxembourg in 1959 and in the Netherlands in 1960, in which the then Dutch court president, *Andreas Donner*, took part together with the former Dutch judge, *Jos Serrarens*. Only the German section was missing, which was no coincidence, since it seemed difficult to integrate the German professors that propagated the international character of Community law with other organizations in the member states that sought the opposite direction; indeed, a common umbrella organization of all member states with such setup did not seem feasible. Finally, under pressure from German Commission President *Walter Hallstein*, the German Foreign Minister persuaded the Minister of Justice to speed up the establishment of the organization, and in the spring of 1961, the

missing *Scientific Society for European Law* – WGE – was founded. This enabled the establishment of an umbrella organization for all member states, which was organized by the Belgian organization at the opening congress in Brussels in autumn 1961. The FIDE *(Féderation Internationale pour le Droit Européen)* and its member organizations have already been able to provide an academic background and background information on constitutional law and the federalization of the European Community against the majority of international law conceptions of Community law by the legal community of the member states.

The beginning was marked by a harmonious cooperation with federalist European FIDE lawyers who were looking for future-oriented test cases for the judges in Luxembourg, positively disseminating the decisions of the Luxembourg judges and encouraging the national judges to initiate preliminary rulings in Luxembourg. For example, the ground-breaking *Van Gend en Loose* case came from the Netherlands, and the Dutch affiliate FIDE also contributed to the preparation of the application. In the same way, hundreds of participants, including almost all of the Luxembourg judges, declared in a joint statement after Van Gend en Loos' decision at the 1963 FIDE Congress that Community law, in addition to having direct effect, also took precedence over the legal systems of the member states should have in the event of a conflict. The Court was still cautious in the Van Gend judgement, but declared it in the 1964 *Costa v ENEL* judgement with the support of this FIDE statement. However, with the recent breakthrough of the Court towards federal structures, some affiliates disagreed, and this eventually led to a rift.

The first major divide was caused by the debate about extending direct effects beyond regulations to directives. This was one of the topics of discussion at the FIDE conference in Paris in 1965, and it was already overshadowed by the fact that the French, with the announcement of the *"empty chair policy"*, were withdrawing from the intergovernmental institutions of the Community and were only represented at a lower official level (in the case of Council and COREPER). This has led to a stalemate among believers who have called for the constitutional law of the treaty and a move towards federalization, and possibly also due to the fact that the declaration of direct effect on the directives met with resistance at the FIDE Congress in Paris. The majority rejected this, while a minority accepted it in a milder version. Accordingly, although a directive cannot be directly invoked in a dispute between citizens (horizontal effect), in the event of a dispute against the state, the direct effect of the directive and its direct application by the courts must be recognized. The conference participants were unable to make a joint statement on the issue due to disagreement, and the compromise solution was to send a committee to deal with the issue, including the former President of the Court and current judge *Andreas Donner*. This committee then drew up a general principle of law based on the spirit of Community law – the principle of *effet util* – and, in a position otherwise completely rejected by the FIDE Congress, found that this principle is the direct application of directives by the judges in the member states Disputes justified in front of them.[83]

One of the implications of this *coup*-like resolution for the entire FIDE Congress was that the contradictions within FIDE became definitive, and, for example, the previously estimated plan to establish a permanent secretariat and thus a supranational FIDE centre was rejected. In the years that followed, between 1970 and 1974, the Court interpreted this resolution as support for at least some academic circles and explained the direct effect of the guidelines with a series of decisions, starting with the degree decision. This abolished the sharp distinction between the regulation and the directives created by the treaty and made the

[83] "However, a special FIDE commission, for instance with Ophül and ECJ judge Andreas Donner was established, and it found that directives could in fact have direct effect based on the principle of effectiveness *(effet util)* of European law." (Byberg op. cit. 80. p.)

entire law of the member states directly subordinate to Community law. Contrary to previous leniency by member states at the time of the Van Gend judgement, the Court of Justice now met with more resistance and the French State Council decided in 1978, on the basis of Article 189 of the Treaty, in the case of Cohn Bendit, that directives had no direct effect, and rejected the Court's case law. The French legislature went even further by negotiating a law – the Aurillac amendment – and it was passed by the National Assembly. This change would have prevented judges from pushing aside national law based on the directives and was required to disregard this directive. The amendment ultimately failed in political debates before the Senate, so it did not enter into force. However, the submission of the amendment to the Court has already made it clear that its unhindered progress could lead to a revolt in the parliaments over the years. Therefore, on the eve of the French legislative debate, shocked by the decision of the State Council, he withdrew from the degree decision in 1979 and retained the direct effect of the directives only against the member states, but withdrew them from individuals.

The internal disintegration of FIDE and the lack of unified support from the Commission and the Court of Justice have cooled hopes of using FIDE as a supranational legal elite against the legal elites of the member states. With regard to FIDE, the plan for a cosmopolitan lawyer organization, which the federalist circles of Europe had been hoping for since the early 1960s, was abandoned, and with Gaudet's resignation in 1969, the new head of the Commission's legal department had discontinued the use of FIDE as a legal background elite. (Byberg 2017: 92-93.) However, Luxembourg judges still continued to participate in FIDE congresses for many years after this, both at home and at joint congresses of the umbrella organization. Even so, this no longer meant the close connection between FIDE and the Brussels lawyers and the Commission that it had had in the years around its foundation.

V.2.2. The Creation of a Transnational Journal for European Studies

In order to overcome hostility to the constitutionalization of Community law and to federalization, FIDE and its affiliates seemed to give little support in their annual congresses and declarations for the federalist elites of the member states. Given the nature of the academic community, this appeared to be possible only through the continuous writing of journal articles, the distribution of these within the legal elites of the member states, and thus the positive presentation of the progress of federalization and constitutionalization by Luxembourgish judges. Existing and established journals for international law and comparative law were in the hands of the "enemy", so that the writing and publication of studies and case law analyses to the taste of the elite of civil servants and lawyers from Brussels-Luxembourg only seemed possible through the addition of new European study journals. Some of them have emerged since the early 1960s, but they were French, German, or Italian, and only English, which became a common world language, provided the opportunity to play a truly supranational, cosmopolitan academic role in European studies. After their founding, Gaudet and some Luxembourgish judges also worked in the editorial offices of the journals for European studies for narrower language areas.[84] The main plan,

[84] After the founding of the *Italian Rivista di diritto europeo* in 1961, *Donner*, the then president of the Luxembourg court, and *Pierre Pescatore,* who later became a Luxembourg judge for twenty years, were members of the editorial team. After the founding of the French-speaking *Cahier de droit européen* in 1965, Pescatore and Gaudet were members of the editorial team, and the *Revue trimestrielle de droit européen* began in 1966 with Gaudet and Donner, and only the *German European law* of 1966 lacked the lawyers of Brussels and Luxembourg and the editorial membership here was restricted exclusively to the Germans. (Byberg 2017: 102.)

however, was to create an English-language magazine. In addition to the world language primacy of English, this was also an anticipation of future English accession, but it even contributed to the fact that American law professors could be involved via the English language. This, in turn, spontaneously transfers the analysis of European integration into the field of American federal experience, according to the idea to which relocation was one of the main goals of the magazine.

Gaudet's plans ultimately failed due to the English-language magazine because the Commission considered it too expensive to finance a magazine. His old colleague, *Ivo Samkalden* from the Netherlands, an international lawyer and a leading fighter for European federalism, as a professor at the European Institute at the University of Leiden (and at the time of the parliamentary majority of the Dutch Labor Party as the current Minister of Justice between 1956-58 and 1965), was able to found the desired journal, the *Common Market Law Review* (CML Rev), in 1963. Van Gend en Loos' decision, which represented a breakthrough in Community law towards federalism and caused enormous resistance, had been published a few months before the magazine was launched and later in the new journal, a study was published by the enthusiastic publishers Samkalden and his partner *Dennis Thompson*. They even preceded the radical justification for the *Costa v ENEL* decision, which was issued just a year later, and found that the Community legal order and the European Economic Community itself are special legal orders and that judicial interpretation in this area must use special methods of interpretation to achieve the political goals of the treaty.[85] The enthusiastic celebration of the breakthrough of the Luxembourg judges, and even sometimes the anticipation of the breakthrough, was then regularly featured in the CML Rev. Furthermore, authors of critical studies of Luxembourg jurisprudence could always count on the hardest attack by authors and editors here.

The nature of the mere academic veil in the case of the magazine can also be measured by the fact that in the first ten years after it had been founded (1963-74), a quarter of all articles were written by Commission lawyers, which was actually the power word of Brussels bureaucracy, but were cited as an academic opinion. In addition, such plans were boldly and honestly discussed in the articles here, which the majority of the Luxembourg judges have avoided in their decisions. For example, while Luxembourg jurisprudence had ceased to describe Community law, which is separate from international law, as a "special legal system", the articles of the CML Rev wrote without hesitation that this European Community law constitutes a constitutional law over the laws of the member states. But *Pierre Pescatore*, a Luxembourg judge (also in the sense that he became a candidate from the Grand Duchy of Luxembourg from 1967 to 1985) who most firmly believed in federal development, wrote this in his 1970 article, and he declared in his article here that the European Community can be seen as a kind of federalism. (Byberg 2017: 105.)

Since Michel Gaudet's resignation in 1969, CML Rev has been away from the Commission lawyer in Brussels for a while and was provisionally mainly organized around Luxembourgish judges. However, the connections were also restored in Brussels from 1974, when *Claus-Dieter Ehlermann* succeeded Gaudet. Ehlermann, a younger man who had previously pursued a university career, was even more agile than Gaudet in using the magazine as an academic background for the Brussels plans. He had even taken positions in

[85] "The editors Samkalden and Thompson provided an enthusiastic support of the ruling in the first editorial, where they stated that the European Economic Community had a 'special character' and that 'unique' methods had to be employed in order to meet the political objective of the Treaty. Thus, the editorial anticipated the definition of European law as 'special and original', as proclaimed in the ECJ's ruling in *Costa v ENEL*, where the primacy doctrine was established, affirming that in contrast with ordinary international treaties, the EEC treaty had created its own legal system, which was an integral part of the legal system of the member states". (Byberg 2017:104).

other European study journals that were more in the languages of some member states and he tried to include them in supporting the federalist efforts of the Commission and the case law of the Court of Justice. This was all the easier, as it became common in the early 1970s that the publishers of friendly journals for European studies and European law met regularly in the Commission's Legal Department in Brussels, as the Brussels equivalent of the Central Editors' Meetings from the Soviet era in Eastern Europe. (Byberg 2017: 107.) At these meetings, Ehlermann also distributed the Commission's opinions on the current preliminary ruling procedures, which dealt with important questions, and asked the editors-in-chief to write kindly about them in the next issue of their journal.

The intensified contact with the lawyers in Brussels alongside the judges of the Court of Justice in Luxembourg was now important to them, since the resistance within the member states to the expansionism of the Luxembourg judges had increased since the early 1970s. But in response, the lawyers-bureaucrats in the guise of CML Rev and other magazines struck hard at the "insurgents" in their articles. A campaign was launched within the Italian courts at this point to avoid preliminary rulings and avoid the Court, but a study by CML Rev, *Cesare Maestripieri*, member of the Commission's Legal Department, called this heresy. However, the really tough fight against the pressure of the expansive Luxembourg jurisprudence on a federal Europe was started by German constitutional judges in the late 1960s. After the Luxembourg decisions, which led to an increasing subordination of the member states, and this case law was codified by the Community regulations and directives, a discussion in Germany began at the conferences with the participation of the judges and law professors that fundamental constitutional rights take precedence over Community law and are not subject to subordination. In response to and to suppress this, Luxembourg judges, in a preliminary ruling initiated by a German court, ruled that there are no exceptions and that even the most general principles of the member states' constitutions cannot be an excuse to ignore the case law of the Court of Justice (Case 11/70, *Internationale Gesellschaft*). Added to this was Grad's decision to declare the direct effect of directives and to strengthen this doctrine through case law between 1970-1974, which, in some countries, provoked the most elementary opposition from judges and constitutional judges towards Luxembourg judges. In retrospect, this hard pressure was traced back to the time when the court under President *Pierre Lecourt* (1967-76) was superactivist, since neither before nor after such aggressive violations did the text of the treaties go beyond the norm, and the Luxembourg judges used a more cautious, disguised wording.

The setback did not lag behind, and in 1974, the German constitutional judges stated in their so-called *Solange ruling* that as long as the Community Treaty does not contain a catalogue of fundamental rights that is similar to the German constitution, German courts have the right to refuse to comply with Community acts. The CML Rev studies then predicted the collapse of the community for years and described the position of German constitutional judges as unacceptable. However, the German constitutional judges did not give in and in 1986, in their decision on the Greens – in the so-called *Solange II decision* – they reiterated the control of the German constitutional courts over Community acts, including Luxembourg court decisions. The change in their reasoning meant that they now recognized the constitutional nature of the community treaties, but insisted that the German *Grundgesetz* (Fundamental Law) still had priority due to the lack of a catalogue of fundamental rights and, in future, Community law will be controlled by the constitutional judges and will be used in the event of a conflict to declare a ban on its use in Germany. The Luxembourgish judge *Pierre Pescatore* – the most determined supporter of European federalism and constitutionalization in the Luxembourg court – criticized this and was probably right when he wrote that the German constitutional judges actually defended their state's independence from the Community, and they argued with the lack of fundamental rights only as a disguise

of the real reason. Since then, the possibility of a confrontation with EU law and Luxembourg judges has been claimed by almost all European constitutional courts, and the possibility of a confrontation was explained beyond the emphasis on fundamental rights with regard to constitutional identity and *ultra vires*. That said, Pescatore really raised this point because the real aim here was to defend the sovereignty of the member states. However, just as the Luxembourg judges had previously given pseudo-arguments about their *"coup"* on the *status quo* in 1962-64, the contradiction of German constitutional judges with pseudo-arguments was raised.[86] The German constitutional judges later rejected the adoption of the constitutional character of the EU treaties and, in their decision on the Lisbon treaties of 2009, declared them to be international treaties, and the European Union was again qualified as an international organization.

CML Rev has always fought hard against these confrontations, and the position of the ECJ and the Commission has been supported with academic writings by the editorial team publishing counter-studies and relentless critical reviews of lawyers in Brussels and Luxembourg. In addition, an editor from Luxembourg judges was brought in to ensure the effectiveness of this method. *David O'Keeffe*, an employee of the Luxembourg judge O'Higgins, became one of the editors of CML Rev. from 1985 onwards. From then on, he was not only responsible for the content of studies and analyses on Luxembourg jurisprudence, but he also acted as a moderator. When one of the Luxembourg judges expressed dissatisfaction with a published article, he immediately took steps to prevent such a matter.[87] CML Rev, as the academic foundation of European law, therefore pushed a particularly biased and tendentious theoretical background into the foundations of the emerging European studies community, but a number of studies later maintained a critical line against the further efforts of constitutional law in Brussels and Luxembourg. In the first decades after her departure in 1963, her almost all-Schreberling position alongside the Luxembourg judges and Brussels lawyers changed from the 1980s, despite all the control of O'Keeffe, and some really scientific writings appeared here. It may sound like a surprise today, but *Koen Lenaerts*, judge in Luxembourg since 2003 and President of the Court since 2015, published a study in CLM Rev in 1986 in which he advocated the international nature of the EC treaties. Such "blasphemy" would previously have been unthinkable there.[88] So this magazine, which was created especially for partisan purposes, played the role controlled by Brussels-Luxembourg longer than FIDE, but from the mid-1980s it also became a real academic forum.

The theoretical foundations of the academic community of European studies and European law have since reflected this partisan basis, perhaps unnoticed by most of its practitioners. This partisan justification and the biased theoretical background can be best

[86] The honesty and frank reasoning with which Pescatore defended his federal position, which often goes far beyond the other judges, also gave him the adjective *"stormtrooper"*, but his strong criticism on the German constitutional judges showed the causes of this. See Bill Davies: Internationale Handelsgesellschaft and the Miscalculation at the Inception of the ECJ's Human Rights Jurisprudence. In: Bill Davies/Fernanda Nicola eds.: EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence. Cambridge University Press. 2017, 157-178. p.

[87] "In 1985, he was invited to become an editor, as his position at the ECJ would also enable him to provide a more up-to-date case law section in the journal. However, he would also serve as the link between the ECJ and the *CLM Rev.* in other ways, as he could report when judges were unpleased with articles. In 1990, he wrote to the associate editor Alison McDonnell that a specific article had been severely criticized by persons at the court, and that „we should be more careful about our screening." (Byberg 2017: 111.)

[88] "A noteworthy exception is Koen Lenaerts, at the time professor of European law and private international law at the University of Leuven, ECJ judge 2003-2015, and president of the ECJ since 2015, who insisted that the European Communities were institution of public international law, because of their creation by treaty. The fact that the content – as interpreted according to object and purpose – could appear to be functional equivalent of a constitution, was irrelevant in that respect". (Byberg 2017: 114.)

understood if we consciously turn to the third foundation of the organization of the cosmopolitan academic community, which is transcended at the transnational level as opposed to the academic communities in the member states. As indicated in the introductory lines of this chapter, this is represented by the European University Institute (EUI) in Florence, which was founded in 1972 after 24 years of planning and trials.

V.2.3. Federalist University Institute over Academic Circles in the Member States

Max Kohnstamm was the former general secretary of the Steel and Coal Community and deputy chairman of the Monnet committee in the 1950s and became its director after the University Institute in Florence had been founded in 1972. In addition to securing links with the Brussels elite, the activities within the institute were no longer connected to him, but mainly to *Mauro Cappelletti*, who was the first professor that Kohnstamm appointed to the EUI's legal department. (The other three departments were the Department of History, Politics, and Social Sciences and European Studies.) Cappelletti was a professor of comparative law at the University of Florence for many years and organized a group of university lawyers around him to sharply oppose the positivist tendencies of comparative law. He saw the comparison as a means of organizing separate European societies and states in an increasingly unified state. Just like in the Middle Ages and at the beginning of the early modern period, the countries were only separated by formal state borders and, in fact, they implemented a uniform European culture and the law of *ius commune.* He was actually a real scientific activist trying to transform social reality in a certain direction and he was looking for scientific information only for that purpose. In his struggle against the circles of comparative university lawyers of purely scholarly interest – in his value judgement "positivistic" – he came into contact with American legal realists and, as a result, he also received a professorship in Stanford in 1970 while maintaining his professorship in Florence. He then got in touch with the EUI and became a professor and, from a political activist in comparative law, he turned to be an organizer of the theoretical foundations of European law.

When he became more familiar with European law and European integration on the basis of American experience, he immediately perceived the European Community as an emerging federal state and found it important to involve Stanford colleagues from America in presenting such a perspective. To this end, he organized a conference of several days at the EUI in 1977 entitled *"New Perspectives for a Common Law of Europe"*, at which he was able to invite both lawyers from the Brussels Commission, judges in Luxembourg and Strasbourg, and some famous American professors. This was the beginning of the monumental plan that was launched in the early 1980s, in which European integration as an emerging federation was presented in several major volumes. In these volumes, the increasing concentration and federalism that had occurred in the United States in the previous century were compared and paired in every aspect with the counterparts of European processes. Funding for the Brussels project was generous, but Cappelletti did not miss the Ford Foundation, which funded his earlier American research, where they enthusiastically received the promotion of European integration along the lines of the United States. Initially, the integration analysis in the light of American federalism was included in the name of the project, but, eventually, the finished volumes were published under the simpler name *"Integration by Law"*.[89]

Cappelletti designed the research, gave the main impetus to present European integration as an approach to American federalism, and, with the involvement of American professors, ensured the dominance of federalist experience from the outset, but played only a

[89] In December 1977, ongoing research was titled "The Emergence of a New Common Law of Europe: Some Basic Developments and Instruments for Integration Considered in the Light of the US Federal Experience".

minor role in real research management. After all, he also practiced comparative law only as an instrument for his political purposes, and, in his new area, it would have been difficult to cope with the enormous case law created by the Court of Justice in Luxembourg until the early 1980s and the internal complexity of the power structure in Brussels to master this mentality. So *Joseph Horowitz Weiler*, of South African descent, but with a degree from Western universities, came to him and applied for his doctoral thesis in 1978. His earlier studies on this subject showed Weiler's great willingness to understand European integration and European law, and his somewhat later study entitled *"The Community System: The Dual Character of Supranationalism"* earned him the greatest recognition among EUI leaders. Weiler later described his relationship with Cappelleti in his own words as the relationship between the "rabbi and his student", but, in fact, he was the one who taught European law to Cappelleti when he returned to the United States in 1982 to teach European law there. (Byberg 2017: 129.)

The main work "Integration through Law" was published between 1985 and 1988 in seven volumes with the participation of European professors for international law and European law, who are committed to federalism, as well as high-ranking lawyers from Brussels and American law professors, and contained a monumental representation with the image of federalist Europe and the quasi-constitutional character of its law. The EUI not only organized the production and publication of the monumental representation for academic communities, but also built up the cosmopolitan network of European studies and European lawyers with its doctoral training and extensive scholarship system from the abundant resources of Brussels and other friendly foundation funds. These fellows then disseminated the federalist representation of the European Community in the member states in the same way as the previous disseminators of Roman law who were trained in Italian medieval universities in Roman law. In addition, for many years, the EUI had organized dozens of conferences in Florence but also at various European universities to better integrate its developed European concept of Europe into science. The involvement of American professors in the cosmopolitan academic community of European law and European studies has also led to the establishment of a research line on European integration in the United States from which a young generation has grown. This is how *Anne-Marie Slaughter, Walter Mattli, Alec Sweet Stone* and *Karen Alter* took up the research field, and, most recently, it has had an impact on the collaboration with critical European scientists.

However, the last crown for Weiler's work would have been the success of the European constitutional preparatory work started in 2002, in which EUI professors and researchers played a central role alongside the civil servant lawyers based in Brussels. Although the failure of the European constitution by rejecting the Dutch and French referenda has removed the federalist plans from the political agenda, but as *Alexander Somek* from Austria wrote in a study in 2012, the failure in the political field in the academic circles they created led to it to use the reformed legal concepts in the federalist spirit.[90] In this way, the concept of a multilevel constitution of federalism was also used for the European Union, and the EU was portrayed as a federation with the member states. At their conferences, comparative constitutional products, which were merely academic *de lege ferenda opinions*, were adopted as the "true European constitution", the upper layer of multi-level

[90] See the wording of Somek: "Since nobody appear to believe any longer in a change of the world order by political means, scholarship is increasingly taking comfort from the academic equivalent of practical change, namely the re-description of social realities, If the world cannot be changed, you imagine it changed and pretend the work of your imagination to amount to the real. […] The most ludicrous form of the re-description is the application of constitutional vocabulary to international law." Alexander Somek: Administration without Sovereignty. In Petra Dobner – Martin Loughlin (ed.): The Twilight of Constitutionalism? Oxford University Press 2010. 286. p.

constitutionalism. The previous concept of international law was also rejected and they began to call this law as "international constitutional law". This sometimes led to the later condemnation of the true state constitutions as a "violation of European constitutionality".

However, the need to tame the political use of the academic cloak has, after some time, reached this transnationally embedded academic community of European studies, as we have seen at FIDE and CML Rev. Joseph Weiler, whose intellectual capacities and research are by far greater than that of Cappelletti, after the successful completion of his summarising volumes, from the 1980s had become increasingly bothered by the fact that a significant number of the people in his project were basically political activists with no serious scientific qualities. They lacked any critical attitude towards their intellectual products. For example, when the editors of CML Rev. 1989 asked him what to do with a critical study of jurisprudence by the Luxembourg judges ("maybe it should be rejected?"), he replied that it was necessary to publish because of the critical tone, since the problem with the articles in the magazine was that they had no criticism of the case law of the Court. But he also rejected the overly politicising nature of the EUI itself as a leading professor in the 1990s and benevolently took it for granted that Cappelletti's overly personal "idealism" and his love of human rights ideals had a somewhat more normative attitude than necessary. It was at the expense of science, but also at the expense of democracy, because Cappelletti did not trust the "dirty and repulsive intrigues" of democratic politics, but thought noble goals were achievable along the way of human rights.[91]

V.3. Epilogue

Before we close this chapter, we should remind the reader of the final result in relation to European studies and European law, which were established by European cosmopolitanism over the member state scientific organization and which had a decisive influence on the socialisation of the EU legal elite today. The German professor *Martin Höpner*, together with his research team, examined the special selection and pre-socialisation of Luxembourg judges (and their staff) and found that from the outset, the EU legal community had developed a specific internal activist ethos for the lawyer wanting to enter any EU position. Only those lawyers could hope for success and a permanent work position, who adopted this activist ethos and the associated conception of European law. And a Luxembourg judge can only be one who has spent many years in these circles of European lawyers, and who has been socialized into this activist ethos. The general legal ethos traditionally advocates the preservation of the existing one and the lawyer is always trained to resist any change of the existing law and to be persuaded only by specific arguments to do so. In contrast, the European lawyer is transformed by the afore-mentioned ethos into taking it as a norm to constantly seek situations leading to structural changes towards an ever closer European integration. In addition, as a member of the avant-garde of the legal elite, (s)he values this as the basis of his/her identity. Instead of general neutral legal thinking, it is normal for European lawyers to think in relation to the values that represent visions and to force the existing constitutional states in this direction. The Luxembourg judges and their staff, as well as the members of the Brussels legal elite, were socialized by this missionary European legal milieu, but if this is not enough, only those can take a career who can fully adopt this activist ethos propagating an ever closer European concentration. In Höpner's words: „In einer ersten Stufe geht es dabei um eine Akt der Vorprägung und der Selbstselektion. Richter am EuGH

[91] According to the wording of Weilers: "Weiler attributed this to Cappelletti's personal idealism, which made him believes in convergence of legal system and the higher law of human rights rather than the messy and oft ugly vicissitudes of democratic politics." (Byberg 2017: 120.)

wird nur, wer – in welcher Funktion auch immer – Teilnehmer des europarechtlichen Diskurses ist. Dieser Diskurs beherbergt einige Eigenarten, die ein spezifisches Vorverständnis von den Aufgaben und Funktionen des Europarechts transportieren und von denen die Richter bereits vor ihrem Eintritt in das Luxemburger Gericht geprägt ist. Dabei, so meine These, handelt es sich um Spuren einer rechtspolitischen Agenda, der an anderer Stelle in Reinform zu begegnen ist: in jener „monistischen" Linie des progressiven Völkerrechts, die nach Einhegung nationaler Souveränität in einen verbindlichen übernationalen Rechtsrahmen strebt." (Höpner 2014: 11.)

The extreme visionary activism of Pescatore, Gaudet and then the Capelletian – that Weiler retrospectively criticizes on his way towards academic neutrality even if it is his legacy up till this day – has penetrated the European legal and European study communities and is now difficult to eradicate from these communities. The level of EU science is itself a problem in reforming the European Union, and reforming that science is perhaps the least expected when these reforms are launched. The problematic emergence of the European academic community as a whole, as shown above, answers the partisan and biased leadership of the institutions it has examined (the Court of Justice and the Commission) as well as the constitutionalization of European law and the institutional systems that were originally enshrined in international law. In this way, the European Court of Justice was freed from the barriers of international law, and constitutional rectification enabled the freest interpretation of the judges of the Court of Justice and the leaders of the Brussels elite. Indeed, the increasingly expansive doctrines that developed in "EU science" were, in fact, mostly the works of EU jurisprudence itself. Knowing this background, *Anja Wiesbrok*'s testimony, for example, can be understood as proof that the writings are understood of European law professors and the jurisprudence of the ECJ as well as their constitutionalization and presentation, in this way, are mutually reinforced and legitimized in the studies. [92] In many ways, this EUI "scholarship" system was simply the propaganda of Luxembourg judges and was only launched on the orders of the Luxembourg and Brussels lawyer elites in the magazines and conferences they grew and funded.

VI. Legitimacy Problems of the EU Juristocracy

The European Union is an international legal formation that was created by an international treaty and not as a state, but its permanent existence over the member states united by the treaty means a superior machine of power that in many ways determines the exercise of power and decisions within the states. In particular, by including EU citizenship in the Basic Treaty in addition to the citizenship of each country, the EU made a big step towards transforming it into a real state and it is increasingly becoming a semi-federal state. As we have seen in the previous chapters, this has been the most important issue of power struggle within the political elites of the member states from the beginning. This raises the question of what arguments justify and legitimize this machinery of power over the member states. Are there any such arguments in the ongoing debates about the functioning of the EU, and in theoretical considerations about the nature of the Union? The answers can determine

[92] "Legal scholars have played a dual role in promoting the constitutional paradigm of an ever-expanding scope of directly enforceable residence and movement rights in the EU. First, by presenting the expansion of free movement rights as an inevitable outcome of the EU constitutional order based on directly enforceable rights, scholar have played a significant role in legitimizing the jurisprudence of the Court in the face of initial resistance form the member states. Second, legal scholars have been an important source for the Court of Justice in developing its case law in its area." Anja Wiesbrok: The self-perpetuating of EU constitutionalism in the area of free movement of persons: Virtuous or vicious cycle? Global Constitutionalism 2013 Issue 1. 125. p.

the direction in which the EU must change its organizational structure in order to be legitimate in front of more than half a billion citizens.

Theoretical considerations regarding the necessity of legitimizing states and their exercise of power did not emerge with some authors of state theory until the beginning of the 20th century, but justifications can be found, for example, in the early Roman Republic without explicit theoretical considerations. At that time, Agrippa's famous story attempted to justify the structure of rule, including the dominance of the patricians, in the withdrawal of plebeians who were dissatisfied with patrician rule, and explained the role of certain Roman social groups in this regard before the plebeians, and justified this with an analogy to the functions of important parts of the body. In the same way, any more stable state power in the course of civilisations had a way of justifying the assumption of power, such as the assertion of the divine nature of the pharaoh, of the emperor, or the justification of the power delegated by the gods as can be seen in the ceremony of papal anointing of the earthly ruler in the Christian Middle Ages. In the same way, Lenin's theory at the beginning of communist rule of the Soviet empire presented the legitimacy of the avant-garde that led to communism as a fulfilment of historical necessity.[93]

However, the question arises as why this EU formation, which was created through international treaties and continually modified through treaty changes, has to be justified by special legitimacy efforts at all? It was created by democratic states so that its democratic legitimation also radiates this formation. This was certainly not a problem for the European Economic Community after it was founded in 1957, since after the Treaty of Rome was created by the member states, all decision-making powers were in the hands of the Council of Ministers, which represented the governments of the member states. Although the Commission has been chosen independently by the heads of state or government of the member states, this body only has the right of initiative over the actual decisions of the Council of Ministers, and does not take decisions, although it has a monopoly in this regard and the Council can only decide what the Commission proposed. In principle, however, the Commission and the EU power machinery do not have their own decision-making powers over the intergovernmental mechanism, so they did not have to be legitimized separately. The liberation of the European Community and then the European Union from full competence of the member states was only achieved through a series of rulings by the European Court of Justice, and the ECJ proclaimed in 1962, then in 1964, the decisions of *Van Gend en Loos* and *Costa v. Ennel* the direct effect of Community law in the member states in addition to their national law and its precedence over national law in the event of a conflict between them. Since the Treaty of Rome did not include an accountability mechanism for the Court of Justice and there was no lifting mechanism against this *"judicial coup"*, the Community and then the European Union that replaced it began to act as an independent decision maker.

It quickly became clear that the European Community and then the European Union's power structure, which exercised considerable decision-making autonomy, freed itself from and deviated from the democratic legitimacy of the governments of the member states. Since the modern form of legitimation developed in Europe and it became widespread in many parts of the world states that justification of state power can only be achieved through the election of millions of citizens, the debate on this topic has been termed a *"democratic deficit"*. This debate, of course, too benevolently obscures the fact that no democratic deficit should have arisen in the power structure created by the Treaty of Rome, since it was originally driven by the interstate machinery of the member states and was legitimized "from home". The deliberate wording of the democratic deficit in the debate on the European Community, however, was more to transform the parliamentary assembly, which was originally referred to

[93] For a more detailed analysis of the question of the legitimation of states, see my book Political Theory, in chapter VI. Béla Pokol: Political Theory. Trilogy of Social Sciences III. Vol. 2006. 91-102. p.

as a delegate from the national parliaments, from a mere consultative to a real parliament. In the 1960s, MEPs confidently renamed themselves here and also achieved direct elections and the name of the European Parliament in the new founding treaties. However, this has not changed the fact that, beyond the peoples and national identities of the individual countries, there is no single European people and no single European identity and, therefore, parties at European level that gradually emerge from national parties are only loose formations.

The debates on the democratic deficit, therefore, only mask the deeper struggle, since a significant proportion of the political elites in the member states believe that there is no deficit here, but should only push back the power groups that want to transform the EU into a federal state and restore the original Treaty of Rome, namely to put the exclusivity of the intergovernmental structure created by the Treaty in the centre of the EU. In contrast, the federalist supporters want to make the European Parliament the main power and convert today's Commission into a government or make it dependent on the majority of EP. The long-term processes that have led to Euroscepticism show that the power of intergovernmental forces will increase in both the EP and the Commission, depending in part on how the balance of power changes after the EP elections in May 2024, but the ECJ will remain intact and the standoff is unlikely to be resolved. (It is, therefore, worth mentioning in brackets that due to the existence of this supreme judicial power, it is right to call the EU's power structure a juristocracy!) Therefore, in addition to call attention to the democratic deficit, let us also consider the other theoretical considerations regarding the legitimacy of the EU.

The answers to this question can be divided into four main trends. According to one answer, the EU institutions themselves largely only create abstract EU law, which is interpreted by the European Court of Justice, but the application of state sanctions is carried out by the member states and their courts, so that no legitimation at EU level is required (1). The other admits the need for legitimacy because of the legal power of EU institutions, but gives legitimacy to EU institutions as a neutral arbiter over selfish power struggles between member states, who deserves recognition as the defender of neutral justice over the member states. The highest power of the ECJ also protects individual EU citizens from their own state, and, in this way, this juristocracy is legitimized as an administrator of justice (2). A third line of legitimation reinterprets the justification for democratic elections and extends it as a mere input legitimation with output legitimation. The content of the output legitimation relates to the welfare growth created by the Union, to legal solutions to disputes between European countries instead of war, and so on, and instead of a democratic deficit, it emphasizes the output side as justification (3). Finally, the fourth argument for legitimizing the power of the EU institutions considers the future vision at the beginning of European integration, which has shown European integration as the land of promise for European citizens (4).

VI.1. A Juristocratic Confederation together with a Number of Democratic Member States as a Solution to the Problem of Legitimation

In a critical study, *Willimam Scheuerman* examined the idea of *Hauke Brunkhorst* and *Jürgen Habermas*, which arose after the failure of the European constitution in 2003 and which dealt with the possibility of global governance without a global state, taking into account the possible legitimation of the EU. (Scheuerman 2011: 75-104.) After Scheuerman's reconstruction, Habermas basically only followed Brunkhorst's analyses of the EU, which, in turn, was based on Kelsen's theory of the world legal revolution from the early 1950s. Scheuerman's reconstruction creates a specific EU legitimation basis for Habermas and Brunkhorst, from which he distances himself, but the structure of this issue of legitimation is clearly visible in his explanation.

The essence of this legitimation is that Brunkhorts and Habermas separate the individual government functions, and while the state administration and law enforcement function remains at the level of the member states (which must be legitimized!), only the legislative function will take place without direct compulsion at the EU level transfer. The latter essentially means that the fundamental treaties are specified by the European Court of Justice and, based on this specification, only the abstract EU law is created by the Commission, the Council and the co-decision EP. In this way, the EU is only an abstract legal apparatus, the law of which is applied in practice at the level of the member states and ultimately enforced under state pressure.

In this presentation, legitimation only requires the constitutional judgments of the European Court of Justice as the centre of legal machinery at EU level, while the executive decisions and ultimately the coercive measures of the member states, which are subject to EU law, require democratic legitimacy and they undoubtedly have this legitimation. Brunkhorst and, in his footsteps, Habermas even readily recognize that the creation of EU law, which is shaped by the consensus of the member states at EU level, does not constitute statehood. In his opinion, the search for a federal state should be a misguided adherence to an old tradition of thought.[94] In today's intertwined globalized world, world government or regional governance like the EU no longer require statehood and sovereignty because, at their discretion, these concepts are only partially valid, which is no longer appropriate in a fully globalized world. These concepts have been partially reinterpreted and partially rejected by them, and, in recent years, at the discretion of the Western world, three-tier governance has been established that radiates from there around the world.[95] The world government is regulated by the United Nations and specialized world organizations, such as the WTO or the World Labor Organization, the ILO, etc., which bring about comprehensive human rights standards and their industry-specific standards. In this context, regional organizations like the EU form additional standards, which means that the human rights standards are specified at this level. However, in addition to the member states (at least in the EU), individual citizens and legal entities are recipients of EU standards and EU rights, about which they can hold their nation states also accountable. At this level, however, this does not require an organization with statehood, but a "confederation of states" that has been known in the past is sufficient. Ultimately, the lowest level belongs to the (nation) states and they have the remaining elements of sovereignty, but this level is under the control of the higher levels.

In William Scheuerman's criticism, however, it is clear that this picture is idealized and a number of tensions are hidden. The assumption that a constitution without a state (only in a loose confederation) is possible, contradicts the obvious tendency that if the member states disobey, the entire EU system can be put into question without a coercive apparatus. (Scheuerman 2011: 82-96.) Ultimately, this type of liberation of the EU from statehood (= the monopoly for the use of force) and thus from legitimation means nothing more than the uncertain floating of decades in the state of semi-statehood and this is presented here as a final solution. But if past prosperity and peaceful global economic conditions disappear (as they now appear), this could drag the bottom out from under it. So this explanation only shifts the answer to the problem of legitimation.

[94] Scheuerman ironically points out that even before the fall of the draft European constitution to implement federalization in 2005, Habermas was the main proponent of EU statehood in referendums. (Scheuerman 2017: 88.)

[95] See Hauke Brunkhorst: Legititamationskrise der Weltgesellschaft. Global Rule of Law, Global Constitutionalism. In: Mathias Albert /Rudolf Stichweh (Hg.): Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Springer Verlag 2007. 63-107. p. and Jürgen Habermas: The Divided West. Cambridge. Polity Press 2006.

VI.2. Exposing and Justifying the EU's Juristocratic Character

Jürgen Neyer follows Brunkhorst and Habermas in that he also regards the search for the EU's democratic legitimation as a bad question and answer, but he does not claim that the EU does not need legitimation without a violent apparatus, but only the member states that use coercive means. In his view, the EU has a high level of legitimacy, but has so far been searched in the wrong direction. The title of a study on the subject, *"Justice not Democracy"*, summarizes its position.[96] In this context, he argues that ensuring justice in the relations between member states and beyond guarantees the rights of individual EU citizens against their own state through EU courts and this is a specific basis for the legitimacy of the EU. Neyer is not concerned with the parliamentary elections in relation to the legitimacy of the EU, which must be debated here, because there is no such thing as European people; instead, there are at least twenty national communities, represented by national parliaments in a way that is never accessible to the European Parliament, but the abolition of dominance between weaker and stronger member states and the decision of the European Court of Justice in their disputes turn power disputes into legal justifications. The arguments under the EU treaties and secondary EU law and in the EU replace the earlier power decisions with legal justice decisions. Likewise, the fact that EU law entitles citizens to legal protection against their own state means that the citizens of the member states can demand a justification for the EU member state measures that restrict their freedom. And if this justification is insufficient, the EU court enforces the right of EU citizens to actual justification by annulling the state measure.

This is the basis for the legitimation of the EU, which Jürgen Neyer describes with a basic formula as "right to justification": "It is justice, not democracy, which is the appropriate concept for questioning and explaining the legitimacy of the EU. […] In contrast to democracy, the notion of justice is not tied to the nation-state, but can be applied in all contexts and to all political situations, be the global economic structures, domestic election procedures or the EU. […] It relaxes the national-state focus inherent in the language of democracy and opens the way for reflecting about new means to facilitate legitimate governance. It is a critique of methodological nationalism and asks for new solutions to new problems." (Neyer 2011: 14.)[97] The right to justification as a legitimizing principle essentially means that any measure restricting an individual or a private organization in the EU (both at member state and EU level) must be justified and that justification can be challenged before an EU court. And if the Court considers this to be insufficient, it declares it to be incompatible with EU law and ultimately imposes it by imposing a penalty (in the final stage of the infringement procedure).[98]

With this shift in focus, Neyer places the European Court of Justice at the centre of the

[96] See Jürgen Neyer: Justice, not democracy. Legitimacy in the European Union. In: Forst Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 14-35. p.

[97] The articulation of the democratic deficit as a manifestation of "methodological nationalism" sounds innocent to the Hungarian ears, but it should be pointed out that the adjective of nationalism among Germans (especially in German intellectual life!) Has been synonymous with "Nazi" for decades. Although all topics are saturated with emphasis, this is above average in Jürgen Neyer's German intellectual environment, and the assessment as "methodological nationalism" essentially implicitly expresses the need for a moral judgment regarding the opposing debaters.

[98] See it in the wording of Neyers: "The idea of justice as a right to justification has the important strength that it is both empirically and normatively sound. It is established on the assumption that we have a human right to demand and receive justification from all those individuals or organizations, which restrict our freedom. This does not necessarily imply that no limitations of our freedom are legitimate, but only holds that the legitimacy of any such intervention depends on the reasons that are given to explain it." (Neyer 2011: 18.)

EU's power structure, and this is in line with the real power structure that we have examined so far. Accordingly, effective EU law results from the case law of the European Court of Justice, in which the treaties are freely and fundamentally interpreted against the will of the founding states, which is essentially the constitutional adjudication of this Court. As a further effect of its case law, the Commission largely codifies the case law of the Court of Justice with its monopoly on the proposal of regulations and directives and submits it to the Council for adoption. The member states could only act unanimously to amend the Court's decisions on the interpretation of the treaties, which is practically impossible due to conflicts of interest. Not only for this practical reason, but also formally, Luxembourg judges are insured against the questioning of this decision-making structure, which secures their highest power position, since the existing situation is also formally anchored in the basic contracts. Under Article 281 TFEU, the Council and the EP have the right to rule on an amendment to the Statute of the Court of Justice of the European Union under the co-decision procedure, but they can do so on a proposal from the Commission if the Court agrees.[99] Otherwise, they can rule on a proposal from the Court in this area, in which case the approval of the Commission is required before a decision can be made. In other words, the Court of Justice is indispensable for changing its decision-making mechanism, and, in this way, it is formally elevated to the role of the highest EU power because it is essentially free as it has been in the EU's founding treaties for over sixty years of uncontrolled interpretation. That is why the EU, at its deepest foundation, is not based on the principle of democracy but on juristocracy. This means that the functioning of European societies and the changing of details in power struggles with legal or disguised arguments will ultimately always be decided by the Court.

Thus, with regard to the main power role of the Court of Justice, one has to agree with Neyer, but it has to be critically asked whether this structure of juristocracy is actually the embodiment of justice or whether it is just a disguise of power struggles in which the dominant power groups fight while the masses of millions of Europeans are pushed back. This brings to the fore the dominant social groups, which may not have been in power through the elections, but have the resources of the intellectual and media sectors, and can, therefore, assert their interests behind juristocracy. I do not want to repeat the analysis of previous chapters on NGO networks established by some wealthy global foundations behind the ECHR and the EU institutions, so I will only refer to them. The narrative taken seriously by Neyer, according to which EU citizens have only been given the right and freedom to act against their own states by the Court of Justice and the ECHR, is already evident in the above-mentioned decisions of the *"judicial coup"* of 1962-64 (*van Gend and Costa* v *Ennel*) in which this emerged as an argument. In this narrative, member states' rights were granted directly to citizens, and this was portrayed as a radical extension of rights. However, this obscures the much more important point that, instead of a system of member state leadership that has been created and cyclically replaced by citizens in their parliamentary elections, an elite of judges not elected by them begins to make decisions about them, as well as the fact that their centuries-old national communities and nation states have started going down on the path of putrefaction.

For me, this one-sided, wrong argument gives rise to the argument that is often heard,

[99] Article 281 TFEU "The provisions of the Statute for a Court of Justice of the European Union, with the exception of Title I and Article 64, may be amended by the European Parliament and the Council in accordance with the ordinary legislative procedure. The European Parliament and the Council act either at the request of the Court of Justice and after consulting the Commission, or on a proposal from the Commission and after consulting the Court of Justice." The text does write a consultation that leaves open whether the involvement of the Court of Justice means a right of consent or just a simple request for comment, but if at least once would result from an internal shift in power – e.g. after the EP elections in 2024 a binding interpretation by the Court of Justice to rule on the case when the Commission and a majority of the EP would confront the Court of Justice over its interpretation.

and which has defended the trend within states in recent decades for constitutional courts to extend constitutional rights at the expense of legal rights, that constitutional judges only give new fundamental rights to citizens, and whoever goes against it can only be bad! In fact, what elevates an activist constitutional court from a simple level of legislative law to a constitutional jurisdiction by referring to a constitutional principle, has once been removed from the scope of legally changing rights and the legislature will no longer have it from now on. In other words, it empties the scope of citizens' democracy and gives them a constitutional right, while, at the same time, takes away the democratic stipulation. Of course, this essential moment is missing in the narrative, and Neyer uses this narrative even if he legitimizes juristocracy rather than democracy.

VI.3. Democratic but Relativized Legitimation: Input Legitimation versus Output Legitimation

In addition to the suppression of the legitimation principle of democracy mentioned above, there were lines of argument that wanted to keep this legitimation, but only in a weakened form.

In addition to the democratic legitimation in the member states, in which the state power depends on millions of citizens, the leaders of the highest power of the EU, the European Court of Justice and the Commission do not depend in any way (as the former) or only indirectly (as the latter) on elected bodies. Although the Council has democratic legitimacy with the ministers of the member states, its decision-making powers are limited because the Commission has a monopoly on proposals before taking a decision. The problem of EU legitimacy was, therefore, primarily raised as a democratic deficit.[100] This was changed for the first time by *Fritz Scharpf*'s distinction from the conceptual apparatus of systems theory in the 1990s, which reformulated the concept of democratic legitimation as input legitimation and also considered output legitimation as possible.[101] With this enlargement, it has become possible that the EU's power decisions can only be linked in a fragmentary way to democratic legitimacy, but that its arguments for prosperity and economic growth can be justified in front of millions of people. This expansion was already evident in the 1970s in analyses of the legitimacy of today's western democracies as a supplement to true legitimation, which was represented with the category of *diffuse mass loyalty*, which is, however, only brainwashing and distraction by public affairs in the consumer society. This is to say that only a lower level of satisfaction and acceptance is created, but not the level of recognition that legitimation requires. But in this reformulation, this negativity has already disappeared here and, as two members of an equivalent pair, the input and output legitimation stand side by side.[102]

---

[100] An exception to this is Andrew Moravcsik, who despite a dozen critical studies describes the structure of the EU as a model of democratic empowerment. See Moravcsik: In Defense of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union. JCMS (Vol. 40.) 2002 No. 4. 603-624. p.

[101] See after several explanations, e.g. B. Fritz Scharpf: Problems-Solving Effectiveness and Democratic Accountability in the EU. Max Planck Institute für Gesellschaftsforschung. Working Papers Serie 2003. No 1.

[102] Claus Offe started criticizing diffuse mass loyalty instead of legitimation in the early 1970s and for me there was the key in Eastern Europe to formulate that in the early 1980s in the case of Kádár Hungary (the so called "goulash communism") after the former tougher Stalinism, in which legitimation by the future of communism had already been given up, *legitimation by consumption* formed the basis of legitimacy. Even if the level of domestic consumption did not reach the level of the West, but its continued small increases since the 1960s – and especially with reference to the plight of the other surrounding socialist countries – this was widely recognized. (Since this part was removed from my first article in Valóság in Hungarian on this subject in 1981, I could only publish it as an article in the university magazine in German. See in Hungarian: Béla Pokol: Stabilitás és legitimáció. Valóság 1983 No. 1 13-22; and in German "Stability and legitimation. The reinterpretation of legitimation in Western sociology." Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös

In this way, however, they not only extended the proof of the legitimacy and worthiness of the recognition of the existing state power to the achievements created by power (welfare, consumption, etc.), but also limited the question of legitimation to the legitimation of the current state power. This narrowing becomes visible only if we focus on the fact that the legitimation debate originally dealt with whether the divine origin of state power and the consecration of the current new king through papal anointing or another Christian rite of the ruling dynasty were sufficient to do so to justify. Or, as it spread after Rousseau in the late 1700s and especially in the 1800s, only state power derived from the people can be considered legitimate. The elections were only a technical means of doing this, but in Hungary, for example, this democratic legitimation was literally not accepted by *Margit Schlachta'*s Legitimacy Party even after 1945. (In contrast to the two, the legitimacy of the Communist Leninist *avant-garde* for the legitimate leadership of society proclaimed the power of a state leadership that understood and applied the scientific laws of society and did not require popular elections!)

Since the turn of the millennium, the explanation of the power structure of the EU with this dual legitimation concept – input/output – has become common practice, and even if there are problems with democratic legitimation on the input side, this can be corrected accordingly with the performance legitimation on the output side. This was refined by a study by *Vivien Schmidt* from 2013, which introduced the *throughput legitimation* in addition to the two – by dividing the output side into two. These are indicators of the quality of the governance process – efficiency, accountability, openness, transparency, inclusion of the ruled people, etc. – and it summarizes these indicators as a third side of legitimation.[103] In my opinion, however, this only answers the success of a particular EU government (the Commission) in front of hundreds of millions of people as a subordinate question, but it does not answer the way in which the Union is managed and how it is identified. This superficial nature comes to the fore when a major global economic crisis or other global catastrophe suddenly pulls the soil out of the previously appropriate level of economic governance and welfare. It then becomes clear to what extent the masses regard the power over them as worthy of recognition in addition to everyday problem solving, and to what extent they feel strong in their identity with them so that they themselves can endure great difficulties. On the other hand, their tolerance was previously only for everyday comfort and what they thought about a state power worthy of recognition was suppressed.

The global economic crisis that began in 2008 and has yet to be seen to end – and economic analyses are constantly predicting even more serious phases in this area – as well as the already visible outlines of Europe's demographic breakdown and the EU's sluggishness against the influx of millions of Muslims, the previous level of diffuse mass loyalty to the EU has been resolved in recent years. Especially since the governments of the member states have already started to tackle these problems due to increasing mass dissatisfaction, and it is the EU elite in Brussels and Luxembourg that is blocking this due to their previous political practice and case law. This raises the question of legitimacy and the question is "Who authorized them to paralyse the governments that we have elected with a parliamentary majority?!". On the one hand, the positive results of the Union will disappear and on the other hand, it will be irrelevant that the Brussels elite will otherwise discuss the plans with thousands of self-created NGOs and that the expenditure of the Commission and some of its Directorates-

Nominatae. Sectio Iuridica. 26. tom. 1984. 173-179. p. But in my analysis, it was clear that it is not legitimation, but an addition to their lack.

[103] "Throughput legitimacy builds upon yet another term form system theory, and is judged in terms of the efficacy, accountability and transparency of the EU's governance processes along with their inclusiveness and openness to consultations with the people." Vivien A, Schmidt: Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited. Input, Output and "Throughput". Political Studies (Vol. 61.) 2013 No 1-2. 2-22. p.

General will be transparent. As was the case with Kadarism in Hungary, it only lasted while this one-party system without real elections managed to make itself bearable by a so-called legitimation through consumption.

VI.4. The Legitimation of the EU "by" the Future and its Eventual Decay

Joseph Weiler was not satisfied with the reinterpretation of democratic legitimation as the devalued input legitimation and the expansion of output legitimation did not meet his theoretical needs. Although he had been a star professor of the Brussels-Luxembourg lawyer-elite working towards a federal Europe since the early 1980s, and he had been a key player in the academic backing of the tandem between the Court and the Commission, and for several decades he had been moving towards a pan-European federation, following the failures that the EU suffered in this area, he pointed out with the utmost sincerity the internal contradictions and the baselessness of the entire project, which he had previously helped. After the failure of the draft European Constitution of 2005, in which Weiler had played an important role before the failure with the EUI lawyers in Florence, and the impact of the global financial crisis of 2008 on Europe, he considered the cause of the failure in several studies. As a young EUI researcher, he was involved in the creation, support and research of an increasing level of European integration with this institute from the second half of the 1970s, and he found that in the years after the millennium, the entire milieu of the EU aspirations had changed. The earlier milieu, which characterized the founding of the French and Italian associations for European law in the mid-1950s (mainly with members who had been socialist and communist partisans against the German occupation in the Second World War), was filled with the belief of a united Europe as a Promised Land. He saw this milieu as gone and this change has shown him that this is not just about the "democratic deficit" and that the output legitimacy that has been developed to cure it and express the EU's welfare benefits was more like the "bread and circus" method to please the crowds in dying Rome.

Except for a few smaller groups and countries, an ever closer European integration has not been called into question up till then. What caused this change and what has changed so far that the original ideal is no longer effective? – asked Weiler. His answer arose from the fact that post-war European integration promised to end the gruelling war between peoples and the highest level of hostility and hatred that had lasted for many years, and it proclaimed a prosperity perspective instead of deprivation and hunger. For the European elites, this was the land of promise, and everything that was wrong in their daily lives meant exceeding it and reaching almost earthly paradise. With a view to Soviet ideology, Weiler saw the power of the Bolshevik avant-garde, which was legitimized by the future of communism, but also in the fascist Italian and German states, he saw the legitimation with the visions of the future in front of enchanted masses.[104] In a vision of a wonderful future state, he even demonstrated legitimacy in the great European states of the 19th century. With this justification through future visions, these states have achieved widespread recognition. Against this background, in his opinion, democratic legitimacy was accepted for states only from the middle of the 20th century, but was only accepted by the European economic community, which was created without a state organization and whose goals found the greatest support among the peoples and elites of the then Western European member states and the legitimation was spontaneously restored through future visions. Legitimation through the future ensured that the broad masses regarded the march towards ever closer integration as commendable. But

[104] Naturally, he emphasizes that, in contrast to the visions of communism and fascism, which led to terrible consequences, the vision of European integration was incomparably nobler and he did not want to exempt the two terrible systems. (Weiler 2012: 256.)

when the goals were largely achieved, the hatred between the French and the Germans disappeared and the prosperity rose to unimaginable heights and the needy were also granted social benefits etc., this condition was obvious to the new generations, and the legitimation through which visions of the future have lost their appeal. In addition, the discrepancy between the promised ideal state and the distortions of everyday reality leaves only feelings of disillusionment and deception. The global crisis of 2008 and the stagnation of prosperity that had plagued the masses for years had completed the reversal of earlier positive relations with the EU. The rapid rise in Euroscepticism is only a superficial sign that it is really the deeper legitimation crisis of the entire integration project.

What way out does Weiler see in his diagnosis? We have to stop here because he has two writings for this problem from 2011 and 2012, and there is a big shift in the latter compared to the previous one. The first was given by him as a guest professor at the *Herti School of Governance* in a lecture and is available online as a study. The second was published a year later, which, in addition to an important insert, means the earlier one. The first lecture ends with a pessimistic statement that future legitimizations always are like this, and that the land of promise is necessarily only fragmentary, and is, therefore, always followed by a sober disillusionment. If it could, democratic legitimacy would help, but it has been lacking in the EU's historical past. In Weiler's words, "Democracy was not part of the original DNA of European integration." (Weiler 2011: 18.)

However, in his 2012 publication, there was a major change that put the issue of legitimacy from Weiler in a completely different perspective. In the insertion here, he emphasizes the role of the European Court of Justice in the constitutionalization of the originally international community law and the institutions of the community (and later the EU). He points out that he does not want to criticize this and has pushed integration in the right direction, but that it has led to the overestimation of the unsuitable EU institutions (the Commission, the Council, COREPER and the EP). These organizations are only caricatures of true democracy, but the Luxembourg decisions of 1962-64 on the direct effect and the primacy of Community law over the law of the member states have constitutionally constituted these bodies for which task they were actually not suitable: "But can that level of democratic representation and accountability, seen through the lens of normative political theory, truly justify the immense power of direct governance which the combined doctrines of direct effect and supremacy placed in the hands of the then Community institutions? Surely posing the question is to give the answer. In some deep unintended sense, the Court was giving its normative imprimatur to a caricature of democracy, not the thing itself." (Weiler 2012: 265.)

Although Weiler expresses himself vaguely – he half criticizes, half defends the Luxembourg judges – he sees the causes of the lack of legitimacy and the current fate of the EU as well as the growing scepticism about European integration in the decisions of the European Court of Justice in 1962-64, which started the constitutionalization and the federalization of European integration. The EU cannot do justice to this, and even the global crisis and other crises (e.g. millions of migrants) question its successes so far, not to mention the future increase in wealth and security in question. The suffocation of legitimation by the future has given us no chance for decades to restore the old belief. This raises the question of how Weiler sees a way out after genuinely acknowledging the failure of the EU's constitutionalization and federalization project. Taken into consideration that for decades, he was the chief professor and then director of the EUI, which helped the lawyers in Brussels and the judges in Luxembourg, and acted as editor-in-chief of several European legal journals, one could almost regard his proposals as expressions of genuine repentance. In comparison, he now sees a way back to the return to nation states: "It will be national parliaments, national judiciaries, and national media and, yes, national governments, who will have to lend their

'legitimacy' to a solution which inevitably involve yet a higher degree of integration. It will be an entirely European phenomenon at what will have to be a decisive moment in the evolution of the European construct, the importance, even primacy of the national communities as the deepest source of 'legitimacy' in the integration project will be affirmed yet again." (Weiler 2012: 268.)

Weiler's recognition that the "revolution" of the European Court of Justice in 1962 and the over-stretching of the entire institutional system of the EU towards federalization have caused the entire legitimacy crisis can be clarified by the fact that today's dead end means an intermediate phase, i.e. the EU is a mixture of the semi-federation and the half-blocked, partially oppressed nation-state member states, and the dead end can only be removed by an eruption in either direction. Fragmented national identities and the lack of a single European people and identity only make this a realistic direction for the restoration of the sovereign nation-state, and the last sentences of Weiler's writings suggest this. He wants to achieve this by returning to nation states and letting them be the main protagonists who sincerely determine to create a federal Europe instead of only the Courts doing this. In contrast, it should be emphasized that if we have truly learned from the EU's failure to date, we must use the return to the 1962 situation and to European integration at the level of a European Economic Community. This is the only way to ensure that the EU will be fully functional again through intergovernmental mechanisms, and thus the democratic legitimacy that the member states are realising "from home" will also eliminate the crisis of legitimacy here.

References

Ackerman, Roderick/Elsa Perreau/Malin Carlberg: Democratic accountability a budgetary control of non-governmental organizations funded by the EU budget. Directorate–General for Internal Policies 2016. 130. p.

Agostini, Nicolas (2015): Demystifying Human Rights Protection in Asia. International Federation for Human Rights. FIFH Paper No. 669. Paris. 2015.

Alter, Karen (2008): Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation. Law and Contemporary Problems (Vol. 71.) Winter. 38-76. p.

Alter, Karen (2012): The Global Spread of European Style of International Courts. West European Politics 2012. No. 1. 35-154. p.

Arato, Julian: Constitutional Transformation in the ECTHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rules of International law. Brook. J. Int'L Law 2012 (Vol. 37.) 351-353. p.

Arato, Julian: Treaty Interpretation and Constitutional Transformation: Informal Change in International Organization. The Yale Journal of International Law (Vol. 38.) 2013. 319-339. p.

Berger, Vincent: Jurisconsult of the Court (2006-2013). In www. berger-avocat.eu/echr/jurisconsult.html

Bignami, Francesca (2013): Rethinking the Legal Foundation of the European Constitutional Order: The Lessons of the New Historical Research. American University International Law Review (Vol. 28.) 2013. 1311-1335. p.

Blauberger, Michael (2013): Minimalistische Reaktion oder vorauseilende Reform? Der nationale Umgang mit der Rechtsprechung des EuGH. Österreiche Zeitschrift für Politikwissenschaft. (Vol. 42.) 2013. Heft 2. 182-196. p.

Blauberg, Michael/Susanne K. Schmidt: The European Court of Justice and its political impact. West European Politics (Vol 40.) 2017. No. 4. 907-918 p.

Boulanger, Christian (2002): Europeanization through Judicial Activism? In: Wojciech Sadurski/A. Czernota/M. Krygier (eds): Spreading Democracy and the Rule of Law? Springer Verlag. Diodrecht 2006. 263-280. p.

Böckenförde, Markus et al (eds.) (2016): Judicial Review System in West Africa. A Comparative Analysis. International IDEA Edition. Stockholm. 2016.

Butler, Graham: Interview with David Thór Björgvinsson: A Political Decision Disguised as Legal Argument? Opinion 2/13 and the European Union Accession to the European Convention on Human Rights. Utrecht Journal of International and European Law. (Vol. 81.) 2015. No. 31.

Buyse, Antoine (2009): The Pilot Judgement Procedure at the Court of Human Rights: Possibilities and Challenges. Nomiko Vima (Greek Law Journal) November 2, 2009. 16. p.

Byberg, Rebeka Birkebo (2017): Academic Allies. The Key Transnational Institutions of the Academic Discipline of European Law and Their Role in the Development of the Constitutional Practice 1961-1993. Kobenhavns Universitet, Det Humanistiske Fakultet. PhD Thesis.

Chalmers, Damian/Mariana Chaves (2011): The Reference Points of EU Judicial Politics. LEQS Paper No. 43/2011. 31. p.

Cichowski, Rachel A. (2007): The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance. Cambridge University Press.

Clinquennois, Gaetan/Brice Champetier (2016): The Economic, Judicial and Political Influence Exerted by Private Foundations on Cases Taken by NGOs to the European Court of Human Rights: Inklings of a New Cold War? European Journal (Vol. 22.) No. 1. 92-126. p.

Cohen David (2007): EU Lobbying: Empirical and Theoretical Studies. Journal of European Public Policy (Vol 14.) 2017. No. 3. 333-345. p.

Cohen, Mathilde (2014): Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations in Courts of Last Resort. The American Journal of Comparative Law (Vol. 62.) 2014. 970-971. p.

Cohen, Mathilde (2016): On the linguistic design of multinational courts: The French capture. I-CON. 2016. 1-20. p.

Cohen, Mathilde Cohen (2017): Judges or Hostages? Sitting at the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. In: Fernanda Nicola/Bill Davis (eds.): EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence. Cambridge University Press 2017. 58-80. p.

Cooper Harry/Quentin Aries (2017): Commission sides with Greens on NGO funding – How to lobby (and how not to). Politico 4/21/217.

Cullen, Pauline (2017): The Platform of European Social NGOs: ideology, division and coalition. Journal of Political Ideologies (Vol. 15.) 2017 No. 3. 317-331. p.

Davies Bill (2012): Pushing Back: What Happens When Member States Resist the European Court of Justice? A Multi-Modal Approach to the History of European Law. Contemporary European History (Vol. 21) 2012. Issue 3. 417-435. p.

Davies, Bill/Fernanda G. Nicola (2016): Symposium: Foreign Law in Constitutional Courts. The American Journal of Comparative Law (Vol. 64) 797-800. p.

Dederke, Julian (2014): Bahnliberalisierung in der Europäischen Union. Die Rolle des EuGH als politischer und politisch restringierter Akteur bei der Transformation staatsnaher Sektoren. Papers on International Political Economy. Freie Universität Berlin. 2014. No. 20. 28. p.

Dellis, Konstantinos/David Sondermann (2017): Lobbying in Europe: ner firm-level evidence. European Central Bank Working Paper Series. No.2071/2017. 22. p.

Dodson. Michael J./Jackson. D. W. (2000): Democratic Transition in Central America: Justice Reform and the Civic Culture. (Internet)

Dumbrovsky, Tomas (2013): The European Court of Justice after the Enlargement: An Emerging Inner Circle of Judges. EUSA Twelfth Biennial Conference, Boston. 2013.

Dyzenhaus, David (2012): Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. Global Constitutionalism (Vol. 1.) 2012. No. 2. 234. p.

Eriksen, Erik Oddvar (2011): Democratic legitimacy beyond borders. Government without a state. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 245-279. p.

Feldman, Noam (2005): Imposed Constitutionalism. Connecticut Law Review (Vol. 37) 2005. 851-865. p.

Flamini, Roland (2012): Judicial Reach: The Ever-Expanding European Court of Justice. World Affairs Journal. 2012. Issue November-December.

Follesdal, Andreas (2015): Legitimacy Theories of the European Union. ARENA – Centre for European Studies, University of Oslo. Working Papers 4/15. 37. p.

Forst, Rainer (2011): Justice and Democracy. Comment on Jürgen Neyer. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 37-42. p.

Fossum, John Erik (2011): The constitutional dimension. Comment on Glyn Morgan. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 235- 243. p.

Gammelin, Cerstin/Raimund Löw: Europas Strippenzieher (2014): Wer in Brüssel wirklich regiert. ECON. Berlin. 2014

Gardbaum, Stephen (2015): Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracy? Columbia Journal of Transnational Law (Vol.53) 2015. No. 1. 285-320. p.

Girnd, Cornelia (2008): Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen. Interview mit Fritz Scharpf. Mitbestimmung 7-8/2008. 19-23. p.

Goll, Ulrich/Markus Kenntner (2002): Brauchen wir ein europäischer Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002. No 3. 101-106. p.

Gotev, Georg (2018): Macron's party neck-and-neck with far right in 2019 EU election. Euroactiv.com September 14, 2018.

Gotev, Georg (2018): Salvini sees populist-conservative coalition guiding the new EU Commission. Euroactiv.com September 12, 2018.

Graetz. Michael J. (2012): Critical Legal Histories Revisited: A Response. Law and Society (Vol. 37.) 2012. Issue 1. 200-215. p.

Grimm, Dieter: Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie. C. H. Beck Verlag. 2016.

Guilhot, Nicolas (2007): Reforming the World. George Soros, Global Capitalism and the Philantrophic Management of the Social Sciences. Critical Sociology 2007. No. 3. 447-477. p.

Hartlapp, Miriam (2008): Internal Dynamics: Position Formation in the EU Commission. WZB Paper. 2008. 25. p.

Hartlapp, Miriam/Julia Metz/Chrisitan Rauh (2010): The agenda setting by the European Commission: the result of balanced or biased aggregation of positions? LSE. LEQOS Paper No. 21/2010. London. 29. p.

Hathaway, Oona H.: Rationalism and Revisionism in International Law. Harvard Law Review (Vol 119.) No. 3. 1404-1443. p.

Hauser, Henry (2011): European Lobbying Post-Lisbon: An EconoHauser, mic Analysis. Berkeley Journal of International Law (Vol. 29.) 2011. No. 2. 680-709. p.

Haverland, Markus/Minou de Ruiter/Steven Van de Walle (2018): Agenda Setting by the European Commission. Seeking public opinion? Journal of European Public Policy. (Vol. 25.) 2018. No. 3. 327-345. p.

Hirschl, Ran (2004): Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press.

Hitzel-Cassagnes, Tanja (2011): Transnationalism beyond the statist paradigm. Comment on Volker Röben. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 167-177. p.

Hoetink, Karla/Karin van Leeuwen: Dilemmas of Democracy. Early Postwar Debates on European Integration in the Netherlands. In Joris Gijsenbergh (ed.): Creative Crises in Democracy. Peter Lang. Brussel 2012. 183-213. p.

Hofmann, Andreas (2009): Influencing Policy Production in the European Union: The European Commission Before the European Court of Justice. Paper presented at the EUSA Eleventh Biennial International Conference. Los Angeles. April 22-25, 2009.

Hofmann, Andreas (2018): Resistance against the Court of Justice of the European Union. International Journal of Law in Context (Vol. 14.) 2018. No. 2. 2-25. p.

Höpner, Martin (2010): Von der Lückenfüllung zur Vertagsumsdeutung. Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH). Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management 2010. Heft 1. 165-185. p.

Höpner, Martin (2014): Wie der Europäischer Gerichtshof und die Kommission Liberalisierung durchsetzen. Befunde aus der MPifG-Forschunsgruppe zur Politische Ökonomie der europäischen Integration. Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung. MPIfG Discussion Paper 14/8. 2014.

Höreth, Marcus: Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH als Alternative zum “Court Curbing”. Der Staat (Vol. 50.) 2011. Heft 2. 191-226. p.

Hsieh, Pasha L. (2017): The RCEP, New Regionalism and the Global South. IILJ Working paper 2017/4. (MegaReg Series) New York University School of Law. New York.

Jackson, Vicki C. (2007): Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance and Engagement. Federal Law Review (Vol. 35.) 2007. 164. p.

Jongh, Maurits de/Tom Theuns (2017): Democratic Legitimacy, Desirability and Deficit in EU Governance. Journal of Contemporary European Research. (Vol. 13.) 2017. Issue 3. 1283-1300. p.

Joerges, Christian (2011): How will constitutionalism and the idea of law-mediated legitimacy survive in postnational constellations? Comment on Stefan Kadelbach. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 135-144. p.

Judge, David/ D. Earnshaw (2003): The European Parliament. Palgrave Macmillan. New York.

Kadelbach, Stefan (2011): Legitimacy, supranationalism and international organizations. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 113-134. p.

Kaunert, Christian /Sarah Lénard/Ulrike Hoffmann (2013): Venue Shopping and the Role of Non-governmental Organizations in the Development of the European Union Asylium Policy. Comparative Migration Studies (CMS) Vol. 1. 2013. No. 1. 179-200. p.

Kugler, Maurice/Rosenthal H. (1998): Checks and Balances: An Assessment of the Institutional Separation of Political Powers in Colombia. (Internet)

Lánczos Petra: Nyelvpolitika és nyelvi sokszínűség az Európai Unióban. Doktori értekezés. Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Jog- és Államtudományi Doktori Iskola. 2012.

Lang, Andrei (2016): Autonomie "über alles": Eine Kritik des Achmea-Urteils des EuGH. Juwissblog (16. März 2018)

Leach, Philip (2013): No longer offering fine mantras to a parched child? The European Court's developing approach to remedies. In: Follesdal, Andreas/ Birgit Peters/Geir Ulfstein (eds.): Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context. Cambridge University Press. 2013. 142-180. p.

Lehmann, Wilhelm (2009): The European Parliament. In.: Davis Cohen/Jeremy Richardson (eds.): Lobbying the European Union: Institutions, Actors and Issues. Oxford University Press. Oxford. 2009. 39-69. p.

Lenaerts, Koen (2018): The Court of Justice in 2017: Changes and Activity. In: Annual Report Judicial Activity. Court of Justice of the European Union. Luxembourg. 2018. 8-19. p.

Leone Alexander J.(2005): Compliance with New International Law: A Study of Venice Commission Opinion No. 363/2005 on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners. The Geo. Wash. Int'l Law Review (Vol. 41.) 2009. 299-326. p.

Leuwen, Karin van (2012): On Democratic Concerns and Legal Tradition: The Dutch 1953 and 1956 Constitutional Reform 'Towards' Europe. Contemporary European History (Vol. 21) 2012. Issue 3. 357-374. p.

List, Heike (2011): Finding a zoo for European polecats, lions and foxes. Contexts of democratic empowerment. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 204-215. p.

Lord, Christopher (2011): Power without arbitrariness? Some reflections on attempts to use indirect legitimacy to justify the EU as a 'restrained yet capable' form of political power. In:

Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 181-201. p.

Martinsen, Franciska (2011): The process of legitimation as a large scale experiment. Comment on Erik Oddvar Erikson. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 281-288. p.

Mazey, Sonia/J. Richardson (1993): Lobbying in the European Community. Oxford University Press. New York.

McAuliffe, Karen: Behind the Scene at the Court of Justice. Drafting EU Law Stories. In: Fernanda Nicola/Bill Davis (eds.): EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence. Cambridge University Press 2017. 40-57. p.

McCown, Margaret (2209): Interest Groups and the European Court of Justice. In.: Davis Cohen/Jeremy Richardson (eds.): Lobbying the European Union: Institutions, Actors and Issues. Oxford University Press. Oxford. 2009. 89-104 p.

McCormick, D. Neil/Robert Summers (eds.): Interpreting Statutes. A Comparative Study. Dartmouth. Aldershot. 1991.

Moravcsik, Andrew (2002): In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union. JCMS (Vol. 40.) 2002 No. 4. 603-624. p.

Morgan, Glyn (2011): How desirable is further European integration? In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 217-234. p.

Nardella, Carlo (2017): The Symbolic Legitimation of the European Union: Patterns and Problems. Sociologica 2017. Fasciolo 1. 2-18. p.

Neuhold, Chritine (2001): The Role of European Parliament Committees in the EU Policy-Making Process. Renner Institute Wien, 27 p.

Neyer, Jürgen (2011) Justice, not democracy. Legitimacy in the European Union. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 14-35. p.

Nicola, Fernanda G. (2017): Luxembourg Style With or Without the UK. Fordham International Law Journal (Vol 40.) 2017 Issue 5. 1505-1534. p.

Niesen, Peter (2011): Two kinds of transnational democracy. Comment on William E, Scheuerman. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 105-111. p.

Nullmeier, Frank/Tanja Pritzlaff (2011): The great chain of legitimacy. Justifying transnational democracy. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 43-62. p.

Ohlin, David (2015): The Assault on International Law. Oxford Univ. Press. Oouendo, Ángel R. (2017): The Politicization of Human Rights within the Inter-American System and Beyond. International Law and Politics (Vol. 50) 2017. No. 1. 2-73. p.

Ophey, Kristina (2018): Post-Lisbon Policy Making in the European Commission. Juncker's Politics of (Re-)Structuring Infra-Commission Policy Formulation Processes. ARENA Working Paper 6/2018. 16. p.

Oztas, Buket/Amie Kreppel (2017): Power or Luck? Understanding the Character of European Commisson Agenda Setting Influence. Paper presented for the Midwest Political Science Association Annual Conference. Chicago, April 6-9, 2017.

Pavone, Tommaso (2018): Revisiting Judicial Empowerment in the European Union: Limits of Empowerment, Logics of Resistance. Journal of Law & Courts 2018. Fall, 2-44. p.

Pedone, Luiz (1995): The Judiciary as an Obstacle to Democracy in Latin-America. (Internet)

Pijl, Kees van der (1984): The Making an Atlantic Ruling Class. London. Verso 1984.

Pijl, Kees. van der (2006): Global Rivalries from the Cold War to Iraq,. Pluto Press 2006.

Pokol Béla (1983): Stabilitás és legitimáció. Valóság 1983. 1. 13-22. p.

Pokol Béla (1984): Stabilität und Legitimation. Die Umdeutungen der Legitimation in der westlichen Soziologie. Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio Iuridica. 26. tom 1984. 173-179. p.

Pollack, Mark A. (2016): Learning from EU Law Stories. The European Court and Its Interlocuters Revisited. In: Bill Davies/Fernanda Nicola eds. (2016): EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence. Cambridge University Press. 211- 240. p.

Posner, Eric A. (2017): Some Comments on Beth Simmons's Mobilizing for Human Rights. International Law and Politics (Vol. 44.) 2017. No. 3. 819-831.p.

Press Release (2017): EPP Group deplores attempts to keep NGO financing secret. (EPP Group in the European Parliament. September 14, 2017.

Rasmussen, Hjalte (2007): Present and Future European Judicial Problems after Enlargement and the Post-2005 ideological Revolt. Common Modern Law Review (Vol. 44.) 1661-1687. p.

Rassmussen, Morten (2013): Rewriting the History of European Public Law: The New Contribution of Historians. American University International Law Review (Vol. 28.) 2013. 1187-1221. p.

Rasmussen, Morten (2014): Revolutionizing European Law: A history of the Van Gend en Loos judgment. International Journal of Constitutional Law (Vol. 12.) 2014. Issue 1. 136-163. p.

Riegner Michael (2010): The Two Faces of the Internationalized pouvoir constituant: Independence and Constitution-Making under External Influence in Kosovo. Goettingen Journal of International Law (Vol. 37.) No. 3. 1035-1062. p.

Röber, Volker (2011): Political legitimacy and democracy in transnational perspective. 'Democracy and or beyond the state'. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 145-166. p.

Russack, Sophia (2017): How is Juncker's last-chance Commission faring at mid-term? European Policy Analysis 2017. No 4. 1-11. p.

Sandholtz Wayne (2016): A New Age of International Courts. Tulsa Law Review (Vol. 51.) 2016. Issue 2. 471-485. p.

Saurugger, Sabine (2009): COREPER and the National Governments. In.: Davis Cohen/Jeremy Richardson (eds.): Lobbying the European Union: Institutions, Actors and Issues. Oxford University Press. Oxford. 2009. 105-127. p.

Scheingold, Stuart (1998): The Struggle to Politicize Legal Practice. A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Austin Sarat/S. Scheingold (eds.): Cause Lawyering. Oxford University Press. 1998. 118-150. p.

Schepel, Harm/Erhard Blankenburg (2001): Mobilizing the European Court of Justice. In: Graine de Burca/Joseph H. H. Weiler (eds.): The European Court of Justice. Oxford University Press. 2001. 9-42. p.

Scheuerman, William E. (2011): Postnational democracies without postnational states? Some sceptical reflections. In: Forst, Rainer/Rainer Schmalz-Bruns (eds.): Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena. Oslo. 2011. 75-104. p.

Schmidt, Vivien A. (2013): Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited. Input, Output and „Throughput". Political Studies (Vol. 61.) 2013. No 1. 2-22. p.

Schmidt, K. Susanne (2000): Only an Agenda Setter? The European Commisson's Power over the Council of Ministers. European Union Politics (Vol 1.) 2000. No. 1. 37-61. p.

Schreienmacher, Björn (2014): Vom EuGH zur Richtlinie – wie die EU-Mitgliedstaaten über die Kodifizierung europäischer Rechtsprechung entscheiden. Transtate Working papers 2014. No. 183. Bremen. 22. p.

Scott-Smith, Giles (2012): Expanding the Diffusion of US Jurisprudence – the Netherlands as a 'Beachhead' of US Foundations in the 1960s. In: John Kriege/Helke Rausch (eds.): American Foundations and the Production of the World Order in the Twentieth Century. Göttingen. Vandenhoeck & Rupprecht. 2012. 210-231. p.

Slaughter, Anne-Marie (2004): The New Global Order, 2004.

Somek, Alexander (2012): Administration without Sovereignty. In. Petra Dobner- Martin Loughlin (ed.): The Twilight of Constitutionalism? Oxford University Press 2010. 286. p.

Springer, Alexander P. (1998): Political Justice? Assessing the Role of Colombian Courts. (Internet)

Stone-Sweet, Alec (2010): The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance. Yale Law School, Faculty Scholarship Series. 2010. Paper 70. 53. p.

Sundstrom, Lisa McIntosh (2014): Russian NGOs and the European Court of Human Rights. Human Rights Quarterly (Vol. 36.) 2014. 844-868. p.

Szemesi Sándor (2013) Az emberi jogok európai őrének új fegyvere: a *pilot judgement* eljárás a strasbourgi bíróság gyakorlatában. Jog - Állam - Politika 2013/ 4. 47-64. p.

Tamm Ditlev (2013): The History of the Court of Justice of the European Union since its Origin. In.: The Court of Justice and the Construction of Europe. The Hague. Asser Press. 2013. 9-34. p.

Teitel, Rudi/Rober Howse (2009): Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order. N. Y. U. Journal of International Law and Politics (Vol. 41.) 2009. 292-294. p.

Terris, Daniel et al (2007): The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases. 2007.

Tickell, Andrew: Dismantling the Iron-Cage: the Discursive Persistence and Legal Failure of a „Bureaucratic Rational" Construction of the Admissibility Decision-Making of the European Court of Human Rights. German Law Review (Vol 12.) 2011. 1799. p.

Van den Eynde, Laura. (2013): An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs before the European Court of Human Rights. Netherlands Quarterly of Human Rights 2013. No. 2. 271- 313. p.

Volk, Christian (2012): Why Global Constitutionalism Does not Live up to its Promises. Goettingen Journal of International Law (Vol. 2.) 2012 No. 2. 559-560. p.

Wahl, Rainer (2010): In Defence of 'Constitution'. In: Petra Dobner/Martin Loughlin (eds.): The Twilight of Constitutionalism? Oxford Univ. Press 2010. 240. p.

Waldron, Jeremy (2004b): Can there be a Democratic Jurisprudence? (Draft of March 2004 for Analytical Legal Philosophy Conference. NYU School of Law)

Wasserfallen, Fabio: The Judiciary as Legislator? How the European Court of Justice shapes Policy-Making in the European Union. Paper presented at the Annual Meeting of the Swiss Political Science. St. Gallen, January 8-9, 2009.

Water, Melissa A. (2007): Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretative Incorporation of Human Rights Treaties. Columbia Law Review (Vol. 107.) 2007. No. 2. 628. p.

Weiler, J. H. H. (2011): On the Political and Legal DNA of the Union and the Current European Crisis. (Lecteur at the Hertie School of Governance. 2011. 17. p. (Internet)

Weiler, J. H. H. (2012): Europe in Crisis – On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and the 'Rule of Law'. Singapore Journal of Legal Studies 2012. 248-268. p.

Wiesbrok, Anja, (2013): The self-perpetuating of EU constitutionalism in the area of free movement of persons: Virtuous or vicious cycle? Global Constitutionalism 2013 Issue 1. 125-150. p.

Wilson, Bruce W/Handberg R. (1998): Opening Pandora's Box: The Unanticipated Political Consquences of Costa Rican Lergal Reform. (Internet).

Wilson, Bruce M/Gaal, M./Handberg R. (2001): Comparing Activist National Courts: Hungary and Costa Rica. (Internet)

Zhang, Angela Huyue (2016): The Faceless Court. University of Pennsylvania Journal of International Law (Vol. 38.) 2016. No. 1. 71-119. p.

Serbakov, Márton Tibor[1]

The attack on the U.S. Capitol and the security threat posed by the QAnon conspiracy theory

I. Introduction

As Argentino states: "What is the cost of propaganda, misinformation, and conspiracy theories? Democracy and public safety, to name just two things. The U.S. has received a stark lesson on how online propaganda and misinformation have an offline impact."[2]

A group of Trump supporters stormed Capitol Hill on January 6, 2021, and clashed with police in violence that left four people dead. They were attempting to prevent the confirmation of Joe Biden's election victory. They descended on the U.S. Capitol after Trump made a speech to his supporters, imploring them to "fight" to stop the "steal" of the election. Police officers shot one woman dead, while three more Trump supporters died of "medical emergencies". U.S. Capitol Police later released a statement confirming one of their officers had also died of injuries sustained during the riots.[3] A leader in the QAnon conspiracy theory movement was one of the rioters storming the U.S. Capitol: the so called "Q Shaman" or "QAnon Shaman" aka "Jake Angeli" (or Yellowstone Wolf[4]), whose real name is Jacob Anthony Chansley. The movement has played a big role in organizing nationwide "Stop the Steal" protests in the two months since President-elect Joe Biden won the 2020 election.[5]

The FBI for the first time has identified fringe conspiracy theories as a domestic terrorist threat. The FBI intelligence bulletin from the bureau's Phoenix field office, dated May 30, 2019, describes "conspiracy theory-driven domestic extremists," as a growing threat, and notes that it is the first such report to do so. It lists a number of arrests, including some that have not been publicized, related to violent incidents motivated by fringe beliefs. This document specifically mentions QAnon.[6] The FBI warned the U.S. about the growing dangers of domestic violent extremists and called it the number one terrorism threat in 2021.[7]

The aim of my paper is to shed light on the (national) security threat posed by the Qanon conspiracy theory. I intend to examine the problem of conspiracy theories and radicalization, and shed light on the origins of the "The Storm" conspiracy theory and its connection to QAnon. I introduce the evolution and basics of the QAnon conspiracy theory and the online presence of its adherents, and also examine the social media manipulation nearing the U.S. election. I examine the attack on the U.S. Capitol, the characterization of the

---

[1] Serbakov, Márton Tibor, PhD student, Department of Criminal Law, University of Pécs Faculty of Law

[2] Marc-André Argentino: QAnon and the storm of the US Capitol: The offline effect of online conspiracy theories. https://qz.com/1954265/the-attack-on-the-us-capitol-shows-the-real-danger-of-qanon/ (21/01/2021.)

[3] James Franey: US Capitol storming: What you need to know. https://www.dw.com/en/us-capitol-storming-what-you-need-to-know/a-56154560 (21/01/2021.)

[4] Rich Schapiro – Michael Kosnar: Capitol rioter in horned hat gloats as feds work to identify suspects. https://www.nbcnews.com/news/us-news/capitol-rioter-horned-hat-gloats-feds-work-identify-suspects-n1253392 (21/01/2021.)

[5] Rachel E. Greenspan – Haven Orecchio-Egresitz: A well-known QAnon influencer dubbed the 'Q Shaman' has been arrested after playing a highly visible role in the Capitol siege. https://www.businessinsider.com/q-shaman-qanon-influencer-capitol-siege-washington-dc-protest-riot-2021-1 (21/01/2021.)

[6] Jana Winter: Exclusive: FBI document warns conspiracy theories are a new domestic terrorism threat. https://news.yahoo.com/fbi-documents-conspiracy-theories-terrorism-160000507.html (21/01/2021.)

[7] Sarah Schulte: FBI warns America about domestic terrorism following attack on US Capitol. https://abc7chicago.com/domestic-terrorism-fbi-us-capitol-building-the-internet/9634442/ (21/01/2021.)

incident, Qanon's role in the attack and the figure of the "Q Shaman", the people charged, the groups involved in the incident, and the online discussions leading up to the attack. Finally, I draw conclusions and make recommendations. My paper focuses on the criminological aspects and security issues related to the incident and the dangers of conspiracy theories circulating online. I only discuss the political aspects in such detail, that is necessary to understand the topic and the issues at hand.

II. Conspiracy theories and radicalization

According to Sternisko et al. conspiracy theories are "theories that a powerful group of people are secretly working towards a malevolent or unlawful goal."[8] They "[…] are consequential as they have a real impact on people's health, relationships, and safety; they are universal in that belief in them is widespread across times, cultures, and social settings; they are emotional given that negative emotions and not rational deliberations cause conspiracy beliefs; and they are social as conspiracy beliefs are closely associated with psychological motivations underlying intergroup conflict."[9]

These theories pose a threat to democratic[10] systems. With the development of social media, conspiracy theorists acquired a new platform to spread their unsubstantiated claims at an unprecedented rate and organize dangerous social movements.[11] The rapid spread of conspiracy theories such as Pizzagate, COVID-19 conspiracies, and QAnon, coupled to the dangerous real world actions that people have taken based on a belief in these narratives, are no longer a fringe phenomenon. Actual conspiracies and conspiracy theories threaten democracy each in their own particular way. An actual conspiracy usually comes to light because of the investigative capacities of a free and independent press, and reveals corruption in government or industry; as such, the discovery of an actual conspiracy confirms the power of democratic institutions. Conspiracy theories, on the other hand, seek to undermine the very premise of democratic institutions.[12] Online fringe communities offer platforms for users to seek and share paranoid ideas fuelling suspicion of mainstream news, and outright conspiracy theories.[13] According to Gradoń, one of the impacts the COVID-19 pandemic has on the society, is the rise in cyber-enabled crime, terrorism, and information warfare including – but not limited to – disinformation campaigns and fake news propagation, that are undermining social fabric, causing civil unrest, and increasing the emotional consequences: fear, anxiety and uncertainty. This means increased challenges for the law-enforcement agencies and institutions responsible for public security and safety.[14] The February 19, 2020, Hanau,

[8] Anni Sternisko – Aleksandra Cichocka – Jay J Van Bavel: The dark side of social movements: social identity, non-conformity, and the lure of conspiracy theories. Current Opinion in Psychology, 2020, Vol. 35, p. 1.

[9] Jan-Willem van Prooijen – Karen M. Douglas: Belief in conspiracy theories: Basic principles of an emerging research domain. European Journal of Social Psychology, 2018, Vol. 48, No. 7, p. 897.

[10] About the relationship between democracy and the rule of law: Zoltán J. Tóth: A demokrácia és a jogállamiság kapcsolata. (The relationship between democracy and the rule of law) Jogtudományi Közlöny, 2019, No. 7-8, p. 302-317. (In Hungarian)

[11] Anni Sternisko – Aleksandra Cichocka – Jay J Van Bavel: The dark side of social movements: social identity, non-conformity, and the lure of conspiracy theories. Current Opinion in Psychology, 2020, Vol. 35, p. 4.

[12] Timothy R. Tangherlini – Shadi Shahsavari – Behnam Shahbazi – Ehsan Ebrahimzadeh – Vwani Roychowdhury: An automated pipeline for the discovery of conspiracy and conspiracy theory narrative frameworks: Bridgegate, Pizzagate and storytelling on the web. PLOS One, 2020, Vol. 15, No. 6, p. 34.

[13] Antonis Papasavva – Jeremy Blackburn – Gianluca Stringhini – Savvas Zannettou – Emiliano De Cristofaro: "Is it a Qoincidence?": A First Step Towards Understanding and Characterizing the QAnon Movement on Voat.co. p. 1. https://arxiv.org/pdf/2009.04885.pdf (21/01/2021.)

[14] Gradoń, Kacper. Crime in the time of the plague: fake news pandemic and the challenges to law-enforcement and intelligence community. Society Register, 2020, Vol. 4, No. 2, p. 134.

Germany, shisha bar attack by Tobias Rathjen is a recent example of how conspiracy theories could play a role in radicalization to terrorist violence.[15]

III. Origins of "The Storm" conspiracy theory and its connection to QAnon

QAnon believers predict the secret war between Trump and the "deep state" network will lead to "The Storm" – a day of reckoning when Trump's opponents will be arrested or executed. Recently, QAnon believers have also pushed a range of baseless coronavirus conspiracies. These include claims the virus is a hoax, or a Chinese bioweapon designed to hurt Trump's re-election chances.[16]

"The Storm" became an overnight sensation online. It is a meta-conspiracy, in which the investigations into Russian meddling in the 2016 election and potential collusion with the Trump campaign is upside down. Special counsel Robert Mueller, in this universe, is preparing to indict hundreds of Democrats and Hollywood celebrities for their roles in a massive worldwide pedophilia ring, operated by "globalists" who are conspiring to destroy Trump, who is masterminding this "countercoup." In a few weeks, the theory has become the obsession of almost every conspiracy theorist, notably Alex Jones and his Infowars[17] operation, as well as social-media figures such as Liz Crokin.

"The Storm" originates from Trump's cryptic remarks on October 6, 2017 saying that a gathering of military leaders represented "the calm before the storm." When asked what he meant, he said: "You'll see." Three weeks later, an anonymous at the message board 4chan – one of the main organizing and recruitment forums for the alt-right[18] – who claimed he had high-level "Q" national-security clearance began publishing cryptic messages, that he claimed were "intel drops" intended to start informing the public about what was really happening inside the White House, and what Trump meant by his strange remarks. According to "QAnon," Trump's remark was a reference to the indictments handed down by Mueller in late October. "QAnon," claimed that Trump was never under investigation, instead, those indictments were being directed at a massive conspiracy involving a global pedophilia ring operated by high-level Democrats and other "globalists" who were part of a plot to overthrow Trump's presidency with a "deep state" coup. The same ring that was the focus of the "Pizzagate" conspiracy theory that excited much of the far right in the months after the 2016 election. The conspiracists, including Jones, claimed that Clinton campaign adviser John Podesta's emails, stolen by hackers during the campaign and published on Wikileaks, revealed that he, Clinton, and a host of others were part of a pedophilia ring operating out of a Washington, D.C., pizza parlor.

---

[15] Blyth Crawford –Florence Keen: The Hanau Terrorist Attack: How Race Hate and Conspiracy Theories Are Fueling Global Far-Right Violence. CTC Sentinel, 2020, Vol. 13, No. 3, Cited by: Amarnath Amarasingam – Marc-André Argentino: The QAnon Conspiracy Theory: A Security Threat in the Making? CTC Sentinel, 2020, Vol. 13, No. 7, p. 41.

[16] Audrey Courty: QAnon believers will likely outlast and outsmart Twitter's bans. https://theconversation.com/qanon-believers-will-likely-outlast-and-outsmart-twitters-bans-143192 (21/01/2021.)

[17] https://www.infowars.com/ (21/01/2021.)

[18] What is the alt-right? „Although the movement is notoriously difficult to define, a few overarching themes can be delineated: unequivocal rejections of immigration and multiculturalism among most, if not all, altright subgroups; an intense criticism of feminism, in particular within the manosphere community, which itself is divided into several clans with different goals and subcultures (men's rights activists, Men Going Their Own Way, pick-up artists, incels)." Maxime Dafaure: The "Great Meme War:" the AltRight and its Multifarious Enemies. Angles, 2020, Vol. 10, No. 2, p. 1.

In the new expanded version of the theory, this ring has gone global. "QAnon" and the conspiracy theorists at 4chan, 8chan, and on Twitter claimed that this pedophilia ring is the real focus of Mueller's investigation. The general conclusion on social media, was that a wave of arrests – including Clinton, Obama, Podesta, Soros, Sen. John McCain, and a number of leading Hollywood figures and Democrats was about to happen. There has been a credibility issue for "QAnon" early on, since he posted in early November a scenario in which hundreds of arrests, and massive social turmoil were about to happen in a matter of days. November came and went, without any such event. But that has not decreased the enthusiasm of QAnon's fans. These apparently include a significant portion of radical-right social-media users, as indicated by the Southern Poverty Law Center'S (SPLC) Hate Tracker, which monitors the spread of extremist ideologies and claims on Twitter.[19]

IV. The basics and the evolution of the QAnon conspiracy theory

QAnon is a big tent conspiracy theory, a meta narrative that knits together contemporary politics and old racist tropes with centuries of history. Qanon at its core is the idea that all American presidents between John F. Kennedy and Donald Trump have been working with a cabal of globalist elites called "The Cabal" to undermine American democracy and forward their own nefarious agenda.

(This cabal includes Soros and the Rothschild family, but the theory is more anti-elite than explicitly anti-Semitic.) In all versions of the mythos, the Cabal seeks to destroy American freedom and subjugate the nation to the wills of a world government. In some versions of the mythos, the agenda also includes pedophilia, blood sacrifice, Satanism and other attention-grabbing sins. QAnon is a hopeful conspiracy theory. "The Storm" is coming. Donald Trump is secretly working in league with Robert Mueller to arrest the Deep State who are working to destroy the nation. Sealed indictments have already been filed, and arrests followed by military trials, and possibly executions are coming any day now.

In many ways, QAnon behaves the way most conspiracy theories do. Its core appeal is its sense of a master narrative, an explanation for otherwise disturbing and confusing events that assures its believers that they understand the big picture in ways non-believers do not. This master narrative gives believers a sense of control over uncontrollable events. QAnon believers continually remind each other to "trust the plan," that Trump and his team have reasons for the steps they are taking, including their decision to reveal their plans only through the internet's shadiest message boards.[20]

John F. Kennedy Jr. died in July 1999, when the small plane he was traveling in crashed, killing him and two others. The bodies of Kennedy and his fellow passengers were found in the Atlantic Ocean. According to QAnon, things happened differently: JFK Jr. survived an attempt on his life by the "Deep State" and will soon return to exact revenge and help Trump fight back against a globally active cabal of satanic pedophile elites that is responsible for all the evil in the world. The QAnon worldview is particularly prone to these sorts of predictions, and many adherents eagerly anticipate future events that will completely change the world, from "the Storm" to the "Great Awakening" (a time when the general population will come to realize that they have been lied to for decades). Years of research into millennial movements and how they survive the often-inevitable failures of these prophecies

[19] David Neiwert: Conspiracy meta-theory 'The Storm' pushes the 'alternative' envelope yet again. https://www.splcenter.org/hatewatch/2018/01/17/conspiracy-meta-theory-storm-pushes-alternative-envelope-yet-again (21/01/2021.)

[20] Ethan Zuckerman: QAnon and the Emergence of the Unreal. Journal of Design and Science, 2019, No. 6, pp 3-4.

make clear that most movements can survive these, as long as certain conditions are in place. The fact that JFK Jr. did not come back on Saturday October 17th at a Trump rally, is only one of many QAnon "prophecies" that have not come true: Hillary Clinton has not been arrested, high profile elites have not been killed or sent to Guantanamo Bay, the hundred thousand sealed indictments were not released, and the promised Golden Age has not been delivered, and yet, the movement lives on.[21]

QAnon was born on the internet and continues to recruit members there.[22] On 28 October 2017, a user calling themselves Q who claimed to have high-level security clearance posted a series of cryptic messages on the "politically incorrect" section of the 4chan (Later on 8chan and its successor, 8kun.[23]), an anonymous imageboard with a "no rules" policy that has been associated with pranks, violence, and illegal and extremist content. Q claimed that they would work to covertly inform the public about President Trump's ongoing battle against the "deep state", a blanket term used to describe those in power working against the president. Over the next few years, users claiming to be Q have made over 4,000 posts, known as "Qdrops" (or "breadcrumbs"[24]), fuelling the growth of a lurid meta-conspiracy connecting a range of harmful narratives. The QAnon theory now connects antivaccine, anti-5G conspiracies, antisemitic and antimigrant tropes, and several bizarre theories that the world is in the thrall of a group of pedophile elites set on global domination in part aided by ritualistic child sacrifice.[25]

The most succesful conspiracy theories morph and evolve in order to stay relevant for followers.[26] By 2020, Q's conspiracy theory has significantly expanded. Its followers are believed to be in hundreds of thousands united by a shared hate of mainstream elites, a belief in the existence of invisible power groups that run the world, ignorance towards institutions of the political and social system, contempt of journalists, and rejection of mainstream media and their representation of reality. QAnon believers' claims are complex and contradictory, crossing ideological lines.[27] What started as "a sprawling but unfounded conspiracy theory claiming the existence of a global network of political elites and celebrities who want to take down Trump"[28], soon expanded to include a secret cabal running a child sex trafficking ring

---

[21] Amarnath Amarasingam – Marc-André Argentino: QAnon's Predictions Haven't Come True; So How Does the Movement Survive the Failure of Prophecy? https://religiondispatches.org/qanons-predictions-havent-come-true-so-how-does-the-movement-survive-the-failure-of-prophecy/ (21/01/2021.)

[22] Stephanie Beene – Katie Greerb: A call to action for librarians: Countering conspiracy theories in the age of QAnon. The Journal of Academic Librarianship, 2021, Vol. 47, No. 1, p. 2.

[23] Chris Francescani: The men behind QAnon. https://abcnews.go.com/Politics/men-qanon/story?id=73046374 (21/01/2021.)

[24] More on the language used by QAnon adherents: Steven Crimando: Q-Speak: The Language of QAnon. https://www.asisonline.org/security-management-magazine/latest-news/online-exclusives/2021/q-speak-the-language-of-qanon/ (21/01/2021.)

[25] Aoife Gallagher – Jacob Davey – Mackenzie Hart: The Genesis of a Conspiracy Theory: Key trends in QAnon activity since 2017. Institute for Strategic Dialogue, London/Washington DC/Beirut/Toronto, 2020. p. 3. https://www.isdglobal.org/wp-content/uploads/2020/07/The-Genesis-of-a-Conspiracy-Theory.pdf

[26] Stephanie Beene – Katie Greerb: A call to action for librarians: Countering conspiracy theories in the age of QAnon. The Journal of Academic Librarianship, 2021, Vol. 47, No. 1, p. 2.

[27] Tom De Smedt – Verica Rupar – Sylvia Jaki – Olivier Cauberghs – Pierre Voué – Joan Caballero: The QAnon superconspiracy - Analysis of tweets during the 2020 US presidential election. 2020. p. 2. https://www.researchgate.net/publication/348281072_The_QAnon_superconspiracy_-_Analysis_of_tweets_during_the_2020_US_presidential_election (21/01/2021.)

[28] Audrey Courty: QAnon believers will likely outlast and outsmart Twitter's bans. https://theconversation.com/qanon-believers-will-likely-outlast-and-outsmart-twitters-bans-143192 Cited by: Tom De Smedt – Verica Rupar – Sylvia Jaki – Olivier Cauberghs – Pierre Voué – Joan Caballero: The QAnon superconspiracy – Analysis of tweets during the 2020 US presidential election. 2020. p. 2. https://www.researchgate.net/publication/348281072_The_QAnon_superconspiracy -_Analysis_of_tweets_during_the_2020_US_presidential_election (21/01/2021.)

(#PIZZAGATE), a secret war between the Trump administration and a "deep state", wide corruption of the political system, powerful elites using coronavirus as a cover to implant people with microchips, governments erecting 5G towers during lockdown to surveil the population, and many other apocalyptic predictions wrapped up in evangelistic Christianity that increasingly defines the movement. The QAnon movement is rooted in populism, it aims to evoke resentments of the everyman. Its series of confusing claims resemble the conspiracy legends of the post, but the power of online social media has given them platforms to share, promote, and connect. Efforts have been made to reduce this power. In July 2020, Twitter suspended 7,000 QAnon-related accounts. In August, Facebook deleted over 790 groups, 100 pages, and 1,500 ads tied to QAnon and restricted the accounts of hundreds of other Facebook groups and thousands of Instagram accounts.[29] At first glance, QAnon, the bizarre assemblage of far-right conspiracy theories seems to present a far lesser threat to public security. However, it has contributed to the radicalization of several people to notable criminal acts or acts of violence. Though less organized than jihadi or far-right extremists, Amarasingam and Argentino argue that QAnon represents a novel challenge to public security.[30]

In 2018, Time magazine declared Q one of the 25 most influential people on the Internet. argument to make. Q's "drops" – thousands of cryptic posts posted on image boards 4chan and 8chan – have led to countless YouTube videos, podcasts, and an explosion of online and offline writing trying to interpret the utterances of the anonymous "Q Clearance Patriot." In March of 2019, "QAnon: An Invitation to a Great Awakening", a book written by QAnon followers and supporters, peaked at #2 on Amazon's list of best-selling books.[31]

"Q" T-shirts and signs are regularly seen at Trump events. Qanon billboards have been spotted around the country. "Q" paraphernalia is readily available on Amazon. A Qanon app was surprisingly popular on Apple's App Store until it was removed.[32]

The FBI has identified fringe conspiracy theories as a domestic terrorist threat. The FBI intelligence bulletin from the bureau's Phoenix field office, dated May 30, 2019, describes "conspiracy theory-driven domestic extremists", as a growing threat, and notes that it is the first such report to do so. It lists a number of arrests, including some that haven't been publicized, related to violent incidents motivated by fringe beliefs. The document specifically mentions QAnon.[33] QAnon believers have been linked to armed standoffs, attempted kidnappings, harassment and at least one killing since the conspiracy picked up steam in 2017.[34] Nevada man, Matthew Wright, armed himself with an AR-15-style rifle, a handgun and extra ammunition, and drove an armored truck onto a bridge near the Hoover Dam in June 2018. There, he engaged in a 90-minute standoff with police while demanding the release of an inspector general's report on the government investigation of Hillary Clinton's email practices. After his arrest, he wrote letters to Trump and other officials, calling himself a "humble patriot" and making references to the QAnon slogans "Great Awakening" and

[29] Tom De Smedt – Verica Rupar – Sylvia Jaki – Olivier Cauberghs – Pierre Voué – Joan Caballero: The QAnon superconspiracy – Analysis of tweets during the 2020 US presidential election. 2020. p. 2. https://www.researchgate.net/publication/348281072_The_QAnon_superconspiracy_-_Analysis_of_tweets_during_the_2020_US_presidential_election (21/01/2021.)

[30] Amarnath Amarasingam – Marc-André Argentino: The QAnon Conspiracy Theory: A Security Threat in the Making? CTC Sentinel, 2020, Vol. 13, No. 7, p. 37.

[31] Ethan Zuckerman: QAnon and the Emergence of the Unreal. Journal of Design and Science, 2019, No. 6, p. 3.

[32] Ben Collins – Brandy Zadrozny: The far right is struggling to contain Qanon after giving it life. https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/far-right-struggling-contain-qanon-after-giving-it-life-n899741 (21/01/2021.)

[33] Jana Winter: Exclusive: FBI document warns conspiracy theories are a new domestic terrorism threat. https://news.yahoo.com/fbi-documents-conspiracy-theories-terrorism-160000507.html (21/01/2021.)

[34] Audrey Courty: QAnon believers will likely outlast and outsmart Twitter's bans. https://theconversation.com/qanon-believers-will-likely-outlast-and-outsmart-twitters-bans-143192 (21/01/2021.)

"Where we go one, we go all." In Arizona, the leader of a local veterans-aid group in Tucson, Michael Lewis Arthur Meyer, was arrested in July 2018 after occupying a tower at a cement plant that he insisted was sheltering a child-sex-trafficking ring. Meyer "alleged a law enforcement cover-up and referenced the QAnon conspiracy theory as he and armed group members searched" for the nonexistent ring, according to the FBI bulletin. After the bulletin was prepared, there were other incidents in Arizona and Colorado. Timothy Larson was accused in September of taking a crowbar to the altar inside the Chapel of the Holy Cross in Sedona, while yelling about the Catholic Church and sex trafficking. Larson's social media posts are filled with QAnon references and pro-Trump memes.

In December the police in Parker, Colo., charged Cynthia Abcug with conspiring with fellow QAnon believers to kidnap one of her children, who had been removed from her custody. Abcug believed her child was being held by Satan worshipers and pedophiles, according to her arrest warrant. Anthony Comello said in a New York City court in December that his belief in QAnon had led him to murder a Gambino mob boss, Francesco Cali, who he asserted was part of the deep state cabal working against Trump. Comello's defense lawyer, Robert C. Gottlieb, said in a court filing that after the 2016 election, his client's family "began to notice changes to his personality" that worsened over time. Comello's support for QAnon went beyond mere participation in a radical political organization," Gottlieb wrote. "It evolved into a delusional obsession."[35] QAnon is arguably no longer simply a fringe conspiracy theory but an ideology that has demonstrated its capacity to radicalize to violence individuals at an alarming speed.[36]

The far-right conspiracy movement has gained popularity in the run up to the 2020 election.[37] For months, Trump has falsely claimed the November presidential election was rigged and that is why he was not re-elected. The president's words have mirrored and fed conspriacy theories spread by followers of the QAnon movement. While conspiracy theorists are often dismissed as "crazy people on social media," QAnon believers were among the individuals at the front line of the storming of Capitol Hill.[38] QAnon is also gaining momentum in Germany.[39]

After the inauguration of Joe Biden on January 20, 2021, some Q believers are giving up, while others still "trust the plan".[40]

V. The activity of Q believers on online platforms

To better understand the genesis of QAnon, Gallagher et al. have tracked discussion of the theory across Facebook, Twitter, Instagram and YouTube since its inception, finding that all four platforms play an important role in the promotion of this theory. In particular, the research of Gallagher et al. highlights a significant increase in the discussion of QAnon in

[35] https://www.nytimes.com/2020/02/09/us/politics/qanon-trump-conspiracy-theory.html (21/01/2021.)

[36] Amarnath Amarasingam – Marc-André Argentino: The QAnon Conspiracy Theory: A Security Threat in the Making? CTC Sentinel, 2020, Vol. 13, No. 7, p. 42.

[37] Emilio Ferrara – Herbert Chang – Emily Chen – Goran Muric – Jaimin Patel: Characterizing Social Media Manipulation in the 2020 U.S. Presidential Election. First Monday, 2020. Vol. 25. No. 11. https://doi.org/10.5210/fm.v25i11.11431.

[38] Marc-André Argentino: QAnon and the storm of the US Capitol: The offline effect of online conspiracy theories. https://qz.com/1954265/the-attack-on-the-us-capitol-shows-the-real-danger-of-qanon/ (21/01/2021.)

[39] Esther Felden – Jordan Wildon – Anne Höhn – Lewis Sanders IV: As Donald Trump exits, QAnon takes hold in Germany. https://www.dw.com/en/as-donald-trump-exits-qanon-takes-hold-in-germany/a-56277928

[40] E. J. Dickson: QAnon Believers Struggle With the Two Hardest Words: 'President Biden'. https://www.rollingstone.com/culture/culture-news/qanon-joe-biden-inauguration-donald-trump-1116733/ (21/01/2021.)

2020 and suggests that QAnon is reaching a larger audience. The reasons behind this uptick need more investigation, but regardless of its genesis reflect a greater flow of traffic around this conspiracy. An analysis of this recent surge in activity reveals how the theory and its believers have been important in promoting disinformation around COVID-19 and the protests around the death of George Floyd. The significant surge in support for the theory in the run-up to the 2020 presidential election is also something that should be taken seriously. At its core, according to Gallagher et al., the QAnon community seeks to denigrate Trump's political opponents while idolising his supporters. The widespread disinformation that is attached to the conspiracy means it has the potential to act as an important vehicle for disinformation leading up to the election.[41] The key findings of Gallagher et al. across Facebook and Instagram are the following: Gallagher et al. have observed a notable increase of discussion around QAnon in 2020, as well as an increase in the number of users engaging in this conversation on Facebook and Twitter. The number of users engaging in discussion of QAnon have increased on both Facebook and Twitter in 2020. The most notable increase, in March 2020, saw the number of Facebook users increase from an average of 344 users per day between March 2 and 8, to 898 between March 22 and 29. Similarly, average Twitter users grew from 37,302 in the first week to 89,338 in the last. Both Facebook group membership and engagement rates within those Facebook groups increased significantly in March 2020. Membership of QAnon groups on Facebook increased by 120% in March and engagement rates increased by 91%.

Further research is required into why the QAnon community's growth is so rapid, but according to Gallagher et al. possible explanations include that this is a by-product of people spending more time on social media, beacuse of the COVID-19 lockdowns, or evidence of a coordinated push to amplify the QAnon theory.

Although the volume of conversation around QAnon on Twitter has been more varied than on Facebook and Instagram, all three platforms saw an increase of QAnon activity in March 2020. While Gallagher et al. saw a sharp rise of QAnon activity in 2020 on Facebook and Instagram, Twitter traffic has had greater variance since 2017 and is often reactive to real-world events that have resulted in increased media coverage of the QAnon community. The largest increase in Twitter conversation (249%) came just two months into the Q movement in January 2018 when the community latched onto the hashtag #ReleaseTheMemo. The sudden expansion of this trend drew media attention, with research suggesting Russian bot interference on Twitter. This increase is not seen in Facebook conversation at the same time. Other events which caused notable spikes on Twitter, and on Facebook include the first appearance of Q followers at Trump rallies in August 2018 and the death of Jeffrey Epstein in August 2019.

It is primarily driven from the US, but there is evidence that QAnon is being picked up internationally: Gallagher et al. found that the top four countries driving discussion of QAnon on Twitter were the U.S., the UK, Canada and Australia. On average the U.S accounted for 89.5% of mentions of Q-related hashtags from October 2017 to October 2019. In the last eight months this has dropped to 87%, suggesting that the conspiracy theory is spreading and taking hold internationally. YouTube plays an important role in the sharing of Q-related content: The analysis showed that 20.4% of all Q-related Facebook posts contained links to YouTube, while on Twitter 5% of Q-related posts contained YouTube links. Matching bursts in activity seen elsewhere in the study, a significant increase in YouTube link sharing on Twitter and Facebook was observed in March 2020.[42]

---

[41] Aoife Gallagher – Jacob Davey – Mackenzie Hart: The Genesis of a Conspiracy Theory: Key trends in QAnon activity since 2017. Institute for Strategic Dialogue, London/Washington DC/Beirut/Toronto, 2020. p. 3-4. https://www.isdglobal.org/wp-content/uploads/2020/07/The-Genesis-of-a-Conspiracy-Theory.pdf (21/01/2021.)
[42] ibid. p. 4-5.

VI. Social media manipulation nearing the U.S. election

Social media have been reportedly used to distort public opinion nearing elections in the U.S. and beyond. With over 240 million election-related tweets recorded between 20 June and 9 September 2020, in the study of Ferrara et al. social media manipulation in the context of the November 3, 2020 U.S. presidential election was charted. Ferrara et al. focused on characterizing two salient dimensions of social media manipulation, namely automation (e.g., the prevalence of bots), and distortion (e.g., manipulation of narratives, injection of conspiracies or rumors). Despite being outnumbered by several orders of magnitude, according to the study, only a few thousands of bots generated spikes of conversations around real-world political events in all comparable with the volume of activity of humans.

Ferrara et al. discover that bots also exacerbate the consumption of content produced by users with their same political views, worsening the issue of political echo chambers. Ferrara et al. draw a clear connection between bots, hyper-partisan media outlets, and conspiracy groups, suggesting the presence of systematic efforts to distort political narratives and propagate disinformation. Their findings may have impactful implications, shedding light on different forms of social media manipulation that may ultimately pose a risk to the integrity of the election. The analysis of Ferrara et al.focused on three main conspiracy groups: 1. QAnon 2. "gate" conspiracies 3. Covid conspiracies.

1. QAnon: These users frequently use hashtags such as #qanon, #wwg1wga (where we go one, we go all), #taketheoath, #thegreatawakening and #qarmy. An example of a typical tweet from a QAnon supporter is: "@potus @realDonaldTrump was indeed correct,the beruit fire was hit by a missile, oh and to the rest of you calling this fake,you are not a qanon you need to go ahead and change to your real handles u liberal scumbags just purpously put out misinfo and exposed yourselves,thnxnan.

2. "gate" conspiracies: Another indicator of conspiratorial content is signalled by the suffix '-gate' with theories such as obamagate, an unvalidated claim against the Obama's officials that allegedly conspired to entrap Trump's former national security adviser, Michael Flynn, as part of a larger plot to bring down the then-incoming president. Another is pizzagate, a debunked claim that connects several high-ranking Democratic Party officials and U.S. restaurants with an alleged human trafficking and child sex ring. An example of a typical conspiratorial tweet related to these two conspiracies is: "#obamagate when will law enforcement take anything seriously? there is EVIDENCE!!!! everyone involved in the trafficking ring is laughing because they KNOW nothing will be done. @HillaryClinton @realDonaldTrump. justice will be served one way or another. literally disgusting."

3. Covid conspiracies: an excess of false claims related to the coronavirus pandemic emerged recently, mostly about the scale of the pandemic and the origin, prevention, diagnosis, and treatment of the disease. The false claims typically go alongside the hashtags such as #plandemic, #scandemic or #fakevirus. A typical tweet referring to the false claims regarding the origins of the coronavirus is: "@fyjackson @rickyb_sports @rhus00 @KamalaHarris @realDonaldTrump The plandemic is a leftist design. And it's backfiring on them. We've had an effective treatment for covid19, the entire time. Leftists hate Trump so much, they are willing to murder 10's of thousands of Americans to try to make him look bad. The jig is up."

Looking at conspiracy-related narratives in their dataset, Ferrara et al. observe that QAnon related material has more highly active and engaged users than -gate narratives. The most frequently used hashtag, #wwg1wga, had more than 600,000 tweets from 140,000 users;

by contrast #obamagate had 414,000 tweets from 125,000 users. This suggests that the QAnon community using hashtags such as #wwg1wga has a more active user base.[43]

VII. The attack on the U.S. Capitol

8,000 pro-Trump demonstrators streamed down Pennsylvania Avenue after hearing Trump speak near the White House. Within 15 minutes Sund's outer perimeter on the Capitol's west side was breached. With 1,400 Capitol Police officers on duty, the forces were quickly overrun.[44] The ceremonial session of Congress to formally declare President-elect Joseph R. Biden Jr.'s victory turned into a scene of violence and chaos on January 6, 2021, when the pro-Trump mob stormed the Capitol, halting the counting of electoral votes. The large group broke through barricades and breached the building.[45]

When President Trump railed against the election results from a stage near the White House on Wednesday, January 6, 2021, his loyalists were already gathering at the Capitol. For weeks, Trump had urged his supporters to go to Washington to stop the certification of the election results, and several simultaneous rallies were planned for Wednesday.

Hundreds assemble on the Capitol lawn, more than a mile away from where Trump will soon speak near the White House. Among them are the Proud Boys, a far-right group, identifiable by their orange hats. About 15 minutes into his speech, Trump tells rally attendees to walk to the Capitol. "You have to show strength," he says. Supporters leave the rally before Trump's speech ends, and they head toward the Capitol. As they arrive, another crowd of supporters that has already gathered along the west perimeter fence becomes more agitated. A pipe bomb is reported at the Republican National Committee building, a block away from the Capitol, another is discovered at the Democratic National Committee headquarters. About 20 minutes before Trump's speech ends, some in the Capitol crowd harass officers at the barricades and start to get physical. Others follow suit, until they violently overwhelm the police and breach the building's outer perimeter. The mob quickly breaks through three additional barricades, forcing officers back onto the west Capitol steps. Capitol Police officers in riot gear arrive. The speaker of the House, Nancy Pelosi, begins the proceedings to certify the Electoral College vote at a joint session of Congress, alongside Vice President Mike Pence. As Trump's speech comes to an end, he calls on his supporters to "walk down Pennsylvania Avenue" toward the Capitol. Rioters there continue to violently clash with officers, including reinforcements from the local police department who have arrived. Inside the Capitol, members of Congress are unaware of the extent of the violence outside. The House and Senate have moved to their separate chambers to debate certifying the vote. Chief Steven Sund of the Capitol Police makes the request for immediate assistance from the D.C. National Guard. Rioters on the west side break into the building around 2:11 p.m. Two minutes later, as they reach the stairs next to the Senate chamber, the Senate is called into recess. Rioters enter through a door and a broken window on the northwest side. More than five minutes after the first rioters break into the building, the House also goes into recess. The

[43] Emilio Ferrara – Herbert Chang – Emily Chen – Goran Muric – Jaimin Patel: Characterizing Social Media Manipulation in the 2020 U.S. Presidential Election. First Monday, 2020, Vol. 25, No. 11, https://doi.org/10.5210/fm.v25i11.11431.

[44] Carol D. Leonnig – Aaron C. Davis – Peter Hermann – Karoun Demirjian: Outgoing Capitol Police chief: House, Senate security officials hamstrung efforts to call in National Guard. https://www.washingtonpost.com/politics/sund-riot-national-guard/2021/01/10/fc2ce7d4-5384-11eb-a817-e5e7f8a406d6_story.html (21/01/2021.)

[45] Luke Broadwater – Emily Cochrane: Inside the Capitol, the Sound of the Mob Came First. https://www.nytimes.com/2021/01/06/us/politics/photos-capitol-building-protesters.html?auth=linked-google (21/01/2021.)

police are clashing with the mob inside the building as some members of Congress are able to evacuate, others are trapped inside. Outside the building, the crowd grows as attendees from Trump's rally continue to stream in. The mob becomes more violent, dragging and beating officers. Three hours will pass before the sergeant-at-arms declares the building secure.[46] The rioters took over the house and senate chambers and smashed windows.[47] 5 people died in the Capitol riot: A police officer was beaten, a rioter was shot, and three others died during the rampage.[48] Two days before Congress was set to formalize President-elect Joe Biden's victory, Capitol Police Chief Steven Sund was becoming increasingly worried about the size of the pro-Trump crowds expected to stream into Washington in protest. To be on the safe side, Sund asked House and Senate security officials for permission to request that the D.C. National Guard be placed on standby in case he needed quick backup. But, Sund said Sunday, they turned him down. In his first interview since pro-Trump rioters stormed the U.S. Capitol last week, Sund, who has since resigned his post, said his supervisors were reluctant to take formal steps to put the Guard on call even as police intelligence suggested that the crowd Trump had invited to Washington to protest his defeat probably would be much larger than earlier demonstrations.[49]

Twitter banned Donald Trump's account Friday, citing "the risk of further incitement of violence."[50] In a post to Twitter, which has since been deleted, Trump called for "peace" and told the rioters to "go home". However, he praised his supporters as "special". He repeated that the election had been stolen and encouraged his supporters to "remember" the day. In a first post since being locked out of Twitter, Trump on Friday condemned the "heinous" attack on the US Capitol and pledged a "smooth" transition of power to the Biden administration.[51]

Former California Gov. Arnold Schwarzenegger posted a video to Twitter denouncing the violent mob that overtook the U.S. Capitol. The video starts by recalling Kristallnacht – or the Night of Broken Glass – an infamous night in 1938 when a mob of Nazi sympathizers stormed through Jewish neighborhoods in Germany, destroying thousands of businesses, rounding up Jewish men to be sent to concentration camps and killing dozens of people in the process. "Wednesday was the day of broken glass right here in the United States" Schwarzenegger says in the video. The broken glass was in the windows of the United States Capitol. But the mob did not just shatter the windows of the Capitol. They shattered the ideals we took for granted. They did not just break down the doors of the building that housed American democracy. They trampled the very principles on which our country was

[46] Lauren Leatherby – Arielle Ray – Anjali Singhvi – Christiaan Triebert – Derek Watkins – Haley Willis: How a Presidential Rally Turned Into a Capitol Rampage. https://www.nytimes.com/interactive/2021/01/12/us/capitol-mob-timeline.html (21/01/2021.)

[47] Harriet Brewis: Jacob Chansley: 'QAnon Shaman' charged over US Capitol riots. https://www.standard.co.uk/news/world/trump-supporter-jake-angeli-jamiroquai-arrested-b789216.html (21/01/2021.)

[48] Jack Healy: These Are the 5 People Who Died in the Capitol Riot. https://www.nytimes.com/2021/01/11/us/who-died-in-capitol-building-attack.html (21/01/2021.)

[49] Carol D. Leonnig – Aaron C. Davis – Peter Hermann – Karoun Demirjian: Outgoing Capitol Police chief: House, Senate security officials hamstrung efforts to call in National Guard. https://www.washingtonpost.com/politics/sund-riot-national-guard/2021/01/10/fc2ce7d4-5384-11eb-a817-e5e7f8a406d6_story.html (21/01/2021.)

[50] Tali Arbel: Twitter bans Trump, citing risk of violent incitement. https://www.myrecordjournal.com/News/National/Twitter-bans-Trump-citing-risk-of-violent-incitement.html (21/01/2021.)

[51] James Franey: US Capitol storming: What you need to know. https://www.dw.com/en/us-capitol-storming-what-you-need-to-know/a-56154560 (21/01/2021.)

founded."[52]

VIII. Was the attack on the U.S. Capitol domestic terrorism?

Joe Biden called the pro-Trump mob that sieged the US Capitol "domestic terrorists". The offenders should not be called protesters, rather "a riotous mob, insurrectionists, domestic terrorists," Biden said.[53] Some also called the protesters storming Capitol domestic terrorism,[54] others called it a coup.[55]

Sacco in the report titled "Domestic Terrorism and the Attack on the U.S. Capitol. CRS INSIGHT, 2021." discusses whether or not participants and their actions may be categorized as domestic terrorists and domestic terrorism, and issues around designating domestic fringe groups, such as the Boogaloo Bois and Proud Boys who were allegedly involved in the attack, as terrorist organizations.[56] The federal definition of domestic terrorism describes domestic terrorists as "Americans who commit ideologically driven crimes in the United States but lack foreign direction or influence."[57] The Federal Bureau of Investigation (FBI) generally relies on two sources to define domestic terrorism. First, the Code of Federal Regulations characterizes "terrorism" as including "the unlawful use of force and violence against persons or property to intimidate or coerce a government, the civilian population, or any segment thereof, in furtherance of political or social objectives."[58] Second, 18 U.S.C. §2331(5) more narrowly defines "domestic terrorism." This definition comes from Section 802 of the USA PATRIOT Act (P.L. 107-56). According to 18 U.S.C. §2331(5), domestic terrorism occurs primarily within U.S. territorial jurisdiction, and involves "(A) acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State; (B) appear to be intended— (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping […]"[59] According to Sacco, the participants' actions seem to fit both definitions. Sacco states, that video evidence and media reports portray participants committing acts dangerous to human life and those actions appeared to be intended both to influence the policy of the U.S. government by intimidation and affect its conduct through possible assassination and/or kidnapping.[60] While the participants' actions on January 6 may be consistent with the definition of domestic terrorism, Sacco notes that domestic terrorism is not a chargeable offense on its own. While individuals involved in the attack may belong to extremist groups such the Proud Boys and Boogaloo Bois or adhere to their ideology, Sacco states that the federal government declines to designate these groups as domestic terrorist groups and instead focuses on the violent

[52] Kat Lonsdorf: Recalling Nazis From His Childhood, Arnold Schwarzenegger Decries The Capitol Assault. https://www.npr.org/sections/congress-electoral-college-tally-live- updates/2021/01/10/955435826/recalling-nazis-from-his-childhood-arnold-schwarzenegger-decries-the-capitol-ass (21/01/2021.)
[53] Joe Biden slams pro-Trump mob as 'domestic terrorists'. https://www.dw.com/en/joe-biden-slams-pro-trump-mob-as-domestic-terrorists/a-56163969 (21/01/2021.)
[54] David Rutz: Conservative media members erupt with anger over protesters storming Capitol: 'This is domestic terrorism'. https://www.foxnews.com/media/conservative-media-members-erupt-anger-violent-protesters-storming-capitol (21/01/2021.)
[55] David A. Graham: This Is a Coup. https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/01/attempted-coup/617570/ (21/01/2021.)
[56] Lisa N. Sacco: Domestic Terrorism and the Attack on the U.S. Capitol. CRS INSIGHT, 2021. p. 1. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11573 (21/01/2021.)
[57] ibid. p. 1.
[58] ibid. p. 1.
[59] ibid. p. 1–2.
[60] ibid. p. 1–2.

criminal acts of individuals, whether members of these groups or not.[61] According to Sacco "In light of the attack on the U.S. Capitol and its domestic terrorism nexus, Congress may wish to consider any number of changes to related law and policy. Among other options, it could decide to make domestic terrorism a chargeable federal offense under Title 18, the main criminal code of the federal government. It could devote additional resources to the FBI, the agency with lead responsibility for terrorism investigations at the federal level, to counter the domestic terrorism threat. Further, it could authorize and devote resources to improving data collection and sharing on this issue (currently, the federal government does not maintain a publicly available database with information on incidents of domestic terrorism)."[62]

IX. Qanon's role in the incident and the "Q Shaman"

A leader in the QAnon movement was one of the rioters storming the Capitol: the "Q Shaman" or "QAnon Shaman" aka Jake Angeli (or Yellowstone Wolf[63]), whose real name is Jacob Anthony Chansley. On January 6, 2021, he took photos on the Senate dais and marched through the Capitol with a megaphone. Known for wearing red, white, and blue face paint and a horned helmet, he has become a notable figure in the movement, appearing at far-right rallies in Arizona in the past year. The "Q Shaman" is one of many figures in the world of QAnon whose actions inspire and influence the movement. The movement has played a massive role in organizing nationwide "Stop the Steal" protests in the two months since President-elect Joe Biden won the 2020 election. As Q has become increasingly hands-off, giving fewer and fewer messages to his devotees on the fringe message board 8kun (previously known as 8chan), leaders like Angeli have gained fame and power in the movement. Angeli's presence at the riot, along with others wearing QAnon paraphernalia, comes as the conspiracy-theory movement has been responsible for the popularization of Trump's voter-fraud conspiracy theories.[64]

Jacob Anthony Chansley is being held in police custody. He is suspected of being the protester photographed with his face painted and elaborate horned headgear. Images of him emerged on social media following theattack on the Capitol. A statement from the federal attorney for Washington DC said: "It is alleged that Chansley was identified as the man seen in media coverage who entered the Capitol building dressed in horns, a bearskin headdress, red, white and blue face paint, shirtless, and tan pants. […] This individual carried a spear, approximately 6 feet in length, with an American flag tied just below the blade." Chansley is among dozens of people arrested following the mob invasion.[65]

Chansley was taken into custody Saturday. He told the FBI he came to Washington earlier this week "as a part of a group effort, with other 'patriots' from Arizona, at the request of the President that all 'patriots' come to D.C. on January 6, 2021," according to a narrative from investigators in his court record. Chansley had called the FBI the day after the attack Wednesday and confirmed to them he was the person in the photos in the vice president's

[61] ibid. p. 2.
[62] ibid. p. 3.
[63] Rich Schapiro – Michael Kosnar: Capitol rioter in horned hat gloats as feds work to identify suspects. https://www.nbcnews.com/news/us-news/capitol-rioter-horned-hat-gloats-feds-work-identify-suspects-n1253392 (21/01/2021.)
[64] Rachel E. Greenspan – Haven Orecchio-Egresitz: A well-known QAnon influencer dubbed the 'Q Shaman' has been arrested after playing a highly visible role in the Capitol siege. https://www.businessinsider.com/q-shaman-qanon-influencer-capitol-siege-washington-dc-protest-riot-2021-1 (21/01/2021.)
[65] Harriet Brewis: Jacob Chansley: 'QAnon Shaman' charged over US Capitol riots. https://www.standard.co.uk/news/world/trump-supporter-jake-angeli-jamiroquai-arrested-b789216.html (21/01/2021.)

chair in the Senate, the court document said. His voluntary disclosure to the FBI is the strongest wording in court filings yet indicating coordination between followers of the President that led to the violent and destructive overrun of the Capitol.[66]

Chansley will be held in custody until trial for his alleged role in storming the U.S. Capitol. "Chansley is the radicalized follower-turned-leader of a dangerous extremist group," said Michael Bailey, U.S. Attorney for the District of Arizona, in a legal brief filed on January 14. The brief also said Chansley "made himself the most prominent symbol" of the "violent insurrection that attempted to overthrow the United States Government" and he had planned to return to Washington for Joe Biden's inauguration on Jan. 20. Assistant U.S. Attorney Todd Allison backed away from that statement in court, asking the judge to strike it from her deliberations for detention. Prosecutors said they may reassert the claim during trial. "Strong evidence, including Chansley's own words and actions at the Capitol, supports that the intent of the Capitol rioters was to capture and assassinate elected officials in the United States Government," the government's brief said. Chansley faces a six-count federal indictment, including two felonies and four misdemeanors: civil disorder, obstruction of an official proceeding, entering and remaining in a restricted building, disorderly and disruptive conduct in a restricted building, violent entry and disorderly conduct in a Capitol building, parading, demonstrating, or picketing in a Capitol Building.[67]

X. Other people charged

The Justice Department has charged more people from widely circulated photos, related to the incident. Jacob Anthony Chansley, Adam Johnson and Derrick Evans were all charged in a federal court for their alleged actions during January 6's insurrection at the U.S. Capitol, said a Department of Justice statement.

The Department of Justice statement also identifies Johnson of Florida as the man seen carrying the House speaker's lectern under his arm and through the halls of the Capitol. Both men's (Chansley's and Johnson's) identities had floated around social media over the past few days following the incident.

Evans, who was a newly elected member of West Virginia House of Delegates, streamed his participation live on his Facebook page. On Saturday, Evans resigned from his seat, effective immediately.

All three men were charged with one count of knowingly entering or remaining in any restricted building or grounds without lawful authority and one count of violent entry and disorderly conduct on Capitol Grounds. Johnson was also charged with theft of government property. The Justice Department says both Johnson and Evans were taken into custody on Friday. Among others charged and arrested is Richard Barnett, who was identified as the man who sat at a desk in House Speaker Nancy Pelosi's office during the siege.[68]

Also on Saturday, Douglas Jensen was arrested for his involvement in the violent crowd breaking into the Capitol, according to the FBI and local authorities in Iowa. FBI officials presented Jensen to Polk County Jail for processing on Saturday and he was booked

[66]Evan Perez – Katelyn Polantz – Paul P. Murphy: DOJ announces charges against man carrying Pelosi's podium, 'QAnon Shaman' in U.S. Capitol riot. https://www.ctvnews.ca/world/doj-announces-charges-against-man-carrying-pelosi-s-podium-qanon-shaman-in-u-s-capitol-riot-1.5260904 (21/01/2021.)

[67] Melissa Blasius: 'Q Shaman' Jacob Chansley to remain jailed pending Capitol riot trial. https://www.abc15.com/news/state/prosecutors-push-for-q-shaman-jacob-chansley-to-remain-jailed-after-capitol-riots (21/01/2021.)

[68] Jason Slotkin: 3 More Charged In Capitol Break-In, Including Men Identified In Viral Images. https://www.npr.org/sections/congress-electoral-college-tally-live-updates/2021/01/09/955258659/3-charged-in-capitol-break-in-including-men-identified-in-viral-images?t=1610372361070 (21/01/2021.)

into the jail. He faces five federal charges, of unlawfully entering the Capitol, disrupting government business, violent entry and parading in a Capitol building and blocking law enforcement during the riot.[69]

Philadelphia Police Department's Internal Affairs Bureau is investigating whether a detective played any role in the riot on Capitol Hill in Washington, D.C. One detective reportedly attended the rally in support of Trump that preceded the attack. Across the U.S., police and fire departments are opening probes into officers who attended the rally. In Seattle, Western Pennsylvania and Texas, officers are under investigation to determine if they took part in the violence.[70]

By Saturday, prosecutors had filed 17 cases in federal district court and 40 others in the District of Columbia Superior Court for a variety of offences related to the disorder. These ranged from assaulting police officers to entering restricted areas of the US Capitol, stealing federal property and threatening members of congress. Prosecutors said additional cases remained under review, while dozens of other suspects were being sought by federal agents. The US attorney in Washington vowed that "all options were on the table" for charges, including possibly sedition.[71] The acting US attorney for the District of Columbia, Michael Sherwin, has indicated that many amid the hundreds of pro-Trump rioters who violently invaded the US Capitol are suspected of a range of crimes including felony murder, sedition and conspiracy. At a press conference in Washington, prosecutors said there are at least 160 federal criminal cases open and they are ready to track down individuals across the country and apprehend them wherever possible – potentially arresting hundreds if not thousands of people. 'The range of criminal conduct was unmatched,' Sherwin said. He warned rioters: 'You will be charged and you will be found'.[72]

XI. The groups who stormed the Capitol

Some of the protesters that broke into buildings on Capitol Hill were carrying symbols and flags strongly associated with particular ideas and factions. In practice many of the members and their causes overlap. Photos show individuals associated with a range of extreme and far-right groups and supporters of fringe online conspiracy theories, many of whom have long been active online and at pro-Trump rallies. Who stormed the Capitol? According to the BBC: 1. QAnon 2. The Proud Boys 3. Online influencers.[73] 4. According to Sacco, The Boogaloo Bois were also involved in the attack.[74]

1. QAnon. 2. The Proud Boys: Another group spotted at the storming of the Capitol were members of the far-right group Proud Boys. The organisation was founded in 2016 and

---

[69] Evan Perez – Katelyn Polantz – Paul P. Murphy: DOJ announces charges against man carrying Pelosi's podium, 'QAnon Shaman' in U.S. Capitol riot. https://www.ctvnews.ca/world/doj-announces-charges-against-man-carrying-pelosi-s-podium-qanon-shaman-in-u-s-capitol-riot-1.5260904 (21/01/2021.)

[70] Maggie Kent: Philadelphia detective under investigation after allegedly attending Trump rally in DC. https://6abc.com/philadelphia-police-capitol-riots-trump-protest-dc/9537282/ (21/01/2021.)

[71] Harriet Brewis: Jacob Chansley: 'QAnon Shaman' charged over US Capitol riots. https://www.standard.co.uk/news/world/trump-supporter-jake-angeli-jamiroquai-arrested-b789216.html (21/01/2021.)

[72] 'Sedition and conspiracy': prosecutors cite wide-ranging crimes in Capitol attack – video. https://www.theguardian.com/us-news/video/2021/jan/12/sedition-and-conspiracy-prosecutors-cite-wide-ranging-crimes-in-capitol-attack-video (21/01/2021.)

[73] Capitol riots: Who broke into the building? https://www.bbc.com/news/55572805 (21/01/2021.)

[74] A. C. Thompson – Ford Fischer: Members of Several Well-Known Hate Groups Identified at Capitol Riot. https://www.pbs.org/wgbh/frontline/article/several-well-known-hate-groups-identified-at-capitol-riot/ Cited by: Lisa N. Sacco: Domestic Terrorism and the Attack on the U.S. Capitol. CRS INSIGHT, 2021. p. 1. https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11573 (21/01/2021.)

is anti-immigrant and all male. In the first US presidential debate Trump in response to a question about white supremacists and militias said: “Proud Boys – stand back and stand by.” One of their members, Nick Ochs, tweeted a selfie inside the building saying "Hello from the Capital lol". He also filmed a live stream inside. His profile on Telegram describes himself as a “Proud Boy Elder from Hawaii.”[75] The Proud Boys are an extremist organization with semi-autonomous US and international chapters, with approximately 3,000 members since the group formed in 2016. The leader of the group recently estimated the numbers are closer to 8,000, but according to Kutner, this number is likely inflated.[76] Proud Boys is being sold to young men as a fraternity-like organization to celebrate “Western ideals”. They operate on an ideology that consists of both symbolic and physical violence, and the popularity of these groups is growing. They use memes as propaganda.[77]

3. Online influencers: Individuals with large followings online were also seen at the protests. Tim Gionet aka “Baked Alaska” was among them. A Trump supporter, Gionet has made a name for himself as an internet troll. He's been described by the Southern Poverty Law Centre, as a “white nationalist”, a label he disputed. YouTube banned his channel in October after he posted videos of himself harassing shop workers and refusing to wear a face-mask during the coronavirus pandemic. Other platforms that have previously shut down his accounts include Twitter and PayPal. A photo that went viral of a man who'd entered the office of senior Democrat politician Nancy Pelosi has been named as Richard Barnett. He told the New York Times that he took an envelope from the speaker's office and left a note calling her an expletive. Local media reports say Barnett is involved in a group that supports gun rights, and that he was interviewed at a “Stop the Steal” rally following the presidential election – a movement that refused to accept Joe Biden's victory and supports the president's unsubstantiated claims of electoral fraud.[78]

4. The Boogaloo Bois: Hawaiian shirts have become the uniform of a growing movement of armed anti-government extremists who are preparing for a second US civil war under the name “Boogaloo”.[79] At the protests that have broken out across the U.S. after George Floyd’s death at the hands of Minneapolis police officers, on May 25, 2020, the so-called boogaloo bois have stood out. Members of the overwhelmingly white online subculture have shown up to protests heavily armed and clad in Hawaiian shirts, as a reference to the “big luau,” an adaptation of the word “boogaloo.” Among the loose online network of adherents, the boogaloo is often presented as a race-blind call for armed insurrection against government tyranny. “The boogaloo movement is (for the most part) a libertarian group,” a member posted in a boogaloo-themed Facebook group after a week of protests. “The boog is not the people vs the people, the boog is the people vs the government. It’s a revolution, not a civil war,” he wrote. Many members of the movement see the recent outbreak of protests as the potential kickoff for widespread revolutionary upheaval, where citizens will unite against the perceived tyrannical state. But a look at the movement’s origins and its online communities make it clear that its politics are much more complicated than straightforward libertarianism, and that few of its adherents are interested in aligning with Black Lives Matter

[75] Capitol riots: Who broke into the building? https://www.bbc.com/news/55572805 (21/01/2021.)

[76] Samantha Kutner: Swiping Right: The Allure of Hyper Masculinity and Cryptofascism for Men Who Join the Proud Boys. ICCT Research Paper, 2020. p. 2. https://icct.nl/app/uploads/2020/05/Swiping-Right-The-Allure-of-Hyper-Masculinity-and-Cryptofascism-for-Men-Who-Join-the-Proud-Boys.pdf (21/01/2021.)

[77] Julia R. DeCook: Memes and symbolic violence: #proudboys and the use of memes for propaganda and the construction of collective identity. Learning, Media and Technology, 2018, Vol. 43, No. 4, pp 485-504.

[78] Capitol riots: Who broke into the building? https://www.bbc.com/news/55572805 (21/01/2021.)

[79] David Charter: ‘Boogaloo boys’ prepare for next American civil war in Hawaiian shirts. https://www.thetimes.co.uk/article/boogaloo-boys-prepare-for-next-american-civil-war-in-hawaiian-shirts-wsmdmmclm (21/01/2021.)

or antifascist protesters against police brutality, according to the Southern Poverty Law Center.[80] According to Allam, "Boogaloo" is the new far-right slang for civil war.[81]

There was no evidence of antifa supporters at the attack on the Capitol. Many social media users, especially those associated with QAnon and Trump supporters, were claiming that agitators from the loose-knit left-wing group antifa were involved. The implication was that they were disguised as Trump supporters to create disruption. A number of prominent Republican politicians, such as U.S. Representative Matt Gaetz, claimed it was antifa masquerading as Trump supporters. One widely-shared post claimed one protester had a "communist hammer" tattoo, as evidence that he was not a Trump supporter. On closer inspection, the symbol is from the video game series Dishonored. There have also been suggestions that Angeli was a Black Lives Matter supporter, with users sharing an image of him at a BLM event in Arizona. He was at that event as a counter-protester. In images taken there, he is holding a QAnon sign.

At least one of the rioters was holding a Confederate flag, which represented U.S. states that supported the continuation of slavery during the American civil war. It is considered by many to be a symbol of racism and there have been calls to ban it. Others see it as an important part of southern U.S. history. In July it was announced that the flag could no longer be flown on American military properties because of a new policy to reject "divisive symbols". President Trump has defended the use of the Confederate flag in the past, saying: "I know people that like the Confederate flag and they're not thinking about slavery […] I just think it's freedom of speech." There were protesters holding flags featuring a coiled rattlesnake on a yellow background, often accompanied by the phrase "don't tread on me". This is the Gadsden flag, harking back to the American revolution and the war to expel British colonialists. It was adopted by libertarians in the 1970s, and recently became a favourite symbol of conservative Tea Party activists. According to Margaret Weir, the flag has been adopted by the right over the past couple of decades, and it is also used by anti-government, white supremacist groups who embrace violence.[82]

XII. Online discussions leading up to the event

There had been massive advance publicity for the "March for America". It was promoted in tweets by the president and his allies. The upcoming event was cheered on social media, including Twitter, Facebook and Instagram. But woven through many of the messages to stand up for Trump – and, if possible, block the congressional certification of the election he claimed he had won – was language that flirted with aggression, even violence. The term "Storm the Capitol" was mentioned 100,000 times in the 30 days preceding Jan. 6, according to Zignal Labs, a media insights company. Many of these mentions appeared in viral tweet threads that discussed the possible storming of the Capitol and included details on how to enter the building. To followers of QAnon, the word "storm" had particular resonance. In online discussions, some QAnon followers and militia groups discussed which weapons and tools to bring. "Pack a crowbar," read one message posted on Gab, a social media refuge for the far right. In another discussion, someone asked, "Does anyone know if the windows on the second floor are reinforced?" Still, the many waves of communication did not appear to result in a broadly organized plan to take action. It is also not clear if any big money or

[80]Cassie Miller: The 'Boogaloo' Started as a Racist Meme. https://www.splcenter.org/hatewatch/2020/06/05/boogaloo-started-racist-meme (21/01/2021.)

[81] Hannah Allam: 'Boogaloo' Is The New Far-Right Slang For Civil War. https://www.npr.org/2020/01/10/795366630/boogaloo-is-the-new-far-right-slang-for-civil-war (21/01/2021.)

[82] Capitol riots: Who broke into the building? https://www.bbc.com/news/55572805 (21/01/2021.)

coordinated fund-raising was behind the mobilization, though some Trump supporters appear to have found funds through opaque online networks to help pay for transportation to the rally. "Patriots, if you need financial help getting to DC to support President Trump on January 6th, please go to my website," a QAnon adherent, Thad Williams, of Tampa, Fla., posted on Twitter three days before the event. He said he had raised more than $27,000. (After the Capitol assault, the money transfer companies PayPal and Stripe shut down his accounts. The website for his organization, Joy In Liberty, said it had given out $30,000 to fund transportation for "deserving patriots.") Other rally goers set up fund-raising accounts through the online service GoFundMe; Buzzfeed News cited at least a dozen, and GoFundMe has since closed them. The "Q Shaman" was linked to the online fund-raising. Chansley started a GoFundMe account in December to help pay for transportation to another Trump demonstration in Washington, but the effort reportedly netted him just $10. Chansley retweeted Williams's funding offer on Jan. 3, but it is unclear whether he benefited from it.[83] On Monday, Sund said, he began to worry about the Wednesday demonstration. "We knew it would be bigger," Sund said. "We looked at the intelligence. We knew we would have large crowds, the potential for some violent altercations. I had nothing indicating we would have a large mob seize the Capitol." Sure, there were claims that alt-right instigators had discussed storming the building and targeting lawmakers. But Sund said such threats had surfaced in the past. "You might see rhetoric on social media. We had seen that many times before," he said. "People say a lot of things online."[84]

XIII. Why dealing with conspiracy theories is problematic

According to Amarasingam there are no easy answears to the question of what society or governments should do about conspiracy theories. Some argue that these ideas are not worth confronting. Others think that if these are left alone, will only grow and will have real impacts on the democratic way of life. Even if there is a consensus that these ideas must be confronted and disproven, it is not clear what the course of action may look like. Conspiracy theories are very resilient and the people that peddle them are always ready to fend off counter-arguments that they know are coming.[85] Social media decentralizes these theories, accelerates their spread and opens up challenges from non-traditional actors, and this is problematic. Some evidence suggests that even confronting conspiracy theorists only reinforces their belief and the mere act of engagement and argument solidifies these worldviews further. Therefore, governments and mainstream journalists often ignored them altogether, so as not to give them a platform of any kind. This has all changed thanks to social media, where conspiracy theorists can easily find other individuals to connect with or engage with in arguments.[86]

---

[83] Dan Barry – Mike McIntire – Matthew Rosenberg: 'Our President Wants Us Here': The Mob That Stormed the Capitol. https://www.nytimes.com/2021/01/09/us/capitol-rioters.html (21/01/2021.)

[84] Aaron C. Davis – Carol D. Leonnig – Karoun Demirjian – Peter Hermann: Backup was denied, former Capitol Police chief says. https://www.seattletimes.com/nation-world/backup-was-denied-former-capitol-police-chief-says/ (21/01/2021.)

[85] Amarnath Amarasingam: The Impact of Conspiracy Theories and How to Counter Them: Reviewing the Literature on Conspiracy Theories and Radicalization to Violence. In: Anthony Richards – Devorah Margolin – Nicolò Scremin (ed.): Jihadist Terror: New Threats, New Responses. I.B. Tauris, London/New York, 2019. pp 33-34.

[86] Yubo Kou – Xinning Gui – Yunan Chen – Kathleen Pine: Conspiracy Talk on Social Media. PACM on Human-Computer Interaction, 2017. Vol. 1. No. 2. Cited by: Amarnath Amarasingam: The Impact of Conspiracy Theories and How to Counter Them: Reviewing the Literature on Conspiracy Theories and Radicalization to Violence. In: Anthony Richards – Devorah Margolin – Nicolò Scremin (ed.): Jihadist Terror: New Threats, New Responses. I.B. Tauris, London/New York, 2019. p. 33-34.

According to Rottweiler and Gill "[…] cognitive factors, such as critical thinking skills and cognitive flexibility may effectively reduce conspiracy beliefs and thereby, could potentially act as protective factors for developing extremist propensities. The way we are consuming knowledge off- and online is affecting our capacity for 'deep processing' skills: inductive analysis, critical thinking, imagination, and reflection. Additionally, it is vital to equip young people with sufficient digital literacy in order to detect false and 'counter knowledge' online. Whereas government agencies and tech companies have to do their part in countering and detecting false information and conspiracy theories, civil society must also play a proactive role in confronting the lies and myths of conspiracy theories."[87]

Future studies should test for further contextual and situational influences on the relationship between conspiracy beliefs and violent extremism." [88]

XIV. Conclusions

QAnon is an extremely harmful and dangerous conspiracy theory and its spread must be halted. Online discussions of violence leading up to the attack on the U.S. Capitol should have been taken much more seriously and the U.S. Capitol should have expected and prepared for a siege, as every sign on online forums pointed to the direction that the crowd was going to be vast, angry and prepared to commit violence. Capitol Police Chief Steven Sund's permission to request to place the D.C. National Guard on standby[89] should have been granted.

The events at the U.S. Capitol and other incidents prove that conspiracy theories, especially QAnon can pose a serious security risk. These harmful theories should not be left alone. These theories and the individuals who spread them and believe in them should be studied, and they should primarily be fought by education. I agree with Boross, that law enforcement agencies (in disguise) could post short articles, comments to moderate radicalized news portals, online forums[90] and social media sites and threads frequented by conspiracy theorists. Intelligence agencies must closely monitor known online forums frequented by conspiracy theorists and radicalized individuals, especially leading up to security-sensitive events. Signs of preparations for upcoming violent events on online platforms, posts and messages discussing and planning violent acts should be taken very seriously.

[87] Bettina Rottweiler – Paul Gill: Conspiracy Beliefs and Violent Extremist Intentions: The Contingent Effects of Self-efficacy, Self-control and Law-related Morality. Terrorism and Political Violence, 2020. p. 14. https://doi.org/10.1080/09546553.2020.1803288

[88] ibid. p. 14.

[89] Carol D. Leonnig – Aaron C. Davis – Peter Hermann – Karoun Demirjian: Outgoing Capitol Police chief: House, Senate security officials hamstrung efforts to call in National Guard. https://www.washingtonpost.com/politics/sund-riot-national-guard/2021/01/10/fc2ce7d4-5384-11eb-a817-e5e7f8a406d6_story.html (21/01/2021.)

[90] Zsigmond Attila Boross: Humán faktor (Az emberi tényező szerepe az extrémizmus-elhárítás kérdéskörében). (Human factor: The role of the human factor in the questions of countering extremism) Nemzetbiztonsági Szemle, 2014, Vol. 2, No. 2, p. 156. (In Hungarian)

Tribl Norbert[1]

Elvárások és realitások: A magán egészségbiztosítási rendszer hazai alkalmazhatóságának nyomában[2]

I. Bevezetés

Hazánkban az egészségügyi ellátórendszer hosszú ideje társadalmi és politikai kérdések kereszttüzében áll[3], a COVID-19 világjárvány pedig különösen próbára tette (illetve jelen kutatás alatt teszi) szinte a világ valamennyi országának egészségügyi ellátórendszerét.[4] Hazai viszonylatban a járvány felszínre hozta a régóta fennálló problémákat, úgy mint az ellátórendszer személyi és eszközállományának elégtelensége, illetve a rendszer finanszírozása.[5] Mélyebben vizsgálva a problémát, egyszerre találjuk szemben magunkat a közgazdaságtanból ismert szűkösség jelenségével és az állam teherbíró képességének határaival.[6] A jelenlegi hazai egészségügyi ellátórendszer a szociális alkotmány szellemiségén, illetve a bismarcki rendszeren alapul, amelyről azonban bebizonyosodni látszik, hogy az állam kapacitásai végesek és egy hatékony ellátórendszer csak az állam és az állampolgárok közös felelősségvállalása útján biztosítható.[7]

Az államok számos, egymástól eltérő megoldás mentén valósítják meg az egészségügyi ellátást. A skála két végpontjának a „gondoskodó" állami és az Egyesült Államok piaci alapon szervezett modellje tekinthető. Előbbi esetén az egészségügyi ellátórendszer teljes egészében a szociális háló részeként, állami finanszírozás alapján valósul meg. Magyarországon a szocialista rendszerben az egészségügyi ellátás igénybevétele az állampolgárok alanyi jogának minősült.[8] Az angolszász jogterületen elterjedt magántőkén alapuló rendszer esetén az egészségügyi ellátórendszer fenntartását az állam „kiszervezi" és fenntartását a piac láthatatlan kezére bízza: az egészségügyi szolgáltatók túlnyomórészt piaci szereplők, beleértve az egészségbiztosítást kínáló vállalatokat is.[9] Utóbbi modell esetén az egészségbiztosítás szolgáltatássá, illetve a munkaviszonyhoz kapcsolódó juttatássá válik, amelyről főszabály szerint az egyén maga, vagy munkaviszonya révén munkáltatója gondoskodik.

Az egészségügyi ellátórendszer megszervezése és működtetése komplex rendszert

---

[1] Tudományos segédmunkatárs, Szegedi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Közjogi Intézet

[2] A kutatást az EFOP 3.6.1.-16-2016-00008 azonosító számú, EU társfinanszírozású projekt támogatta.

[3] Vö.: Sebők Orsolya: Elvérzik? A hazai állami egészségügyi rendszer több sebből vérzik, és magánfinanszírozás nélkül rendbe tenni nehéz lenne. In Piac&Profit, 2018/4. szám, pp. 42-57.

[4] Vö.: What will be the impact of the COVID19 pandemic on healthcare systems? A Deloitte saját elemzése, amely elérhető: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/fr/Documents/covid-insights/deloitte_impact-covid19-on-healthcare-systems.pdf?_ga=2.108079617.2061534767.1612897160-687660259.1612897160 (2021. 02. 09.)

[5] Vö.: Lantos Gabriella: A párhuzamos valóság – a magán-egészségügyi rendszer kiépülése. In Társadalmi riport, 2018/1. szám, pp. 288-290.

[6] Böröcz Imre (szerk.): Elemzés (EL-1250-005/2019.) az egészségügyi finanszírozásról. Kiadja az Állami Számvevőszék, 2019, p. 26. Elérhető: https://www.asz.hu/storage/files/files/elemzesek/2019/egeszsegugy_finanszirozasa20190628.pdf?download=true (2021. 02. 09.)

[7] Vö.: Lantos 2018, pp. 288-293.

[8] Asbóth Márton – Fazekas Marianna – Koncz József: Egészségügyi jog és igazgatás, ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2020, p. 18.

[9] Vö.: Steven Jonas - Raymond L. Goldsteen - Karen Goldsteen: An Introduction to the US Health Care System – Sixth Edition, Springer Publishing Company, New York, 2007, pp. 9-25.

feltételez, amelynek legnagyobb kihívása annak finanszírozása, ugyanakkor tekintettel arra, hogy szinte a társadalom valamennyi tagját érinti, egyszerre válik jogi, politikai és közgazdaságtani kérdéssé.[10] Szinte valamennyi államban fellelhetők az egészségügyi reformokra irányuló törekvések, mint politikai programok elemei. (Az Egyesült Államokban pl. nagy vihart kavart korábban az ún. *Obama Care*,[11] de hazai viszonylatban is politikai viták kereszttüzébe került az orvosok bérének megemelése, egyúttal az ehhez kapcsolódó feltételrendszer és az egészségügyi szolgálati törvény.[12]) Az egészségügyi ellátórendszer átalakítása, hatékonyabbá tétele elsősorban annak költségvonzatára tekintettel problematikus: egy rosszul megalkotott rendszer hosszú távon, rendszeresen visszatérően jelent kiemelkedő megterhelést az állam számára.[13]

Magyarországon az állami egészségügyi ellátórendszerrel szembeni elégedetlenség több évtizedes probléma, amelynek okai közül számos részterület azonosítható, így különösen: az egészségügyi apparátus – orvosállomány, ápolóállomány – alacsony létszáma, az egészségügyi dolgozók elégtelen jövedelmi viszonyai, a hálapénz „intézménye"[14], az elégtelen infrastrukturális körülmények.[15] Mindezen körülmények következtében az elmúlt évtizedben hazánkban a piaci alapon szerveződő magán egészségügyi szolgáltatók viszonylag gyors fejlődésnek indultak és az állami ellátórendszer alternatívájaként kezdtek szolgálni, azonban szervezetlen keretek között.[16] Egyúttal 2020-ban az egészségügyi szolgálati törvény megalkotásával a jogalkotó által eszközölt beavatkozások is a fenti problémák egy részének megoldását célozták. Az állami egészségügyi ellátórendszerrel szembeni elégedetlenség tehát életre hívta az igényt egy hatékony egészségügyi szolgáltató rendszerre, vagyis közgazdaságtani szempontból létrejött a kereslet. Csak idő kérdése volt, hogy a Marshall kereszt másik ága mikor jelenik meg, vagyis mikor intézményesül a kínálati oldal. E folyamat érhető tetten úgy vélem a magán egészségbiztosítás egyre gyorsuló ütemű térhódításával, amely az elmúlt években hazánkban is terjedőben lévő biztosítási ágazat, amelynek ugyanakkor hazai jogi és funkcionális keretrendszere egyelőre kiforratlan.[17] Jelen tanulmány keretei között a hazai egészségügy biztosítási rendszerét vizsgálom annak érdekében, hogy milyen keretek között lehetséges kialakítani egy komplex, az állami és a magán biztosítási rendszert ötvöző megoldást. Célom tehát annak a kérdésnek a lehetséges megválaszolása, hogy az állami ellátórendszer jelenlegi állapota és a magánszektor fejlettségi szintje mellett lehetséges-e kialakítani a két szektor kombinációjával egy hatékonyabb, fentarthatóbb egészségügyi ellátórendszert a jövőben.

Vizsgálódásom során támaszkodom az egészségügyi ellátó-, illetve biztosítási rendszer nemzetközi modelljeire, a hazai alkotmányjogi keretrendszerre, amely követelményeket

---

[10] Vö.: Gulácsi László –Kovács Erzsébet – August Oesterle –Boncz Imre: Verseny az egészségügyben - Egyesült államokbeli és nyugat-európai példák. In Közgazdasági Szemle, LIV. évf., 2007 májusi szám, pp. 480–498.

[11] Vö.: Forman Balázs György: Egyén és az állam kapcsolata az egészségbiztosításban az Egyesült Államokban: Az Obamacare elő- és utóélete. In Fontes Iuris: Az Igazságügyi Minisztérium szakmai folyóirata, 2017/3, pp. 56-65.

[12] Vö.: 2020. évi C. törvény az egészségügyi szolgálati jogviszonyról.

[13] Vö.: Lantos 2018, pp. 289-291.

[14] A 2020-as egészségügyi reformok keretében a jogalkotó minden korábbitól szigorúbban lép fel a paraszolvencia intézménye ellen. A Btk. vonatkozó rendelkezése kiegészült, amelynek értelmében a vesztegetés alkalmazása során 2020. január 1-től jogtalan előnynek minősül az egészségügyről szóló törvényben meghatározottak szerinti jogtalan előny.

[15] Vö.: az MNB 2020-as évre vonatkozó versenyképességi jelentése: https://www.mnb.hu/letoltes/versenykepessegi-jelentes-hun-2020-0724.pdf, Különösen pp. 92-93, illetve a Portfolio.hu 2020. július 29-én megjelent, „A hazai egészségügy legnagyobb problémái" c. elemzését. Elérhető: https://www.portfolio.hu/gazdasag/20200729/a-hazai-egeszsegugy-legnagyobb-problemai-442760 (2021. 02. 09.)

[16] Vö.: az MNB 2020-as évre vonatkozó versenyképességi jelentése, p. 92.

[17] Tőkey 2018, p. 68.

támaszt a jogalkotó felé, illetve közgazdaságtani szempontokat is igyekszem figyelembe venni. Kutatási előfeltevésem az, hogy a teljes mértékben piaci alapon megszervezett egészségügyi ellátórendszer (amerikai modell) bevezetése Magyarországon nem megvalósítható, a gondoskodó állami modell, vagyis a teljes egészében ingyenes, állam által finanszírozott ellátórendszer hosszú távon pedig nem fenntartható, amelynek következtében egy hibrid rendszer kiépítése jelentheti a rövid, illetve középtávú, de megfelelő jogi szabályozás és előzetes hatásvizsgálat alapján akár a hosszú távú megoldást is. A tanulmány elkészítése során jelentős részben támaszkodtam Asbóth Márton, Fazekas Marianna és Koncz József Egészségügyi jog és igazgatás c. átfogó jellegű munkájára.[18]

II. Az egészségügyi ellátórendszerek modelljei

Az egészségügyi ellátórendszereket – főként finanszírozásuk tekintetében – négy csoportba szokás sorolni: (i) a Bismarck-féle szolidaritási elvű társadalombiztosítási modell, (ii) a Beveridge-féle állami egészségügyi szolgálati modell, (iii) az erős öngondoskodásra, vagyis a magánbiztosításra épülő rendszer, és (iv) a Szemaskó-féle szocialista egészségügyi modell.[19] A gyakorlatban az egészségügyi rendszereket többféleképpen is csoportosíthatjuk, leggyakoribb azonban a fenti, finanszírozás szerinti meghatározás. A modellalkotás során nem egyedülálló módon a fentebb felsorolt és alább ismertetett kategóriák vegytiszta formájukban nem léteznek, a gyakorlatban az egyes kategóriák jellemzőit magukon viselő vegyes rendszerekkel találkozhatunk.[20]

II.1. Bismarck-féle szolidaritás elvű társadalombiztosítás[21]

A német bismarcki modell először az iparban dolgozók számára tette kötelezővé az egészségbiztosítást, majd a következő évtizedekben a kötelezettek köre folyamatosan bővült kiterjesztve a biztosítás hatókörét szinte a teljes lakosságra. Az 1800-as évek végére tehető egészségbiztosítási rendszerben az ipari szegmensben dolgozók biztosítását a munkahelyi balesetbiztosítás, majd a nyugdíjbiztosítás követte. A XX. század elején a rendszert kiterjesztették a munkanélküliek támogatására is.[22] Az egészségügyi biztosítási rendszer tehát a társadalombiztosítás égisze alatt, annak egy alszegmenseként működött. A szocialista modell bevezetéséig többek között hazánk is ezt a modellt követte. A bismarcki modell számos változáson ment keresztül, ugyanakkor a rendszer finanszírozásának alapja nem változott: azt a társadalombiztosítási járulék jelenti, amelyet a munkáltatók és munkavállalók megosztva fizetnek.[23] A biztosítotti előnyök tehát a biztosítási jogviszonyhoz kötődnek, a rendszer alapját a biztosítási jogviszony képezi, azzal, hogy napjainkra – a kezdeti időszakhoz képest – gyakorlatilag a társadalom egészére kiterjesztették a társadalombiztosítási hálót. (Megjegyzendő, hogy az új Tbj. szigorít a korábbi szabályokon: ha az egészségügyi szolgáltatási járulékfizetésre kötelezett személy a fizetési kötelezettségét nem teljesíti és az ebből keletkező hátralék összege meghaladja az egészségügyi szolgáltatási járulék havi

[18] Asbóth Márton – Fazekas Marianna – Koncz József: Egészségügyi jog és igazgatás, ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2020.
[19] Vö.: Boncz Imre (szerk): Egészségügyi finanszírozási, menedzsment és minőségbiztosítási alapismeretek, Medicina, Budapest, 2011, pp. 15-19.
[20] Vö.: Boncz 2011, p. 15.
[21] Boncz 2011, pp. 15-16.
[22] Boncz 2011, p. 15.
[23] Uo.

összegének hatszorosát, az egészségügyi szolgáltatás térítésmentesen nem vehető igénybe.[24])

Fontos rögzíteni, hogy a bismarcki modellben a magánszolgáltatók létjogosultsága megkérdőjelezhetetlen, az állami szolgáltatókkal párhuzamosan léteznek. Egyúttal a rendszer egyik jellemzője a szolidaritás: a befizetendő járulékok a biztosított jövedelméhez igazodnak, az ellátások száma és minősége azonban nem függ a befizetések mértékétől.[25] Megvalósítását illetően két gyakorlatot különböztethetünk meg: a költség-visszatérítés rendszerét (pl. Franciaország), illetve a természetbeni ellátások rendszerét. Előbbi esetén az ellátott az ellátások költségét megfizeti a szolgáltatónak, majd a biztosító a költségeket megtéríti. Ezzel szemben a második esetben – amelyet hazánk is alkalmaz – az ellátott nem fizet közvetlenül a szolgáltatónak, az ellátások költségét a biztosító közvetlenül téríti meg az ellátást végző intézmények részére.[26]

II.2. Beveridge-féle állami egészségügyi szolgálat[27]

A Beveridge féle modell mintaállama az Egyesült Királyság, kialakulása a XX. század közepére datálható. A rendszer működési mechanizmusa szerint állami irányítás mellett történik[28] az egészségügyi ellátás megszervezése, vagyis alapvetően állami egészségügyi szolgáltatókkal találkozhatunk. Ezek finanszírozásában szintén szerepet játszik a járulékfizetés, azonban az ellátórendszer működéséhez szükséges forrásokat alapvetően (cél)adók útján biztosítják.[29] Tekintettel arra, hogy a járulékrendszer csak kiegészítő jelleget tölt be a modell működése során, a szolgáltatások alapvetően – hasonlóan a szocialista rendszerhez – állampolgári jogon megilletik az állampolgárokat.

A Beveridge féle modellen belül megkülönböztethetünk centralizált és decentralizált megvalósítási módot. Centralizált megvalósítások esetén az ellátások és a finanszírozás megszervezése központi államigazgatási feladat- és hatáskörbe tartozik (pl. Egyesült Királyság). Ezzel szemben decentralizált megvalósítás esetén az ellátás megszervezése a helyi közigazgatás feladat- és hatáskörébe tartozik (pl. Dánia, Finnország).[30] Decentralizált megvalósítás esetén a központi államigazgatás szerepe az adóigazgatás szerepén keresztül érvényesül.

II.3. Erős öngondoskodásra épülő rendszer (magánbiztosítás)[31]

A magánbiztosításra épülő öngondoskodó rendszer mintaállamának az Amerikai Egyesült Államok tekinthető. Az USA rendszerében az állam csak kivételesen és kisebb súllyal vállal részt az egészségügyi ellátórendszer megszervezésében és üzemeltetésében, azt a piacra bízza: a biztosítók és maguk az ellátást nyújtó szolgáltatók is túlnyomó többségében

[24] 2019. évi CXXII. törvény a társadalombiztosítás ellátásaira jogosultakról, valamint ezen ellátások fedezetéről, 46.§
[25] Boncz 2011, p. 16.
[26] Uo.
[27] Vö.: Boncz 2011, pp. 16-17.
[28] Központi egészségügyi hatóságként a *National Health Service* jár el. Vö.: https://www.britannica.com/topic/National-Health-Service (2021. 02. 11.)
[29] Boncz 2011, p. 16
[30] Boncz 2011, p. 17.
[31] Uo.

profitorientált magánvállalkozásokként működnek a piac szabályai szerint. [32]

II.4. Szemaskó-féle szocialista egészségügyi rendszer[33]

A negyedik és egyben utolsó rendszer a szocialista modell, amely a Szovjetunióból kiindulva a Keleti Blokk országaiban terjedt el, így többek között a megszállás időszakában hazánkban is felváltotta a bismarcki modellt. A szocialista modellben a forrásoldal kizárólag állami kötelezettségvállalás, vagyis az egészségügyi ellátórendszer működtetése teljes egészében az államháztartás kiadásaként jelenik meg, egyúttal a szolgáltatást nyújtó intézmények is mind állami intézményekként működnek, állami fenntartással. A szolgáltatások igénybevétele állampolgári jogosultság, vagyis az állampolgárok alanyi jogaként érvényesül, azok nyújtása az állam kötelezettsége. Hazánkban – ahogyan arról a későbbiekben még lesz szó – a rendszerváltást követően a szocialista modellt ismét felváltotta a bismarcki modell, azzal, hogy a jogrendszer számos más területéhez hasonlóan a szocialista jogi és társadalmi gondolkodás nem tűnt el nyomtalanul: a rendszerváltást követő egészségügyi igazgatási rendszer – mind a mai napig – egyfajta hibrid, a szocialista és a bismarcki modell jegyeit ötvöző rendszernek tekinthető, amely az utóbbi évtizedben kiegészülni látszik – a kereslet és kínálat törvénye alapján – a magán egészségügyi szolgáltatók és magánbiztosítók térhódításával.[34]

III. Az egészségügyi igazgatásról általában

Az egészségügyi igazgatás, mint állami feladat két nagy csoportba sorolható: egyrészről a közösség védelme (járványügy), másrészről a betegségek gyógyításának megszervezése.[35] A szervezett egészségügyi igazgatás, a gyógyítás közigazgatási megszervezése az abszolút monarchiák korszakára tehető, míg a komolyabb intézményesülés csak a XIX. század második felétől veszi kezdetét.[36] A gyógyítás és a járványok elleni küzdelem története ugyanakkor természetesen több évezredes múltra tekint vissza.[37] A gyógyítás, mint állami, majd közigazgatási feladat megszervezése a szociális jogok és az egészséghez való jog elismerésével kerül az állami szerepvállalás horizontjába,[38] vagyis a második generációs alapjogok kialakulása hozza létre azt az alkotmányjogi, alapjogi keretet, amelynek talaján az egészségügyi igazgatás, mint a közigazgatás egyik szakterülete létrejön.

Magyarországon az első egészségügyi szabályozás Mária Terézia nevéhez fűződik, aki 1770-ben rendeleti úton szabályozta az egészségügyi hatóságokat, azok hatásköreit, illetve a gógyításban résztvevők számára foglalkozási feltételeket írt elő.[39] A következő jelentős, a magyar egészségügyi igazgatás alapjait meghatározó mérföldkő a XIX. század első felében végbemenő folyamat, amely során az ispotályokat fokozatosan felváltják a városi polgári kórházak.[40] Történeti dimenzióit tekintve Magyarországon az egészségügyi igazgatás

[32] Az Egyesült Államok egészségbiztosítási és ellátórendszerét részletesen lásd: Túri Gergő - Terebessy András - Horváth Krisztián: Az Amerikai Egyesült Államok népegészségügyi rendszere és egészségfejlesztéssel foglalkozó szervezetei. In Egészségfejlesztés, 2018, 1. Különszám, pp. 11-19.
[33] Boncz 2011, p. 18.
[34] Vö.: https://bank360.hu/egeszsegbiztositas (2021. 02. 11.)
[35] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 9.
[36] Vö.: Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, pp. 10-11.
[37] Uo.
[38] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 9.
[39] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 11.
[40] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 12.

megszervezése alapvetően rendészeti alapokon nyugszik. A kiegyezést követően például a közegészségügyi feladatokat a Belügyiminisztérium látta el.[41] 1868-ban került sor az Országos Közegészségi Tanács felállítására, majd a közegészségügy – immáron – törvényi szintű szabályozására az 1876. évi XIV. törvénycikkel. A törvény értelmében az egészségügyi hatósági feladatokat és az ágazat felügyeletét a törvényhatóságok által alkalmazott megyei tisztifőorvosok és járási orvosok látták el.[42]

A dualizmus korabéli rendszer érdekessége, hogy finanszírozását tekintve egyfajta vagyoni cenzust alkalmazott: az ún. körorvosnak (ti. körzeti orvos) a vagyonosokat díjazás ellenében, a szegényeket ugyanakkor ingyenesen kellett ellátásban részesítenie.[43] A korabeli gondolkodásban az ellátást alapvetően magánjogi természetű szolgáltatásként fogták fel, amelynek díjazását az állam nem határozta meg, vagy korlátozta, azzal, hogy az úgynevezett szegényügyi igazgatás részeként a szegényebb társadalmi rétegek ellátásának költségét az önkormányzatok átvállalták.[44]

A mai szóhasználattal élve háziorvosi ellátás tehát állami, pontosabban helyhatósági (önkormányzati) fenntartással működött. A kórházi ellátást illetően már a dualizmus korában megkülönböztették a különböző fenntartási intézményeket, így léteztek állami, önkormányzati, egyesületi, alapítványi, egyházi és magánintézmények.[45] A korabeli állami fenntartású kórházak valamennyi beteget kötelesek voltak ellátni, vagyis a jelenkori dichotómia az állami fenntartású és magánintézmények között már a dualizmus korában is megjelent, azzal, hogy napjainkra az egyházi és alapítványi / egyesületi fenntartású intézmények gyakorlatilag megszűntek.

A kötelező betegbiztosítás 1891-ben jelenik meg Magyarországon, amely az egészségügy költségviselésének átalakítását vonta maga után. A magyar biztosítási rendszer a bismarcki modellre épült, így megjelent a munkavállalók és munkáltatók kötelező hozzájárulása az ipari szegmensben.[46] A következő jogszabályi változás 1898-ban következik be, amikor is az egészségügyi ellátás költségeit megosztják az államkincstár, a betegsegélyező pénztárak, a betegek, illetve az országos betegápolási alap között. A biztosítással nem rendelkező, ellátásukat maguknak fedezni nem tudó betegek kezelési költségeit a Belügyminisztérium irányítása alatt álló országos alap vállalta át.[47]

A két világháború között a bismarcki modellel alapuló egészségügyi igazgatási rendszer folyamatosan bővül, mind több terület kerül a rendszer hatókörébe, bővülnek a népegészségügyi feladatok, illetve a kötelező biztosítási rendszert is fokozatosan terjesztik ki.[48] A folyamat folytatódik a szocializmus időszakában is, amely alatt az egészségügy magán oldalának teljes erodálódása következik be, az egészségügy teljes egészében állami feladattá válik, amelynek megszervezése és megvalósítása a központi és területi igazgatási szintek között oszlik meg,[49] vagyis kiépül a szocialista modell.

Az egészségügyi igazgatás szocialista modell szerinti megszervezésének egyik alapelve volt a mindenki számára biztosított, ingyenes egészségügyi ellátás biztosítása.[50] Ennek szellemében született meg az 1972. évi II. törvény, mint egészségügyi kódex, amely egy 1972-es alkotmánymódosításon nyugodott, amely az egészségügyi ellátáshoz való jogok

[41] Uo.
[42] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 12.
[43] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 13.
[44] Uo.
[45] Uo.
[46] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, pp. 13-14.
[47] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 14.
[48] Vö. Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, pp. 14-15.
[49] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, pp. 17-18.
[50] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 18.

állampolgári jogként határozta meg.[51] A szocialista egészségügyi igazgatási modell tehát megteremtette a központosított, teljes egészében állami fenntartású és állami finanszírozású egészségügyi igazgatást és ellátórendszert, amelyben az egészségügyi ellátást az állampolgársághoz kapcsolódó alanyi jogként határozták meg. A rendszerváltást követően kezdődött csak meg a visszatérés a biztosításalapú rendszerre.[52]

Az egészségügyi igazgatást a kilencvenes években a társadalombiztosítás részeként, egyrészről mint államigazgatási feladatot, másrészről, mint az önkormányzati igazgatás részét szervezték meg, megosztva a terület igazgatását a két közigazgatási alrendszer között. Az egészségügyi igazgatás alapját a munkáltatók és munkavállalók járulékfizetése képezte (és képezi a mai napig).[53] A következő nagy változást 2010 jelentette, amikortól is a fekvőbetegek ellátása (megyei kórházak) állami irányítás alá került, és csak a járóbeteg-ellátás maradt a helyi önkormányzatok feladata.[54]

IV. A hazai egészségbiztosítás rendszere jelenleg

A hazai egészségügyi rendszer[55] alapvetően a járóbeteg és a kórházi ellátásból áll,[56] jellemzője a megosztott feladatellátás és felelősség az állam, az önkormányzatok és az egészségbiztosítás szervezetrendszere között. Az ellátórendszer a társadalombiztosítás részeként működő önálló Egészségbiztosítási Alapon nyugszik[57], amely a Nemzeti Adó- és Vámhivatal által gyűjtött járulékokból önállóan gazdálkodik. Az ellátás 2020-ig gyakorlatilag a lakosság egészére kiterjedt és teljeskörű ellátást nyújt(ott).[58] Hazánkban az alternatív biztosítások szerepe egyelőre nem tekinthető meghatározónak, ugyanakkor az egyes magánbiztosítások, illetve magán egyészségügyi szolgáltatók köre folyamatosan bővül. [59]

Ahogyan az korábban bemutatásra került a rendszerváltozás előtt a hazai egészségügyi igazgatás a szocialista modell szerint került megszervezésre, vagyis az egészségügyi szolgáltatásokat állampolgári jogként valamennyi állampolgár igénybe vehette, míg az ellátórendszer finanszírozása tisztán állami kiadásként, illetve állami kötelezettségként jelentkezett. A rendszerváltás után a hazai szabályozás visszatért a bismarcki alapokra, az ellátás megszervezése alapvetően önkormányzati, míg a finanszírozás az Országos Egészségbiztosítási Pénztár (OEP) feladatkörébe került.

Jelenleg biztosítotti oldalról két nagy csoportot különíthetünk el hazánkban: a biztosítottak, akik a járulékfizetés következtében valamennyi egészségbiztosítás által fedezett ellátásra jogosultságot szereznek (így a szolgáltatásokra és pénzbeli ellátásokra is), illetve azok, akik csak a szolgáltatások igénybevételére jogosultak. Utóbbi kategória esetén a központi költségvetés fedezi az ellátásokat. A biztosítottak körét illetően alapvető változásokat hozott a társadalombiztosítás ellátásaira jogosultakról, valamint ezen ellátások fedezetéről

[51] Uo.
[52] Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 19.
[53] Uo.
[54] Uo.
[55] A hazai egészségügyi rendszer szabályozási környezetének alapvető vonásait bővebben lásd: Boncz 2011, pp. 26-36. Az egészségügyi rendszer szervezeti felépítésének alapjait lásd: Boncz 2011, pp. 36-43, míg a finanszírozási alapelveket lásd: Boncz 2011, pp. 43-57.
[56] A hazai ellátórendszer felépítését bővebben lásd: Ütőné Visi Judit: Egészségföldrajz, Elektronikus tananyag, amely a TÁMOP-4.1.2.A/1-11/1-2011-0038 számú projekt keretében készült, pp. 50-53. Elérhető: https://regi.tankonyvtar.hu/hu/tartalom/tamop412A/2011-0038_18_visi_hu/ch01s07.html (2021.01.03.)
[57] Részletesen lásd az egészségügyi szolgáltatások Egészségbiztosítási Alapból történő finanszírozásának részletes szabályairól szóló 43/1999. (III. 3.) Korm. rendeletet.
[58] Vö.: 386/2016. (XII. 2.) Korm. rendelet az egészségbiztosítási szervekről.
[59] A jelenleg elérhető szolgáltatásokat lásd pl. https://bank360.hu/egeszsegbiztositas (2021. 02. 11.)

szóló 2019. évi CXXII. törvény, az új Tbj, amely 2020. július 1-én lépett hatályba. [60] Az új Tbj. szabályai jóval szigorúbbak a korábbi szabályozáshoz képest a járulékfizetés elmaradását illetően: amennyiben ugyanis az új szabályok értelmében hathavi járulékfizetés elmaradása esetén az ellátott csak az ellátás díjának kifizetése mellett veheti igénybe az egyébként az egészségbiztosítás keretén belül járó egészségügyi szolgáltatást.[61]

A hazai egészségbiztosítási rendszerben a szolgáltatók számára az ellátások költségét a Nemzeti Egészségbiztosítási Alapkezelő (NEAK) téríti meg, amely finanszírozási szerződéseket[62] köt a szolgáltatókkal.[63] Az egészségügyi ellátások költségei tehát közfinanszírozás útján kerülnek megtérítésre. Az egészségügyi szolgáltatások költségeinek másik lehetséges módja a magánfinanszírozás, vagy öngondoskodás (vö. amerikai, vagy öngondoskodó modell). A magánfinanszírozás további két alesetre bontható: legegyszerűbb formában nem beszélhetünk biztosítási rendszerről. Az egészségügyi szolgáltató piaci alapon „beárazza" a nyújtott szolgáltatást, az ellátott pedig közvetlenül a szolgáltatónak fizeti meg a beavatkozás / ellátás költségeit. A második esetben egy harmadik fél, a magánbiztosító is belép: ebben az esetben az ellátott a biztosítóval szerződik, aki „kiközvetíti" az egészségügyi szolgáltatóhoz az ellátandó szerződő felet. Ebben az esetben tehát egy háromszereplős jogviszonyról van szó, ahol a biztosított és a biztosító, illetve a biztosító és az egészségügyi szolgáltató között jön létre szerződéses jogviszony.[64]

Összefoglalóan tehát az egészségügyi ellátórendszer finanszírozása vagy teljes egészében állami forrásból történik, amely esetben a forrásoldalon az erre fordított adóbevételek és/vagy járulékok állnak, vagy az állam az egészségügyi háló megszervezését és finanszírozását a piacra bízza. Magyarországon a bismarcki rendszert (járulék alapú finanszírozás) a szocialista rendszer váltotta (az ellátás állami kötelezettség, illetve állampolgári jog), majd ismét visszatértünk a bismarcki alapokon nyugvó rendszerhez, immáron a szocialista rendszer elemivel ötvözve. Ebben a rendszerben hazánkban az öngondoskodás gyakorlata kevésbé tudott elterjedni, mind szolgáltatói (kínálati), mind társadalmi (keresleti) oldalról. Az elmúlt évek tendenciájaként figyelhető meg csupán, hogy az alacsony hatékonyságú egészségpénztárak mellett[65] elkezdtek megjelenni a biztosítótársaságok által nyújtott egészségbiztosítások, amelyek az öngondoskodás talaján nyugszanak, vagyis a biztosított és a biztosító közötti szerződés alapján a biztosító közvetíti ki a biztosítottakat az egészségügyi szolgáltató felé. [66]

(Megjegyzendő, hogy egy másik lehetséges öngondoskodási forma, mikor maga az egészségügyi szolgáltató nyújt biztosítási szerződéses konstrukciót, itt tehát egy két szereplős formációról beszélhetünk. Hazánkban nem példa nélküli ez a megoldás, azonban még a korábban bemutatott konstrukciótól is kevésbé elterjedt jelenleg.)

A hazai egészségbiztosítási piac tehát gyerekcipőben jár, amelyhez hozzájárul az elégtelen jogszabályi környezet is: hazánkban továbbra is teljes egészében állami kötelezettségként tekint a társadalom jórésze és maga a jogalkotó is az egészségügyi ellátások megszervezésére, és mint ilyen, ennek megfelelő jogszabályi környezet alakult ki. Jelenleg a magán egészségbiztosítás a Polgári Törvénykönyvben szabályozott egészségbiztosítási

---

[60] Vö.: Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, pp. 57-58.

[61] Lásd korábban.

[62] A finanszírozási szerződésekről részletesen lásd a Nemzeti Egészségbiztosítási Alapkezelő (NEAK) tájékoztatóját: http://www.oep.hu/felso_menu/szakmai_oldalak/gyogyito_megeleozo_ellatas/tajekoztatok/tajekoztato_szerzodeses_kapcsolatok.html (2021. 02. 11.)

[63] Vö.: Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 62.

[64] Vö.: Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, pp. 64-65.

[65] Az egészségpénztárakról részletesebben lásd a Magyar Nemzeti Bank összefoglalóját: https://www.mnb.hu/fogyasztovedelem/penztarak (2021. 02. 11.)

[66] Vö.: Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, pp. 64-65.

szerződés keretében jöhet létre. A Ptk. definíciója szerint *„egészségbiztosítási szerződés alapján a biztosító a biztosított megbetegedése esetén a szerződésben meghatározott szolgáltatások teljesítésére vállal kötelezettséget. A biztosító szolgáltatása kiterjedhet a szerződésben meghatározott egészségügyi szolgáltatások egészséges személy általi igénybe vételekor felmerülő költségek megtérítésére is.”*[67] A 2020-ban bekövetkező változások – ti. új Tbj., egészségügyi szolgálati jogviszony, hálapénz elleni intézkedések, stb. – pedig egyelőre nem engednek arra következtetni, hogy a jogalkotó oldaláról szignifikáns, az öngondoskodás rendszere felé mozduló jogalkotási szándék jelen lenne a jövőben.[68]

V. Alkotmányjogi megközelítés

Az egészségügyi igazgatás és az egészségügyi ellátások megszervezésének legmagasabb szintű jogforrása maga az Alaptörvény, amely XX. cikkében rendelkezik arról, hogy *„Mindenkinek joga van a testi és lelki egészséghez”,* illetve e 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.”*

Míg korábban utaltunk rá, a szocialista korszak alkotmányi felfogásában az egészségügyi ellátáshoz való jog állampolgári jogként jelent meg. Az Alaptörvény ezzel szemben nem az egészségügyi ellátáshoz való jogok nevesíti, hanem mindenki jogát a „testi és lelki egészséghez”. Az állam szerepvállalását pedig már csak a jog érvényesülésének elősegítése körében deklarálja, amelynek keretében az állam a jog érvényesülését az egészségügyi ellátás megszervezésével segíti elő. Az Alaptörvény alapján tehát az egészséghez való jog jelenik meg, az állam kötelezettsége pedig nem az egészségügyi szolgáltatás nyújtásának garantálása, pusztán az egészségügyi ellátás megszervezése, amely nem feltétlenül jelenti a jelenlegi, túlnyomó többségében állami finanszírozáson alapuló szolgáltató rendszert. Az Alaptörvény jelenlegi megfogalmazásában, tekintettel arra, hogy az egészséghez való jog érvényesülését az állam csak „elősegíti” és nem „garantálja” az államcéli jelleg érhető tetten. (Az egészséghez való jog államcéli jellege megjelenik az Alkotmánybíróság gyakorlatában is, igaz még a korábbi Alkotmány szabályozása alapján.[69]) Az Alaptörvény alapján tehát az állami kötelezettségvállalás a magán egészségbiztosítás rendszerének megfelelő szabályozásával, a magánszektor fejlesztésére irányuló állami beavatkozásokkal is teljesíthető lenne.

VI. Következtetések

Többek között a COVID-19 következtében (is) végrehajtott egészségügyi reformok, úgy mint az egészségügyi dolgozók béremelése, illetve a hálapénz elleni fellépés olyan intézkedések, amelyek képesek ugyan a jövőben érdemben hozzájárulni a hazai egészségügyi szektor fejlődéséhez, ugyanakkor jelen sorok szerzőjének álláspontja szerint elégtelenek

[67] Vö.: Ptk. 6:487-6:490.§§, illetve Tőkey Balázs: Egészségbiztosítás a Ptk-ban – A magán-egészségbiztosítás jelene és perspektívái. In Biztosítás és Kockázat, 2018/1. szám, pp. 62-69.
[68] Tökey 2018, p. 62.
[69] Vö.: 54/1996. (XI. 30.) AB határozat, illetve Asbóth – Fazekas – Koncz 2020, p. 22. Az AB – akkori – álláspontja szerint a lehető legmagasabb szintű testi és lelki egészséghez való jog önmagában alanyi jogként nem értelmezhető, *„az az Alkotmány 70/D. § (2) bekezdésében foglalt állami kötelezettségként fogalmazódik meg, amely magában foglalja azt a kötelezettséget, hogy a törvényhozó a testi és lelki egészség bizonyos területein alanyi jogokat határozzon meg.”* Idézi az ABH-t Asbóth – Fazekas – Koncz.

lesznek ahhoz, hogy a krónikus infrastrukturális, illetve egyéb rendszerszintű problémák, úgy mint az ápoló és orvoshiány megoldásául szolgáljanak. Egyúttal problémát jelent, hogy az egészségügyi szektor a kereslet és a kínálat törvénye alapján már elkezdte kidolgozni a piaci alapú megoldásokat, vagyis állami irányítás és beavatkozás nélkül, de elkezdett fejlődésnek indulni a magán egészségügyi és biztosítási rendszer. A jelenlegi helyzetben ezért nem lehetséges a szocialista modell elemeivel kiegészített bismarcki modell hosszú távú fenntartása az egészségügyi finanszírozás és az egészségügyi igazgatás tekintetében.

A megoldást hosszú távon egy olyan hibrid rendszer jelenthetné, amely a jelenleg fejlődésben lévő magán egészségügyi szektor bevonásával ötvözi az állami finanszírozású ellátórendszert az öngondoskodással. Egy ilyen hibrid rendszer kialakításának számtalan lehetősége kínálkozik a szolgáltatások párhuzamos nyújtásától (választási alapon) egészen egy olyan modellig, ahol az állami finanszírozású egészségügyi szolgáltatók piaci szereplőként lépnek fel. Ebben az esetben az állampolgároknak lehetőségük nyílik a választásra, hogy az állami egészségügyi biztosítást és ellátórendszert veszik igénybe, vagy más, piaci alapon működő szolgáltatóval szerződnek. Bármilyen a magánegészségügyi biztosítás, vagyis az öngondoskodási rendszer bevonásán alapuló strukturális átalakítás esetén az egyik legfontosabb rendezendő kérdés ugyanakkor a kétszeres fizetési kötelezettség rendezése,[70] vagyis hogy az állampolgárokat sem de jure sem de facto ne kényszerítse a rendszer kétszeres biztosítási díj megfizetésére. (A jelenlegi helyzetben ugyanis az állampolgárok nincsenek valódi választási helyzetben: a járulékfizetés és az állami ellátórendszerben történő részvétel nem döntés kérdése, illetve nem áll vele szemben alternatíva sem. Amennyiben az állampolgár jelenleg az öngondoskodás valamely rendelkezésre álló eszköze mellett dönt, úgy kétszeres fizetési kötelezettség jelentkezik: egyrészről az állami ellátórendszer felé fizetett járulékok, másrészről a magánegészségbiztosítást nyújtó biztosító és/vagy szolgáltató felé.)

Bármilyen modellt is alakít ki a jövőben a jogalkotó, elsődleges, hogy kijelölje a magánszféra szerepét az egészségügyi ellátórendszerben, tisztázza az állami és magánegészségügyi szektor egymáshoz fűződő viszonyát,[71] azzal a megállapítással, hogy jelen sorok szerzője szerint a magánszféra bevonásának szükségessége megkérdőjelezhetetlen. Mindenek előtt szükséges tehát a magánegészségügyi biztosításra, illetve szolgáltatókra vonatkozó – A Ptk. jelenlegi rendelkezéseit felváltó – önálló szabályozás kialakítása, amelynek a stabilitás igényével a legmegfelelőbb formája egy, a magánegészségügyről szóló önálló törvény megalkotása.[72]

[70] Tőkey a problémára egy lehetséges javaslatot fogalmaz meg, amely szerint azokban az esetekben, amikor a biztosított olyan szolgáltatást vesz igénybe a magánbiztosításán keresztül, „amely neki egyébként a társadalombiztosítás keretében is járna, akkor a magánbiztosító legalább részben meg kapná azt a finanszírozást, amelyet az egészségügyi szolgáltató a társadalombiztosítás keretében kapna, hiszen a magánbiztosítás ilyenkor tehermentesíti a társadalombiztosítást.” Vö.: Tőkey 2018 pp. 62-69.

[71] Tőkey 2018, p. 62.

[72] Tekintettel az újonnan kialakított egészségügyi szolgálati jogviszonyra egy ilyen jogszabály megalkotása esetén a személyzeti jogviszonyok kérdését is rendezni szükséges.

Darai Péter[1]

A jogorvoslati jog gyakorlásával összefüggő adóhatósági tájékoztatás

Bevezető gondolatok

A 2018. január 1. napjától hatályos új adójogi normák – az adózás rendjéről szóló 2017. évi CL. törvény (a továbbiakban: Art.), valamint az adóigazgatási rendtartásról szóló 2017. évi CLI. törvény (a továbbiakban: Air.) – szabályozási struktúrája elsődlegesen a támogató, nem pedig az ellenőrző – ezzel összefüggésben a szankcionáló – adóhatóságra alapoz. Ezen koncepciót kiindulási pontként elfogadva az adóhatóság által végzett tájékoztatás alatt általános jelleggel – az önadózás rendszeréből fakadóan – minden olyan adóhatósági megnyilvánulást (jellemzően a nyomtatott vagy elektronikus sajtóban közzétett állásfoglalást, az adóhatóság hivatalos honlapján közzétett információt és iránymutatást) érteni kell, amelyek az adózók jogkövető magatartását mozdítják elő. Az adóhatóság tevékenységének ilyen irányú tartalmi megváltozását az Art. általános indokolása is alátámasztja; „…A Kormány 2016. április 4-i ülésén tárgyalt és elfogadott Art. koncepció szerint az újraszabályozás célja annak tükrözése, hogy az állam az adóhatóságon keresztül ügyfélközpontú szolgáltatást nyújt, segíti az adózókat adókötelezettségeik teljesítésében, ugyanakkor ezt oly módon teszi, hogy a költségvetés bevételi érdekei nem sérülnek, minden kötelezett a jogszabályi rendelkezéseknek megfelelően vegye ki részét a közteherviselésből.”. Ezen szemlélet az Air. általános indokolásában is megjelenik, mely az adóhatóság feladatait a szolgáltató jelleg erősítésében, és az önkéntes jogkövetők kötelezettségeik teljesítésében intézményesített támogatásában jelöli meg.

Ezeken túlmenően az adóhatóság tájékoztatási kötelezettsége egyes konkrét ügyekre vetítetten, az adózói jogok gyakorlásával és a kötelezettségek teljesítésével kapcsolatos felhívásokra is kiterjed. Mivel az adóhatóság feladata az önadózás teljesítésének ellenőrzése, ezen tájékoztatási kötelezettség az általánosnál jóval szűkebb körű, ebből kifolyólag egzakt; lényegében azokra az adózói jogokra, vagy az egyes jogosítványok részelemeire terjed ki, amelyek azt segítik elő, hogy az adózó az adóeljárásnak ne csak passzív résztvevője legyen, hanem jogai megóvása érdekében aktívan léphessen fel. Jelen írásomban az Air. alapelvei között megtalálható – az adóhatóságot terhelő – tájékoztatási kötelezettség tartalmát szándékozom kibontani, különös tekintettel a jogorvoslati jog[2] gyakorlására történő kioktatás kapcsán. Az adójogi szabályozás ismertetése mellett kitérek a tájékoztatás, valamint a hatékony jogvédelem – ezzel összefüggésben a jogorvoslati jog érvényesülése – közti relációra, és a tisztességes ügyintézéshez való joghoz való viszonyára. Az általam választott témát kifejezetten a nemzeti anyagi- és eljárásjog, egyes alkotmányjogi összefüggések,

---

[1] Jogi-hatósági fellebbviteli referens, kamarai jogtanácsos; Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága, Észak-magyarországi Hatósági Főosztály

[2] Az Alaptörvény XXVIII. cikkének (7) bekezdése alapján mindenkinek joga van ahhoz, hogy jogorvoslattal éljen az olyan bírósági, hatósági, és más közigazgatási döntés ellen, amely a jogát vagy jogos érdekét sérti. Az Air., valamint az Art. rendszerében a jogorvoslat generális eszközeként első fokon a fellebbezés jogintézménye szolgál. Ehhez képest speciális – rendkívüli – jogintézmény a felügyeleti intézkedés [Air. 128. §-a], valamint az adóvégrehajtás során a bírósági végrehajtási eljárásból ismert végrehajtási kifogás [az adóhatóság által foganatosítandó végrehajtási eljárásokról szóló 2017. évi CLIII. törvény (a továbbiakban: Avt.) 24-28. §-ai]. Az adózó az Air. 130. § (1) bekezdése szerint – az önálló fellebbezéssel nem támadható végzések kivételével – a véglegessé vált döntés ellen közigazgatási pert indíthat. Fellebbezéssel támadható döntés esetén közigazgatási per akkor indítható, ha az arra jogosultak valamelyike fellebbezett és a fellebbezést elbírálták.

illetőleg a hatósági és bírósági joggyakorlat mentén tekintem át. Állításomat, mely szerint a tájékoztatáshoz való jog érvényre juttatása nem csak formalitás, azon tény is igazolja, hogy a tisztességes ügyintézéshez való jog szegmenseként a hatóságokat terhelő tájékoztatási kötelezettséggel az Alkotmánybíróság is foglalkozott. A szabályozás tehát alkotmányjogi problémakört is érint, melyek a teljességre törekvés igényével leírt gondolataimat – reményeim szerint – az Air. 6. §-ában meghatározott alapelvi mondatnál is némileg komplexebb megvilágításba helyezik.[3]

I. A tájékoztatási kötelezettségről általában

Az adóhatóságot terhelő tájékoztatási kötelezettség az elmúlt 30 év alatt tartalmilag nem változott. Az adózás rendjéről szóló 1990. évi XCI. törvény 1. § (5) bekezdésének első mondatát – mely szerint az adóhatóság az adózónak a törvények megtartásához szükséges tájékoztatást megadja, az adóbevallás, az adóbefizetés rendjét vele megismerteti, az adózót jogainak érvényesítésére figyelmezteti – az adózás rendjéről szóló 2003. évi XCII. törvény (a továbbiakban: régi Art.) szabályozása szó szerint átvette [1. § (5) bekezdése]. Az Air. 6. §-a sem hozott érdemi változást, a különbség lényegében annyi, hogy a fenti – korábban ugyancsak az alapelvek között megjelenő – rendelkezés most már külön megnevezést kapott (tájékoztatási kötelezettség, az adózói jogok gyakorlásának előmozdítása). Az adózási alapelvek egymással is kapcsolatban állnak; az adózó, az eljárás egyéb résztvevője és az adóhatóság e törvénynek és más jogszabályoknak megfelelően gyakorolhatja jogait és teljesíti kötelezettségeit [Air. 1. §-a, törvényesség (legalitás) elve]. Fenti két princípium közötti összefüggés a szakszerű és hatékony eljárás elvének szintén megfeleltethető; az adóhatóság a szakszerűség, a hatékonyság és a költségtakarékosság érdekében úgy szervezi meg a tevékenységét, hogy – a tényállás tisztázására vonatkozó követelmények sérelme nélkül – az eljárás a lehető leggyorsabban lezárható legyen, és az adózónak, az eljárás egyéb résztvevőjének és az adóhatóságnak a legkevesebb költséget okozza [Air. 2. §-a].

A tájékoztatási kötelezettséghez szükségképpen kapcsolódik a közérthetőség elve [Air. 7. §-a] is, mely az alapelvi szabályozás új elemét jelenti. Eszerint az adóigazgatási eljárásban az adózókkal való kapcsolattartás nyelvezetének egyszerűnek és közérthetőnek kell lennie. Ezen követelménynek a döntések teljes körűsége és jogszerűsége, illetőleg az adójogi megállapítások szakszerűsége mellett kell érvényesülnie, biztosítva az adóhatósági döntések egyértelműségét, értelmezhetőségét, átláthatóságát. A tájékoztatás jelentősége nemcsak megjelenésében mérhető. Kiemelt figyelmet kell fordítani arra is, hogy az adózók olyan tájékoztatást kapjanak, amely egyrészről az adókötelezettségük teljesítését segíti elő, másrészt pedig biztosítja, hogy az adóeljárás folyamatában valamely őket megillető jogosultsággal éljenek. Más megfogalmazásban a tájékoztatásnak hatékonynak kell lennie; a jogok és kötelezettségek gyakorlásához nemcsak a jogintézmények léte, hanem azok ismerete is szükséges. A jogérvényesítés nemcsak az adózók, hanem az állam részéről is aktív közreműködést feltételez: meg kell alkotni azon normákat, melyek alapján az adózói jogosultságok gyakorolhatók – és a kötelezettségek[4] teljesíthetőek –, a hatóságok pedig

[3] Jóllehet a témába vágó AB határozatok jelentős része az Alaptörvény hatályba lépését megelőző időszakra datálódik, mivel azonban a jogorvoslathoz való jog alkotmányos szabályozásában kontextuális egyezőség jelentkezik, az Alkotmánybíróság által kidolgozott tételek alkalmazhatóságának az esetjog szerinti akadálya nincsen {13/2013. (VI.17.) AB határozat, Indokolás [28]-[34]; 29/2014. (IX.30.) AB határozat, Indokolás [33]; 17/2015. (V.5.) AB határozat, Indokolás [193]; 3224/2019. (X.11.) AB határozat, Indokolás [9]}.

[4] Ezen jogosultságok és kötelezettségek jellemzően az ellenőrzés lefolytatáshoz kötődnek; az előírásokat az Air. V. fejezet 42. pontja, valamint az adóigazgatási eljárás részletszabályairól szóló 465/2017. (XII.28.) Kormányrendelet tartalmazza.

kötelesek ezeket a szabályokat alkalmazni és az adózói magatartás elősegítéséhez szükséges információkat teljes körűen megadni.

II. „Előzetes tájékoztatás" – a bizonyítékok előterjesztésére történő felhívás

Jelen dolgozatnak nem képezi tárgyát az adóigazgatási eljárásra vonatkozó bizonyítás menetének az ismertetése, a bizonyítási kötelezettség, és a bizonyítási teher[5] bemutatása, mégis szükséges a figyelmet ráirányítani két alapelvi tételre. Egyrészt az ellenőrzés során a tényállást az adóhatóság köteles tisztázni és bizonyítani, kivéve, ha törvény a bizonyítást az adózó kötelezettségévé teszi. Az adóhatóság a tényállás tisztázása során az adózó javára szolgáló tényeket is köteles feltárni. A nem bizonyított tény, körülmény – a becslési eljárás kivételével – az adózó terhére nem értékelhető [Air. 99. § (1)-(2) bekezdései]. Másrészről az eljárásban az adózónak is aktívan kell részt vennie:[6] 1. Az adózó köteles az adóhatósággal az ellenőrzés során együttműködni, az ellenőrzés feltételeit a helyszíni ellenőrzés alkalmával biztosítani, az adóhatóság felhívására az adóhatóság által meghatározott módon nyilatkozatot tenni. 2. Az adózó az iratokat és az adózással összefüggő, elektronikus adathordozón tárolt adatokat felhívásra az adóhatóság által közzétett formátumban rendelkezésre bocsátja, illetve az ellenőrzéshez szükséges tények, körülmények, egyéb feltételek megismerését biztosítja. Az ellenőrzés során az adózó és foglalkoztatottja az adóhatóság részére az ellenőrzéshez szükséges felvilágosítást megadja. Nem kötelezhető az adózó olyan nyilvántartás, összesítés, számítás elkészítésére, amelyet jogszabály nem ír elő. 3. Ha az adózót adómentesség, adókedvezmény illeti meg, ezt okirattal vagy más megfelelő módon köteles bizonyítani [Air. 98. § (1)-(3) bekezdései]. Az adóeljárás eredményes zárása céljából tehát a jogszabály alapvetően az adóhatóság és az adózó közötti együttműködést feltételezi.

A 2018. január 1. napját megelőzően hatályos régi Art. a bizonyítékok adózó által történő előterjesztésére időbeli korlátokat nem állított fel; arra nemcsak az ellenőrzés menetében, hanem az azt követő hatósági eljárásban, sőt a felettes szerv által folytatott másodfokú eljárásban – vagy akár a közigazgatási per során – is volt lehetőség. Következetes volt ugyanakkor a bírósági judikatúra abban, hogy jóllehet az adózó általánosságban nincsen elzárva az új bizonyítékok előterjesztésétől, illetve attól, hogy új tényekre, vagy körülményekre hivatkozzon, ezt jellemzően olyan okból tette lehetővé, ha az adózó valamely körülményből adódóan csak később jutott azon helyzetbe, hogy a jogai védelme érdekében bizonyítékait előterjessze.[7] Ezek megnehezítették az eljárás koncentrációját, valamint az ügyek észszerű határidőn belül történő elintézése elvének érvényesülése ellen is hatottak. Ebből a megfontolásból az Art. jelenleg hatályos szabályozása a bizonyítékok utólagos előterjesztésének jogi lehetőségét egzakt időbeli keretek közé szorítja. Az Air. 124. § (3) bekezdése szerint a fellebbezésben és a fellebbezés alapján indult eljárásban – semmisségi okon kívül – nem lehet olyan új tényt állítani, illetve olyan új bizonyítékra hivatkozni, amelyről a fellebbezésre jogosultnak az elsőfokú döntés meghozatala, ellenőrzés esetén az észrevétel benyújtására nyitva álló határidő letelte előtt tudomása volt, azonban a bizonyítékot az adóhatóság felhívása ellenére nem terjesztette elő, a tényre nem hivatkozott. Fenti jogszabályhely (6) bekezdése rögzíti ezeket a követelményeket; e § alkalmazásában új tény,

[5] A bizonyítási kötelezettség eljárásjogi szempontból a bizonyítással kapcsolatos feladatokat szabályozza (ki és mit köteles bizonyítani); a bizonyítási teher arra ad választ, hogy ki viseli a terhét annak, ha valamely tény, vagy körülmény bizonyítása sikertelen, vagyis ezen értelemben a bizonyítatlanság következménye. Bár a bizonyítási kötelezettség és a bizonyítási teher nem feltétlenül esik egybe, utóbbi megoszlásának szabályai jellemzően az előbbihez igazodnak.

[6] Kúria Kfv.V.35.104/2013., Kfv.I.35.796/2015., Kfv.I.35.328/2016., Kfv.V.35.027/2017.

[7] Kúria Kfv.V.35.538/2011., Kfv.V.35.012/2014.; Kfv.I.35.234/2015/6.

illetve új bizonyíték az adózó által nem hivatkozott és az elsőfokú adóhatóság által a döntéshozatalkor, ellenőrzés esetén az észrevétel benyújtására nyitva álló határidő leteltekor nem ismert tény, illetve bizonyíték, valamint az adózó által hivatkozott, de a döntéshozatalig, ellenőrzés esetén az észrevétel benyújtására nyitva álló határidő leteltéig az elsőfokú adóhatósághoz elő nem terjesztett bizonyíték.

Fenti szabály – ún. novációs tilalom – érvényre juttatása okán az ezzel összefüggő felhívás részletes követelményeit az Air. 124. § (4) bekezdése tartalmazza. Ezen jogszabályhely alapján a felhívásnak tartalmaznia kell azoknak a megállapításoknak és körülményeknek a bemutatását, amelyekkel összefüggésben az adóhatóság az adózót a bizonyítékok előterjesztésére felhívja, valamint tartalmaznia kell a jogkövetkezményekre történő figyelmeztetést. Ez ellenben azt is jelenti, hogy felhívás hiányában nem áll be a korlát, melyre tekintettel az utóbb előterjesztett adózói bizonyítékokat az adóellenőrzés során – illetve az azt követő hatósági, avagy jogorvoslati szakban – értékelni kelljen; ezen szabály célja tehát az eljárás indokolatlan – értsd: adózói mulasztásból eredő – elhúzódásának megakadályozása.

A novációs tilalom az adózói bizonyítás (ellenbizonyítás) lehetőségét időbeli síkon szorítja korlátok közé; az erre történő felhívást azért kell komolyan venni, mert elmulasztása egy közigazgatási perben bizonyítási akadályt jelent. A közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 78. § (4) bekezdésében foglalt korlát szerint a megelőző eljárás idején fennálló, de a megelőző eljárásban nem értékelt tényre, körülményre a felperes vagy az érdekelt akkor hivatkozhat, ha azt a megelőző eljárásban a közigazgatási szerv arra való hivatkozása ellenére nem vette figyelembe, azt önhibáján kívül nem ismerte, illetve arra önhibáján kívül nem hivatkozott.[8]

A novációs tilalom nem érinti az ellenőrzésről készült jegyzőkönyvre történő észrevétel lehetőségét, melyre adózónak a jegyzőkönyv átadását, kézbesítését követő 30 napon belül van módja; az észrevétel megtételére nyitva álló határidő jogvesztő [Air. 97. § (2) bekezdése].[9]

III. A jogorvoslati jogról való tájékoztatás és annak egyes elemei

A jogorvoslatról történő kioktatásnak a jelenleg hatályos szabályozás szerint a döntés[10] rendelkező részében kell megjelennie. Az Air. 73. § (1) bekezdése szerint a döntés tartalmazza a) az eljáró adóhatóság, az adózó és az ügy azonosításához szükséges minden adatot b) a rendelkező részt az adóhatóság döntésével, a jogorvoslat igénybevételével kapcsolatos tájékoztatással és a felmerült eljárási költséggel c) a megállapított tényállásra és az annak

[8] A novációs tilalom a polgári eljárásjogban korántsem volt ismeretlen; a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: régi Pp.) 235. § (1) bekezdése – főszabályként – akként rendelkezett, hogy a fellebbezésben új tény állítására, illetve új bizonyíték előadására akkor kerülhet sor, ha az új tény vagy az új bizonyíték az első fokú határozat meghozatalát követően jutott a fellebbező fél tudomására, feltéve, hogy az – elbírálása esetén – reá kedvezőbb határozatot eredményezett volna. Ezt a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény (a továbbiakban: Pp.) fellebbezésre és másodfokú eljárásra vonatkozó szabályozása érdemben megerősíti [Pp. 373. § (2)-(3) bekezdései].

[9] 2019. december 31. napjáig az Air. bizonytalanságot hordozott abban a körben, hogy a novációs tilalom alkalmazható-e a felügyeleti intézkedés iránti kérelmek esetében; tekintettel arra, hogy nevezett jogintézmény szabályozása [Air. 128. §-a] nem tartalmazott erre vonatkozóan explicit meghatározást. Az egyes adótörvények módosításáról szóló 2020. évi CXVIII. törvény (a továbbiakban: Módtv.3.) 147. §-a fenti hiányosságot pótolta; a hatályos előírások szerint az Air. 124. § (3)-(4) és (6) bekezdéseit a felügyeleti intézkedés iránti kérelem benyújtása esetén is alkalmazni kell [Air. 128. § (2a) bekezdése].

[10] Az adóhatóság az adóügy érdemében határozattal, az eljárás során eldöntendő egyéb kérdésben végzéssel dönt [Air. 72. § első mondata].

alapjául elfogadott bizonyítékokra, az adózó által felajánlott és mellőzött bizonyítékokra, a mérlegelés és a döntés indokaira, az ügyintézési határidő leteltének napjára, továbbá a döntést megalapozó, valamint a hatóság hatáskörét és illetékességét megállapító jogszabályhelyek megjelölésére is kiterjedő indokolást, valamint d) a döntéshozatal helyét és idejét, a hatáskör gyakorlójának nevét, hivatali beosztását, valamint a döntés kiadmányozójának a nevét, hivatali beosztását, ha az nem azonos a hatáskör gyakorlójával. A jogalkotó kiemelt jelentőséget tulajdonít a jogorvoslati jogról való tájékoztatásnak, melyet a jogszabályhely (2) bekezdése is alátámaszt. Eszerint a jogorvoslatról való tájékoztatást mellőző, az indokolásban pedig csak az azt megalapozó jogszabályhelyek megjelölését tartalmazó egyszerűsített döntés akkor hozható, ha az adóhatóság a kérelemnek teljes egészében helyt ad.

Az adózói joggyakorlás előmozdítása céljából a jogorvoslati jogról való tájékoztatás kapcsán nagy relevanciája van annak, hogy az alapján az adózó tisztában legyen azzal, hogy tulajdonképpen milyen lehetőségei vannak, amennyiben a döntésben foglaltakkal nem ért egyet, és lehetőségeivel miként élhet. Erre figyelemmel a tájékoztatásnak ki kell térni 1. a jogorvoslat igénybevételének a lehetőségére (vagy annak kizártságára) 2. a jogorvoslat előterjesztésére nyitva álló törvényi határidőre 3. a jogorvoslat benyújtásának helyére 4. a jogorvoslat benyújtásának módjára 5. a jogorvoslati jog gyakorlásával összefüggésben felmerülő költségekre 6. a jogorvoslati kérelem döntés végrehajtására kifejtett halasztó hatályára (vagy annak hiányára). Az alábbiakban ezek vázlatos áttekintésére kerül sor.

III.1. A jogorvoslati jog gyakorlásának lehetősége vagy annak kizártsága

A tájékoztatás első elemével összefüggésben, nevezetesen valamely hatósági döntéssel szemben a jogorvoslati jog gyakorlásának a lehetősége a jogszabály által biztosított-e, avagy sem, hangsúlyozni kell, hogy ennek meghatározása során a jogalkotó viszonylag széles körű rendelkezési jogosultsággal bír. Az Alaptörvény XXVIII. cikkének (7) bekezdése ennek a kereteit jelöli ki. Az Alkotmánybíróság már több alkalommal állást foglalt a körben, hogy nevezett alapjog immanens tartalma azt követeli meg, hogy a jogorvoslati kérelem elbírálására hatáskörrel rendelkező hatóság – az adott szervezeten belüli magasabb szinten álló fórum, avagy egy harmadik szerv – a döntést képes legyen érdemben felülvizsgálni és jogsérelem megállapítása esetén visszaható hatállyal orvosolni, vagyis fogalmilag és szubsztanciálisan is tartalmazza a jogsérelem orvoslását.[11] Az Alkotmánybíróság utalt arra is, hogy az alapjog alkotmányos védelmi köre a rendes jogorvoslatra terjed ki. A jogorvoslati rendszert, annak szabályozási szintjeit – fentiek megtartása mellett – a jogalkotó alakíthatja; az Alaptörvény nem rögzít azzal kapcsolatos követelményt, hogy milyen és hány fokú fórumrendszer biztosítja a jogorvoslathoz való jog hatékony gyakorlását, ahogy a rendkívüli

[11] 23/1998. (VI.9.) AB határozat, ABH 1998, 182, 186; 3064/2014. (III.26.) AB határozat, Indokolás [15]; 24/2015. (VII.7.) AB határozat, Indokolás [19]; 3309/2020. (VII.24.) AB határozat, Indokolás [13]. A 3223/2018. (VII.2.) AB határozat szerint „…az Alaptörvény XXVIII. cikk (7) bekezdéséből az a követelmény vezethető le alapjogként, hogy az alkotmányjogi értelemben vett érdemi adóhatósági döntéssel szemben legalább egy rendes jogorvoslati lehetőség az adózók rendelkezésére álljon, amely abban az értelemben hatékony jogorvoslatot biztosít számukra, hogy másik szervezeti egységhez vagy szervhez fordulhatnak, igénybevételét nem gátolják jogszabályi előírások és a jogorvoslatot elbíráló fórum megfelelő hatáskörrel (döntési lehetőségekkel) rendelkezik orvosolni a hatósági jogsértést. Az Alaptörvény XXVIII. cikk (7) bekezdését tehát kielégíti az a jogorvoslati rezsim, amely a jogorvoslati rendszerben legalább egy ponton az előbbieknek megfelelő jogorvoslati eszközt, fórumot és hatáskört intézményesít.” {Indokolás [72]}. A jogorvoslathoz való jog tehát az Alkotmánybíróság interpretációjában az érdemi döntés kapcsán egy más szervhez vagy ugyanazon szerven belüli magasabb fórumhoz történő fordulás lehetősége {3064/2014. (III.26.) AB határozat, Indokolás [15]; 12/2019. (IV.18.) AB határozat, Indokolás [16]; 3220/2019. (X.11.) AB határozat, Indokolás [27]; 3223/2018. (VII.2.) AB határozat, Indokolás [73]}.

jogorvoslat intézményét sem követeli meg.[12] Mindez nem jelenti szükségképp azt sem, hogy minden döntéssel szemben lehetőség nyíljon önálló jogorvoslati jog gyakorlására. A taláros testület több ízben hangsúlyozta, hogy a jogorvoslat biztosításának elvárása az érdemi – ügydöntő – határozatokra vonatkozik; annak vizsgálata során pedig, hogy mely döntés minősül ilyennek, annak a személyre gyakorolt hatása, és tárgya releváns, másként megfogalmazva az lényegesen befolyásolta-e az érintett helyzetét és jogait.[13]

A jogorvoslathoz való jog tehát nem korlátlan és nem is korlátozhatatlan. A közigazgatási eljárások típusaiban érvényesülő jogorvoslati formákat mindig adott eljárásra irányadó eljárási norma határozza meg; ezzel összefüggésben azt, hogy melyik jogorvoslati forma a rendes – illetve rendkívüli –, továbbá annak milyen fórumrendszerei vannak. Általánosságban a közigazgatási eljárásjogban az egyes határozatokhoz – mint ügydöntő aktus – mindig önálló jogorvoslati lehetőség kapcsolódik, a nem ügydöntő végzésekhez főszabályként járulékos jellegű jogorvoslat – mely a határozat, illetve az eljárást megszüntető végzéssel szembeni fellebbezés keretében gyakorolható – tartozik.

Az Air., az Art. és az Avt. együttes rendszere meghatározza az egyes döntésekkel szemben igénybe vehető jogorvoslatokat – avagy annak a kizártságát –, valamint az ezzel összefüggő eljárási szabályokat. A fellebbezésre jogosult az adóhatóság elsőfokú határozatával szemben – a törvény eltérő rendelkezése hiányában – fellebbezhet [Air. 122. § (1) bekezdése]; a határozathozatalt megelőző eljárás során hozott végzés a határozat ellen benyújtott fellebbezésben támadható meg, kivéve, ha az önálló fellebbezést törvény megengedi [Air. 122. § (2) bekezdése].[14]

III.2. A jogorvoslati előterjesztésére nyitva álló törvényi határidő

Az Air. 124. § (1) bekezdésének első mondata értelmében a fellebbezést és a fellebbezést alátámasztó bizonyítékokat az írásba foglalt döntés közlésétől számított 15 napon belül, utólagos adómegállapítás esetén 30 napon belül lehet előterjeszteni.

Főszabály szerint a jogorvoslati határidő megnyílta a döntés közléséhez kapcsolódik.[15]. A hivatalos iratok közlése azt a célt szolgálja, hogy annak címzettje egyrészt

---

[12] 3120/2012. (VII.26.) AB határozat, Indokolás [21]-[23]; 3202/2017. (VII.21.) AB végzés, Indokolás [13]; 3098/2019. (V.17.) AB határozat, Indokolás [22].

[13] 38/2006. (IX.20.) AB határozat, ABH 2006, 489, 491-492; 17/2015. (VI.5.) AB határozat, Indokolás [85]; 3239/2017. (X.10.) AB végzés, Indokolás [14].

[14] Önálló fellebbezésnek van helye az első fokon hozott a) az eljárást megszüntető b) a kérelmet visszautasító c) a bevallás, az adatbejelentés, a bejelentés, a fellebbezés vagy egyéb jogorvoslat határidejének elmulasztásával kapcsolatban benyújtott igazolási kérelmet elutasító d) az iratbetekintési jog korlátozását elrendelő e) az adózó ismételt ellenőrzésre irányuló kérelmét elutasító f) a biztosítási intézkedés, illetve az ideiglenes biztosítási intézkedés elrendeléséről szóló g) az eljárási bírságot kiszabó h) a többletköltségek megtérítésére kötelező i) az eljárási költség viselésével kapcsolatos, a költségmentességi kérelmet elutasító j) a kézbesítési kifogás tárgyában hozott elutasító k) az áru hatósági felügyelet alá vonását elrendelő l) a visszatartási jog gyakorlásáról rendelkező, valamint m) a hatósági átvezetésről rendelkező végzés ellen [Air. 122. § 3) bekezdése]. Önálló fellebbezésnek van helye továbbá a) az adóhatóság végrehajtási eljárása során e törvény vagy a bírósági végrehajtásról szóló 1994. évi LIII. törvény alapján hozott b) a végrehajtási kifogás előterjesztési határidejének elmulasztása miatt benyújtott igazolási kérelmet elutasító c) a végrehajtási kifogást visszautasító és d) a végrehajtási kifogást elbíráló végzés ellen is [Avt. 28. § (1) bekezdése].

[15] Egyes speciális esetekben a jogorvoslati jog gyakorlására nyitva álló határidő számítása nem a közlés, hanem maga az adóhatósági cselekmény jogi tényéhez volt köthető. A 2019.01.01.-2020.12.31. közötti időszakban hatályos Avt. 24. § (1) bekezdése értelmében a végrehajtási kifogás előterjesztésére nyitva álló határidő a sérelmezett intézkedéstől vagy annak elmaradásától számított 15 nap volt. Mindez egyszersmind azt is jelentette, hogy a jogalkotó – sajátos megközelítésben – nem tulajdonított relevanciát a végrehajtási cselekmény közlésének (illetőleg a cselekményről való tudomásszerzésnek). A szabályozás – mely szerint a jogorvoslat előterjesztésének

az adott dokumentum létezéséről, másrészt annak tartalmáról hitelt érdemlően igazolt módon tudomást szerezhessen. Az egyes hatósági döntésekről történő értesülés, és a közlés számos határidő kezdetét jelenti, egyebek mellett lehetőséget teremtve a szervezeten belüli magasabb fórumhoz jogorvoslatért történő fordulásra, avagy egy bírósági felülvizsgálat – közigazgatási per indításának – lehetőségére. A jogorvoslati jog gyakorlásához ugyanis elengedhetetlenül szükséges, hogy az érintett értesüljön a döntésről, amely jogát – jogos érdekét – érinti és megismerhesse annak tartalmát.[16] A joggyakorlásra vonatkozó törvényi határidő meghatározása ugyancsak a jogalkotói kompetenciája; nagy a szabadsága a körben, hogy az eljárás természete, a döntés jellege, annak tartalma, és a közléshez kapcsolódó joghatások figyelembe vétele szerint a jogi normákat milyen keretek közé igazítja.[17] Az Alkotmánybíróság gyakorlatában a jogorvoslati jog hatékonyságának további követelménye, hogy a jogorvoslat benyújtására jogosultnak kellő idő álljon rendelkezésre a jogérvényesítésre; egy érvekkel alátámasztott, jól felépített jogorvoslati kérelem megtervezése és előkészítése időigényes.[18] A tájékoztatásnak mindezek okán tartalmaznia kell a kioktatást arra vonatkozóan, hogy a jogorvoslati jogát az adózó milyen határidőben gyakorolhatja.[19]

III.3. A jogorvoslat előterjesztésének helye

Az Air. 124. § (2) bekezdése alapján a fellebbezést a megtámadott döntést hozó adóhatóságnál kell előterjeszteni. A fellebbezési határidőt megtartottnak kell tekinteni, ha a határidőben benyújtott fellebbezés iránti kérelmet nem a hatáskörrel és illetékességgel rendelkező szervnél terjesztették elő.

Az elsőfokú döntéssel szemben benyújtott jogorvoslat elbírálására a NAV Fellebbviteli Igazgatósága rendelkezik jogosultsággal. A NAV Fellebbviteli Igazgatósága – mint felettes

---

megnyílta a végrehajtói intézkedésről való közlést kronológiailag megelőzi – „kvázi" olyan irracionális szituációt eredményezhetett, hogy a kényszercselekményről az érintettnek a közlés előtt tudomással kellene bírnia a jogorvoslati jog gyakorlásához (!?). Az Módtv.3. 151. §-a korrigálja fenti anomáliát, így az Avt. 24. § (1) bekezdése 2021. január 1. napjától az alábbi szöveggel hatályos: „A végrehajtási eljárás során az adóhatóság, illetve az önálló bírósági végrehajtó 36. § alapján foganatosított törvénysértő intézkedése vagy intézkedésének elmulasztása ellen az adós, a behajtást kérő, a behajtást kérő hatóság, továbbá az, akinek a végrehajtás jogát vagy jogos érdekét sérti – a sérelmezett intézkedés vagy az intézkedés elmaradásának a tudomására jutásától számított 15 napon belül – a végrehajtást foganatosító elsőfokú adóhatóságnál végrehajtási kifogást terjeszthet elő." Az Avt. 2019. január 1. napját megelőző szabálya a jogorvoslat előterjesztésére nyitva álló törvényes határidőt ugyancsak jelen megközelítésben szabályozta; a köztes változtatások észszerű indokkal nem magyarázhatóak, azok koncepcionálisan ab ovo elhibázottnak bizonyultak.

[16] 26/2004. (VII.7.) AB határozat, ABH 2004, 398; 17/2015. (VI.5.) AB határozat, Indokolás [85].

[17] 35/2015. (XII.16.) AB határozat, Indokolás [27]. Kitétel, hogy a közlés részletszabályai nem okozhatják a hatékony jogorvoslathoz való jog kiüresedését, „…a jogorvoslati lehetőség igénybe vételének határideje a közlés módjára és a benyújtás feltételeire irányadó rendelkezésekkel együtt nem lehet annyira bizonytalan, hogy az igénybe vételére jogosultakat megfossza attól, hogy éljenek ezekkel a jogukkal, ez ugyanis ellentétes az Alaptörvény XXIV. cikke (1) bekezdésében megfogalmazott tisztességes eljárás és ésszerű határidő követelményével." {17/2015. (VI.5.) AB határozat, Indokolás [108]}.

[18] 24/1999. (VI.30.) AB határozat, ABH 1999, 237, 243-246; 3068/2014. (III.26.) AB végzés, Indokolás [18].

[19] Az Alkotmánybíróság a jogorvoslathoz való jog gyakorlása határidőhöz kötésének alkotmányosságával – a keresetindítás, mint a bírósághoz fordulás lehetősége – ugyancsak foglalkozott. Eszerint a bírósághoz fordulás (keresetindítás) joga nem korlátozhatatlan; ellenben az alkotmányosságához hozzátartozik a korlátozás elkerülhetetlenül szükséges, és az elérni kívánt céllal arányos volta. A jogorvoslatra nyitva álló törvényes határidő tehát egyrészt a jogosultat védi: megfontolhatja, hogy élni kíván-e ezen jogával; másrészt a keresetindítás lehetőségének időbeli korlátot szabva a közigazgatási döntés érvényre jutásának időszerűségét – a jogbiztonságot – garantálja {2218/B/1991. AB határozat, ABH 1993, 580, 582-583; 3149/2019. (VI.26.) AB határozat, Indokolás [34]}. Hivatkozott megközelítés az elsőfokú közigazgatási döntéssel szembeni fellebbezés kapcsán alkalmazandó.

szerv[20] – által hozott döntéseknél egyrészt szintén a NAV szervezetén belüli felülvizsgálat[21] lehetséges, másrészt a törvény közigazgatási per keretein belül utat nyit bírósági kontrollra is.[22]. Ugyanakkor – mint arra a dolgozat az alábbiakban majd utal – a jogorvoslat benyújtásának helyéről – az adó- és vámigazgatóság, és az eljáró szervezeti egységének pontos címéről – az adózót csak akkor célszerű tájékoztatni, ha az adózó, illetőleg – meghatalmazottal eljáró adózó esetén – a meghatalmazott sem kötelezett elektronikus kapcsolattartásra, ellenkező esetben a tájékoztatás téves képzetet kelthet, miszerint a fellebbezés postai úton az elektronikus kapcsolattartásra kötelezett adózó esetén is beküldhető.

III.4. A jogorvoslat előterjesztésének módja

A kérdés érdemben az adóhatóság és az adózó közötti kapcsolattartási forma miatt merül fel. Az Air. 36. § (1) bekezdése szerint ugyanis az adóhatóság írásban, az elektronikus ügyintézés és bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvényben (a továbbiakban: Eüsztv.) meghatározott elektronikus úton vagy személyesen, írásbelinek nem minősülő elektronikus úton tart kapcsolatot az adózóval és az eljárásban résztvevőkkel. Jóllehet – törvény eltérő rendelkezése hiányában – a kapcsolattartás formáját az adóhatóság tájékoztatása alapján az adózó választja meg [Air. 36. § (2) bekezdésének első mondata], az Air. 36. § (4) bekezdése szűkítő és taxatív módon sorolja fel az elektronikus kapcsolattartás kötelező eseteit; az állami adó- és vámhatóság elektronikus úton tart kapcsolatot azzal az adózóval, aki (amely) a) havi adó- és járulékbevallás benyújtására köteles b) az általános forgalmi adóról szóló 2007. évi CXXVII. törvény (a továbbiakban: Áfa. törvény) szerinti összesítő nyilatkozat benyújtására köteles c) az Áfa. törvény szerinti összesítő jelentés benyújtására köteles, vagy d) az Eüsztv. alapján elektronikus ügyintézésre köteles.

Elektronikus kapcsolattartásra az e-ügyintézési jogszabályok alapján elsődlegesen a gazdálkodó szervezetek kötelezettek. Az e-ügyintézés rendszerében az egyéni vállalkozók is gazdálkodók, ezért ők ugyancsak elektronikus kapcsolattartásra kötelezettek, nem csak vállalkozással kapcsolatos ügyekben, hanem valamennyi adóügyben. Ahhoz, hogy az ügyfél iratot tudjon küldeni és fogadni elektronikusan, tárhellyel kell rendelkeznie. Erre a Nemzeti Infokommunikációs Szolgáltató által biztosított tárhely használható; ez magánszemélyek esetén a Központi Ügyfél-regisztrációs Nyilvántartáshoz tartozó tárhely (KÜNY-tárhely), szervezetek esetén a cégkapu (vagy hivatali kapu). Az egyéni vállalkozóknak KÜNY tárhelyet kell nyitni. Az elektronikus kapcsolattartásra kötelezett szervezetek, melyek cégkapu használatára nem kötelezettek (és azzal nem rendelkeznek), képviselőjük tárhelyén (KÜNY-tárhelyén, cégkapuján, hivatali kapuján) keresztül tudnak küldeményeket eljuttatni az adóhatósághoz és a NAV is ide küldi az iratokat. Azon magánszemélyek, akik nem kötelesek az elektronikus kapcsolattartásra, de rendelkeznek KÜNY-tárhellyel, hozzájárulhatnak az elektronikus kapcsolattartáshoz; ezen esetben az adóhatóság a KÜNY-tárhelyet hivatalos elérhetőségként kezeli és az iratot oda postázza.[23]

---

[20] A Nemzeti Adó- és Vámhivatal szerveinek hatásköréről és illetékességéről szóló 485/2015. (XII.29.) Korm. rendelet 1. § (1) bekezdése és 11. §-a, a 2. § (1) bekezdése alapján a NAV Korm. rend. 1. számú melléklet B) részének 9. pontja.

[21] A Nemzeti Adó- és Vámhivatalról szóló 2010. évi CXXII. törvény 6. § (1) bekezdése és 12. § (1) bekezdése; a döntéssel szembeni fellebbezés elbírálására a Pénzügyminisztérium Nemzeti Adó- és Vámhivatalt vezető államtitkára – mint a NAV vezetője – jogosult.

[22] A közigazgatási perindítás lehetőségét az Air. 130. § (1) bekezdése biztosítja.

[23] Az elektronikus ügyintézés szabályairól a NAV honlapján lehet tájékozódni

Mindez azt jelenti, hogy ha adózó az elektronikus kapcsolattartásra kötelezett, akkor 2018. január 1. napjától az adóhatósággal – az elektronikus úton nem intézhető ügyek kivételével – elektronikusan kell kommunikálnia. Az Eüsztv. 9. § (5) bekezdése értelmében, ha jogszabály egy nyilatkozat megtétele vonatkozásában az elektronikus kapcsolattartást – vagy az elektronikus kapcsolattartás módját – kötelezővé teszi, az e követelménynek meg nem felelő nyilatkozat – a törvényben meghatározott és a (4) bekezdésben foglalt esetek kivételével – hatálytalan.[24]

Különös jelentőséggel bír tehát a jogorvoslati beadványok megfelelő úton történő benyújtása. A Kúria a Kpkf.II.37.769/2019/2. számú eseti döntésében kitért arra, hogy „...A jogorvoslati tájékoztatás jogszerűsége nem függetleníthető attól, hogy a közigazgatási eljárásban kötelezően érvényesülnie kell a tisztességes ügyintézéshez való jognak és a tájékoztatáshoz való jognak. A Kúria 7/2010. (XI.8.) KK véleménye szerint a közigazgatási szerv téves tájékoztatása miatt az ügyfelet nem érheti joghátrány. A konkrét ügy egyedi mérlegelése során a bíróság juthat arra a következtetésre – ahogyan jelen ügyben a Kúria is tette –, hogy a téves tájékoztatás a hiányos tájékoztatást is magában foglalja." {Indokolás [15]} „…amennyiben az elektronikus ügyintézést biztosító szerv által rendszeresített, speciális, de jogszabály által pontosan meg nem határozott űrlapon kell az ügyfélnek beadványát benyújtania…a jogorvoslatról szóló tájékoztatásnak az ügyféllel való együttműködési kötelezettség keretében és azért is, mert a jogorvoslathoz való jog érvényesülését elő kell segítenie a hatóságnak, magában kell foglalnia az elektronikus ügyintézést biztosító szerv által rendszeresített űrlapról és annak elérhetőségéről való pontos tájékoztatást. Nem várható el az ügyféltől a közigazgatási jog területén számos különböző ágazati szabály meglétére tekintettel, hogy tisztában legyen azzal, hogy mely szerv milyen speciális űrlapot rendszeresített és az pontosan hol érhető el. Az erről való tájékoztatás hiányában – a fentiek ismeretében – sérül a felperes tisztességes eljáráshoz való joga." {Indokolás [16]}

III.5. A jogorvoslati jog gyakorlásával összefüggő költségek

A jogorvoslati jog gyakorlásával összefüggő tájékoztatásnak részét kell, hogy képezze a jogorvoslati jog gyakorlásának a költségvonzata és pénzügyi rendezésének módja. Az illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény (a továbbiakban: Itv.) 1. § (1) bekezdése szerint – egyebek mellett – a közigazgatási hatósági és bírósági eljárásért eljárási illetéket vagy az e törvényben meghatározott módon, de külön jogszabályban megállapított igazgatási, bírósági szolgáltatási díjat kell fizetni. Az eljárási illeték megfizetésének kötelezettsége az eljárás megindítása iránti kérelem előterjesztésekor keletkezik [Itv. 3. § (4) bekezdése]. Az Itv. 28. § (1) bekezdése értelmében az 1. melléklet szerinti közigazgatási hatósági eljárásért, valamint – a 2. melléklet szerinti eljárások kivételével – a közigazgatási hatósági jogorvoslati eljárásért közigazgatási hatósági eljárási illetéket kell fizetni. A jogszabály 29. § (2) bekezdése szerint az elsőfokú közigazgatási határozat elleni fellebbezés illetéke – ha e törvény másként nem

(https://nav.gov.hu/nav/inf_fuz/2021; 32. számú információs füzet).

[24] Az Eüsztv. 9. § (4) bekezdése szerint nem alkalmazható az ügyféllel szemben hátrányos jogkövetkezmény, ha a) az ügyfél az ügyet elektronikus úton azért nem tudja intézni, mert az elektronikus ügyintézést biztosító szerv az e törvény szerinti kötelezettségének – üzemzavar, üzemszünet vagy bármely egyéb okból – átmenetileg vagy tartósan nem tesz eleget b) az adott ügy elektronikus intézéséhez szükséges elektronikus ügyintézési szolgáltatás, az azt elősegítő szabályozott elektronikus ügyintézési szolgáltatás vagy más kapcsolódó szolgáltatás átmenetileg vagy tartósan nem érhető el c) az ügyfél a nyilatkozatát azért nem a jogszabály vagy az elektronikus ügyintézést biztosító szerv által előírt formanyomtatványon nyújtja be, mert a formanyomtatvány kitölthető és letölthető változatát az elektronikus ügyintézést biztosító szerv az elektronikus tájékoztatás szabályai szerint nem tette közzé.

rendelkezik, és a fellebbezés tárgyának értéke pénzben megállapítható – a fellebbezéssel érintett vagy vitatott összeg minden megkezdett 10.000 forintja után 400 forint, de legalább 5.000 forint, legfeljebb 500.000 forint. Ha a fellebbezés tárgyának értéke pénzben nem állapítható meg, a fellebbezés illetéke 5.000 forint. A gazdálkodó szervezet – ide nem értve az egyéni vállalkozót – által az adóhatóságnál, illetve a vámhatóságnál kezdeményezett fizetési könnyítésre, adómérséklésre irányuló fellebbezés illetéke a fellebbezéssel érintett vagy vitatott összeg minden megkezdett 10.000 forintja után 400 forint, de legalább 15.000 forint, legfeljebb 500.000 forint, ha a fellebbezés tárgyának értéke pénzben nem állapítható meg, a fellebbezés illetéke 15.000 forint.[25]

A jogorvoslati illeték szabályaival összefüggésben két dolgot kell megjegyezni. Egyrészt – mivel az illetékfizetési kötelezettséget a kérelem előterjesztése keletkezteti – az illetékkötelezettség független attól a ténytől, hogy a jogorvoslati kérelemmel vitatott közigazgatási határozat utóbb jogszerűnek vagy jogszabálysértőnek bizonyul-e. A vitatott összeg alapján számított illetéket az adózónak a jogorvoslati kérelem benyújtásának napján meg kell fizetnie, azt az adóhatóságnak az adózó adószámláján elő kell írnia. Az Itv. 28. § (2) bekezdése rögzíti, hogy az illetékkötelezettség akkor is fennáll, ha a hatóság a) a kérelemnek részben vagy egészben helyt ad, vagy azt elutasítja b)az eljárást megszünteti, ide nem értve az illeték meg nem fizetése címén történő megszüntetést, valamint ha az eljárás megszüntetésének oka az, hogy a kérelem visszautasításának lett volna helye, vagy az ügy érdemi eldöntése olyan kérdés előzetes elbírálásától függ, amelyben az eljárás más szerv hatáskörébe tartozik, vagy ugyanannak a hatóságnak az adott üggyel szorosan összefüggő más hatósági döntése nélkül megalapozottan nem dönthető el, és törvény nem biztosít lehetőséget az eljárás felfüggesztésére. Amennyiben a felettes szerv az elsőfokú döntést jogszabálysértőnek minősíti, az előírt illeték törlése – illetőleg a megfizetett illeték visszatérítése – iránt is rendelkezik, ezen azonban nem mentesíti adózót a jogorvoslati kérelem benyújtásakor esedékes fizetési kötelezettsége teljesítése alól. Másrészről utalni kell arra is, hogy az eljárási illeték megfizetésének elmulasztása a kérelem elbírálásának nem akadálya [Air. 46. § (2) bekezdése], ez viszont az adóhatóság illeték előírási kötelezettségét nem érinti.[26]

Bár nem tartozik szorosan a témához, megjegyzendő, hogy a jogorvoslathoz való jog gyakorlásával összefüggő költségek viselésének létjogosultsága – nem a közigazgatási hatósági eljárás kapcsán –az Alkotmánybíróság előtt is vizsgálat tárgyát képezte [902/B/2006. AB határozat, ABH 2008, 2487]. Az indítványozó érvelése alapján alkotmányellenes helyzetet teremt az, hogy egyes magánszemélyek számára a kedvezőtlen anyagi helyzetük okán lehetetlen a bírósághoz fordulás. A taláros testület a döntésében arra az álláspontra jutott, hogy egyrészt a polgári perrendtartás és az Itv. is biztosít az ügyfél számára megfelelő feltételek teljesülése esetén kedvezményeket (költségmentesség, feljegyzési jog), másrészt az alkotmányos szabályozás a jogorvoslathoz való jogot – eljárási garanciák meghatározásával – „csak" deklarálja; az államra azon kötelezettség hárul, hogy a jogvita elbírálására bírósági utat

[25] Az Itv. 29. § (3) bekezdése értelmében a fellebbezési illeték számítására vonatkozó szabályok irányadóak a felügyeleti intézkedés iránti kérelemre is. Végzés elleni fellebbezésért – ha e törvény másként nem rendelkezik – 3.000 forint illetéket kell fizetni. Ha a végzés csak a határozat vagy az eljárást megszüntető végzés elleni fellebbezéssel együtt támadható meg, és az ügyfél a végzés felülvizsgálatát is kéri, akkor csak a határozat elleni fellebbezés illetékét kell megfizetni [Itv. 29. § (4) bekezdése]. A végrehajtási kifogás illetéke 5.000 forint. A végrehajtási kifogás tárgyában hozott végzés elleni fellebbezés illetéke 10.000 forint [Itv. 29. § (5) bekezdése].

[26] Az eljárási illetéket, ha azt elektronikusan kezdeményezett közigazgatási hatósági eljárás esetén az eljárás megindítását (kérelem előterjesztését) megelőzően nem fizették meg, legkésőbb az ügyazonosító ügyfél általi megismerését követő munkanapon kell megfizetni [Itv. 73. § (6) bekezdése]. Ha az ügyfél a kérelmet az illeték megfizetése nélkül nyújtja be, az eljáró hatóság – elektronikusan kezdeményezett eljárás esetén a fenti határidő eredménytelen leteltét követően – 8 napon belül felhívja az ügyfelet a kérelemhez kapcsolódó ügyszám és a fizetendő illeték összegének megjelölésével az illeték megfizetésére [Itv. 73/A. § (1) bekezdése].

biztosítson, de ebből nem vezethető le a jogorvoslathoz való jog „ingyenes" jellege.[27]

A jogorvoslati jog gyakorlásának költségeivel összefüggő tájékoztatásnak arra is ki kell térnie, hogy az adózónak az eljárási illetéket hová kell megfizetnie (a NAV Magyar Államkincstárnál vezetett 10032000-01076064 számú NAV Eljárási illetékhez kapcsolódó befizetések bevételi számla javára), továbbá arra is, hogy a fizetési kötelezettség pénzügyi rendezése milyen módon történhet.[28]

III.6. A jogorvoslati kérelemnek a döntés végrehajtására gyakorolt halasztó hatálya

A hatékony jogorvoslattal szemben alapelvi követelményként jelentkezik, hogy az érintett részéről benyújtott jogorvoslati kérelem elbírálásáig ne kelljen tartani a támadott döntés végrehajthatóságától; ezen elvárással – miszerint az tartalmi részét képezi-e a hatékony jogvédelemnek, avagy sem – már a taláros testület is foglalkozott, ugyanakkor döntései során nem helyezkedett vitathatatlan álláspontra.[29] Az egyik legfontosabb joghatása a határidőn belüli fellebbezésnek, hogy a döntés végrehajtására – törvény eltérő rendelkezése hiányában[30]

---

[27] „…Az Alkotmánybíróság egy korábbi határozatában rámutatott arra, hogy 'kötelezettség alóli mentesülésre vagy bizonyos mértékű kedvezményre senkinek sincs az Alkotmányon alapuló alanyi joga. A mentességek és kedvezmények meghatározásánál a jogalkotót széles körű mérlegelési jog illeti meg. Ennek gyakorlása során tekintettel lehet bizonyos, az Alkotmányban is nevesített jogokra – pl. az egészséges környezethez vagy a szociális biztonsághoz való jogra – de ezen túlmenően érvényre juttathat az Alkotmányból közvetlenül le nem vezethető, esetenként rövid távra irányadó gazdaságpolitikai, életszínvonal-politikai, szociálpolitikai és egyéb célkitűzéseket.' [61/1992. (XI.20.) AB határozat, ABH 1992, 280, 281]…A bírósághoz fordulás jogának gyakorlása és így a bírói jogvédelemhez jutás esélye, mivel a szükséges jogi szolgáltatások alapvetően piaci keretek között működnek, továbbá a bírósági eljárás egyéb költségekkel (illeték, stb.) járhat, kétségtelenül függhet a jogát érvényesíteni kívánó anyagi lehetőségeitől. A törvényhozó Alkotmányon – elsősorban a 70/A. § (3) bekezdésén – alapuló feladata biztosítani, hogy ennek ellenére senki se legyen anyagi eszközök hiányában elzárva jogai bíróság előtti érvényesítésétől vagy védelmétől." [902/B/2006. AB határozat, ABH 2008, 2487]. Hivatkozott álláspont jelenleg sem meghaladott „…a tisztességes eljáráshoz való jog nem foglalja magában az igazságszolgáltatással kapcsolatos működtetési költségeknek és a felek oldalán felmerülő kiadásoknak a felekre való áthárításának tilalmát, a tisztességes eljáráshoz való jogból fakadó követelmények nem azonosíthatóak a perlekedéssel kapcsolatos költségviselési kockázat teljes mérvű kiküszöbölésével." {3309/2020. (VII.24.) AB határozat, Indokolás [22]} „…Az Alkotmánybíróság ezeket a megállapításait a jogorvoslathoz való joggal összefüggésben is irányadónak tekinti, mert megítélése szerint a költségviselés kockázata ugyanúgy terheli a jogorvoslati szakaszt kezdeményező személyt, mint azt, aki kérelmével, keresetével bírósághoz fordul. A költségviselésnek a polgári eljárásokra vonatkozó szabályozásból is adódó kockázata az ingyenesség követelményét a jogorvoslathoz való jog tekintetében sem teszi megállapíthatóvá." {Indokolás [23]}.

[28] Meghatározott esetekben az adófizetési kötelezettség bankkártyával is teljesíthető; a fizetéshez NAV ügyfélszolgálatain található POS terminált, vagy az internetes felületen a VPOS-t lehet használni. A részletes szabályok a NAV hivatalos honlapján elérhetőek (https://nav.gov.hu/nav/inf_fuz/2021; 35. számú információs füzet).

[29] 953/B/1993. AB határozat, ABH, 1996, 432, 434-435. A jogorvoslat a döntés végrehajtását megelőzően látja el a lényegi funkcióját, vagyis azt még a végrehajtás előtt kell biztosítani, azt bizonyos esetekben a végrehajtás már pusztán formálissá teheti [71/2002. (XII.17.) AB határozat, ABH 2002, 417, 426-427; 39/2007. (VI.20.) AB határozat, ABH 2007, 464].

[30] Példának okán a biztosítási intézkedést elrendelő végzés ellen előterjesztett fellebbezésnek a végzés végrehajtására nincs halasztó hatálya [Air. 82. § (4) bekezdése]; ugyanez vonatkozik az ideiglenes biztosítási intézkedést elrendelő végzéssel szembeni jogorvoslati kérelemre [Air. 83. § (3) bekezdése]. A lefoglalásról rendelkező határozat a közlés időpontjától kezdve fellebbezésre tekintet nélkül ugyancsak végrehajtható [Art. 241. § (2) bekezdésének második mondata], ahogyan az üzletlezárásról hozott határozat elleni fellebbezés sem jelenti az eljárás megakasztását [Art. 245. § (3) bekezdése]. Nem érvényesül a halasztó hatály főszabály szerint az adóvégrehajtás alkalmával sem; a végrehajtási kifogásnak – az árverés kitűzését követően benyújtott, az árverés kitűzésének jogszerűségét vitató, első alkalommal benyújtott végrehajtási kifogás kivételével – a további végrehajtási cselekményekre nincs halasztó hatálya, a lefoglalt vagyontárgy értékesítése iránt azonban csak az érintett vagyontárgy foglalásával, becsértékének megállapításával szemben benyújtott végrehajtási kifogás végleges elbírálását követően lehet intézkedni [Avt. 27. §-a].

– halasztó hatálya van [Air. 125. §-a], vagyis az adóhatóság a másodfokú döntés meghozatalát, és véglegessé válását megelőzően az adózóval szemben a döntésben foglaltak kikényszerítése érdekében végrehajtási cselekményt sem foganatosíthat. A döntéssel szemben előterjesztett fellebbezés a fizetési kötelezettség esedékességét is kitolja; az alaki jogerő[31] és az esedékesség szükségszerű kapcsolatban áll egymással; az Art. 62. §-ának első mondata alapján az adót a jogszabályban meghatározott időpontban, az adóhatóság által megállapított adót – ha e törvény vagy fizetési kötelezettséget megállapító jogszabály eltérően nem rendelkezik – a határozat véglegessé válásától[32] számított 15 napon belül kell megfizetni.

IV. Tájékoztatás a feltételes adóbírság kedvezményéről

Álláspontom szerint a jogorvoslati jogról való tájékoztatás körébe vonható a fellebbezési jogról való lemondáshoz kapcsolódó speciális szabályozás; a 2018. január 1. napjával bevezetett új jogintézmény, a feltételes adóbírság kedvezményéről történő kioktatás. Ha az adózó az utólagos adómegállapításról hozott első fokú határozat elleni fellebbezési jogáról lemond, és esedékességig a határozatban előírt adókülönbözetet megfizeti, mentesül a kiszabott adóbírság 50 %-ának megfizetése alól [Art. 216. §-a]. Jóllehet az Art. a fenti kedvezmény feltételeül az „adókülönbözet megfizetését" jelöli meg, ez nem jelenti szükségképpen azt, hogy a kiutalás előtti adóellenőrzéseket a jogszabály a feltételes adóbírság kedvezményének köréből kizárná. Ezen értelmezésben a jogorvoslati jogról történő lemondás mellett – mivel pénzügyi rendezést igénylő adókülönbözet nem, csak jogosulatlan igénylés kerül megállapításra – a másik feltétel nem is vizsgálható, az automatikusan teljesítettnek minősül.

A fellebbezési jogról történő lemondásra a fellebbezési határidőn belül van lehetőség, mely nyilatkozat nem vonható vissza [Air. 124. § (5) bekezdése]. A fellebbezési jogról történő lemondás viszont nem tévesztendő össze a fellebbezés visszavonásának lehetőségével. Az Air. 126. § (7) bekezdése alapján a felterjesztést megelőzően az elsőfokú adóhatóság, azt követően a felettes szerv megszünteti az eljárást, ha valamennyi fellebbező a fellebbezési kérelmet visszavonta. A fellebbezési kérelmet visszavonó nyilatkozat nem vonható vissza.[33] Ha az adózó igénybe veszi a feltételes adóbírság lehetőségét, akkor a döntéssel szemben utóbb felügyeleti intézkedés iránti kérelemnek nincs helye [Air. 128. § (2) bekezdésének utolsó mondata].

[31] A döntés véglegessége – a régi Art. szerint jogereje –, a tartozás esedékessége, illetve végrehajthatósága definícióinak az egymáshoz való relációban van kiemelt jelentősége. Az egyes jogági eljárásjogokban – generális jelleggel – a jogerő három oldalról közelíthető meg. Egyrészt a jogalkalmazó szerv döntése rendes jogorvoslattal többé nem támadható (alaki jogerő), másrészt a döntés nem változtatható meg (anyagi jogerő), harmadrészt a döntés végrehajtható. A közigazgatási és a bírósági döntések jogereje azonban különbözik egymástól, ami egyfelől a két szervtípus döntései természetéből, másrészt az azok közötti hierarchiából következik. A közigazgatás rendszerében a jogerő fogalma alaki jogerőt jelent {3133/2017. (VI.8.) AB határozat, Indokolás [34]-[35]}.

[32] Ha az adott ügytípusban törvény megengedi a fellebbezést, az adóhatóság döntése véglegessé válik, ha a) ellene nem fellebbeztek, és a fellebbezési határidő letelt b) a fellebbezésről lemondtak vagy a fellebbezést visszavonták, vagy c) a fellebbezés elbírálására jogosult felettes szerv az elsőfokú adóhatóság döntését helybenhagyta vagy megváltoztatta, a másodfokú döntés közlésével [Air. 74. § (2)].

[33] Két eltérő jogintézményről van tehát szó. Adózó a döntésben a feltételes adóbírság kedvezmény feltételeiről tájékoztatást kap, így amennyiben fellebbezéssel él, tudatában kell lennie annak, hogy ezzel a kedvezményre való jogosultságát – attól függetlenül, hogy a fellebbezésétől későbbiekben esetlegesen elállhat – elveszíti (2018/30. számú Adózási kérdés feltételes adóbírság alkalmazhatósága jogosulatlan visszaigénylés esetén, valamint 2018/51. számú Adózási kérdés feltételes adóbírság kedvezmény alkalmazhatósága a fellebbezési kérelem visszavonása esetén). Ellenben a döntés véglegességéhez kapcsolódó joghatások mindkét esetben beállnak [Air. 74. § (3) bekezdésének a)-b) pontjai].

V. A megfelelő tájékoztatás a tisztességes ügyintézéshez való jog dimenziójában

Mindenkinek joga van ahhoz, hogy ügyeit a hatóságok részrehajlás nélkül, tisztességes módon és ésszerű határidőn belül intézzék. A hatóságok törvényben meghatározottak szerint kötelesek döntéseiket indokolni [Alaptörvény XXIV. cikk (1) bekezdése]. Bár a tisztességes ügyintézéshez való jogot a 2005. november 1. napján hatályba lépett közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (a továbbiakban: Ket.) szövegszerűen deklarálta ugyan[34], de mint alapjogra történő explicit hivatkozásra az Alaptörvény 2012. január 1. napján történő hatályba lépése teremtett közvetlen alkotmányos felhatalmazást, ezt megelőzően pedig az 1949. évi XX. törvényből (a Magyar Köztársaság Alkotmánya)[35], és az Emberi Jogok Európai Egyezményéből[36] levezethetően befolyásolta az alkotmánybírósági jogértelmezést. A tisztességes eljáráshoz való jog[37] egy „gyűjtődefiníció", egzaktan nem határozható meg; mindazon követelményeket foglalja magában, melyeknek a bírósági, és a közigazgatási eljárás folyamatában, azok valamennyi pontján érvényesülni kell. Az eljárásjogi garanciák egymásra fűzésével tartalmilag olyan alapjogot jelent, amely tartalmazza valamennyi, a demokratizmus és a jogállamiság értékrendjének megfelelő eljárási alapelvet, normát. A „fair eljáráshoz" való jog a közigazgatási eljárástípusokra vonatkoztatva azt az alkotmányos vezérelvet támasztja alá, hogy a jogállamiságból eredő követelmény a közigazgatás törvények alá rendeltsége; a kiszámíthatóság – ideértve az egységes jogalkalmazást is –, illetőleg az eljárási garanciák biztosítása összekapcsolódik az alanyi alap- és szabadságjogok védelmével, kölcsönösen feltételezve egymást.[38] Az eljárás tisztessége egy kvalitás, amit az ügy összes körülménye figyelembevétele tükrében lehet csak megítélni; egyes garanciák hiánya ellenére éppúgy, mint minden részletszabály betartása mellett lehet az eljárás méltánytalan, avagy nem tisztességes.[39] A tisztességes eljáráshoz való jog – mivel annak sérelme csak az ügy részleteinek ismeretében válhat nyilvánvalóvá – maga is mérlegelés eredménye, következésképp azzal nem állítható szembe más alapvető jog, vagy alkotmányos cél sem.[40] A jog egészként történő korlátozása tehát fogalmilag nem

[34] Az ügyfeleket megilleti a tisztességes ügyintézéshez, a jogszabályokban meghatározott határidőben hozott döntéshez való jog és az eljárás során az anyanyelv használatának joga [Ket. 4. § (1) bekezdése].

[35] A Magyar Köztársaságban a törvényben meghatározottak szerint mindenki jogorvoslattal élhet az olyan bírósági, közigazgatási és más hatósági döntés ellen, amely a jogát vagy jogos érdekét sérti [Alkotmány 57. § (5) bekezdésének első mondata].

[36] Mindenkinek joga van arra, hogy ügyét a törvény által létrehozott független és pártatlan bíróság tisztességesen nyilvánosan és ésszerű időn belül tárgyalja, és hozzon határozatot polgári jogi jogai és kötelezettségei tárgyában, illetőleg az ellene felhozott büntetőjogi vádak megalapozottságát illetően [Az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény és az ahhoz tartozó nyolc kiegészítő jegyzőkönyv kihirdetéséről szóló 1993. évi XXXI. törvény 6. cikk 1. pontjának első mondata].

[37] A tisztességes eljáráshoz való jognak érvényesülnie kell egyrészt a hatósági eljárásokban (Alaptörvény XXIV. cikke; tisztességes ügyintézés), másrészről a bírósági eljárások alkalmával is (Alaptörvény XXVIII. cikke; tisztességes bírósági eljárás); a külön cikkben nevesített jogok a tisztességes eljáráshoz való jog immanens tartalmát tehát együttesen képezik le.

[38] 9/1992. (I.30.) AB határozat, ABH 1992, 59, 65; 2/2015. (II.2.) AB határozat, Indokolás [20]-[21]; 19/2019. (VI.18.) AB határozat, Indokolás [138].

[39] 6/1998. (III.11.) AB határozat, ABH 1998, 91, 95; 14/2002. (III.20.) AB határozat, ABH 2002, 101, 109; 7/2013. (III.1.) AB határozat, Indokolás [24]; 2/2017. (II.10.) AB határozat, Indokolás [49]; 3303/2020. (VII.24.) AB határozat, Indokolás [50]. „A tisztességes eljáráshoz való jog sérelme úgy is bekövetkezhet, hogy nem áll fenn oksági kapcsolat a lényeges eljárási szabálysértés és az ügy konkrét kimenetele között, azonban az ügyféli jogok érvényesíthetősége olyan sérelmet szenved, amely az eljárás egészét és körülményeit figyelembe véve eléri az alaptörvény-ellenesség szintjét." {3311/2018. (X.16.) AB határozat, Indokolás [34]}. A jog nem azonosítható tehát kizárólag a jogszabályok megtartásával, bár annak szükséges feltétele {uo., Indokolás [26]}. A tisztességes eljárás követelményeinek egyes elemei mindezek okán izoláltan nem vizsgálhatóak, azok csak együttesen értelmezhetőek.

[40] 14/2004. (V.7.) AB határozat, ABH 2004, 241, 266; 3027/2018. (II.6.) AB határozat, Indokolás [13].

értelmezhető, a taláros testület ugyanakkor több alkalommal utalt arra, hogy egyes részelemei a szükségesség-arányosság tesztje szerint korlátozhatóak. A korlátozás akkor felel meg az Alaptörvénynek, ha egy másik alapvető jog, vagy alkotmányos érték védelme vagy érvényesülése másképp nem érhető el – tehát a korlátozás szükséges –, illetve nem sérti az arányosság követelményét – vagyis az elérni kívánt cél, és az okozott alapjogsérelem súlya arányban áll egymással – sem. Utóbbi kapcsán követelmény, hogy a jogalkotó köteles az adott cél elérésére alkalmas legenyhébb eszközt alkalmazni, ahogy a korlátozásnak nem lehet az alapjog lényegi tartalmát sem érintenie.[41] Ez viszont azt is jelenti, hogy amíg az egyes részjogosítványok az Alaptörvény szerinti kritériumok[42] alapján igazolható módon korlátozhatók, a hatósági eljárásnak összességében mindvégig tisztességesnek kell maradnia.[43]

A tisztességes ügyintézéshez való jog érvényesülésének kérdése tehát elsősorban egyes eljárásjogi garanciák betartása – avagy azok mellőzése – oldaláról közelíthető meg. Jóllehet a Kúria már több alkalommal[44] kifejtette, hogy önmagában eljárási jogszabálysértés miatt akkor van helye egy döntés hatályon kívül helyezésének, amennyiben az a döntés érdemére is kihatott – és a továbbiakban nem is orvosolható helyzetet teremtett –, kitért arra is, hogy az adott ügy tárgyával közvetlen összefüggésben nem lévő eljárási jogszabálysértés – nevezett joggal való kapcsolata miatt – kihathat az eset érdemére is. A közigazgatási eljárás garanciális szabályainak figyelmen kívül hagyása akkor is az ügy érdemére kiható mulasztást eredményezhet, ha a garanciális szabályok betartása mellett is ugyanazon döntést hozná a közigazgatási hatóság.[45] A tisztességes ügyintézéshez való jog tehát olyan alapjog, melynek érvényesítésülése gazdaságossági-célszerűségi okokból sem mellőzhető, lényegi tartalma – amellett, hogy a szakigazgatási eljárásokban azok specialitásai okán a részletszabályok eltérően jelentkezhetnek – egyetlen hatósági eljárásban sem sérülhet.[46] A tisztességes ügyintézéshez való jog célja „segédletül" szolgálni az egyes részjogosítványok érvényesüléséhez; arra közvetlenül jogot, vagy kötelezettséget alapítani csak kivételes körülmények között lehet.[47]

Az Alkotmánybíróság számos ügyfélközpontú részjogosítványra mutatott rá a gyakorlatában, amelyek érvényesítése a hatósági eljárás alaki és anyagi hatékonyságát, gyorsaságát, szakszerűségét, törvényességét – jognak alárendeltségét – szolgálják. A felsorolás teljességének igénye nélkül ilyennek tekintett az Alkotmánybíróság a hatósági eljárás időbeli dimenziójára {3/2014. (I.21.) AB határozat, Indokolás [71]-[77]; 17/2015. (VI.5.) AB határozat, Indokolás [108]}, a határozat közlésére {6/2017. (III.10.) AB határozat, Indokolás [37]-[39]} és a közlés módjára {17/2015. (VI.5.) AB határozat, Indokolás [109], a

---

[41] 3/2014. (I.21.) AB határozat, Indokolás [61]; 3223/2018. (VII.2.) AB határozat, Indokolás [26]-[27]; 3306/2020. (VII.24.) AB határozat, Indokolás [39].

[42] 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 [Alaptörvény I. cikk (3) bekezdésének második mondata].

[43] 3090/2019. (V.7.) AB határozat, Indokolás [30].

[44] Az 1988. évi I. törvény 21. §-ának (4) bekezdésében szabályozott 60 napos bírságkiszabási határidő túllépése esetén alkalmazandó szabályokról szóló 1/2010. (II.18.) Közigazgatási jogegységi határozat, a közigazgatási szervek határozatai felülvizsgálatának egyes kérdéseiről szóló 1/2011. (V.9.) KK vélemény.

[45] „…A tisztességes ügyintézéshez való jog sérelme fennállhat olyan módon is, hogy bár nincs oksági kapcsolat az eljárási szabálysértés és az ügy érdemi kimenetele között, azonban az ügyféli jogok érvényesíthetősége olyan csorbát szenved, amely miatt megállapítható a lényeges eljárási szabálysértés." {Kúria Kfv.III.37.162/2015., Indokolás [20]}.

[46] 3223/2018. (VII.2.) AB határozat, Indokolás [34]; 25/2020. (XII.2.) AB határozat, Indokolás [25].

[47] A processzuális megközelítés mellett az Alkotmánybíróság azt is hangsúlyozza, hogy az eljárás tisztességének karaktere a törvényes kereteket, valamint az eljárási jogok érvényesülését biztosítja; ellenben – jóllehet arra jellemzően alkalmas – nem garantál alanyi jogot a materiális – anyagi – igazságosság érvényre juttatására {3074/2016. (IV.18.) AB határozat, Indokolás [57]; 8/2020. (V.13.) AB határozat, Indokolás [49]}.

fegyveregyenlőség elvére olyan hatósági eljárásokban, melyek ellenérdekű ügyfelek közreműködésével zajlanak {10/2017. (V.5.) AB határozat, Indokolás [61]-[63]}; az iratbetekintéshez, illetőleg az iratok megismeréséhez való jogra {3223/2018. (VII.2.) AB határozat, Indokolás [36].[48]

Véleményem szerint a jogorvoslati jogról történő tájékoztatáshoz való jog ugyancsak ebbe a körbe tartozik. Kijelentésemet a tájékoztatás kvalitási kívánalmai kapcsán képviselt kúriai joggyakorlat is igazolja; a kioktatásnak nemcsak tényszerűen megtörténtnek, hanem – jóllehet a tájékoztatás tartalmára irányadó követelmény nincsen – olyannak kell lennie, hogy a kioktatásnak megfelelő eljárás alkalmával a jogát gyakorló érintettet hátrány ne érhesse; a tájékoztatásnak ki kell terjednie a jog rendeltetésszerű gyakorlásához szükséges körülményekre. A téves tájékoztatás az ügyfélnek nem írható a terhére; ez független attól is, hogy a fél jogi képviselővel járt-e el az ügyben, avagy sem; a jogi képviselő a tájékoztatás tartalmát – mivel az a döntés rendelkező része – nem bírálhatja felül.[49]

VI. A közigazgatási hatóság tájékoztatási kötelezettsége az Alkotmánybíróság joggyakorlatában

A közigazgatási hatóság tájékoztatási kötelezettségével – az ügyfél oldaláról megközelítetten a tájékoztatáshoz való joggal – az Alkotmánybíróság is foglalkozott a 9/2017. (IV.18.) AB határozatban, melynek során alkotmányjogi panasz alapján indult eljárás eredményeként a Kaposvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság 4.Fpk.27.058/2014/1/I. számú végzése alaptörvény-ellenességét állapította meg és rendelkezett annak megsemmisítéséről. Bár jelzett döntés nem adóeljárással összefüggésben, hanem építéshatósági ügyben születetett, az AB határozatban megjelenített álláspont érdemben minden egyes közigazgatási eljárástípusra kivetíthető.

Az ügyben az indítványozó épületbontás elrendelése iránti kérelmet nyújtott be a Somogy Megyei Kormányhivatal Siófoki Járási Építésügyi Hivatalához, nevezett szerv az indítványozó által indított hatósági eljárást egy folyamatban lévő peres eljárás jogerős lezárásáig felfüggesztette. Ezt követően az indítványozó egy iratbetekintés alkalmával tapasztalt – általa jogsértőnek ítélt – eljárási cselekmény okán a nevezett elsőfokú hatóság felügyeleti szervéhez (Somogy Megyei Kormányhivatal Építésügyi és Örökségvédelmi Hivatal Építésügyi és Örökségvédelmi Osztálya) fordult panasszal, mely az elsőfokú döntést megváltoztatta és a közigazgatási hatósági eljárást az SOD/12/307-29/2013. számú végzésével megszüntette. A hatóság a döntésben arról tájékoztatta az indítványozót, hogy a közlésétől számított 30 napon belül – jogszabálysértésre hivatkozással – kérheti annak bírósági felülvizsgálatát, melynek az indítványozó eleget tett. A Kaposvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság ellenben a keresetet érdemi vizsgálat nélkül – elkésettség okán – elutasította; az indokolás szerint az építésügyben hozott döntés kapcsán a kereset indítására nyitva álló törvényi határidő az épített környezet alakításáról és védelméről szóló 1997. évi LXXVIII. törvény (a továbbiakban: Étv.) 53/C. § (2) bekezdése szerint 15 nap, szemben a régi Pp. 330. § (2) bekezdésében főszabályként meghatározott 30 napos határidővel. A bíróság megállapítása szerint az indítványozó a hatóság végzését 2014. január 4. napján vette át, a

[48] 3223/2018. (VII.2.) AB határozat, Indokolás [32]-[33]; 17/2019. (V.30.) AB határozat, Indokolás [38]; 28/2019. (XI.4.) AB határozat, Indokolás [74]. Nem tartozik ebbe a körbe a mérlegelt döntéshez való jog; mérlegelés nem részjogosítványa a tisztességes hatósági eljáráshoz való jognak, a mérlegelés korlátozottsága alapjogi aspektusból nem teszi az egész hatósági eljárást szükségképp tisztességtelenné {8/2020. (V.13.) AB határozat, Indokolás [42]}.

[49] Lásd Legfelsőbb Bíróság – Kúria – P.törv.II.20.063/1976., P.törv.20.271/1984., Gfv.VI.30.713/1993., Pf.II.24.734/2006., Kfv.II.37.330/2010., Pf.II.24.831/2011. számú eseti döntéseit, illetve a fellebbezési jogról adott téves tájékoztatásról szóló 7/2010. (XI.8.) KK véleményt.

felülvizsgálatát célzó kereseti kérelmét pedig 2014. február 3. napján – a végzés közlésétől számított 15 napon túl – adta postára. Az indítványozó az elkésettség miatt a régi Pp. 107. § (1) bekezdése szerinti igazolási kérelemmel nem élt, ennek okán a bíróság a keresetet érdemi vizsgálat nélkül elutasította; a Kormányhivatal eljárást megszüntető végzésében foglalt jogorvoslati záradék tartalmát nem értékelte, indokolása az elkésettség tényének és jogkövetkezményeinek megállapítására szorítkozott {Indokolás [3]-[8]}.

A fellebbezés kizártsága okán az indítványozó alkotmányjogi panasszal élt, jogsérelmét abban jelölve meg, hogy a bíróság az ügyfélre terhelte a hatóság jogszabállyal ellentétes tájékoztatásának jogkövetkezményeit, miután a kereseti kérelmét e hibás kioktatás szerinti határidőben nyújtotta be. Érvelése értelmében a bíróságnak észlelnie kellett volna e téves tájékoztatást, amely tényt figyelmen kívül hagyva megfosztotta őt a jogorvoslat (a bírósághoz fordulás) lehetőségétől. Az indítványozó hivatkozott a BH 2012.96. számú eseti döntésre, valamint a KK/71. és a 7/2010. KK véleményekre is, utóbbiból kiemelve azt, hogy a hatóság téves jogorvoslati tájékoztatása miatt az ügyfelet joghátrány nem érheti. A keresetlevél idézés kibocsátása nélküli elutasítása a felet megfosztja a jogorvoslathoz fűződő jogától. A végzés az indítványozó szerint sérti továbbá az emberi méltóságát, a bírósághoz való forduláshoz és a tisztességes eljáráshoz való jogát, emiatt az Alaptörvény II. cikkébe, XXIV. cikk (1) bekezdésébe, valamint a XXVIII. cikk (1) és (7) bekezdésébe ütközik {Indokolás [9]-[12]}.

A taláros testület megállapította, hogy a közigazgatási eljárásban hozott SOD/12/307-29/2013. számú – eljárást megszüntető – végzés a jogorvoslat vonatkozásában azt a kioktatást tartalmazta, hogy „…a döntés közlésétől számított 30 napon belül annak bírósági felülvizsgálatát lehet kérni jogszabálysértésre hivatkozással Somogy Megyei Kormányhivatal Építésügyi és Örökségvédelmi Hivatal Építésügyi és Örökségvédelmi Osztályával szembeni kereset benyújtásával. Az erre irányuló kérelmet – Siófok Város jegyzőjéhez – lehet benyújtani, a Kaposvári Közigazgatási és Munkaügyi Bíróságnak (7400 Kaposvár, Szent Imre u. 14/a.) címezve. [...]” Emellett a végzés indokolása azt is megjelölte, hogy „…[a] jogorvoslati lehetőségről a Ket. 109. §-a, valamint az épített környezet alakításáról és védelméről szóló 1997. évi LXXVIII. törvény 53/C. § (2) bekezdése alapján történt a tájékoztatás.” Összességében tehát a végzés – bár helyesen jelölte meg a keresetindításra nyitva álló speciális, 15 napos határidőt előíró törvényhelyet – tartalmilag jogszerűtlen módon nyújtott az ügyfél részére tájékoztatást a rendelkezésre álló 30 nap feltüntetése által {Indokolás [22]-[24]}.

Az Alkotmánybíróság azt is rögzítette, hogy a kereset a hibás tájékoztatásnak megfelelő határidő utolsó napján (a 30. napon) került benyújtásra, amit – elfogadva az indítványozó érvelését – a téves kioktatástól nem függetleníthető tényként vett figyelembe. A bíróság végzése ugyanis kizárólag a kereset elkésettségét jelölte meg a régi Pp. 130. § (1) bekezdésének h) pontja szerinti érdemi vizsgálat nélküli elutasítás indokaként, így a hibás kioktatás és a kereset késve történő előterjesztése közötti ok-okozati kapcsolat az Alkotmánybíróság szerint megállapítható volt.

Az Alkotmánybíróság döntése kitért arra is, hogy – annak ellenére, hogy a jogorvoslathoz való jog nem a közigazgatási szerv határozatából, különösen nem az arról történő tájékoztatásból fakad, hanem azt a törvény keletkezteti – a hatóság tájékoztatási kötelezettsége jogszabályi előíráson alapul, ezért annak jogszerűsége nem is függetleníthető a tisztességes ügyintézéshez való jogtól. A tájékoztatás funkciója pont a jogorvoslathoz való jog gyakorlásának elősegítése, emiatt – függetlenül attól, hogy a tartalmára vonatkozóan nincsen kötelező előírás – annak helytállónak kell lennie; a téves, félrevezető információk a jogelvek érvényesülése ellen hatnak. A nem jogszabályszerű tájékoztatás önmagában még nem jelenti akár az azt tartalmazó döntés, akár a jogorvoslathoz való jog ab ovo sérelmét, az ügy körülményeinek mérlegelésével ugyanakkor – mint tárgyi ügyben – már alkalmas lehet arra,

hogy a hatékony jogorvoslathoz való jog csorbulását vonja maga után; vagyis az adott eljárás tisztességének kívánalmát is sértheti. A közigazgatási döntés elleni jogorvoslatnak ki kell merítenie a ténylegesség és a hatékonyság követelményét; a jogorvoslati kérelmet téves jogorvoslati tájékoztatás[50] miatt elkésettség okán elutasító végzés elzárja az ügyfelet a tényleges jogorvoslattól, ami befolyásolhatja a döntést, és az Alaptörvény XXVIII. cikk (7) bekezdésének sérelmét idézheti elő. A tájékoztatási kötelezettség ezért nemcsak formális; a kioktatásnak alkalmasnak is kell lennie arra, hogy a funkcióját betöltse {Indokolás [22]-[30]}.

Az Alkotmánybíróság megvizsgálta azt is, hogy az igazolási kérelem alkalmas-e arra, hogy a jogorvoslati határidőre vonatkozó téves kioktatásból eredő és jogorvoslathoz való joggal kapcsolatban felmerülő aggályokat feloldja. A taláros testület – érvelésében visszautalva a 2218/B/1991. AB határozatra (ABH 1993, 580, 584) – arra az álláspontra helyezkedett, hogy az igazolási kérelem nem jogorvoslat, ezért az nem a sérelmezett döntés felülvizsgálatát és a döntésre közvetlenül visszaható új határozat hozatalát célozza. Az igazolás egy eljárási cselekmény elmulasztása következményeinek elhárítására szolgál, emiatt a jogorvoslathoz való alapjoggal nincsen jogilag értékelhető relációban. Az Alkotmánybíróság megítélése szerint tárgyi ügyben a közigazgatási döntés elleni jogorvoslatnak – az igazolási kérelemtől függetlenül – ki kellett volna merítenie ténylegesség, illetőleg a hatékonyság követelményét, melyre – részletezettek okán – nem került sor {Indokolás [34]-[37]}.[51]

VII. Összegzés

Dolgozatom következtetéseit összefoglalva kijelenthető, hogy a tisztességes ügyintézéshez való jog érvényesülését kizárólag a közigazgatási eljárás – a témára konkretizálva az adóeljárás – egészének és körülményeinek figyelembe vételével, mérlegeléssel lehet megítélni; az egyes ügyféli jogok csorbulása az ügy érdemére kiható és lényeges eljárási jogszabálysértést jelenthet. Fentiek alapján igazolni látom hipotézisemet, mely szerint a megfelelő tájékoztatáshoz való jog – különös tekintettel a jogorvoslati jog gyakorlásával összefüggő kitanításra – jelentőséggel bír az adóeljárásban is. Elsődleges igyekezetem az adóhatósági jogalkalmazás során felmerülő problémákra koncentrált, ugyanakkor szükségesnek tartottam a hatósági szemléletnek a bírósági ítélkezési gyakorlat bemutatásával történő ellensúlyozását is. A felvázoltak nemcsak gyakorlati síkon értelmezhetőek; az Alkotmánybíróságnak a témával összefüggésben hozott döntései is azt támasztják alá, hogy a dilemma alkotmányjogi vetülete sem elhanyagolható.

A témát körbejárva amellett érveltem, hogy a tájékoztatáshoz való jog a hatósági

[50] Ezt a helyzetet orvosolja némileg a Kp. 2020. január 1. napjától hatályos 39. § (3a) bekezdésének első mondata [beiktatta az egyes törvényeknek az egyfokú járási hivatali eljárások megteremtésével összefüggő módosításáról szóló 2019. évi CXXVII. törvény 212. §-a]. Fentiek szerint a keresetlevelet határidőben benyújtottnak kell tekinteni, ha azt a felperes a közigazgatási cselekmény jogorvoslati záradékának megfelelően nyújtotta be, vagy arra figyelemmel nyújtotta be a bírósághoz, hogy az (1) bekezdés szerinti közigazgatási szerv az elektronikus ügyintézés feltételeit átmenetileg vagy tartósan nem biztosítja. Ha tehát az ügyfél a közigazgatási döntéssel szembeni benyújtott keresetlevelét a döntésben kapott tájékoztatás szerint, annak megfelelően terjeszti elő, a kioktatás téves tartalma miatt joghátrány nem érheti.

[51] Hasonló álláspontra jutottak az alkotmánybírák a közlés joghatásaival összefüggésben [18/2017. (VII.18.) AB határozat]. A döntés szerint az alapjogi vonatkozásra figyelemmel körültekintően kell vizsgálni, hogy a fellebbező fél a fellebbezési határidőt megtartotta-e; a fellebbezést csak akkor lehet hivatalból elutasítani, ha a fél vitán felül határidőn túl terjesztette elő fellebbezését. Amennyiben a fél a bíróság szabálytalan eljárása – a döntés kézbesítési időpontjának téves megállapítása – miatt kerül olyan helyzetbe, hogy a fellebbezési határidő megtartása vagy meg nem tartása megalapozottan nem dönthető el, ennek a következményeit nem lehet a fellebbező terhére értékelni {Indokolás [29]-[30]}.

eljárás során is a tisztességes ügyintézéshez való jog részét kell, hogy képezze, attól – a fent ismertetettek szerint – nem is függetleníthető. Az adóhatósági döntés közlése, illetőleg a jogorvoslati jog gyakorlása kapcsán adott – jogszabályoknak megfelelő – tájékoztatás az eljárás további menetére is alapvető kihatást gyakorol. Az érintett csak a tájékoztatás tartalmának ismeretében tudja megfontolni azt, hogy az arra nyitva álló törvényi határidőn belül él-e a jogorvoslati jogával. A határidő megtartása, valamint az egyéb jogszabályi feltételeknek való megfelelőség jelenti a valós garanciát arra, hogy a jogorvoslati kérelem elbírálást nyer; ez pedig csak és kizárólag akkor érvényesülhet, ha az adóhatóság a jogorvoslati jog gyakorlásával kapcsolatos tájékoztatási kötelezettségét is maradéktalanul teljesíti.

Legeza Dénes István[1]

A többes jogviszonyban létrehozott szerzői művek sorsa az élettudományok területén[2]

I. Bevezetés és alapvető fogalmak

Az élettudományok területén tevékenykedő kutatók gyakran sajátos helyzetben vannak. Egyrészt munkájuk során jellemzően szerzői műveket hoznak létre, mint például tudományos cikkek, szoftverek, gyűjteményes művek, vizuális tartalmak. Másrészt egyazon időpontban több hazai és külföldi intézménnyel is szerződéses jogviszonyban állhatnak. A munkaviszonyban létrehozott művek („szolgálati művek") kérdésköre a polgári jog és a munkajog sajátos határmezsgyéjén helyezkedik el. A szabályozásra egyrészt a szerzői jogról szóló 1999. évi LXXVI. törvény (a továbbiakban: Szjt.) és annak anyajogszabálya a Polgári törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.), másrészt a Munka törvénykönyvéről szóló 2012. évi I. törvény (a továbbiakban: Mt.) rendelkezései irányadók. A szerzői jog eleve olyan, mint egy kaleidoszkóp: ahány műtípuson keresztül szemléljük, annyiszor más képpé állnak össze a szerzői jog egyes alkotóelemei. A szolgálati jelleg pedig az egészen csavar még egyet.

A tanulmány az alapfogalmakat követően ismerteti az Szjt. szolgálati művek rendelkezéseit és bírói gyakorlatát, ideértve a munkajogi joggyakorlatot is. A második fejezet a szellemitulajdonkezelési szabályzatok intézményét, mint a főszabálytól való eltérési lehetőséget mutatja be, a záró fejezet pedig a hallgatókra vonatkozó rendelkezéseket és megállapításokat tartalmaz.

Tekintettel arra, hogy jelen tanulmány egy igen szűk problémakört vizsgál, szükséges röviden néhány alapvető, a tanulmányban többször használt szerzői jogi fogalmat tisztázni.

A hazai szerzői jogra hatást gyakorló kontinentális *droit d'auteur* (szerzői jogi) felfogás szerint a szerzői jogi védelem a művet annak létrehozásától kezdve megilleti. Így főszabály szerint a védelem nincs sem az anyagi formában való rögzítéshez, sem a nyilvánosságra hozatalhoz, sem más formalitáshoz kötve. Ebben eltér az Egyesült Államok vagy az Egyesült Királyság szabályozása, ahol szükséges az anyagi formában történő rögzítés („*in any tangible medium of expression*"[3].) A művet a ember szellemi alkotótevékenységére tekintettel egy korlátozott ideig tartó abszolút védelem illeti meg.

A szerzői jogok összessége a szerzőt illeti. A kontinentális szerzői jogi megközelítésben a szerző az, aki a művet létrehozza. Európában csak néhány országban (Egyesült Királyság, Hollandia) érvényesül az angolszász copyright (a többszörözési jogból kiinduló) felfogás, amely a szerzői jogokat vagy eleve a megrendelőnél-megbízónál-munkáltatónál keletkezteti, vagy azt a szerzői jogok első tulajdonosához (*first owner of the copyright*[4]) rendeli.

A szerzői jog két nagy részből áll: a vagyoni jogokból és a személyhez fűződő jogokból. A vagyoni jogokat szokás felhasználási módoknak is nevezni, így e két fogalmat szinonimaként használom. Míg a vagyoni jogosultság a kezdetektől fogva a szerzői jog tartalma volt, addig a szerző személyéhez fűződő jogainak nemzetközi elismerése csak az 1920-as években jelent meg. Ez utóbbi jogok elismerése a copyright felfogást képviselő

---

[1] Legeza Dénes PhD, a Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala, főosztályvezető, SZTE ÁJTK óraadó.

[2] EFOP-3.6.1-16-2016-00008 Intelligens élettudományi technológiák, módszertanok, alkalmazások fejlesztése és innovatív folyamatok, szolgáltatások kialakítása a szegedi tudásbázisra építve.

[3] 17 U.S. Code § 102.

[4] Copyright, Designs and Patents Act 1988 § 11

országokban, így elsősorban az Egyesült Államokban még ma is csak igen korlátos. Így a névfeltüntetés jogával szemben a mű nyilvánosságra hozatalának joga vagy az integritásvédelem (a mű egységéhez való jog) szinte csak a vizuális műveknél érvényesül.[5] Ugyancsak jelentős eltérés az egyes szerzői jogi rezsimek között, hogy mennyiben engedik a szerzői jogok átruházását. A copyright rendszerekben a szerzői vagyoni jogok teljes mértékben forgalomképesek. Ezzel szemben a *droit d'auteur* országokban a monista (a személyhez fűződő és vagyoni jogokat egységben kezelő) és a dualista (a kétfajta jog egymástól különválasztható) felfogást különböztetjük meg. Előbbiben a vagyoni jogok is forgalomképtelenek, míg utóbbinál a vagyoni jogok forgalomképesek. Ennek a látszólag elméleti-dogmatikai kérdésnek igenis nagy szerepe van a gyakorlatban, amikor a szerző eltérő rezsimet alkalmazó munkáltatókkal szerződik.

Az egyszerűsítés kedvéért (szerzői) művek alatt értem a szomszédos jogi (előadóművész, filmelőállító, hangfelvétel-előállító, rádió- és televíziószervezet), vagy kapcsolódó jogi (*sui generis* adatbázis) teljesítményeket is, hiszen a rendelkezések többsége *mutatis mutandis* alkalmazható.

A tanulmány nem érint szabad felhasználási, jogérvényesítési, védelmi idő számítási kérdéseket. Terjedelmi korlátok miatt a tanulmány nem foglalkozik az Szjt. előtt létrejött szolgálati művekkel és azok jelenlegi felhasználásával, hasznosíthatóságával.[6]

II. A magyar szerzői jogi szabályozás és joggyakorlata

A hazai szerzői jogi szabályozás a 135 éves története során mindig a *droit d'auteur* megközelítést követte, azonban időszakonként változott a monista és a dualista felfogáshoz való viszonya. Az 1999. évi Szjt. egyfajta középutat választott az 1884. évi és 1921. évi Szjt.-k dualista felfogása és az 1969. évi Szjt. monista felfogása között. Az 1999. évi Szjt. a gyakorlati igényekhez igazodva célszerűen ötvözi e két felfogást,[7] lehetővé téve a vagyoni jogok élők közötti átszállását (együttesen létrehozott mű, munkaviszonyban létrehozott mű), bizonyos esetekben átruházását is (szoftver, adatbázis, reklámozás céljára megrendelt mű, megfilmesítési szerződés). Ezekben az esetekben a jogátruházás következtében az új tulajdonos az adott művet nem csak felhasználni jogosult, hanem a felhasználás engedélyezésének kizárólagos jogát is megszerzi.[8] E hat eseten felül sajátos, Szjt.-n kívüli jogviszonynak minősül a kutatási szerződés, amelyet a Ptk. szabályoz és amely a kutatók számára kötelező jogátruházást (engedélyezést) ír elő. A tanulmány a szolgálati és a kutatási jogviszonnyal foglalkozik részletesebben.

Az Szjt. 30. § (1)-(2) bekezdései szerint, ha a mű elkészítése a szerző munkaviszonyból folyó kötelessége, akkor eltérő megállapodás hiányában a mű átadásával a vagyoni jogokat a szerző jogutódjaként a munkáltató szerzi meg; e vagyoni jogok a munkáltató személyében bekövetkezett jogutódlás esetén átszállnak a munkáltató jogutódjára, azaz tovább ruházhatók. E rendelkezések azt jelentik, hogy ha a munkavállaló szerző a művet készre jelenti és átadja, akkor a személyhez fűződő jogok kivételével minden vagyoni jog a

[5] Visual Artists Rights Act of 1990

[6] Utóbbira lásd a következő tanulmányokat: Legeza, Dénes: Development of the Hungarian 'Work Made for Hire' Provisions. In Varga, Norbert – Frenkel, David A. (szerk.) New Studies in History and Law. Athens Institute for Education and Research, Athens, 2019. pp. 47-64.; Legeza Dénes: Rendelkezés a munkaviszonyban létrehozott művekkel: Változó szerzői jogi szabályok egy művészi életpálya során. In Cseporán Zsolt (szerk.) Az alkotás szabadsága és a szerzői jog metszéspontjai. MMA MMKI, Budapest, 2016. 93-106. o.; Legeza Dénes: Egy paragrafus margójára – adalékok a munkaviszonyban létrehozott művek szabályozásához. In *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle* 2014 (2) 107-124. o. (2014)

[7] Ficsor Mihály: *Szerzői jogi törvény*. Viva Média Holding, Budapest, 1999. 52. o.

[8] Faludi Gábor: Szerzői jog, iparjogvédelem és a Ptk. koncepciója. II. rész. In *Polgári jogi kodifikáció*. 3. o.

munkáltatóra átszáll. A munkáltató azonban korlátozással szerzi meg a vagyoni jogokat, bizonyos esetekben a szerzőnek fennmarad a díjazásra való igénye. Ez fennáll egyrészt akkor, ha a munkáltató a felhasználásra másnak engedélyt ad vagy a művel kapcsolatos vagyoni jogokat másra átruházza, másrészt egyes közös jogkezelésben érvényesített vagyoni jogok vagy díjigények esetében. Tehát „a munkaviszonyból folyó kötelességből alkotott művek esetén – a régi [1969. évi] Szjt. szabályozásától eltérően – nem egyszerűen felhasználási jogot nyer a munkáltató, hanem az összes vagyoni jogok tulajdonosává válik."[9]

A részleges jogutódlás másik sajátossága, hogy a munkavállaló személyhez fűződő jogai látszólag fennmaradnak. Az Szjt. 30. § (5) bekezdése alapján a szolgálati mű átadása a nyilvánosságra hozatalhoz való hozzájárulásnak minősül, ezért egy a mű visszavonására irányuló szerzői nyilatkozat esetén a munkáltató köteles mellőzni a szerző nevének feltüntetését. Ez a gyakorlatban azt jelenti, hogy a mű nyilvánosan elérhetővé válhat, de már elveszíti a kapcsolatát az eredeti szerzővel. A mű integritásvédelme sem marad érintetlen, ugyanis a munkáltató a munkaviszonyból eredő jogaival élve jogosult a művön változtatni. Ha e változtatással a szerző nem ért egyet, legfeljebb a névfeltüntetés mellőzésével élet.
A kutatók jellemzően közalkalmazottak vagy munkaviszonyban alkotnak, de az Szjt. a munkaviszonyban alkotott művekre vonatkozó speciális rendelkezéseket valamennyi szolgálati viszonyra alkalmazni rendeli.[10] Lényeges, hogy megbízási jogviszony nem tekinthető szolgálati jogviszonynak.

II.1. A „munkaviszonyból folyó kötelesség" bírói értelmezése

Az Szjt. 30. § (1) bekezdése szerinti „munkaviszonyból folyó kötelesség" értelmezése túlmutat a szerzői jogi rendelkezéseken, azt az Mt. és a többi szolgálati jogviszonyt szabályozó jogszabály rendelkezéseivel együtt lehet vizsgálni. A normaszövegek mellett a fogalom értelmezését segítheti a konkrét munkaszerződés (kinevezési okmány), a munkaköri leírás (a kormánytisztviselőknél például álláshelyen ellátandó feladatok meghatározása), esetlegesen fennálló kollektív szerződés, munkáltatói utasítás, belső szabályzatok (foglalkoztatási követelményrendszer, vagy lásd később a szellemitulajdon-kezelési szabályzatról szóló részt) vizsgálata és a (munkaügyi) bírói gyakorlat elemzése.

A mindössze egy paragrafus rendelkezéseit a jogtudomány részletesen vizsgálta az elmúlt évtizedben. A jogesetek a munkakört és a munkáltató utasítási jogkör terjedelmét, a megfelelő díjazás kérdését és a munkavállaló-szerző személyhez fűződő jogait érintették. A következőkben a munkakörrel és a munkáltató utasítási jogkör terjedelmével kapcsolatos ítéleteket vizsgáljuk.[11]

Egy rendezetlen helyzetű munkavállaló képe rajzolódik ki a következő esetben. Nem tartozott felperes munkakörébe szerzői művek létrehozása. A munkáltató később felperest saját eszközével fényképek készítésére kérte fel, amiért külön díjazást kapott. A munkaviszony megszűnését követően a felperes munkavállaló vitatta a fényképek szolgálati

---

[9] SZJSZT-14/2008 Felhasználási engedély szerzése filmben felhasznált zeneműnek a filmmel együtt DVD-n való terjesztésére http://www.sztnh.gov.hu/sites/default/files/SZJSZT_szakvelemenyek_pdf/szjszt_szakv_2008_015.pdf

[10] Szjt. 30. § (7) A munkaviszonyból folyó kötelesség teljesítéseképpen elkészített műre vonatkozó rendelkezéseket megfelelően alkalmazni kell, ha közszolgálati, kormányzati szolgálati vagy közalkalmazotti jogviszonyban, adó- és vámhatósági szolgálati jogviszonyban, rendvédelmi igazgatási szolgálati jogviszonyban vagy honvédelmi alkalmazotti jogviszonyban álló vagy szolgálati viszonyban foglalkoztatott személy, vagy munkaviszony jellegű jogviszony keretében foglalkoztatott szövetkezeti tag alkotta meg a művet.

[11] Részletesebben lásd: Legeza Dénes: A munkaviszonyban létrehozott művek joggyakorlata napjainkban. In *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle* 2016 (3) 100-128. o. http://www.sztnh.gov.hu/sites/default/files/files/kiadv/szkv/szemle-2016-03/05-legezadenes.pdf;

jellegét. Az elsőfokú bíróság munkaköri leírás hiányában nem tudta kétséget kizáróan megállapítani, hogy a felperes munkakörébe tartozott-e a fényképezés, a munkaviszonyból folyó kötelesség vizsgálata során kizárólag a munkakör elnevezéséből indult ki. A másodfokú bíróság a fényképeket munkaviszonyban létrehozott műveknek tekintette. A bíróság egyetértett az alperes széles munkáltatói utasításra hivatkozó érvelésével, hiszen a munkaszerződés kimondta, hogy a munkavállaló feladatait a belső szabályzatok, valamint a közvetlen felettese utasításai szerint köteles teljesíteni. A felek és a tanúk meghallgatása során kiderült, hogy a munkavállaló rendszeresen látott el hasonló jellegű feladatokat és korábban nem vitatta azok szolgálati jellegét.

Az Ítélőtábla iránymutatása szerint „az olyan esetben, ha a munkáltató a munkaköri kötelességen kívül külön megbízást ad saját munkavállalójának, az összes körülmények alapos megítélésével kell eldönteni azt, hogy a mű létrehozása munkaviszonyból folyó kötelezettség keretében történt-e."[12] A munkaköri kötelezettség ténykérdés, a kifizetés módját nem lehet jogátszállást kizáró megállapodásnak tekinteni; [13] az ilyen vitatható helyzetek elkerülését szolgálja az Szjt. 30. § (6) bekezdés szerinti írásbeliség követelménye.[14]
Egy szegedi egyetemi esetben hozott jogerős ítéletből megismerhetjük azokat a szempontokat, amelyet a bíróság elfogadhatónak tart az elmaradt munkaköri leírás munkáltatói utasítással történő pótlására.[15] A peres felek között 2009. szeptember 1-jén közalkalmazotti jogviszony jött létre, amely a felperes munkakörét ügyvivő-szakértőként jelölte meg. A határozott idejű kinevezése „A kollégium történetének feldolgozása, megírása idejére", illetve egy évre szólt. Külön munkaköri leírás vagy írásbeli utasítás nem készült. A vita a jogviszony fennállta alatt készült mű szolgálati jellege volt. Alperesi munkáltató állítása szerint megszerezte a felperes által létrehozott művek szerzői vagyoni jogait. Ennek bizonyítékául előadta, hogy a biztosította a munkavégzéshez szükséges speciális eszközöket (diktafon) és a kötetlen munkaidőt. Utalt arra is, hogy intézménye saját szellemitulajdon-kezelési szabályzattal rendelkezik, amelynek értelmében *„valamennyi – az egyetemmel közalkalmazotti jogviszonyban álló személy által folytatott tevékenység során létrehozott szerzői mű, amely a törvény erejénél fogva szerzői jogi védelem alatt áll, és amely az egyetemi kutatómunka eredménye – az egyetemet illeti."*[16]

A Szegedi Ítélőtábla az elsőfokú bíróság felperes keresetét elutasító ítéletét helybenhagyta, továbbá a fellebbezés kapcsán kiemelte – lévén a felperes közalkalmazotti jogviszonyból folyó kötelessége a kollégium történetének megírása volt –, hogy írásbeli dokumentum és szóbeli utasítás hiányában *„a munkáltató alkotói szabadságot biztosított a felperes számára, hogy milyen módon tesz eleget a kinevezési okiratban foglaltaknak."*[17]

Az Ítélőtábla bizonyítékként értékelte a felperes által írt e-maileket, melyben az alperes maga említi feladati közt az interjúk készítését, valamint perdöntő jelentőséget tulajdonított a „Tartalomjegyzék" megnevezésű iratnak. A tanúvallomásból kitűnt, hogy *„a tartalomjegyzék átadására azt követően került sor, hogy a tanú többször sürgette a felperest a kollégium történetéről szóló mű átadására. Mindezt az ítélőtábla úgy értékelte, a tartalomjegyzék átadásával a felperes azt kívánta jelezni munkáltatójának, elképzelése szerint miként fogja felépíteni a megírni vállalt művet, s miután a tartalomjegyzéket, mint a mű egyfajta vázlatát az alperes nem kifogásolta, azt elfogadta, a felek lényegében ily módon*

[12] Fővárosi Ítélőtábla 8.Pf.20.479/2008/6. 9. o.
[13] Gyertyánfy Péter: A szerzői jog bírói gyakorlata 2006-tól: a jogok keletkezése, forgalmuk; a személyhez fűződő jogok. In *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2013. (3) 80. o.
[14] Szjt. 30. (6) A szerző munkaviszonyból folyó kötelessége teljesítéseként megalkotott művel kapcsolatos jognyilatkozatokat írásba kell foglalni.
[15] Szegedi Ítélőtábla Pf.II.20.277/2015/6.
[16] Szegedi Ítélőtábla Pf.II.20.277/2015/6. 2. o.
[17] Szegedi Ítélőtábla Pf.II.20.277/2015/6. 5. o.

konkretizálták a felperes közalkalmazotti jogviszony keretében elvégzendő feladatát."[18] Mindezek alapján a Szegedi Ítélőtábla megállapította, hogy az interjúk, mint szerzői művek közalkalmazotti jogviszonyból folyó kötelesség teljesítéseként jöttek létre és azok átadásával a vagyoni jogokat az alperes egyetem megszerezte.

Az élettudományi kutatások során számtalan olyan élethelyzettel találkozni, amikor a kutatók folyamatosan adatokat állítanak elő, azokat valamilyen módszer szerint adatbázisba rendezik, és csak idővel áll elő akkora mennyiségű adat, amelyből már lehet érdemi eredményeket, következtetéseket levonni vagy mintázatokat megfigyelni. Az adatbázis építésén különböző jogviszonyban álló személyek vehetnek részt, és az adatbázishoz való hozzájárulásuk mértéke is eltérő lehet. Az egyes adatoknak önmagukban nincs jelentősebb értéke, szerzői jogilag nem is védhetők, de egy nagyobb tömeg esetében már értelmezhető eredmények nyerhetők ki az adatbázisból és mint egész jelentős vagyoni értékkel bírhat. Ehhez hasonló helyzettel foglalkozott a Szerzői Jogi Szakértő Testület az egyik szakvéleményében.[19] Közszolgálati jogviszonyban foglalkoztatott köztisztviselő munkaidőben és a munkáltató eszközeivel, de munkaköri feladatkörén kívül, illetve a munkáltató erre vonatkozó utasítása nélkül, önkéntesen vezetett nyilvántartást (adatbázist) hozott létre. Az adott megbízónál különböző célból vezetnek nyilvántartásokat. Vannak munkáltatói utasítás nélkül vezetett nyilvántartások, jogszabályban rögzített feladaton alapuló nyilvántartások, belső szabályzatban rögzített feladaton alapuló nyilvántartások és (részben) munkaköri leírásban rögzített feladaton alapuló adatbázisok. Az SZJSZT-hez intézett kérdés ez utóbbi adatbázisokkal összefüggésben érkezett és arra irányult, hogy állhat-e egy ilyen nyilvántartás szerzői jogi védelem alatt, és amennyiben igen, ki tekinthető szerzőnek, illetve a vagyoni jogok jogosultjának. Az SZJSZT eljáró tanácsa egyrészt megállapította, hogy az ilyen típusú nyilvántartás/adatbázis állhat szerzői jogi védelem alatt, másrészt meghatározta, hogy mely esetekben kit illet a szerzőség és a vagyoni jogok. Ha a gyűjteményes mű szerkesztői meghatározhatók, akkor ők tekinthetők szerzőknek; amennyiben egyenként nem határozhatók meg a szerkesztők, akkor a nyilvántartás együttesen létrehozott műnek minősülhet,[20] és így a vagyoni jogok jogosultja a megbízó lesz. Az eljáró tanács úgy találta, hogy a nem együttesen létrehozott gyűjteményes művek esetén van relevanciája a munkáltatói utasítás létének, a munkáltató ugyanis csak az utasítást követően – tehát amikortól a munkaköri feladat részévé válik – szerezheti meg a mű vagyoni jogait. A szerzői jogok mellett fennálló *sui generis* adatbázis védelem eredeti jogosultja mindenképp a megbízó.[21]

II.2. A munkakör terjedelme a magyar munkajogi joggyakorlatban

A korábban elemzett szerzői jogi esetek mindegyike alapvető munkajogi kérdésekre hívták fel a figyelmet. Egy mű szolgálativá minősítésénél mennyiben irányadó a munkakör megnevezése, a munkaköri leírás léte, tartalma vagy éppen hiánya. Felelős-e a munkavállaló a munkaköri leírás hiányáért; a munkáltatói utasítás módosíthatja-e a munkakört és ezáltal a munkaszerződést; befolyásolja-e a mindenre kiterjedő munkaköri leírás és munkáltatói utasítás a szerzői alkotás létrejöttét, vagy ellenkezőleg, az alkotói szabadság biztosítása kétségbe vonja a mű szolgálati jellegét?

A munkajogi ítélkezési gyakorlat szerint a munkakör lényegében egy gyűjtőfogalom, amely

[18] Szegedi Ítélőtábla Pf.II.20.277/2015/6. 5. o.

[19] SZJSZT – 18/2013 Köztisztviselő által vezetett nyilvántartások/adatbázisok jogi védelme http://www.sztnh.gov.hu/sites/default/files/SZJSZT_szakvelemenyek_pdf/szjszt_szakv_2013_18.pdf

[20] Fontos megjegyezni, hogy az „együttesen létrehozott mű" önálló fogalom a szerzői jogban, ez nem azonos a közösen létrehozott művekkel. Szjt. 6. §

[21] SZJSZT – 18/2013 19. oldal

mindazon tevékenységeket magába foglalja, amelyeket a munkavállaló végezni köteles, és a munkáltató jogosult ezen belül a konkrét feladatok meghatározására.[22] A munkakör megnevezése történhet foglalkozásra utalással, amely további jellemző munkakörre bontható, de lehet jogszabályban meghatározott vagy a munkáltatónál szokásos mód is. Azonban az elnevezés nem lehet túl általános.

A Kúria álláspontja szerint a munkaköri elnevezésből ki kell tűnnie a munkavállaló által elvégzendő munkák körének és jellegének. Ez különösen igaz akkor, ha nincs munkaköri leírás.[23] A munkavállaló munkakörének meghatározása nem jogszerű, ha olyan mértékben általános, hogy abból az elvégzendő munkák köre és jellege nem állapítható meg.[24] A munkavállaló feladatait gyakran a szerződés mellékletét képező munkaköri leírás tartalmazza részletesen, a munkakörről szóló tájékoztatás írásba foglalása a munkáltató feladata. A munkaköri leírás a munkakör keretei *között* határozhatja meg a munkavállaló tényleges feladatkörét, amelyet a munkaszerződés sérelme nélkül egyoldalúan módosíthat a munkáltató.[25]

Mivel a munkakör a munkaszerződés lényegi eleme,[26] ezért elsősorban a munkáltató köteles a munkaszerződés írásba foglalására, de az együttműködési kötelezettsége révén a munkavállaló is kezdeményezheti a munkakörének pontosítását. Az írásba foglalás elmulasztása miatt a munkaszerződés érvénytelenségére csak a munkavállaló – a munkába lépést követő harminc napon belül – hivatkozhat.[27]

Problémaként merülhet fel az is, hogy a lényegében korlátlan munkáltatói utasítási jogkör kiterjedhet-e a munkakör, s ezáltal a munkaviszony egyoldalú módosítására.[28] Egy adott esetben az elsőfokú bíróság megállapította, hogy mivel a felperes a kiegészítő feladatkört közel egy éven keresztül és lényegében a munkaidejének 20-40%-ban végezte, a felek szóbeli megállapodása alapján a felperes munkaköre módosult. A Legfelsőbb Bíróság a felülvizsgálati eljárás során megállapította, hogy ha a munkavállaló szóbeli beleegyezés alapján a munkakörbe tartozó feladatokon kívül jelentékeny mértékben és huzamos időn keresztül más munkaköri feladatot is ellát, nem munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatás, hanem munkaszerződés-módosítás történik. Ennek ellenkezőjét a munkáltatónak kell bizonyítania. Mivel a felmondás a felperes kiegészítő munkakörére nem terjedt ki, és ezáltal a felperessel közölt rendes felmondás nem volt okszerű, a bíróság az alperest jogellenes felmondás miatt marasztalta.

Az ügy egyik tanulsága a munkavállaló-szerzők számára az, hogy ha az eredeti nem alkotói munkakör mellett a munkáltató más, alkotói munkakörbe tartozó feladat végzésére utasítja (fényképezés), amely nem minősül sem helyettesítésnek, sem munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatásnak, és ezt a munkavállaló nem vitatja, akkor megállapítható a munkaszerződés módosítása, s az így létrejövő alkotások a jövőben (időkorlát nélkül) munkaviszonyban létrehozott műveknek tekinthetők. A másik tanulság az, hogy ha a munkaszerződés szerinti munkakörre hivatkozva a munkáltató felmond, eredményesen perelhető jogellenes felmondás miatt, ha a felmondás indokolásában nem tér ki valamennyi ellátott munkakörre.

A hivatkozott szerzői jogi esetekben a bíróságok a munkakörbe tartozó feladatok konkretizálására, értelmezésére vagy éppen kiszélesítésére többfajta bizonyítékot elfogadtak. Ilyennek tekinthető a munkavállaló szóbeli vagy írásbeli közlése a munkatársakkal, illetve a

[22] BH1998. 52
[23] BH2015. 78 [42.]
[24] BH2015. 78 I.
[25] BH2001. 196
[26] Mt. 45.§ (1) bekezdés
[27] Mt. 44. §
[28] BH2009. 306

munkáltatói jogkör gyakorlójával (e-mail, levelezés); „büszkélkedés" a feladattal harmadik személyeknek; részvétel a közös alkotói folyamatban (anyagok munkatársak által történő lektorálása és szerkesztése); a feladathoz kapcsolódó tárgyi feltételek biztosítása (diktafon vásárlása, interjúkészítés a munkáltató székhelyén, határozatok tárgyszavas rendelkezésre bocsátása, vizuális és kutatási anyag tárolása a dolgozószobában); az elkészítendő mű vázlatának, tartalomjegyzékének bemutatása. Mindezen körülmények alapos megítélésével lehet eldönteni az alkotás szolgálati jellegét.

III. Az egyetemi oktatók és tudományos kutatók helyzete

Az egyetemen oktatási és kutatási tevékenységet, ami leginkább eredményezhet szerzői műveket, elsősorban oktatók (tanárok) és tudományos kutatók végezhetnek.[29] Az Ftv. szerint az egyetemi oktatók a hallgatók felkészítését szolgáló előadás, szeminárium, gyakorlat, konzultáció megtartása mellett munkaidejük legalább 20 %-ában tudományos kutatást folytatnak.[30] Ezzel szemben a tudományos kutatói munkakörben foglalkoztatottak főtevékenysége a kutatás (a teljes munkaidejének legalább 80 %-át a felsőoktatási intézmény tudományos tevékenységének ellátására fordítja) és csak kisegítő jelleggel vesz részt az egyetem oktatással összefüggő tevékenységében.[31] E törvényi meghatározás viszonylag tág mozgásteret enged az oktatók és kutatók részére, és lényegében nem is következik a munkaköri megnevezésből az, hogy a kutatás valamilyen szerzői műben (előadás, prezentáció, publikáció) öltsön testet. Például a Szegedi Tudományegyetem belső szabályzatban, a foglalkoztatási követelményrendszerben ír elő az egyetemi oktatók és tudományos kutatók számára konferenciaelőadási és publikációs kötelezettséget („kutatási eredményeit folyamatosan vagy rendszeresen publikálja"[32]).

Ha az Ftv.-t és a foglalkoztatási követelményrendszert összeolvassuk, még mindig bizonytalanságban lehetünk, hiszen konkrét tanulmány megírása, adatbázis szerkesztése, gyűjteményes mű (konferenciakötet) elkészítése vagy szoftverfejlesztés nem olvasható ki belőlük, csak annyi, hogy az oktató kutatónak kell szerzői műveket létrehoznia. Ezért, ha a kutatónak kétségei vannak és nem egyértelmű számára, hogy mire terjed ki az „oktatói munkaköre"[33], illetve a közalkalmazotti jogviszonyából folyó kötelessége, a munkavállalói együttműködési kötelezettség alapján kezdeményezheti annak tisztázását.
A felsőoktatási intézményekben elfogadott módja a munkatársak díjazásának az úgynevezett

[29] A nemzeti felsőoktatásról szóló 2011. évi CCIV. törvény (a továbbiakban: Ftv.) 24. § (1) A felsőoktatási intézményben az oktatással összefüggő feladatokat oktatói és tanári munkakörökben foglalkoztatottak látják el. Az önálló kutatói feladatok ellátására tudományos kutatói munkakör létesíthető.

[30] Ftv. 26. § (1) Az oktató a heti teljes munkaidejéből - két egymást követő tanulmányi félév átlagában - egyetemi vagy főiskolai tanári munkakörben legalább heti nyolc, docensi munkakörben legalább heti tíz, adjunktus, tanársegéd és mesteroktató munkakörben legalább heti tizenkét órát köteles a hallgatók felkészítését szolgáló előadás, szeminárium, gyakorlat, konzultáció megtartására (a továbbiakban: tanításra fordított idő) fordítani. Az oktató munkaideje legalább húsz százalékában tudományos kutatást - a művészet, művészetközvetítés és sporttudomány képzési területen művészeti vagy sportszakmai tevékenységet - folytat, továbbá a hallgatókkal való foglalkozással, tudományos kutatással le nem kötött munkaidőben - munkaköri feladatként - a munkáltató rendelkezései szerint ellátja mindazokat a feladatokat, amelyek összefüggnek a felsőoktatási intézmény működésével és igénylik az oktató szakértelmét. (…)

[31] Ftv. 33. § (1)

[32] Valamennyi tudományos kutatói munkakörben történő folyamatos alkalmazásnak a követelménye. A Szegedi Tudományegyetem Szervezeti és Működési Szabályzat – foglalkoztatási követelményrendszere. Szeged, 2019. június 24. SZ-10/2018/2019.

[33] Ftv. 25. § (1) Az oktatói feladat - a (3) bekezdésben meghatározott kivétellel - oktatói munkakörben látható el, költségvetési szervként működő felsőoktatási intézményben az oktatói munkakörre létesített közalkalmazotti jogviszonyban, más felsőoktatási intézményben pedig az oktatói munkakörre létesített munkaviszonyban. Az oktatói munkakörben való foglalkoztatáshoz legalább mesterfokozat szükséges.

keresetkiegészítési szerződések.[34] Ezek esetében a munkáltató megbízza az amúgy vele közalkalmazotti (munka) jogviszonyban álló személyt azzal, hogy a közalkalmazott munkakörébe nem tartozó többletfeladatokat lásson el. A többletmunka lehet oktatás, oktatásszervezés, kutatás, tanulmányírás, stb. Ha a többletfeladat eredménye szerzői mű, akkor a felek ezzel az írásbeli szerződéssel ismerik el az amúgy munkaviszonyból folyó kötelesség körébe nem tartozó mű szolgálati jellegét. Ezek a keresetkiegészítési szerződések azonban alkalmasak lehetnek arra is, hogy tovább árnyalják az oktató-kutató tényleges munkakörét, hiszen minden olyan típusú kutatási-publikálási tevékenység, amelyet jellemzően külön szerződéssel emelnek be a közalkalmazotti jogviszonyba, általános jelleggel nem tartozik a munkavállaló munkakörébe (pl. tankönyv írása, stb.). Az Ftv. egyedül a tudományos kutatók esetében korlátozza, hogy az egyetem további, munkaköri feladati körébe nem eső kutatási feladattal csak akkor bízhatja meg, ha a kutatás külső megbízás, megrendelés keretében valósul meg.[35]

Természetesen állományon kívüli magánszemély kutatói, kutatási tevékenység végzésére kötött megbízási szerződésekre nem alkalmazhatók a szolgálati művekre irányadó jogutódlás, az egyetem szerzői művekre jogot csak felhasználási szerződés útján formálhat.
Az Ftv. mellett a kormányzati szolgálati és a közalkalmazotti jogviszony között sajátos szabályozást eredményez a kormányzati igazgatásról szóló 2018. évi CXXV. törvény (a továbbiakban: Kit.) 2019. július 1-jétől hatályba lépett módosítása, amely egyelőre csak a Nemzeti Közszolgálati Egyetemet érinti. A munkáltatói jogkör gyakorlóját szabályozó paragrafus tárgyi hatálya kiegészül azzal a szabályozási élethelyzettel, hogy „a munkáltatói jogkör gyakorlója - a kormányzati igazgatási szerv, a kormánytisztviselő és a Nemzeti Közszolgálati Egyetem megállapodása alapján - álláshelyen ellátandó feladatként a Nemzeti Közszolgálati Egyetemen végzett oktatói, kutatói tevékenységet (a továbbiakban együtt: oktatási feladat) is meghatározhat."[36] A megállapodásnak ki kell terjednie az oktatási feladatellátással összefüggő kérdésekről. A szabályozás specialitása abban rejlik, hogy az oktatási feladat ellátása a kormányzati szolgálati jogviszonyt, valamint a munkáltatói jogok gyakorlását nem érinti. Az, hogy az oktató-kormánytisztviselő továbbra is a kormányzati igazgatási szerv alkalmazásában áll és a munkáltatói jogkör gyakorlója sem változik, álláspontunk szerint kizárja a NKE jogszerzését, hacsak a háromoldalú megállapodásban kifejezetten nem rögzítik, hogy az oktatási-kutatási tevékenység során létrejött szerzői mű vagyoni jogait a munkáltató átruházza az NKE-re. E látszólag államtudományi-közszolgálati tárgyú probléma akkor jelentkezhet az élettudományok területén, amikor az NKE valamely, a fenti jogviszonnyal érintett oktatója részt vesz más egyetemekkel vagy intézetekkel közös oktatási-kutatási munkában.[37]

III.1. Eltérő rendelkezés: a szellemitulajdonkezelési szabályzat

Magyarországon először a kutatás-fejlesztésről és a technológiai innovációról szóló 2004. évi CXXXIV. törvény (a továbbiakban: régi Itv.) írta elő, hogy a kutatóhelynek

[34] Példának lásd: 15.8. Kereset – kiegészítés keretmegállapodás munkakörbe nem tartozó oktatási feladat elvégzésére. Elérhető https://www.u-szeged.hu/munkatarsaknak/nyomtatvanyok/hr-kezikonyv-mellekletei
[35] Ftv. 33. § (3) utolsó mondata
[36] Kit. 81. § (3a)-(3d) bekezdések
[37] Lásd Lehetőség Tudományos Diákköri együttműködés az SZTE és a Nemzeti Közszolgálati Egyetem (NKE) között. Az NKE élettudományi területen 2017-ben az MTA Magatartás-neurobiológiai Osztályával jegyzett közös tanulmányt. Az MTA kutatóhelyeinek 2017. évi tudományos eredményei. II. Élettudományok. Budapest, MTA, 2018. 80. https://mta.hu/data/dokumentumok/hatteranyagok/Az%20MTA%20Kutatohelyeinek%20eredmenyei/akademiai_kutatohelyek_beszamoloja_2017_II_kotet.pdf

minősülő költségvetési szervnek és közalapítványnak, valamint az államháztartás alrendszereihez kapcsolódó vagyonból létrehozott, kutatóhelynek minősülő közhasznú társaságoknak szellemitulajdon-kezelési szabályzattal kell rendelkezniük.[38] A jogalkotó azt szerette volna elérni, hogy többek között rögzítsék az adott kutatóhelyen létrehozott szellemi alkotások kezelésére és hasznosítására irányadó szabályokat, illetve a szellemi alkotások létrehozásában közreműködő kutatók jogait és kötelezettségeit. Az érintett intézményeket a jogalkotó úgy próbálta ösztönözni, hogy 2006-tól már csak azok a kutatóhelyek pályázhattak közfinanszírozású támogatásra, amelyek rendelkeztek ilyen szabályzattal.

A szabályozás célja elsődlegesen az volt, hogy az iparjogvédelmi oltalmak körébe eső találmányok vagy más műszaki-technikai megoldások bejelentése és hasznosítása a közfinanszírozású intézményeknél szabályozottan történjék, figyelembe véve a feltaláló-alkotó és az intézmény érdekeit is. A szabályzatok azonban tartalmaznak rendelkezéseket a szerzői művekre is, és ebben a vonatkozásban e dokumentumokat az Szjt. 30. § (1) bekezdésében hivatkozott eltérő megállapodásnak kell tekinteni.

Az Szjt. tömör megfogalmazását és gyakorlati alkalmazását a kutatóhelyek esetében e szabályzatok váltják aprópénzre. Ideális esetben a szerzőknek valamilyen formanyomtatványon be kell jelenteniük a munkáltatójuknak (munkáltatói jogkört gyakorló vezetőnek, tanszékvezetőnek, intézetvezetőnek vagy a felelős dékánhelyettesnek), hogy munkaviszonyból folyó kötelezettségből kifolyólag jött létre valamilyen szerzői alkotás. Ennek, valamint a munkában közreműködő szerzőtársaknak a megnevezésére, a szerzőségi arányra, a külső forrásokra, vagy más felhasznált anyagok meghatározására egyedül a szerző képes, tehát a munkatárs kutatótól egy proaktív magatartást kell feltételezni és elvárni. A kutatás eredményeként létrejövő szerzői mű esetében elvárható, hogy a szerző tájékoztassa a munkáltatót egy esetlegesen fennálló szerződéses vagy pályázati támogatási jogviszonyról, van-e publikációs kötelezettség, illetve van-e a szerzőnek más hasznosítási javaslata.

Az egyetem jogszerzése tehát a jogszabály erejénél fogva a mű átadásával és elfogadásával létrejön, azonban érdemes döntést hozni arról, hogy valóban tudja-e, akarja-e és képes-e a megszerzett jogokat (műveket) hasznosítani. A hasznosításról való döntéskor műtípusonként eltérő szempontokat kell szem előtt tartani. *Szakirodalmi művek* esetében vizsgálni kell, hogy az írás nem tartalmaz-e szabadalmaztatható megoldást, mert akkor mindent meg kell tenni azért, hogy az írás ne kerüljön nyilvánosságra és a publikáció csak a szabadalmi bejelentést követően jelenjen meg. Elsősorban bioinformatikai *szoftverek* esetében a kifejlesztésnek és a hasznosításnak is jelentős költségvonzata van, ezért külön érdemes rendelkezni arról, milyen további díjazás illetheti a szerzőket egy esetleges sikeres hasznosítás esetén. Szoftvereknél is meg kell vizsgálni a kapcsolódó iparjogvédelmi oltalmazási lehetőségeket, különösen a védjegybejelentést (szoftver elnevezése, logója, vagy más megkülönböztető képességgel rendelkező megjelölés), a formatervezésiminta-oltalmat (grafikus felhasználói felület), vagy valamilyen hardvereszközzel való kombinálhatóság esetén a szabadalmi oltalmat. Amennyiben tehát az Egyetem nem kívánja a szerzői művet hasznosítani, akkor érdemes a szerzői vagyoni jogokat a szerzőre visszaruházni, éljen velük, ha szeretne.

III.2. Kivétel a kivétel alól: a kutatási szerződés

A szellemitulajdon-kezelési szabályzat nem csak a szolgálati jogviszony tartalmára hat ki, hanem a Ptk.-ban szabályozott sajátos típusú vállalkozási szerződés, a kutatási szerződés

[38] Régi Itv. 18. §-ának (1) bekezdése. A tudományos kutatásról, fejlesztésről és innovációról szóló 2014. évi LXXVI. törvény (a továbbiakban: Innovációs törvény) 33. §-a a szellemitulajdon-kezelési szabályzatokra vonatkozó rendelkezések szó szerint átvette a korábbi törvényből.

részévé is válhat. A kutatási szerződés a bevezetőben ismertetett szerzői jogi vagyoni jogok átengedésének egy speciális, nem az Szjt.-ben szabályozott esete.[39] A kutatási tevékenység részben gondossági kötelem, hiszen a kutató a megrendelő érdekében végez el valamilyen tevékenységet és a szerződésszerű teljesítéshez nem szükséges, hogy a kutatás valamilyen eredménnyel járjon. De arra is van lehetőség, hogy a szerződés teljesítéséhez a megrendelő elvárjon valamiféle eredményt, legyen az adatbázis, szakirodalmi mű, kutatási jelentés, vagy valamilyen más meghatározható teljesítmény.[40]

A kutatási szerződés abban is különbözik a felhasználási (kiadói) vagy munkaszerződésektől, hogy nem vonatkozik rá az írásbeli formakényszer és lényegében nem szükséges, hogy a felek között tartós jogviszony jöjjön létre. Joghatását tekintve tehát jogátruházó(átengedő) szerződésnek minősül, miközben a gyakorlati életben a rövidebb időre szóló megbízási szerződések funkcióját töltheti be, mintegy megkerülve az Szjt. 30. § (7) bekezdésében felsorolt jogviszonyokat.

IV. A hallgatók szerzői jogai

Az élettudományi kutatásokban – kisebb-nagyobb feladatokra – rendre részt vesznek egyetemi hallgatók is. A kutatást ugyan jellemzően professzoraik irányítása alatt, az egyetem eszközeivel végzik, mégsem szabad eltekinteni attól, hogy az általuk létrehozott művek (szakirodalmi műrészlet, szoftver, fényképek, stb.) szerzői jogi oltalom alatt állhatnak és azok a kész kutatási anyagban valamilyen mértékben felhasználásra kerülnek. Ugyancsak előfordul az egyetemek gyakorlatában, hogy külső cég megbízásából végeznek alap vagy alkalmazott kutatásokat, és e tevékenység során is közreműködnek hallgatók. Kérdésként merül fel tehát, hogy alkalmazható-e az Szjt. 30. §-ában foglalt speciális szabály a hallgatókra.

A korábbi felsőoktatási törvény szabályozta a hallgatói jogviszony alatt létrehozott művek tulajdonjogát.[41] A régi Ftv. szerint a vagyoni jogok akkor szállnak át az egyetemre, ha az alkotások elkészítéséhez szükséges anyagi és egyéb feltételeket a felsőoktatási intézmény biztosította. Egy 2009-es AB határozat szerint a hallgató egy speciális helyzetben van, hiszen az oktató irányítása szerinti feladat elvégzésére köteles. A művek létrejöttében a hallgatók mellett mind az egyetemnek, mind az oktatóknak jelentős szerepe van, ezért az elkészült alkotások a hallgató, az oktatók és az intézmény közösen kivitelezett művének tekinthetők.[42] Az intézmény általi vagyoni jogok megszerzése nem jelentette a dolgok korlátlan felhasználási jogát. Abban az esetben ugyanis, ha a felsőoktatási intézmény a vagyoni jogot átruházta, illetve a művet értékesítette, köteles volt ellenszolgáltatást fizetni a hallgató részére.[43] Ezzel ellentétben, ha a diák szabadidejében alkotott és így ért el sikereket, az így létrejövő művek felett az intézménynek semmilyen jogosultsága sem volt.

A régi Ftv.[44] korábbi rendelkezése szerint eltérő megállapodásnak számított az, ha a felsőfokú intézmény szabályzati szinten rendezte az egyetemen létrejövő szellemi alkotások jogi helyzetét. A szellemitulajdon-kezelési szabályzatok a hallgatók mellett az oktatókra is

[39] Ptk. 6:253. § (3) Ha az eredmény szerzői jogi védelemben részesül vagy iparjogvédelmi oltalomban részesíthető, a kutató a védelemből eredő vagyoni jogokat köteles a megrendelőre átruházni. Ha a vagyoni jog átruházását jogszabály kizárja, a kutató a megengedett legszélesebb terjedelmű felhasználási jog engedélyezésére köteles.

[40] BH2002. 307. A kutatási szerződésnek a vállalkozási elemeket tartalmazó részében a vállalkozási szerződésre vonatkozó szabályokat, a megbízási elemeket tartalmazó részében pedig a megbízási szerződésre vonatkozó szabályokat kell alkalmazni.

[41] A felsőoktatásról szóló 2005. évi CXXXIX. törvény (a továbbiakban: régi Ftv.) 48. § (2) bek.

[42] 664/B/2009. AB Határozat 2.2. pontja

[43] CompLex Jogtár régi Ftv. 48. §-hoz fűzött kommentár

[44] régi Ftv. 48. § (1)-(2) bekezdései

vonatkoztak, akik a beiratkozás és/vagy tanulmányi szerződés, illetve a munkaszerződés, munkaköri leírás aláírásával azokat magukra nézve kötelezőnek ismerték el.

A 2012. szeptember 1-jétől hatályos Ftv. szakított ezzel a megközelítéssel és csupán a hallgatói munkavégzés keretében szabályozza a szellemi alkotásokhoz fűződő vagyoni jogok helyzetét.[45] E törvényi változás értelmében a hallgatót illeti az általa az egyetemi tanulmányai során létrehozott valamennyi szerzői mű (lényegében bármely szellemi alkotás) személyhez fűződő és vagyoni joga. A hallgatók esetében nem elegendő, hogy az IP szabályzatok személyi hatálya kiterjedjen rájuk, hanem azokat külön aktussal kell magukra nézve kötelezőleg elismerni. Természetesen egyedi felhasználási szerződés, a szellemitulajdonkezelési szabályzat ÁSZF-ként történő elismerése, vagy akár kutatási szerződés esetén sem lesz az egyetem a hallgató jogutóda, az intézmény legfeljebb csak felhasználási engedélyt szerezhet.

Az SZTE szellemitulajdon-kezelési szabályzata a hallgatói szerzői jogok megszerzését külön nyilatkozat beszerzésével oldja meg. A szabályzat személyi hatálya ugyanis kiterjed „az Egyetemmel hallgatói jogviszonyban álló azon személyek, különösen demonstrátor, TDK tag, kutatócsoport tagja, akik a kutatóhely, szervezeti egység megítélése szerint hallgatói jogviszonyuk keretében innovációs szempontból is számottevő szellemi alkotást (pl.: diplomamunka, TDK dolgozat, vizsgadolgozat) hoznak létre”[46] és a hallgatói jogviszonyban álló nappali tagozatos PhD hallgatókra. A innovációs szempontból számottevő szellemi alkotást létrehozó hallgatók nyilatkozatban vállalják magukra nézve kötelezőnek a szellemitulajdon-kezelési szabályzatot. Mivel a hallgatói kutatási tevékenység fontosságának megítélését a hallgató közvetlen oktatói, témavezetői tudják megítélni, ezért a nyilatkozat beszerzéséért az intézet, tanszék, vagy kutatócsoport vezetője a felelős.

V. Főbb megállapítások

Az élettudományi oktatásban és tudományos kutatásban résztvevő oktatók-kutatók az elsődleges közalkalmazotti jogviszonyuk (munkaviszonyuk) mellett jellemzően több munkaköri feladatukba részint tartozó, részint nem tartozó időszaki vagy rendszeres megbízással rendelkeznek saját anyaintézményükkel. Ugyanezen kutatók más felsőoktatási intézménnyel, kutatóintézettel vagy gazdasági társasággal is állhatnak oktatási-kutatási tevékenységre irányuló szerződéses kapcsolatban. Ha abból a feltevésből indulunk ki, hogy az élettudományi kutatók szakterülete specializált, többes jogviszony fennállása esetén nehézségekbe ütközhet a kutatás során létrejövő és számtalan műtípusba tartozó művek jogi sorsának meghatározása. Ugyan az Szjt. szerint a szerző az, aki a művet létrehozta, az egyes szerződések, és a szerződések révén a kutatók jogviszonyának részévé váló szellemitulajdon-kezelési szabályzatok és más belső szabályzatok kihathatnak a vagyoni jogok sorsára.

[45] Ftv. 44. §
[46] SZTE szellemitulajdonkezelési szabályzat Szabályzat 1. §

Az oktató-kutatókra vonatkozó szolgálati és megbízási jogviszonyok

Ugyan a jogszabályok és más egyetemi belső szabályzatok előírják a létrejövő szerzői művek bejelentési kötelezettségét, vagy nem munkavállalók esetében az alávetési nyilatkozatok beszerzését, a tanulmányban ismertetett jogesetekből arra lehet következtetni, hogy a munkáltatók egy része jellemzően nem készíti el a munkavállalók munkaköri leírását, megelégednek egy nagyon általános munkakör vagy pozíció (stúdióvezető, tanár, szakértő) megnevezésével. A gyakorlatban azonban a munkavállalók szélesebb körű feladatot látnak el, sőt, akár az eleinte csak időszakosan elvégzett tevékenység válik idővel a fő munkakörré, ezt a munkakör (és ezáltal munkaviszony) módosulást azonban a felek nem vezetik át a dokumentumokban.

A többes jogviszony megítélését az is megnehezíti, hogy több egyetem régen frissítette a szellemitulajdon-kezelési szabályzatát, és ezért bent maradt az egyetem hallgatók utáni jogszerzése is. Ekkor a szabályzat ellentétes az Szjt.-vel, és külön nyilatkozat esetében a szabályzat nem értelmezhető ÁSZF-ként.

Nem segíti elő a napi gyakorlatot, hogy az NKE-hez hasonló eltérő törvényi szabályozás kivételkezelést tesz szükségessé, a tanszékek, intézetek vagy kutatócsoport vezetői nem tudnak figyelemmel lenni az egyes oktatók jellemzően nem publikus jogviszonyára. Ez megnehezítheti az egyetemek közti vagy konzorciumi együttműködést.

Az elemzett jogesetek arra is rávilágítanak, hogy a szerzői jogokat célszerű a fennálló jogviszony alatt rendezni, amíg a felek együttműködési hajlandósága erősebb. Sem az oktatóknak sem az egyetemnek nem elegendő a szokásra hagyatkozni, érdemes a bejelentési-engedélyezési eljárásokat élettel megtölteni, szükség esetén a felettesek támogatását kérni. Ha a felek között a viszony megromlik és a végén a jogviszony megszüntetésére kerül sor, a jogsérelmet érző fél hosszas jogvitával akadályozhatja egy sikeres kutatás hasznosítását.

Papp Zoltán[1]

A diplomáciai és konzuli képviseletek helyiségei nemzetközi jogi státuszával kapcsolatos kérdések elemzése, különös tekintettel a nemzetközi és nemzeti bíróságok megállapításaira

I. Bevezetés

A diplomácia sejtelmes és zárt világa, különösen pedig a diplomáciai, vagy konzuli képviseleteken történő események sokszor kerülnek a (nemzetközi) figyelem középpontjába. A diplomáciai és konzuli képviseletek beleértve a nagykövetségek, vagy főkonzulátusok helyiségei nemzetközi jogállásának kérdése is felmerülhet ezen esetek kapcsán,[2] és nem ritka, hogy közkeletű félreértések keletkeznek a területkívüliséggel összefüggésben.

Jelen tanulmány a XX. és XXI. századi nemzetközi és nemzeti bíróságok jogeseteinek feldolgozásán keresztül igyekszik bemutatni, hogy a bírói testületek hogyan értelmezték az eléjük kerülő büntető, polgári és egyéb bírósági ügyekben a diplomáciai és konzuli képviseletek helyiségeinek jogi státuszát, illetve e helyiségeket illetően a küldő és fogadó állam jogszabályainak alkalmazhatóságát.

A jogesetek feldolgozását megelőzően történelmi áttekintésre kerül sor, azt követően pedig a hatályos nemzetközi jogi szabályozás bemutatásán keresztül a sérthetetlenség és a joghatóság tekintetében a jelenkori nemzetközi jogi kihívásokról, beleértve a fogadó állam jogszabályainak érvényesüléséről, lesz szó.

A tanulmány a diplomáciai képviseletekkel kapcsolatos helyzet vizsgálatára koncentrál, azonban az eltérő történeti fejlődést bejáró konzuli mentességek[3] is a küldő államhoz, annak nemzetközi szerződésben lefektetett – a fogadó államban végzett – speciális tevékenységéhez kapcsolódnak, így a következtetések jelentős hányada, a sérthetetlenség tartalmának kivételével, a konzuli képviseletek státuszára is alkalmazható.

II. Történeti elméleti visszatekintés

A diplomáciai kapcsolatokról szóló 1961-ben elfogadott multilaterális egyezményt[4] kidolgozó Nemzetközi Jogi Bizottság[5] (továbbiakban: NJB) – négy évnyi munkát követően – 1958-ban elfogadott végleges tervezetében és az ahhoz fűzött kommentárban a diplomáciai mentességek tartalmának meghatározását befolyásoló elméletek közül hármat említ meg név szerint:

A területenkívüliséget (*exterritoriality*), a képviseleti elméletet (*representative character*) és az egyre jelentősebb szerepet játszó ún. funkcionalitási elméletet (*functional*

---

[1] Jogi referens PhD, Külgazdasági és Külügyminisztérium, Nemzetközi Jogi Főosztály. A tanulmányban foglaltak nem a hivatalos magyar álláspontot, hanem a szerző saját kutatásainak eredményén alapuló tudományos véleményét tükrözik.

[2] Legutóbbi érdekes példa az Olaszország etiópiai nagykövetségén évtizedeket töltő, majd onnan távozó – távollétükben háborús bűnökkel kapcsolatban halálraítélt – volt etióp vezetők esete.

[3] Consular intercourse and immunities. Report by Jaroslav Zourek Special rapporteur, In Yearbook of the International Law Commission, Volume II., 1957. 78-85. o.

[4] Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, Done at Vienna on 18 April 1961. Entered into force on 24 April 1964. United Nations, Treaty Series, vol. 500, 95. o.

[5] International Law Commission, Analytical Guide to the Work of the International Law Commission. Diplomatic Intercourse and Immunities. https://legal.un.org/ilc/guide/9_1.shtml (2021. január 13.)

necessity vagy ritkábban *necessity to protect communications between states*).[6]

Az NJB világossá tette, hogy minden olyan kérdésben, amikor a nemzetközi gyakorlat nem biztosított világos iránymutatást, a képviseleti és funkcionalitási elméletet alkalmazta,[7] ami később az elfogadott egyezmény preambulumában is megerősítésre került.[8] Ugyanakkor az nem derült ki, hogy az NJB a szövegezés során hol vette figyelembe, illetve figyelembe vette-e egyáltalán a területenkívüliség fikcióját?[9]

Idézzük fel röviden az NJB által említett elméletek tartalmát Hugo Grotius és Emer de Vattel jogtudósok megállapításaira támaszkodva.

A területenkívüliség (*extraterritorialitás*) fikciójának részletes kidolgozása a XVII. században történt Hugo Grotius (1583-1645) németalföldi jogtudósnak köszönhetően, aki a háború és a béke jogáról (*De jure belli ac pacis*) című latin nyelven írt munkájában vázolta fel ezt az elméletet.[10] Grotius a római időkre visszanyúlva bőséges történelmi példát feldolgozva megállapította, hogy a (nagy)követek szent joga/privilégiumai, illetve a szuverének követküldési joga a nemzetek jogán alapul, amely felülírja az elkövetők általános megbüntetését kimondó természetjogot. A területenkívüliség tétele szerint a mai fogalmak alapján területi joghatóságnak mondható elv alól kivételt képeznek a nagykövetek, akiket egy fikció alkalmazásával annak a személynek kell tekinteni, akit képviselnek. Ebből következően a nagyköveteket úgy kell elképzelni, hogy azok a fogadó (állam) szuverén területén kívül találhatók és így nem vonatkoznak rájuk a tartózkodási helyük szerinti állam jogszabályai.

A németalföldi jogtudós a fentieken kívül a mai értelemben vett sérthetetlenséget[11] – a nagykövet akaratának függvényében – részben kiterjesztette a nagykövetek kíséretére, poggyászára, illetve egyéb ingóságaira is. Ingatlan tekintetében Grotius egyedül arra utalt, hogy a nagykövet háza[12] nem szolgálhat menekültek szentélyének, mivel a nemzetek joga ezt a kiváltságot nem biztosítja számára.

Megállapítható tehát, hogy Grotius a területenkívüliség fikciójának kidolgozója részben épített az ún. képviseleti elvre is, mivel a nagykövetek speciális státuszát a küldő szuverén státuszából vezette le. Sőt munkájában egyebek mellett azzal is érvelt, hogy a nagykövetek büntetlensége elősegíti a követküldést, ami közvetetten egyfajta funkcionalitási jellegű megközelítésnek is tekinthető.

Összeségében Grotius – ellentétben a másik két fent említett elmélettel – elsősorban nem a mentességek jogi indokát, illetve szükségességét kívánta alátámasztani a területenkívüliség fikciójával, hanem inkább egy jogtechnikai eszközt kínált, amely segített biztosítani a nagykövetek és nagykövetségek speciális státuszának megvalósítását.

---

[6] Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with Commentaries. Text adopted by International Law Commission, 1958. 94-95. o. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_1_1958.pdf (2021. január 13.)

[7] Uo. 95. o.

[8] „*felismerve,* hogy a kiváltságok és mentességek célja nem egyének előnyben részesítése, hanem az, hogy biztosítsa a diplomáciai képviseleteknek, mint államok képviselőinek feladatuk eredményes teljesítését,"

[9] Az NJB tagok között például vita volt abban a tekintetben, hogy a diplomáciai képviselet helyiségeinek sérthetetlensége (*franchise de l'hôtel*) kizárólag a területenkívüliség egyes elemeit viseli-e magán, vagy egyszerre mindhárom elméletből levezethető. Yearbook of the International Law Commission, Volume I., 1957. 206 o.

[10] Grotius, Hugo: The Right of War and Peace Book II. Edited and with the Introduction by Richard Tuck, Liberty Fund, Indianapolis, 2005. XVIII. fejezet (of the rights of embassies), IV. 5. pont. https://oll.libertyfund.org/title/grotius-the-rights-of-war-and-peace-2005-ed-vol-2-book-ii (2021. január 13.)

[11] Grotius a *sacred* kifejezést többször használja (*sacred character of embassadors*) az angol fordítás szerint, s csupán egy alkalommal jelenik meg a *sacred* szó mellett kiegészítésként - a mai angol nyelvben elterjedt – *inviolable* kifejezés.

[12] Korábban az volt az általános felfogás, hogy minden mentesség és kiváltság a (nagy)követet illet, amelyből kíséret tagjainak mentességét is származtatták. A képviselet helyiségeinek speciális státuszát is származékosnak és abból következőnek tartották, hogy az a nagykövet rezidenciája. Lásd: Ustor Endre: A diplomáciai kapcsolatok joga. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1965. 249. o.

Emer (Emmerich) De Vattel (1714-1766) a népek joga című művében Grotiushoz hasonlóan a nemzetek jogából vezeti le a nagykövet függetlenségét és sérthetetlenségét, illetve a nagykövet házának mentességét (*franchise de son Hôtel*) részben a területenkívüliség fikciójára is támaszkodva. Vattel azonban azt is hangsúlyozta, hogy a nagykövetek a népek közötti kapcsolattartás elengedhetetlen szereplői és ebbéli szerepüket csak úgy tudják betölteni, ha rendelkeznek kiváltságokkal, ami a funkcionalitási elmélet alapgondolata. A képviseleti elmélet is megjelent a svájci jogtudós művében, amikor azt írta, hogy a fejedelmek megkövetelik követeik függetlenségét, s a szuveréneknek járó tisztelet követeikre, különösen az őket személyesen képviselő nagykövetekre, is kisugárzik. [13]

A területenkívüliség fikciója a történelem során nehézkes alkalmazhatósága és logikai ellentmondásai miatt[14] fokozatosan visszaszorult és egy idő után elsősorban már nem szó szerint értették, hanem csupán annyit jelentett, hogy a diplomáciai képviselőkre és képviseletre csak korlátozottan vonatkoznak a fogadó állam jogszabályai.[15] A későbbiekben a XX. század folyamán[16] a képviseleti és a funkcionalitási elmélet fokozatosan[17] átvette a területenkívüliségi fikció korábbi szerepét és a sérthetetlenség,[18] valamint az ahhoz kapcsolódó joghatóság (alóli mentesség) fogalmainak használata terjedt el. Az utóbbi két fogalom ugyanis jól kifejezi, hogy a küldő állam diplomáciai és konzuli képviseleteinek helyiségei vonatkozásában rendelkezik bizonyos menteséggel, illetve többletjogokkal, de attól még a szóban forgó helyiségek nem képezik a küldő államnak az államterületét.

Említést érdemel, hogy a képviseleti és funkcionalitási elv sem teljesen tökéletesek és ezért nem tudják a diplomáciai mentességek szükségességét minden esetben meggyőzően alátámasztani, különösen a korábban udvariassági alapon nyújtott mentességek (pl. adómentesség), vagy a diplomáciai képviselők nem hivatalos tevékenységével kapcsolatos joghatóság alóli mentesség tekintetében.[19]

Jelen tanulmány szerzője nem talált arra utalást, hogy az NJB-ben folyó egyezmény szövegezési munka során Sandström különleges raportőr, vagy az NJB tagjai részéről felmerült volna olyan javaslat, vagy igény, hogy a diplomáciai képviselet helyiségeinek mentessége a területenkívüliség elmélet alapján kerüljön megfogalmazásra. Az NJB a különleges raportőr javaslata alapján a diplomáciai képviselet helyiségeinek sérthetetlenségét

---

[13] Vattel, Emer De: Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle. Londres, M. DCC. LVIII. (1758). Második kötet, 4. könyv. 80. §, 90-93. §, 115. §, 117. §. https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k86573n/f393.item (2021. január 13.)

[14] Diplomatic intercourse and immunities. Document A/CN.4/98 Memorandum prepared by the Secretariat 21 February 1956. 157-158 o. In Yearbook of the International Law Commission, Volume II., 1956. 135-178. o. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v2.pdf (2021. január 13.)

[15] Lásd például Règlement sur les Immunités diplomatiques adopté par l'Institut en séance du 13 août 1895. In Annuaire de l'Institut de droit international, Vol XIV., 1895-1896. 240-244. o. https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5721782t/f11.item (2021. január 13.)

[16] Lásd funkcionalitási elmélet előtérbe kerülésére Institut de Droit International, Session de New York – 1929 Les immunités diplomatiques (Rapporteur: M. David Jayne Hill) „Article premier Les agents diplomatiques ont, dans l'intérêt de leurs fonctions, droit aux immunités énumérées au présent règlement." (Első cikk: a diplomáciai képviselők feladataik /ellátása/ érdekében rendelkeznek a jelen rendeletben foglalt mentességekkel. https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1929_nyork_02_fr.pdf (2021. január 13.) In Diplomatic intercourse and immunities. Document A/CN.4/98 Memorandum prepared by the Secretariat, 21 February 1956. 149. o.

[17] A régi szóhasználat sokáig fenn maradt és csak lassan tűnt el, amire példa az ENSZ Iparfejlesztési Szervezete (UNIDO) és Ausztria között kötött 1967. április 13-án aláírt székhelyegyezmény III. cikkének címe: Extraterritoriality of the Headquarters Seat. A székhelyegyezmény 1995. november 29-én aláírt módosított változatában a hasonló tartalommal szereplő III. cikk címe már a következő volt: Inviolability of the Headquarters Seat.

[18] A sérthetetlenség mára a diplomáciai kapcsolatok jogának egyik központi kategóriájává vált. Hargitai József: Nemzetközi Jog a Gyakorlatban. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2008. 529. o.

[19] Lásd még ebben a témában: Diplomatic intercourse and immunities. Document A/CN.4/98 Memorandum prepared by the Secretariat, 21 February 1956. 159-160. o.

foglalta írásba. Az NJB tagjai között a vita alapvetően akörül folyt, hogy abszolút legyen-e a megfogalmazott sérthetetlenség, vagy bizonyos rendkívüli esetekben vagy közérdekű munka (pl. útszélesítés) végzése céljából a fogadó állam hatóságai a képviseletvezető kifejezett engedélye nélkül is beléphessenek a képviselet helyiségeibe. Mint ismeretes, végül a 22. cikk szövegében nincs utalás a rendkívüli helyzetre, mint a sérthetetlenség alóli kivételi okra, és a közérdekű munka kérdése is csak az NJB 1958-ben kiadott egyezmény-kommentárjába került bele.[20] Az utóbbi dokumentum erősíti meg azt is, hogy a diplomáciai képviselet helyiségeinek helyt adó ingatlan a fogadó állam (ingatlan) jogszabályainak hatálya alá tartozik.[21]

III. A diplomáciai képviselet sérthetetlenségének hatályos nemzetközi jogi szabályai és a joghatósági vonatkozások

Jelen pont a diplomáciai képviseletek helyiségeinek sérthetetlenségét, illetve a felmerülő joghatósági vonatkozásokat mutatja be.

A diplomáciai képviselet helyiségeinek státuszát jelenleg a diplomáciai kapcsolatokról szóló 1961. évi Bécsi Egyezmény (továbbiakban: 1961. évi Bécsi Egyezmény),[22] míg a konzuli képviseletek helyiségeinek a státuszát a konzuli kapcsolatokról szóló 1963. évi Bécsi Egyezmény,[23] illetve kétoldalú nemzetközi jogi állam-, vagy kormányközi konzuli tárgyú egyezmények szabályozzák.

Az 1961. évi Bécsi Egyezmény 1. cikk (i) alpontja határozza meg a diplomáciai képviselet fogalmát,[24] míg a 22. cikk mondja ki a szóban forgó helyiségek sérthetetlenségét. Említést érdemel, hogy diplomáciai képviselők lakásai is sérthetetlenséget élveznek, az 1961. évi Bécsi Egyezmény egy másik cikke alapján.[25]

A sérthetetlenség, amely a 22. cikk nyelvtani értelmezés alapján nem jelent ugyan területenkívüliséget, de mégis jelentős mentességeket biztosít a diplomáciai képviseletek helyiségeit használó/tulajdonló küldő állam számára. A 22. cikk bekezdései fejtik ki a sérthetetlenség tartalmát, amely egyrészről azt jelenti, hogy a fogadó állam hatóságai nem léphetnek be a diplomáciai helyiségekbe, másrészről azt, hogy a fogadó állam hatóságainak kötelezettsége azokat megvédenie. Végezetül a sérthetetlenség értelmében a diplomáciai helyiségek mentesek a foglalás, illetve végrehajtás alól.

Az 1961. évi Bécsi Egyezmény további fontos és releváns rendelkezése a 41. cikk, amely egyrészről az 1. bekezdésben – mentességeik és kiváltságaik sérelme nélkül – a diplomáciai képviselőknek előírja a fogadó állam szabályainak tiszteletben tartását,[26] valamint a 2. bekezdésben megtiltja a diplomáciai képviseleteknek, hogy a diplomáciai helyiségeket diplomáciai céloktól eltérő célja használják. A diplomáciai képviselőkre vonatkozó előírás analógia alapján alkalmazható a diplomáciai képviseletre/küldő államra is, hiszen – az 1961. Bécsi Egyezményben foglalt kivételektől és az állami immunitás szokásjogi elvétől eltekintve – azok sem mentesek a fogadó állam jogszabályai alól.

---

[20] Yearbook of the International Law Commission, Volume I., 1958. 127-130. o., 133-134. o.

[21] Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with Commentaries, Text adopted by International Law Commission, 1958. 95. o.

[22] Magyarországon kihirdetve 1965. évi 22. törvényerejű rendelettel.

[23] Magyarországon kihirdetve 1987. évi 13. törvényerejű rendelettel.

[24] „*i)* „a képviselet helyiségei" a képviselet céljaira – ideértve a képviselet vezetője lakásául – használt épületek, vagy épületrészek és az ezekhez tartozó föld tekintet nélkül tulajdonjogi helyzetükre."

[25] 30. cikk 1. bekezdés: A diplomáciai képviselő magánlakását ugyanaz a sérthetetlenség és védelem illeti, mint a képviselet helyiségeit.

[26] „1. Kiváltságainak és mentességeinek sérelme nélkül kötelessége e kiváltságokban és mentességekben részesülő minden személynek, hogy tiszteletben tartsa a fogadó állam törvényeit és más jogszabályait. Ugyancsak kötelessége, hogy tartózkodjék a fogadó állam belügyeibe való beavatkozástól."

A fentiekből az következik, hogy a fogadó állam jogszabályai alkalmazandók (a diplomáciai képviselők mellett) a diplomáciai képviseletre is, kivéve, ha az 1961. évi Bécsi Egyezmény valamilyen mentességet, vagy kiváltságokat állapít meg. Vagy fordított logika szerint a mentességeket hangsúlyozva: a diplomáciai képviseletek mentességekkel bírnak, és a fogadó állam jogszabályai kizárólag olyan mértékben alkalmazandók, amilyen mértékben mentességek nem állnak fenn.

A sérthetetlenség speciális fundamentális jellegű nemzetközi jogi alapelv[27] jellege miatt akadályokba ütközik a sérthetetlenség megsértésének válaszlépésként történő alkalmazása a küldő állam, illetve diplomáciai képviselet jogkövető magatartásának (mentességekkel való visszaélése megakadályozásának) biztosítása érdekében, mivel a diplomáciai képviselet sérthetetlenségét nem szabad megsérteni ellenintézkedés alkalmazása során sem.[28]

A sérthetetlenség alóli kivételek körének értelmezése már az NJB-ben folyt egyezmény szövegezés során is felmerült, ahogy erről korábban már szó esett. A kérdés továbbra is a figyelem középpontjába szokott kerülni,[29] mivel a diplomáciai képviseletek mindennapi működését közvetlenül érinti és komoly biztonsági vonatkozásai is vannak, illetve járványhelyzetben is aktualitással bírhat.

Teoretikusan nem kizárt, hogy a nemzetközi jogi felelősség alóli kimentés valamelyik esetére (pl. szükséghelyzet, *vis maior*) való hivatkozással a diplomáciai helyiségek sérthetetlenségének megsértése nemzetközi jogi szempontból nem lesz jogellenes annak ellenére sem, hogy a 1961. évi Bécsi Egyezmény szövegezésének nyelvtani értelmezése szerint a sérthetetlenség abszolútnak tűnik. A 22. cikk fenti jellegű értelmezése alapján ugyanis például tűzeset esetén sem vélelmezhető a képviseletvezető engedélyének megadása a fogadó állam hatóságai számára diplomáciai képviselet helyiségeibe való belépésre.[30] A szóban forgó kérdéskör vizsgálata olyan kérdésekhez vezet el, hogy vajon a diplomáciai jog milyen mértékben képez (teljes mértékben) önmagában zárt rendszert (*self-contained regime*)[31] a nemzetközi jogon belül. A válasz kialakítása alapos jogi tanulmányozást igényel, amely túlmutat jelen tanulmány tartalmi keretein.

III.1. Joghatósági kérdések

A sérthetetlenség mellett, ahhoz kapcsolódóan a joghatósági összefüggések befolyásolják számottevően a diplomáciai képviseletek helyiségeinek jogállását.

III.1.1. A fogadó állam mozgástere joghatósága alkalmazására

[27] United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3. 86 pont. Az ítéletről részletesebben a jogeseteket ismertető részben van szó (IV.1.1. pont).

[28] Az államok nemzetközi felelősségéről szóló ENSZ cikktervezetek kommentárokkal együtt (2001), amely nemzetközi szokásjogi erővel bír. Lásd: 50. cikk 2. bekezdés (b) alpont.

[29] Lásd például: Bao, Yinan: The protection of public safety and human life vs. the inviolability of mission premises – A dilemma faced by the receiving state. In Diplomatic law in a new millenium edited by Paul Behrens Oxford University Press, 2017. 149-171. o. Bao tanulmányában jogon kívüli alternatív megoldásokat javasol (pl. nagykövetség és fogadó állam közötti közvetlen kommunikáció erősítése) a rendkívüli helyzetek hatékony kezelése érdekében.

[30] A fogadó állam hatóságainak a konzuli helyiségekbe való belépésére vonatkozó szabályok megengedőbbek az 1963. évi Bécsi Egyezmény 31. cikk 2. bekezdése alapján, mivel a konzuli képviselet vezetőjének hozzájárulását tűzvész vagy azonnali védelmi intézkedéseket követelő egyéb elemi csapás esetén vélelmezni lehet.

[31] Lásd részletesen III.1.1.1. és IV.1.1. pontokban.

A területenkívüliség fikciója háttérbeszorulásának következtében a fogadó államterületi elven rendelkezik ún. jogalkotási, illetve jogalkalmazási joghatósággal, mivel a területén lévő diplomáciai képviseletre (és diplomáciai képviselőkre) is kiterjed jogszabályainak területi hatálya, kivéve, ha arról az 1961. évi Bécsi Egyezmény másképpen nem rendelkezik. A fogadó állam jogszabályainak tiszteletben tartására irányuló kötelezettséget, ahogy a III. pontban erről már volt szó, az 1961. évi Bécsi Egyezmény 41. cikke mondja ki.

A sérthetetlenség alapelve (a hivatalos személyek belépésének és a helyiségek elleni végrehajtás tilalma) miatt azonban a diplomáciai helyiségeken, azok vonatkozásában komoly nehézségbe ütközik a fogadó állam jogszabályainak érvényesítése, és ezáltal korlátozódik a fogadó állam végrehajtási joghatósága *saját* államterületén.[32] Tekintettel arra, hogy a fogadó államnak a jogi norma érvényesítésére szolgáló hagyományos belső jogon alapuló szankció érvényesítési jogosítványait korlátozza[33] az 1961. évi Bécsi Egyezmény a sérthetetlenség kimondásán keresztül, a diplomáciai képviselet/küldő állam jogkövető magatartása - a diplomáciai képviselők jogkövető magatartásához hasonlóan - más módon kerül(het) biztosításra (lásd következő: *III.1.1.1. pont*).

Mivel a diplomáciai képviselet nem rendelkezik önálló jogalanyisággal,[34] hanem az a küldő állam nevében járhat el állami immunitási kérdések is felmerülhetnek többek között a diplomáciai képviselet által kötött jogügyletek kikényszeríthetőségével kapcsolatban. Hiába járhat el magyar bíróság például a külföldi diplomáciai képviselet/állam polgári jogi szerződéséből eredő jog, vagy kötelezettség megállapítása érdekében az állam *acta iuris gestionis* tevékenységére nem vonatkozó ún. korlátozott állami immunitás elve alapján,[35] amikor a végrehajtás alóli immunitás - a küldő állam lemondása hiányában – (és a diplomáciai képviselet sérthetetlensége) továbbra is fennáll biztosítva ezzel a diplomáciai képviselet végrehajtás alóli mentességét.[36]

III.1.1.1. A fogadó államnak nemzetközi jog alapján rendelkezésére álló eszközei nemzeti szabályainak érvényesítése (mentességekkel való visszaélés elleni fellépés) érdekében

Milyen lehetőségei maradnak az előbbi pontban leírtak fényében a fogadó államnak a nemzeti jogszabályai saját államterületén való érvényesítése érdekében? – jogosan merül fel a kérdés.

Először is (kül)politikai eszközök mindig fennállnak a küldő állam, illetve annak

[32] Az 1961. évi Bécsi Egyezmény 41. cikkéhez fűzött 1958-ban kiadott kommentár szerint a joghatóság alóli mentesség csupán azt jelenti, hogy a diplomáciai képviselő nem vonható felelősségre, ha a fogadó államban megállapított (jogszabályi) kötelezettséget nem teljesíti, de ettől még a kötelezettség fennáll. Előfordul ugyanakkor olyan eset is, amikor az 1961. évi Bécsi Egyezmény alapján fennálló mentesség, vagy kiváltság miatt maga a kötelezettség sem áll fenn. Utóbbira például bizonyos adófizetési kötelezettség hiánya. Lásd: Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with Commentaries. Text adopted by International Law Commission, 1958. 104. o.

[33] A fogadó állam belső jogon alapuló szankcionálási jogosultsága azonban általában nem áll biztos nemzetközi jogi alapon. Erre példa az Egyesült Államok esete, ahol 2013-ban arról tájékoztatták a diplomáciai képviseleteket, hogy amennyiben a diplomáciai képviselők nem fizetik meg a parkolási díjat időben, akkor a fogadó állam nem hosszabbítja meg a diplomáciai képviselők és a diplomáciai képviseletek gépjárműveire vonatkozó nyilvántartási engedélyeket. Lásd: Körjegyzék 04/05/13 Diplomatic Note 13-199: DC Parking Ticket Registration Renewal Policy https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/231102.pdf (2021. január 15.)

[34] BH 2009. 252. I. A küldő állam nagykövetsége a fogadó államban a küldő állam képviseleti szerve, önálló jogi személyiséggel nem rendelkezik [1965. évi 22. törvényerejű rendelettel kihirdetett Bécsben 1961. április 18-án aláírt nemzetközi egyezmény 3. cikk 1. pont].

[35] 2017. évi XXVIII. törvény a nemzetközi magánjogról. Lásd: 83.§-85.§. 84. § (2).

[36] Uo. 85. § (3).

diplomáciai képviseletei magatartásának pozitív irányba történő befolyásolására, például tiltakozás útján. Továbbá a diplomáciai képviselők tevékenysége a küldő államról való képet is alakítja, ami akár képes befolyásolni a kétoldalú kapcsolatokat is, így a küldő állam érdeke, hogy diplomáciai képviselői jogkövető magatartást tanúsítsanak a fogadó államban.

Jogi eszközök tekintetében említést érdemel, hogy a diplomáciai jogban gyakori az ún. viszonosság alkalmazása, amely elsősorban az udvariasságon alapuló kiváltságok, vagy mentességek (pl. Áfa visszatérítés; diplomáciai parkolóhelyek száma; diplomáciai képviselet munkatársainak létszáma stb.) kölcsönösen kiterjesztő, vagy megszorító alkalmazását jelenti.[37] A viszonosság csak korlátozottan tűnik releváns eszköznek a fogadó állam számára nemzeti joga tiszteletben tartása kikényszerítésére, mivel a viszonosság azt alakítja, hogy a diplomáciai jogban megengedett jogszerű kereteken belül a fogadó állam (a küldő állam gyakorlatára tekintettel) milyen körben biztosít ugyanolyan mentességeket a küldő államnak, illetve annak diplomáciai képviselői részére, mint, amilyenekben saját maga is részesül.

Jelen tanulmány szerzője szerint a viszonosságtól megkülönböztethető a másik államot kifejezetten a jogszerű magatartásra (jogellenes magatartás abbahagyására) ösztökélni kívánó ideiglenes jellegű ellenintézkedés alkalmazása, azonban ennek akadályai lehetnek. Egyrészről, ahogy erről a III. pontban már volt szó ellenintézkedés alkalmazása keretében a diplomáciai képviselet (és a diplomáciai képviselő) sérthetetlensége nem sérülhet. Másrészről a Nemzetközi Bíróság által a teheráni túszügyben hozott ítéletében a diplomáciai jog zárt rendszerként (*self-contained regime*) való minősítése alatt a hágai bírói testület azt értette, hogy a diplomáciai képviselők mentességeikkel való visszaélése esetén az 1961. évi Bécsi Egyezmény határozza meg a jogosan alkalmazható ellenlépések körét, ami a fogadó állam részéről a diplomáciai képviselő nemkívánatos személlyé (*persona non grata)* minősítését,[38] vagy legvégső esetben a diplomáciai kapcsolatok megszakítását jelentheti.[39] Az ismertetett megállapítás analógia alapján – vélelmezhetően – végsősoron kiindulóalapot szolgáltathat a küldő állam/diplomáciai képviselet nem jogkövető magatartásának kezelésére is.

Annak megállapítása, hogy a diplomáciai jog által biztosított előbb hivatkozott két – jogszerű mivoltuk miatt vélelmezhetően *retorziónak* tekinthető[40] – eszközön kívül a fogadó állam részére a diplomáciai jog, vagy nemzetközi jog egyéb területei alapján – a nemzetközi jogi felelősség alól kimentést biztosító – *represszália* jellegű ellenintézkedések rendelkezésre állnak-e, a diplomáciai jog zárt rendszer jellegét szükséges elemezni.[41] Amennyiben nem tekintjük kizárólagosnak és teljes körűen zártnak a szóban forgó diplomáciai jogi rendszert,[42]

---

[37] A viszonosság alkalmazásának lehetőségét maga az 1961. évi Bécsi Egyezmény is megállapítja a 47. cikkében.

[38] Az vita tárgyát képezi, hogy a nemkívánatos személlyé nyilvánítás szankciója alkalmazható-e a diplomáciai képviselőkkel szemben individualizált felelősségi alapon (individuális szankcióként) automatikus módon például relatíve kisebb jelentőségű közlekedési és gépjármű ügyekben. Lásd: Hargitai: i.m. 594-597. o. Jelen tanulmány szerzője szerint a diplomáciai jog alapján a diplomáciai képviselőknek biztosított mentességek és kiváltságok megsértése és a fogadó állam által arra adható válasz elsősorban államközi kérdés, mivel a mentességek nem a diplomáciai képviselő személyéhez, hanem a diplomáciai képviselőhöz, mint a küldő állam egy képviselőjéhez kapcsolódnak.

[39] Lásd: IV.1.1. pont.

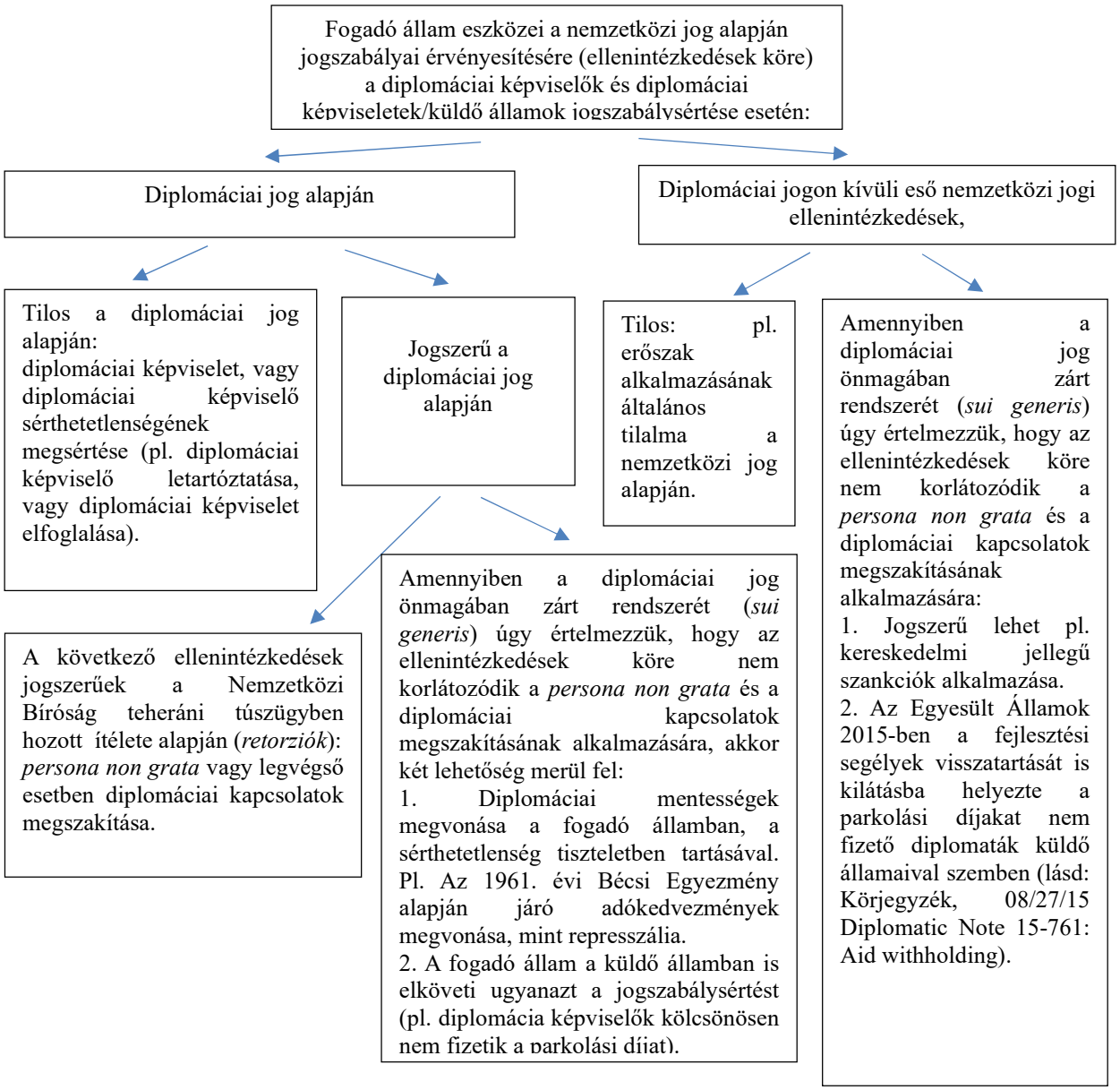
[40] A *persona non grata* intézményének és diplomáciai kapcsolatok megszüntetésének alkalmazása a küldő állam joga amely egyrészt az 1961. évi Bécsi Egyezményen alapul, másrészről az állami szuverenitásból vezethető le. Lásd továbbá: Az államok nemzetközi felelősségéről szóló ENSZ cikktervezetek kommentárokkal együtt (2001). 133. o. A *persona non grata* intézménye és a diplomáciai kapcsolatok megszakítása azért is speciális, mert azoknak büntető jellege is van, mivel azok nemcsak a jogsértés megszüntetésének biztosítását célozzák.

[41] A kérdésről részletesen lásd: Simma, Bruno - Pulkowski, Dirk: Of planets and the Universe: Self-contained regimes in international law. 483-529. o. In The European Journal of International Law Vol. 17., no. 3., 2006.

[42] Kérdésként az merül fel, hogy a Nemzetközi Bíróság által a diplomáciai jog által biztosított ellenintézkedések vonatkozásában megállapított zárt rendszer (*self-contained regime*) tekinthető-e *lex specialis* szabálynak, amely kizárja az állami nemzetközi jogi felelősség általános nemzetközi szokásjogi szabályainak alkalmazását? Lásd: Az államok nemzetközi felelősségéről szóló ENSZ cikktervezetek kommentárokkal együtt (2001). 55. cikke.

akkor a fogadó állam rendelkezésére a diplomáciai jogon alapuló további,[43] vagy azon kívüli nemzetközi jogi eszközök[44] is rendelkezésre állnak. A kérdés részletes kifejtésére nem kerül sor jelen tanulmányban, mivel az meghaladná a tartalmi kereteket.

A következő ábra tartalma: A fogadó állam számára elméletileg rendelkezésre álló – a gyakorlatban a *persona non grata* jogintézményén[45] kívül ritkán használt – ellenintézkedések lehetséges körének meghatározása abban az esetben, ha a küldő állam diplomáciai képviselői, vagy a küldő állam/diplomáciai képviselet nem tartják be a fogadó állam jogszabályait (visszaélnek mentességeikkel).



[43] Például: 1961. évi Bécsi Egyezmény 11. cikk (képviselet létszámának korlátozása), 47. cikk 2. pont (a) alpont (az 1961. évi Bécsi Egyezmény rendelkezéseinek megszorító alkalmazása). Lásd: Az államok nemzetközi felelősségéről szóló ENSZ cikktervezetek kommentárokkal együtt (2001). 134. o.

[44] Például gazdasági/kereskedelmi jellegű ellenintézkedések alkalmazása.

[45] Az Egyesült Királyság a szóban forgó alkalmazási körben nem hagyományos megoldásnak tekinthető *persona non grata*-vá való minősítéssel történő fenyegetéssel érte el azt, hogy a diplomáciai képviselők kifizessék parkolódíj tartozásaikat. Lásd: Denza, Eileen: Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations. Fourth Edition, Oxford University Press, 2016. 71-72. o.

A fenti visszatartó erővel bíró nemzetközi jogi eszközökre és külpolitikai megfontolásokra tekintettel – az 1961. évi Bécsi Egyezményben foglalt mentességek körén kívül eső – a legtöbbször előforduló mindennapi élethez szükséges jogügyletekre vonatkozó jogszabályok mellett[46] a fogadó állam területén fekvő ingatlanokra vonatkozó polgári jogi és közigazgatási jellegű (pl. építési) jogszabályait is jellemzően betartják a diplomáciai képviselők és diplomáciai képviseletek/küldő államok,[47] a fogadó állam végrehajtási joghatósága hiányában is.[48] Az ingatlanokkal kapcsolatos fogadó állambeli jogszabályok érvényesülése sem valósul meg azonban minden helyzetben magától értetődően, különösen akkor nem, amikor a küldő állam diplomáciai képviseletével kapcsolatban biztonsági megfontolásokat kíván érvényesíteni. Más megközelítésben viszont érdeke a diplomáciai képviseletnek az építési szabályok tiszteletben tartása, például az esetlegesen felmerülő polgári jogi felelősségi ügyek elkerülése érdekében.

III.1.2. A küldő állam mozgástere a joghatósága alkalmazására

A küldő állam jellemzően olyan – nem területi jellegű – joghatósággal rendelkezik, amely a diplomáciai képviselete jogszerű feladatellátásával kapcsolatosan levezethető az 1961. évi Bécsi Egyezményből. Ezekre példa a diplomáciai képviseletnek az 1961. évi Bécsi Egyezmény alapján meghatározott feladatainak ellátása,[49] köztük például konzuli feladatok keretében vízumeljárás lefolytatása,[50] a diplomáciai képviselet kiküldött munkatársaira vonatkozó (küldő állam által elfogadott) foglalkoztatási szabályok,[51] a diplomáciai és konzuli képviselők fogadó állam joghatósága alóli mentességei.

Az is előfordulhat, hogy a küldő állam rendelkezik jogalkotási, illetve jogalkalmazási joghatósággal a diplomáciai képviseletek (helyiségei) tekintetében olyan vonatkozásban, amelyről az 1961. évi Bécsi Egyezmény kifejezetten nem rendelkezik. Ilyen esetben sem területi elven alapulhat a küldő állam joghatósága, hanem különösen aktív vagy passzív személyi elven, például a jogalkotói büntető joghatóság gyakorlása területén (lásd: IV.2.1.1 pont az Egyesült Államok büntetőjoghatóságáról az Egyesült Államok diplomáciai képviseletén elkövetett bűncselekményekre vonatkozóan). A sérthetetlenségnek köszönhetően a küldő állam rendelkezik jogszabályai érvényesítését biztosító végrehajtási joghatósággal diplomáciai képviseleteinek helyiségei tekintetében, de az teljeskörűen a diplomáciai képviselet azon kiküldött munkatársaira vonatkozik, akik az 1961. évi Bécsi Egyezmény alapján mentesülnek a fogadó állam (jogalkotói, jogalkalmazási és végrehajtási) joghatósága alól.[52]

Különösen a diplomáciai képviselet mindennapi működésén kívül merülhet fel olyan

---

[46] Kivétel szokott lenni a parkolási díj meg nem fizetése.

[47] Lásd: 21. lábj. Az ingatlanadó alóli mentességet az 1961. évi Bécsi Egyezmény 23. cikk 1. bekezdése mondja ki. Releváns továbbá az állami immunitás alól kivételi lehetőséget biztosító, a fogadó állam területén található ingatlannal kapcsolatos dologi jogi per. Lásd: Nemzetközi magánjogról szóló 2017. évi XXVIII. törvény 84. § 2. bekezdés d) alpont.

[48] A küldő állam azonban például mentesül az ingatlanadó megfizetési kötelezettsége alól az 1961. évi Bécsi Egyezmény alapján.

[49] Lásd: 1961. évi Bécsi Egyezmény 3. cikk.

[50] Az 1961. évi Bécsi Egyezmény 3. cikk 2. bekezdése szerint a diplomáciai képviselet konzuli feladatokat is elláthat és a 28. cikk szerint a képviselet által hivatalos ténykedésért beszedett díj és költség adó- és illetékmentes.

[51] Az 1961. évi Bécsi Egyezmény 33. cikk 1. bekezdése szerint a diplomáciai képviselő mentes a fogadó állam társadalombiztosítási szabályai alól. Az 1961. évi Bécsi Egyezmény 3. cikk 2. bekezdése szerint a diplomáciai képviselet konzuli feladatokat is elláthat és a 28. cikk szerint a képviselet által hivatalos ténykedésért beszedett díj és költség adó- és illetékmentes.

[52] Lásd: 1961. évi Bécsi Egyezmény 31. cikk 1. bekezdés és 37. cikk 1. bekezdés.

helyzet is, amikor a küldő állam és a fogadó állam joga között – a területi és személyi joghatósági elv egyidejű alkalmazhatósága miatt – összeütközésre kerül sor jogalkotói, illetve jogalkotási joghatóság tekintetében. A büntető jogalkalmazási joghatóságok ütközésére példa a nagykövetség területén elkövetett bűncselekmény nyomozásának és az elkövetők felelősségre vonásának kezelése. Ilyen esetekben a küldő állam relatív előnyt élvez (nemzetközi) jogi és gyakorlati szempontból, mivel egyrészről a diplomáciai és konzuli nemzetközi egyezmények alapján a kiküldött diplomáciai, vagy konzuli képviseletek munkatársai felett általában kizárólagos joghatósággal bír, míg másrészről nem köteles a fogadó állam hatóságait beengedni a külképviselete helyiségeibe, így a fogadó állam jogszabályai nehezen érvényesíthetők. Ilyen helyzetben – a nemzetközi jog eszközeinek korlátozott volta, vagy azok hiánya miatt – felértékelődhet a politikai szinten történő rendezés opciója.

IV. Bírósági jogesetek elemzése[53]

Jelen pontban kerül sor a nemzetközi és nemzeti bíróságok releváns ítéleteinek elemzésére.

IV.1. Nemzetközi bíróságok által tárgyalt ügyek

Jelen alpontban először a hágai székhelyű Nemzetközi Bíróság, majd a strasbourgi székhelyű Emberi Jogok Európai Bíróságának és az Emberi Jogok Európai Bizottságának esetjoga képezi a vizsgálat tárgyát.

IV.1.1. Nemzetközi Bíróság

A Nemzetközi Bíróság (továbbiakban: NB) a diplomáciai kiváltságok és mentességek tárgyában a teheráni túszügyben hozta meg egyik sarkalatos ítéletét, amely az Egyesült Államoknak az Iránban található diplomáciai és konzuli képviseletei elleni támadás, illetve a teheráni diplomáciai képviseleten fogvatartott diplomáciai személyzet kérdésének nemzetközi jogi vetületeit vizsgálta. Az NB elsősorban a diplomáciai és konzuli képviseletek, illetve tagjaik sérthetetlenségének kiemelt szerepéről, illetve a diplomáciai menteséggel való visszaélések esetén a fogadó állam számára rendelkezésre álló válaszlépéseket (*self-contained regime*) illetően mondott ki fontos nemzetközi jogi tételeket,[54] mint ahogyan erről a III.1.1. pontban már részletesebben volt szó.

Az ítéletben és az Egyesült Államok írásos beadványában ugyan találhatunk utalást arra, hogy a képviseleteket vissza kell adni az Egyesült Államok birtokába, illetve kizárólagos ellenőrzése alá, de ez jelen tanulmány szerzője szerint nem jelenti a területkívüliség elméletére való hivatkozást.[55]

Az ítélet három pontjában az szerepel, hogy a teheráni diplomáciai képviseletet fegyveres támadás (*armed attack*) áldozata lett, amely félreértésekre adott okot a szakirodalomban, arra való hivatkozással, hogy a háborúindítás joga (*jus ad bellum*) alapján az NB szóhasználata feltételezheti azt, hogy a diplomáciai képviselet elleni támadás sérthette

[53] A XX. századot megelőzően is voltak releváns bírósági jogesetek a területenkívüliség fikciója tárgyában, amelyek azonban jelen tanulmányban nem kerülnek bemutatásra. Lásd: Denza: i.m. 111. o. 6. lábj.
[54] United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3. 83-86. pont.
[55] Memorial of the Government of the United States of America, 12 January 1980.

esetleg a küldő állam területi épségét.[56] A helyes értelmezés azonban az, hogy az NB a szóban forgó kifejezést hétköznapi, s nem az államoknak a nemzetközi jog alapján fennálló önvédelmi joga összefüggésében használta.[57] Alátámaszthatja az előbbi értelmezést, hogy az NB egy másik elé terjesztett ügyben azt állapította meg, hogy Uganda kinshasai nagykövetsége elleni támadás következtében a Kongói Demokratikus Köztársaság az 1961. évi Bécsi Egyezmény képviseletek helyiségeinek sérthetetlenségét garantáló 22. cikkét sértette meg.[58] Tehát nem a küldő állam területi épsége sérült az nagykövetséget ért támadás következtében.

A teheráni túszügy az Egyesült Államok bíróságai előtt polgári jogon alapuló kárigények érvényesítésének alapját is képezte (lásd: IV.2.1.2. pont).

Az NB a Haya de la Torre-ügyben[59] a diplomáciai menedékjog mai napig vitát generáló kérdésének latin-amerikai regionális értelmezésével foglakozott, amelynek tényállási alapja az volt, hogy Kolumbiának Limában (Peru) található nagykövetségére menekült egy perui állampolgárságú politikai aktivista. Témánk szempontjából az releváns, hogy az NB ítéletében definiálta és összehasonlította egymással a bűncselekmény elkövetésével gyanúsított menekült (*criminal refugee*) összefüggésében a területi menedékjogot és a diplomáciai menedékjogot. Ennek során az NB megállapította, hogy míg az előbbi esetében a menekült (*refugee*) nem abban az országban van fizikailag, ahol a bűncselekmény (*offence*) elkövetésre került, addig a diplomáciai menedékjog esetében a menekült abban az országban található, ahol a bűncselekmény elkövetésre került. Mindezekre tekintettel a diplomáciai menedékjog megadása kivonja a szóban forgó személyt a fórum állam területi joghatósága alól, amely helyzet így a területi állam területi szuverenitása alól mentességet képez és ezért minden esetben meg kell vizsgálni, hogy annak fennállnak-e a jogi feltételei.[60] Az idézett okfejtés arra enged következtetni, hogy a diplomáciai menedékjog, amennyiben fennáll, nem arra a jogalapra épülhet, hogy az üldözött/menekült a küldő állam területén található akkor, amikor a küldő állam diplomáciai, vagy konzuli helyiségeiben tartózkodik, hanem annak fennállásához más nemzetközi jogalapot szükséges keresni.

Az NB az Egyenlítői-Guinea által Franciaország ellen indított ügyben – 2020-ban hozott – ítéletében is foglalkozott a diplomáciai képviseletek sérthetetlenségének kérdésével, amelyben azt mondta ki, hogy a fogadó állam elutasíthatja egy helyiség diplomáciai célú helyiségként való elismerését és ezáltal a sérthetetlenség biztosítását, ha időben közli ellenkezését a küldő állammal, és ha a szóban forgó diszkrecionális jogát nem önkényesen és megkülönböztetést alkalmazva gyakorolja.[61] A szóban forgó ügyben Franciaország többek között azt is kifejtette, hogy a diplomáciai kapcsolatokról szóló 1961. évi Bécsi Egyezmény sérthetetlenséget biztosító jogi rezsimje jelentősen korlátozza a fogadó állam területi szuverenitását.[62] Tehát az 1961. évi Bécsi Egyezmény nem zárja ki a fogadó állam területi szuverenitását, mint ahogyan azt a területenkívüliség fikciója sugallta. A jogvita ténybeli

[56] 1956. évi 1. törvény az Egyesült Nemzetek Alapokmányának törvénybe iktatásáról (51. cikk).

[57] Kajtár Gábor: A nem állami szereplők elleni önvédelem a nemzetközi jogban. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest 2015. 188-190. o. A diplomáciai és konzuli képviseletek ellen végrehajtott erőszak nemzetközi jogi önvédelmi összefüggéseiről részletesen lásd: Balázs Gergő – Kajtár Gábor: Negyven évvel a teheráni túszdráma után. Az önvédelem joga az állami képviseletek elleni támadások esetén, Állam és Jogtudomány, LXI. évfolyam, 2020/1, 3-24. o.

[58] Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168. 337. és 344. pontok.

[59] Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C. J. Reports 1950, p. 266. A diplomáciai menedékjog témájában lásd részletesen Péter Kovács and Tamás Vince Ádány: The Non-customary Practice of Diplomatic Asylum. In Diplomatic law in a new millenium edited by Paul Behrens Oxford University Press, 2017. 179-203. o.

[60] Uo. 274-275. o.

[61] Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), 11 December 2020. 72-75. pontok.

[62] Uo. 54. pont.

kiindulópontját az képezte, hogy a francia hatóságok afrikai személyek pénzmosással kapcsolatos állítólagos pénzügyi bűncselekményei miatt nyomoztak, amely keretében értékes párizsi ingatlanok nemzetközi jogi státusza, konkrétan azok valós diplomáciai célra való felhasználása, is kérdésként merült fel.

IV.1.2. Emberi Jogok Európai Bíróságának és az Emberi Jogok Európai Bizottságának esetjoga

A strasbourgi Emberi Jogok Európai Bíróságának (EJEB), illetve az Emberi Jogok Európai Bizottságának vonatkozó joggyakorlatát vizsgálva megállapítható, hogy a strasbourgi testületek a részes államok joghatóságának, azaz az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában 1950. november 4-én kelt egyezmény[63] (továbbiakban: 1950. évi Római Egyezmény) 1. cikke alkalmazásának tekintetében foglalkoztak a diplomáciai és konzuli képviseletek, illetve a diplomáciai és konzuli képviselők státuszával.

A közelmúltban is előtérbe került közvetett módon a fenti kérdés egy olyan EJEB előtti ügyben, amely keretében Magyarország is nyújtott be írásbeli észrevételeket.[64] Az ügy előzménye, hogy 2018-ban szír állampolgárok keresetet adtak be a Belga Királyság (továbbiakban: Belgium) ellen a belga hatóságok által elutasított (ún. bevándorlási célú) vízumkérelmek miatt. Az eljárás során az EJEB joghatóságának megállapítása merült fel, amely tekintetben releváns kérdés volt, hogy vízum benyújtása földrajzi helye nevezetesen Belgium bejruti nagykövetsége Belgium államterületének részét képezi-e.[65] Az EJEB 2020. május 5-én hozott ítéletében nem tartotta megalapozottnak a kérelmet. Lássuk a szóban forgó ítélet témánk szempontjából legrelevánsabb következtetéseit.

Az EJEB megállapította, hogy a joghatóság alapvetően területi jellegű, és bár az *extraterritoriális* joghatóság sem kizárt (pl. állampolgárok, lajstromozott hajók/légi járművek esetében), az utóbbi kivételes és azt korlátozhatja más államok szuverenitása.[66] Az ítélet megerősítette, hogy territoriális joghatóság nem áll fenn nagykövetségek esetében, és a diplomáciai és konzuli képviselők tevékenysége kizárólag akkor minősülhet a küldő államuk *extraterritoriális* joghatósága gyakorlásának, ha a szóban forgó hivatalos személyek hatóságként járnak el a küldő állam állampolgáraival szemben, vagy fizikai hatalmat és ellenőrzést gyakorolnak más személyek felett.[67]

Csupán az a tény, hogy Belgium hivatalos konzuli tisztviselői a Bejrutban található belga nagykövetségen kezelték a felperesek vízumkérelmeit bár közhatalom gyakorlást jelent, de önmagában nem jelenti azt, hogy a Belgium területi joghatósága kiterjedt volna a felperesekre az 1950. évi Római Egyezmény 1. cikke értelmében. Azon személy, aki belép Belgium nagykövetségére ugyanis nem kerül automatikusan Belgium joghatósága alá, mivel többek között a nagykövetségről bármikor távozhat az általa saját elhatározásból indított vízumeljárás során. A nagykövetség felett gyakorolt belga igazgatási jellegű ellenőrzés nem hoz létre belga joghatóságot a nagykövetség helyiségeiben tartózkodó minden személy felett.

Az érintett személyeknek Belgiummal való speciális kapcsolatra van szükségük a joghatóság létrejöttéhez, ami például a diplomáciai védelmet kérvényező belga állampolgárok

[63] Magyarországon kihirdetve 1993. évi XXXI. törvénnyel.

[64] Grand Chamber Decision Application no. 3599/18 M.N. and Others against Belgium, 5 May 2020. Az ügy a luxembourgi székhelyű Európai Unió Bíróságnál is járt (C-638/16) azonban a 2017. március 7-én született ítélet, amely az EU vízumkódex alkalmazását értelmezte, nem tartalmazott jelen tanulmány szempontjából releváns megállapításokat, ezért nem kerül sor annak ismertetésére.

[65] Uo. 79., 88. pontok. Belgium és az írásbeli észrevételeket megfogalmazó tizenegy európai állam köztük Magyarország azon az állásponton volt, hogy a nagykövetség nem képezi a küldő államnak a területét.

[66] Uo. 98-102. pontok.

[67] Uo. 104-106. és 115. pontok.

esetében fennállhat. Összeségében tehát a vízumeljárás, amely az államba való belépést határozza meg, ugyan közhatalom jellegű, de az önmagában nem elég a vízumkérők feletti területi, vagy egyéb (rendkívüli) jellegű területen kívüli joghatóság létrejöttéhez.[68]

A fentiekben ismertetett ítélet összhangban van az EJEB, illetve az Emberi Jogi Európai Bizottsága korábbi jogértelmezésével, így a szóban forgó ítélet is visszautal a releváns korábbi strasbourgi jogesetekre. 1965-ben már felmerült egy (német) konzuli képviselő tevékenységének jogi értelmezése, amely vonatkozásban az Európai Emberi Jogi Bizottság a következőket állapította meg:

A küldő államnak az 1950. évi Római Egyezmény 1. cikke értelmében akkor merülhet fel joghatósága külföldön tartózkodó állampolgárai tekintetében, ha a szóban forgó állam diplomáciai/konzuli képviselője bizonyos (állami) kötelezettségeket látnak el a fenti személyekkel kapcsolatban.[69]

A későbbi strasbourgi ítéletekben megállapításra került, hogy a küldő állam joghatósága kiterjedhet a diplomáciai és konzuli képviselőknek a küldő állam állampolgárai körén kívül eső személyekre vonatkozóan is, a szóban forgó személyekkel kapcsolatban végzett hivatalos konzuli tevékenység következtében.[70] Dánia kelet-berlini diplomáciai képviseletének helyiségeiben lejátszódó a Német Szövetségi Köztársaságba való beutazást célzó emigrálási kísérlet kapcsán pedig kifejezetten megállapításra került, hogy a diplomáciai képviselet helyiségei nem minősültek a küldő állam, azaz jelen esetben dán államterületének.[71]

Külön kategóriát képez a családegyesítési vízumkérelmek elutasításának EJEB általi vizsgálata, amelyek esetében az EJEB joghatósága megállapításának az képezte a jogalapját, hogy a kérelmezőnek már van egy létező (családi) kapcsolata a vízumkiadást megtagadó részes állam állampolgárával, vagy állampolgáraival.[72] Tehát ebben az esetben sem területi joghatóság megállapítására került sor az EJEB részéről.

IV.2. Tengerentúli és európai nemzeti bírósági ügyek

A tengerentúli nemzeti bíróságok által tárgyalt ügyek vizsgálata az Egyesült Államok, majd azt követően egy eset erejéig Kanada bíróságai tekintetében történik meg. Ezt követően az európai joggyakorlatot vesszük górcső alá.

IV.2.1. Bírósági jogesetek az Egyesült Államokból

Jelen alpontban az Egyesült Államok bíróságainak ítélkezési gyakorlatát dolgozza fel két külön részben felosztva az ítéletek tárgya szerint csoportosítva azokat.

---

[68] Uo. 112., 118-119. és 122. pontok.

[69] Individual applications Application No. 1611/62 X. against the Federal Republic of Germany Decision of 25th September 1965 (Translation).

[70] Miltner, Barbara: Revisiting extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and its Lessons, 727-731. o. In Michigan Journal of Law, Volume 33, Issue 4, 2012. 693-747. o.

[71] The European Commission of Human Rights as to the admissibality of Application No. 17392/90 by M. against Denmark.

[72] European Court of Human Rights Research and Library Division: Article 1 A State's „jurisdiction" for acts of its diplomatic and consular agents. 2019. 1-19. o. https://echr.coe.int/Documents/Research_report_state_jurisdiction_diplomatic_consular_agents_ENG.pdf (2021. január 14.)

IV.2.1.1 Büntető joghatósággal kapcsolatos bírósági jogesetek az Egyesült Államokból

Az első két vizsgált bírósági ügyben nevezetesen a Roche[73] és a Pizzarusso[74] ítéletekben az 1960-as években az volt a kérdés egyebek mellett, hogy az Egyesült Államok (külföldön található) külképviseletein benyújtott hamis adatokat tartalmazó vízumkérelmek alapján vízumot szerzett (külföldi) állampolgárok ellen felléphetnek-e az Egyesült Államok büntető ügyekben eljáró bíróságai? Az Egyesült Államok bíróságainak büntetőjoghatósága azon az alapon került a fenti ítéletekben megállapításra, hogy a szóban forgó – az Egyesült Államok szempontjából külföldön elkövetett – cselekedetek alkalmasak voltak arra, hogy potenciálisan veszélyeztessék az Egyesült Államok nemzetbiztonságát (ún. *protective principle* joghatósági elv alkalmazása).

A következő górcső alá vett bírósági ügy tényállása szerint 1971-ben az Egyesült Államok Egyenlítői Guineában található nagykövetségén a magyar hangzású névvel bíró Alfred Erdos, ügyvivő diplomata meggyilkolta a nagykövetség másik, szintén amerikai állampolgárságú munkatársát. Erdos hazatért az Egyesült Államokba, ahol elsőfokon szándékos emberölés miatt elítélték. Ezt követően a büntető joghatósági kérdéseket vizsgáló másodfokú bíróság[75] azt állapította meg a tengeri és területi joghatóságról szóló szövetségi törvényt[76] értelmezve és egy korábbi, 1943-ben született ítéletre[77] hivatkozva, hogy az Egyesült Államok konzulátusa az Egyesült Államok területét képezi még akkor is, ha szóban forgó külképviseleti ingatlant csak bérli az Egyesült Államok. A másodfokon eljáró bíróság megállapította továbbá a párhuzamos/versengő területi joghatóság (*concurrent jurisdiction*) fennállását is a nagykövetség tekintetében, szintén a területi joghatósági szabályok értelmezésén keresztül. Mindezen érvek alapján a bíróság által megerősítésre került az Egyesült Államok büntető joghatóságának fennállása Alfred Erdos tekintetében. Az Erdos ítélet kritikában részesült a szakirodalomban.[78]

A későbbiekben az Egyesült Államok bíróságai azonban már általában óvatosabban fogalmaztak a fentiekhez hasonló tényállású ügyekben. Ennek szellemében az Egyesült Államok diplomáciai képviseleteinek, vagy külföldi katonai létesítményei helyiségei tekintetében – elutasítva az Erdos ügy érvelését és elhagyva a területenkívüliség érvét – a fennálló (párhuzamos/versengő) joghatóságra alapozták a joghatóságot,[79] amely létezését (nemzetközi joggal való összhangját) azonban a szuverenitás feloszthatatlanságával érvelve nem minden ítélet erősített meg.[80]

A szövetségi joghatósági jogszabály 2001-ben kiegészült egy olyan – a jelen

---

[73] Jorge Gabriel Rocha, Joao Da Paixao Andrade, Manuel Correia Da Luz, Jose…, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Mar 2, 1961. https://casetext.com/case/rocha-v-united-states-2 (2021. január 14.)

[74] United States America, Appellee, v. Jean Philomena Pizzarusso… United States Court of Appeals, Second Circuit, Jan 9, 1968. https://casetext.com/case/united-states-v-pizzarusso (2021. január 14.)

[75]474 F.2d 157 24 A.L.R.Fed. 356 United States of America, Appellee, v. Alfred ERDOS, Appellant. No. 72-1328. United States Court of Appeals, Fourth Circuit. https://www.courtlistener.com/opinion/308698/united-states-v-alfred-erdos/ (2021. január 14.)

[76] 18 U.S.C. § 7 (3) (special maritime and territorial jurisdiction).

[77] United States v. Archer, 51 F. Supp. 708 (S.D.Cal.1943).

[78] Lásd az ítélet kritikájáról: Jordan J. Paust: Non-extraterritoriality of „Special Territorial Jurisdiction" of the United States: Forgotten History and the Errors of Erdos, The Yale Journal of International Law, Volume 24 Number 1, Winter 1999. 305-328. o.

[79] United States of America, Plaintiff-Appellee, v. Clifton S. Corey, Defendant-Appellant és United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 232 F.3d 1166 (9th Cir. 2000). Az ítéletben a párhuzamos/versengő joghatóság tekintetében az állami immunitással foglalkozó Mckeel ügyre is hivatkoztak (lásd: 91. lábj.) https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/232/1166/514935/ (2021. január 14.)

18 U.S.C. § 7 (3) (special maritime and territorial jurisdiction)

[80] United States v. Bin Laden 92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000). New York March 13, 2000, 213-214. pontok. https://casetext.com/case/us-v-bin-laden-9 (2021. január 14.)

tanulmány írásának időpontjában is hatályban lévő – kitétellel, amely a területi joghatósági szabályoktól elkülönítve az elkövető, vagy az áldozat amerikai állampolgársága esetén biztosítja az Egyesült Államok joghatóságát az amerikai diplomáciai és konzuli képviseleteken elkövetett bűncselekmények tekintetében.[81] Mindez vélhetően szükségtelenné teszi, hogy a diplomáciai, vagy képviselet helyiségei területén elkövetett bűncselekményekben való eljáráshoz szükséges joghatóságot az Egyesült Államok bíróságai a területi joghatósági szabályok tág értelmezésével támasszák alá.

IV.2.1.2. Állami immunitás alóli kártérítési kivétellel kapcsolatos bírósági jogesetek az Egyesült Államokból

Az Egyesült Államok 1976-ban fogadta el az állami szuverenitást szabályozó szövetségi jogszabályt (továbbiakban: FSIA[82]), amelynek az volt a célja, hogy a nemzetközi gyakorlatot[83] is figyelembe véve amerikai állampolgárok számára bizonyos esetekben lehetővé váljon külföldi államok ellen polgári jogi úton keresetet indítani az Egyesült Államok bíróságai előtt. A jogszabály a korlátozott állami immunitás elven alapult és az államok kereskedelmi tevékenysége mellett tartalmazott egy olyan kivételt is az állami immunitás alól, amely szerint az Egyesült Államokban bekövetkező vagyoni és nem vagyoni károkozásért felelős a károkozó külföldi állam, és az perelhető az Egyesült Államokban (*non commercial tort exception*).[84]

Az állami immunitás alóli fenti eljárási kivétel jogi értelmezése az Egyesült Államok teheráni nagykövetsége helyiségeinek státusza tekintetében merült fel a Persinger[85] ügyben. A szóban forgó ügyben az Egyesült Államok teheráni nagykövetségének egy volt amerikai tengerészgyalogos túsza és családtagjai perelték be az Iráni Iszlám Köztársaságot (továbbiakban: Irán) az 1979. novembertől 1981. januárig összesen közel tizenöt hónapig tartó fogvatartás miatt, kártérítés fizetését követelve a perzsa államtól. A jogi kérdés az FSIA területi hatályának értelmezése volt.[86]

Az első fokon elutasított kérelmet követően az 1982-ben eljáró fellebbviteli bíróság ítéletében megállapította, hogy bár az Egyesült Államok (külföldi) nagykövetségei a nemzetközi jog alapján nem minősülnek amerikai államterületnek, de az Egyesült Államok mégis gyakorolhat joghatóságot nagykövetségei felett, amely tény megalapozhatja az FSIA alkalmazását, azaz magánszemélyek Irán elleni keresetindítását az Egyesült Államok

[81] 18 U.S.C. § 7 (3) (special maritime and territorial jurisdiction) (9) (A).

[82] Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. Hatályos formában megtalálható: 28 U.S.C. § 1605 (Section 1605 – General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state).

[83] Az állami immunitásról szóló szövetségi szabályozás [28 U.S. Code § 1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state (a) (5)-(6)] nincsen teljesen összhangban a nemzetközi szokásjogot tükröző - hatályban nem lévő - 2004-ben elfogadott állami immunitásról szóló ENSZ Egyezménnyel (United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property), mivel az amerikai szabályozás nagyobb teret enged a külföldi államok perlésére, mint a nemzetközi szokásjog.

[84] Havkin, Stella: The Foreign Sovereign Immunities Act: The Relationship between the Commercial Activity Exception and the Noncommercial Tort Exception in light of De Sancho v Banco Central de Nicaragua. 462-463., 464-465. o. In Hastings International Comparative Law Review, Volume 10, No. 2, Winter 1987. 455-497. o. https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1197&context=hastings_international_comparative_law_review (2021. január 14.)

[85] Persinger v. Islamic Republic of Iran, No. 81-00230, D.D.C Aug. 21, 1981.

[86] Konkrétan az Egyesült Államok definíciójának következő formájának értelmezése volt a kérdés: „The „United States" includes all territory and waters, continental or insular, subject to the jurisdiction of the United States." (28 U.S.C. § 1603(c).

bíróságai előtt.[87] A bíróság kimondta, hogy az FSIA alkalmazásához még az sem kell, hogy az Egyesült Államok kizárólagos joghatóságot gyakoroljon diplomáciai képviseletei felett, elég, ha (a fogadó állammal együtt) párhuzamos/versengő joghatóság áll fenn. A bíróság megállapította továbbá, hogy az Egyesült Államok párhuzamos/versengő joghatóságot gyakorol diplomáciai képviseletei felett, ezért alkalmazható a FSIA, azaz perelhető Irán az Egyesült Államokban található bíróságok előtt magánszemélyek által.[88]
1984-ben született újabb és immár jogerős, de a kérelmeket elutasító tartalmú fellebbviteli bírósági ítélet a tengerészgyalogos és családja kártérítési kérelmét illetően.[89] Az eljáró bíróság az írásbeli észrevételeket benyújtó Egyesült Államok Kormánya érvrendszerét elfogadta és annak szellemében többek között kifejtette, hogy Irán állami immunitásának elutasítása azt jelentené, hogy a nagykövetség helyiségei területi joghatósági szempontból az Egyesült Államok területét képezik, amelynek külpolitikai szempontból is hátrányos következményei lennének, mivel a fogadó államok – a pereskedéstől félve – nem mernének a diplomáciai képviseleteknek szolgáltatásokat nyújtani. A bíróság értelmezése szerint a szövetségi FSIA jogszabály az Egyesült Államok területén külföldi államok képviselői által elkövetett károkozásból származó igények kezelését célozta. Az Egyesült Államok (Kongresszus) rendelkezik ugyan joghatósággal az ország diplomáciai képviseletein történő bizonyos események szabályozása vonatkozásában (büntető joghatóság tekintetében párhuzamos/versengő joghatóság áll fenn), de Iránt, amely állami immunitással bír, nem lehet perelni az (Egyesült Államokban) az iráni államterületen elkövetett cselekményei miatt. Az Erdos ügyre való hivatkozást azzal utasította el a bíróság, hogy a szóban forgó ügyben, amely büntetőügy volt, nem merült fel az állami immunitás elvének alkalmazása.[90]

A McKeel ügyben is megerősítette a bíróság Irán állami immunitását a teheráni nagykövetségi túszüggyel kapcsolatos kártérítési igények tekintetében arra való hivatkozással, hogy az FSIA területi hatálya olyan területre terjed ki, amelyre az Egyesült Államok területi joghatósága is kiterjed. Az Egyesült Államok (teheráni) diplomáciai képviselete pedig nem államterülete az Egyesült Államoknak és arra az Egyesült Államok (területi) joghatósága sem terjed ki.[91]

Az Egyesült Államok teheráni nagykövetségének volt munkatársai még a 2000-es évek elején is próbálkoztak Irán ellen kártérítési követelést érvényesíteni. Azonban ezek a kísérletek az állami immunitás elve miatt, valamint amiatt vallottak kudarcot, hogy az Egyesült Államok a túszok kiszabadításáért cserébe az ún. Algériai Egyezményben vállalta, hogy megakadályozza az Irán elleni állami és állampolgári követelések jogi érvényesítését.[92]

IV.2.2. Kanadai jogeset

Kanadában a legfelsőbb bíróság második világháború során 1943-ban hozott ítélete a

---

[87] United States Court of Appeals for the District Court of Columbia Circuit, October 8 1982. In International Legal Materials, Vol. 22, No. 2., March 1983, 407-417. o.
[88] Havkin: i.m. 475-476 o.
[89] United States Court of Appeals for the District of Columbia, rehearing of Gregory Allen Persinger et al. v. Islamic Republic of Iran, 729 F.2d 835 (D.C. Cir. 1984) 234 U.S. App. D.C. 349 March 13, 1984. https://casetext.com/case/persinger-v-islamic-republic-of-iran (2021. január 14.)
Az ügy lényegre törő ismertetéséről lásd: Persinger v. Islamic Republic of Iran. 729 F.2d 835. In The American Journal of International Law, Vol. 78, No. 4, October, 1984. 900-902. o.)
[90] Uo. 901. o.
[91] McKeel v. Islamic Republic of Iran. 722 F.2d 582. In The American Journal of International Law, Vol. 78, No. 3, July 1984. 671-672. o.
[92] Lawsuit by U.S. Hostages against Iran. In The American Journal of International Law, Vol. 96, No. 2, April 2002. 463-468. o.

külföldi képviseletek városi szinten kiszabott ingatlanadózási kötelezettségeit értelmezve félretette a területenkívüliség fikciójának alkalmazását és a nemzetközi jog elveivel, konkrétan a külföldi szuverén küldöttjének joghatóság alóli mentességét az ingatlanra is kiterjesztve, magyarázta a képviseletek ingatlan adómegfizetés alóli mentességét.[93]

IV.2.3. Európai bírósági jogesetek (Egyesült Királyság, Németország, Franciaország)

Az 1972-ből származó Radwan v. Radwan (No. 1) ügyben először mondta ki egy brit bíróság, hogy egy külföldi képviselet helyiségei nem tekinthetők a küldő állam területének. Az ügy előzménye az volt, hogy egy angol hölgy és egy egyiptomi férfi a muzulmán jog alapján házasságot kötött Egyiptom párizsi nagykövetségén. Később a Nagy-Britanniában letelepedett házaspár férfi tagja az egyiptomi jog alapján az Egyesült Arab Köztársaság (Egyiptom későbbi elnevezése) londoni nagykövetségén – a feleség tudta nélkül – egyoldalúan megszüntette a házasságot. A feleség néhány hónappal később az angol jog alapján kezdeményezte a házasság megszüntetését angol bíróság előtt. A bíróságnak az eljárás keretében vizsgálnia kellett, hogy a férj által kezdeményezett nagykövetségen történt házasságmegszüntetés Nagy-Britannia területén történt-e, mivel ez releváns jogi tény volt az akkor hatályos brit családjogi jogszabályok értelmében.

A brit bíróság a tárgyban született tudományos munkákra és külföldi bírósági jogértelmezésekre építve megállapította, hogy a külképviselet nem a küldő állam területe. A Grotius általa XVII. században kidolgozott területenkívüliségi elmélet egy olyan fikció, amely a korábbi korszak fogalma, amikor a külképviseletek helyiségeinek sérthetetlensége még nem nyerte el végső formáját. A szóban forgó fikció azt a célt szolgálta, hogy minél személetesebbé tegye a képviselet speciális státuszát. A külképviselet helyiségeivel kapcsolatos dologi jogi kérdések, kereskedelmi jellegű ügyletek, a külképviselet helyiségeiben elkövetett és a diplomáciai tevékenységhez nem kapcsolódó bűncselekmények a fogadó állam joga alapján ítélendők meg. A bíróság a területenkívüliséget elvét a másik két elméletre (képviseleti, funkcionalitási elmélet) való hivatkozással utasította el, amelyek a diplomáciai kapcsolatokról szóló 1961. évi Bécsi Egyezmény preambulumában egyszerre jelennek meg.[94]

Az Egyesült Királyság fellebbviteli bírósága által tárgyalt másik ügyben[95] témánk szempontjából az volt a releváns jogi kérdés, hogy a brit emberi jogi törvény (*Human Rights Act 1998*) hatálya kiterjed-e az Egyesült Királyság melbourne-i konzulátusának konzuli tisztviselőinek a konzulátuson menedékkérőkkel kapcsolatban végzett cselekményeire, illetve e személyek idézett cselekményei az Egyesült Királyság joghatósága alá tartoznak-e az 1950. évi Római Egyezmény 1. cikke értelmében. Az Egyesült Királyság ugyanis bár szóban meghallgatta a később eljárást indított menedékkőket, de nem fogadta be a konzulátuson benyújtott menekült kérelmeket és a rosszhírűnek mondott ausztrál idegenrendészeti őrizetből megszökött kiskorú kérelmezőket visszairányította az ausztrál hatóságokhoz, akik előtt már folyamatban volt az elutasítással végződő menekültügyi eljárás. Az érintettek keresete szerint a fenti eljárásával az Egyesült Királyság megsértette az 1950. évi Római Egyezményt.

Az ítéletben bemutatásra került a jelen tanulmányban is ismertetett strasbourgi esetjog

[93] Supreme Court of Canada Reference as to Powers to Levy Rates on Foreign Legations, [1943] S.C.R. 208 Date: 1943-04-02. 230. o. https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/8405/1/document.do (2021. január 14.)

[94] Dickstein, H.L.: Territorial Status of Consular and Diplomatic Premises, The Cambridge Law Journal, Vol. 32 No. 1, April 1973. 46-48. o.

[95] "B" & Others v. Secretary of State for the Foreign & Commonwealth Office, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales) 18 October 2004. https://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,42b048fb6.html (2021. január 14.)

(lásd IV.1.2. pont) és a halálbüntetést alkalmazó országba való kiadatás feltételeit tárgyaló ún. Soering-ügy.[96] Az utóbbi ügyben foglaltaknak a diplomáciai menedékjogra való hipotetikus alkalmazásával a bíróság az 1950. évi Római Egyezmény összefüggésében megállapította, hogy a fogadó állam területi joghatóság alapján[97] kérheti a küldő állam konzuli képviseletére menekült személy kiadását, és e kérés nem tagadható meg, kivéve, ha fennáll a veszélye annak, hogy a fogadó állam a szóban forgó személyt a konzuli képviseletről való kiengedését követően emberiesség elleni bűncselekménynek minősülő bánásmódban fogja részesíteni.[98] Ilyen veszély Ausztráliában nem állt fenn - ismerte el a bíróság,[99] így a diplomáciai menedékjog biztosítása megvalósította volna a konzuli helyiségek sérthetetlenségével való visszaélést, ami nemzetközi közjogi kötelezettségszegést jelentett volna az Egyesült Királyság részéről.[100] Témánk szempontjából különösen az releváns, hogy a vizsgált ítélet megerősítette a fogadó államnak a konzuli képviselet helyiségeire vonatkozó területi joghatóságát. Megjegyzést érdemel, hogy a felperesek brit jogi képviselője sem állította, hogy az Egyesült Királyság melbourne-i konzulátusa az Egyesült Királyság államterületét képezi.[101]

A Német Szövetségi Köztársaság Alkotmánybírósága 1962-ben a Németországban működő (jugoszláv) katonai diplomáciai képviselet ingatlanával kapcsolatos telekkönyvi helyreigazítási perben – nemzetközi jogi elméleti szakvéleményeket is figyelembe véve – kimondta, hogy a diplomáciai képviselet ingatlana tekintetében olyan mértékben állnak fenn mentességek, amilyen mértékben azok a diplomáciai feladatok ellátásához szükségesek. Diplomáciai feladataik ellátásához szükséges a diplomáciai képviselők függetlensége és sérthetetlensége, illetve a diplomáciai iratok sérthetetlenségének biztosítása. Az ítélet tárgyát képező diplomáciai helyiségek ezért nem teljes egészében, hanem csak bizonyos szempontból tekinthetők területen kívüli jellegűnek.[102]

A vizsgált francia bírósági joggyakorlat alapján 1954-ben nem került elismerésre az akkor hatályban lévő francia jog alapján egy francia állampolgárnak Nagy-Britannia madridi konzulátusán kötött házassága, mivel a bíróság megállapítása szerint a konzulátus spanyol területen volt és a házasságot ennek ellenére sem a spanyol szabályok alapján kötötték meg.[103] Párizsban található diplomáciai képviseleten elkövetett bűncselekményekkel kapcsolatos bírósági ügyekben is kérdés volt a diplomáciai képviseletek helyiségeinek jogi státusza.[104] Az egyik kiadatásról szóló bírósági eljárás keretében a francia Külügyminisztérium írásbeli véleményében erősítette meg, hogy az 1961. évi Bécsi Egyezmény alapján élvezett sérthetetlenség ellenére a funkcionalitási elmélet szellemében a külföldi államok Franciaországban található diplomáciai képviseletei ténybeli és jogi szempontból is francia államterületen vannak. Az eljáró bíróság a kiadatásról való döntése során figyelembe vette a külügyminisztériumi érvelést.[105] Egy másik ügyben az Államtanács állapította meg, hogy egy

[96] Soering v. The United Kingdom, 1 /1989/161/217, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 July 1989.

[97] Lásd: Konzuli kapcsolatokról szóló 1963. évi Bécsi Egyezmény 55. cikke, amely (a diplomáciai kapcsolatokról szóló 1961. évi Bécsi Egyezmény 41. cikkében foglalt logika alapján) – a mentességeik sérelme nélkül – a fogadó állam jogszabályainak betartását írja elő a küldő állam konzuli tisztviselői részére.

[98] "B" & Others: i.m. 88. pont.

[99] Uo. 94. pont.

[100] Uo. 96. pont.

[101] Uo. 29. pont.

[102] BVerfG, Beschluss vom 30.10.1962 – 2 BvM 1/60, 77-78. pontok. https://openjur.de/u/218626.html (2021. január 14.) Lásd még az ügy más vonatkozásairól Hargitai: i.m. 267 o.

[103] C.A. Paris 13 mars 1954 Alexander c. dame Alexander, G.P. 1954, I, 308, D. 1954, Som. 51. In Annuaire français de droit international, 1955. 571. o.

[104] Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 30 janvier 1979, 78-93.782, publié au bulletin. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007062485 (2021. január 14.)

[105] C.A.,Versailles, 11 décembre 1990, Mamadou Diawara, J.C.P, II, 21680, note de Touzalin. In Annuaire français de droit international, 1991. 929. o.

diplomáciai képviselet építése céljából kiadott építési engedély megtámadható közigazgatási eljárás során, és alkalmazandó a francia jog is, mivel a szóban forgó ügy megítélése független a küldő és fogadó állam közötti kétoldalú kapcsolatoktól, az leválasztható a diplomáciai kérdésekről.[106]

Jelen tanulmány szerzőjének tárgyban született magyar bírósági ítéletről nincs tudomása.[107]

V. Összefoglalás

Annak ellenére, hogy a területenkívüliség fikciója a diplomáciai mentességek összefüggésében fokozatosan háttérbeszorult a nemzetközi jogtudományban és a nemzetközi szerződéses jogban, a mai napig felbukkannak nemzetközi vagy nemzeti bíróságok előtt olyan jogesetek, amelyekben a diplomáciai, vagy konzuli képviseletei helyiségei nemzetközi jogi státuszának értelmezése is kérdésként merül fel.

A vizsgált nemzetközi és nemzeti bírósági ítéletek tárgy szerint elsősorban büntetőjoggal, állami immunitás alóli kivétellel, ingatlanokkal, illetve menekültkérelmekkel kapcsolatos kérdésekkel foglalkoztak.

Az elemzett ítéletek szerint a diplomáciai, vagy konzuli képviselet helyiségei nem minősülnek a küldő állam államterületének, kivétel ez alól az azóta meghaladott Erdos ügyben hozott egyesült államokbeli ítélet megállapítása. A diplomáciai és konzuli képviseletekkel kapcsolatos ítéletekben a területenkívüliség fikciója helyett a küldő állam mentességei és többletjogai vonatkozásában a sérthetetlenség és a joghatóság fogalmainak körbejárása és értelmezése került előtérbe.

A diplomáciai mentességek tartalmi korlátainak kijelölésére a funkcionalitási elmélet, azaz a diplomáciai működéshez szükséges mentességek elismerése, szolgált alapul. Jellemző volt még, hogy külpolitikai megfontolásokat is figyelembe vettek a bírói testületek, nem egy esetben fordult elő ugyanis, hogy a fogadó állam külügyminisztériuma is nyújtott be írásbeli észrevételeket, általában a területenkívüliség fikciójával szembeforduló tartalommal.

A diplomáciai és konzuli képviseletek a területenkívüliség fikciójának háttérbeszorulása ellenére sem kerülnek ki teljesen a küldő állam jogszabályainak személyi, illetve tárgyi hatálya alól (a küldő állam területi alapú joghatósága alól viszont igen). Ezt alátámasztja, hogy az ítéletekben a bíróságok különböző joghatósági jogalapra építették a küldő állam diplomáciai és konzuli képviseletének helyiségei vonatkozásában a küldő állam részéről fennálló joghatóságot.

A küldő állam joghatóságának nemzetközi jogalapja épülhet egyrészről az 1961. évi Bécsi Egyezményre, amely azt a diplomáciai, vagy konzuli képviseletek, illetve képviselők feladatai ellátásához szükséges mértékben biztosítja a küldő állam számára. Ebbe a körbe tartoznak a diplomáciai és konzuli képviselőknek a fogadó állam joghatósága alóli mentességei, amelyek a zavartalan munkavégzést hivatottak elősegíteni.

A fentieken túlmenően a vizsgált ítéletek szerint a küldő állam joghatósága alapulhat személyi elven (elkövetői, vagy sértetti oldal állampolgárságán) a büntető joghatóság területén, vagy az EJEB megállapításai alapján a diplomáciai vagy konzuli képviselők meghatározott közhatalmi tevékenysége képezi a jogalapot az 1950. évi Római Egyezmény 1. cikke alkalmazása szempontjából.

A fogadó állam jogalkotási, illetve jogértelmezési jellegű területi joghatósággal bír a

[106] CE., 22 décembre 1978, Vo Thanh Nghia, Recueil, p. 523; D., 1979, Ht, p. 90, obs. Delvolvé. In Annuaire français de droit international 1979. 895. o.

[107] Magyar bíróságnak a témakörhöz legközelebb álló ítélete a nagykövetség perelhetőségével és közvetetten állami immunitási kérdésekkel foglalkozik. Lásd: BH 2009. 252.

területén található diplomáciai, vagy konzuli képviseletekre vonatkozóan, kivéve, ha az 1961. évi Bécsi Egyezmény másképpen nem rendelkezik. A fogadó állam jogszabályainak érvényesítése azonban akadályokba ütközik a diplomáciai és konzuli képviseletek sérthetetlensége (hivatalos személyek belépésének és a diplomáciai képviselet helyisége elleni végrehajtás tilalma) miatt, így a fogadó állam a diplomáciai képviseletek helyiségei tekintetében saját joga alapján nem rendelkezik teljeskörű végrehajtási joghatósággal, hiába található a képviselet saját államterületén.

A fogadó állam végrehajtási joghatóságának hiánya miatt a diplomáciai képviselők és a diplomáciai képviselet/küldő állam jogkövető magatartásának biztosítása a fogadó államban a politikai visszatartó erő mellett elméleti szinten nemzetközi jogra alapozva történhet, amely gyakorlati alkalmazására azonban csak ritkán kerül sor. A nemzetközi jog alapján a fogadó állam számára szóba jöhető - elsősorban elrettentő erővel bíró - ellenintézkedések körét a diplomáciai jognak az NB által kimondott zárt rendszerként (*self-contained regime*) való felfogásának értelmezése befolyásolja.

Az ítéletekből kiderült, hogy a küldő állam és a fogadó állam jogalkotási, illetve jogalkalmazási joghatósága bizonyos esetekben összeütközésbe kerülhetnek egymással (például a párhuzamos/versengő büntető joghatóság terén a diplomáciai képviselet területén elkövetett bűncselekmény esetén). Az ilyen esetekben, amelyekben helyzeti előnnyel bír a küldő állam a sérthetetlenség elvéből következő mentességei miatt. Legvégső esetben politikai jellegű egyeztetés és rendezés is felmerülhet a joghatósági összeütközés rendezése érdekében.

Ságiné Márkus Anett[1]

Követeléskezelők GDPR szerinti adatkezelési jogcímei egy hazai jogeset tükrében

I. Bevezetés

A GDPR (General Data Protection Regulation) az Európai Unió általános adatvédelmi rendelete, teljes elnevezés szerint az Európai Parlament és a Tanács (EU) 2016. április 27-i 2016/679 rendelete a személyes adatok kezelése vonatkozásában az egyének védelméről és az ilyen adatok szabad áramlásáról, valamint a 95/46/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről. (A továbbiakban ezért nemcsak a GDPR elnevezéssel, hanem úgyis, mint az EU általános adatvédelmi rendelete fogok hivatkozni rá). Megalkotásával új korszak kezdődött a személyes adatok kezelése tekintetében az Európai Unió tagállamaiban, így hazánkban is.

Arra a kérdésre, hogy miért volt szükség egy általános adatvédelmi rendeletre az Európai Unióban, mi is pontosan a GDPR, az adatvédelem európai fejlődésének bemutatásával adható válasz.

I.1. Történeti áttekintés

Az emberi jogok nemzetközi védelme volt az, amely lehetővé tette, hogy a személyes adatok védelméhez való jog területén is elinduljon egy folyamat a szabályozás irányába, hiszen ez a jog is a második világháború okozta borzalmak által érintett emberi jogok egyik eklatáns példája volt. Miként egy hazai szerzőnk kiemelte:[2] a XX. század első felének háborúi és az azokat követő jelentős mértékű gazdasági, politikai és társadalmi átrendeződések során a hatalom birtokosai permanens módon felhasználták a természetes személyek személyes adatait a politikai céljaik megvalósításához. Mindezek ráébresztették az európai államokat az emberi jogok nemzetközi védelme megteremtésének szükségességére, igaz ugyanakkor, hogy a személyes adatok védelméhez való jog – jogszabályi szintű – szabályozására egészen a XX. század második feléig várni kellett.

Az adatvédelem kialakulásának az európai szintéren az is lendületet adott, hogy 1980-ban nemzetközi vonalon, a Gazdasági Együttműködési és Fejlesztési Szervezet (OECD) keretében, az abban részes tagállamok elfogadtak egy nemzetközi megállapodást, mégpedig az *OECD-irányelvek a magánélet védelméről és a személyes adatok határokon átívelő áramlásáról* szóló nemzetközi megállapodást (a továbbiakban: OECD-irányelvek). Ebben a dokumentumban máig ható alapfogalmak kerültek kidolgozásra, úgymint a személyes adatok kezelésének célhoz kötöttsége, a pontosság elve, az adattakarékosság elve. A mai napig érvényes leglényegesebb alapelvek közé tartoznak továbbá a korlátozott adatgyűjtés, az adatminőség vagy az elszámoltathatóság követelménye. Mindezen alapelveknek az a jelentősége, hogy nemzetközi és nemzeti körben egyaránt alkalmazhatók, így támpontként szolgálhattak egy egységes, vagy legalább hasonló elmélet és gyakorlat kialakításához. Az OECD-irányelvek fontosságát jelzi, hogy olyan nemzetközi megállapodás, amelynek – az OECD tagállamok révén – részese az Európán kívüli térségből az Amerikai Egyesült Államok és Ausztrália is; rendelkezései betartásának a célja ezért az is: összehozza az eltérő filozófiai

---

[1] Bíró (Fővárosi Törvényszék Közigazgatási Kollégium)

[2] Stricz Walter Roland: A jogszerű adatkezelés a GDPR rendelet után. Debreceni Jogi Műhely. 16. évf. 3-4. sz., 2019. 22. o.

megközelítésből adódó szabályozásokat, ezzel pedig a megállapodás „közös nevező" lehetett, lehet Európa és az Egyesült Államok között.[3]

Az OECD-irányelvek megjelenését követően, de még az 1980-as évek elején megalkotásra került egy már tisztán európainak tekinthető dokumentum: az Európa Tanács egyezményt fogadott el a személyes adatok gépi feldolgozása tárgyában *(ET adatvédelmi egyezmény),* mely szigorú szabályokhoz kötötte a számítástechnikai eszközök és informatikai programok alkalmazását. Ez a mozzanat közvetett módon hozzájárult ahhoz, hogy egy önálló közösségi szabályozás iránti igény bontakozzon ki. Az Európai Bizottság ugyanis kezdetben nem kívánt külön közösségi jogot alkotni a személyes adatok védelméről, hanem ösztönözni próbálta a Közösség tagállamait, hogy csatlakozzanak az ET adatvédelmi egyezményhez,[4] amely azt eredményezte: partikulárissá vált az adatvédelemhez való jog „európai" szabályozása. Ez a probléma, továbbá a folyamatos fejlődés, valamint a belső piac működését korlátozó akadályok lebontására törekvés (tehát nem elsősorban az alapjogok védelmének erősítése!) mégis az önálló európai jogalkotás irányába mozdították el a gondolkodást. Ennek egyik állomása volt, és egyben az első közösségi szintű szabályozásnak minősült az *Adatvédelmi irányelv*[5] megalkotása, melynek alapja az Amszterdami Szerződés volt. Megállapítható tehát, hogy az adatvédelmet az Amszterdami Szerződés emelte az elsődleges közösségi jog szintjére. A gazdasági célkitűzés mellett már felsejlett a közösségi jogalkotó azon szándéka is, hogy az érintettek magánszférájának a védelmét is biztosítsa, hiszen az Adatvédelmi irányelv – a jogharmonizációs célkitűzése mellett is – elismerte és támogatta azon nemzeti jogalkotási intézkedéseket, amelyek az irányelvben rögzítettekhez képest ezen a téren egy magasabb védelmi szintet biztosítottak („a nemzeti jogszabályok közelítése nem vezethet az általuk nyújtott védelem szintjének csökkenéséhez, sőt, magas védelmi szintet kell biztosítson a Közösségen belül"). Az Adatvédelmi irányelv jelentős vívmányaként értékelhető továbbá a tagállamok kötelezettsége az irányelv előírásainak független felügyeleti hatóság általi ellenőrzésének biztosítására. A „csak" jogharmonizációra való törekvés viszont azt is eredményezte, hogy adott esetben a tagállamok az Adatvédelmi irányelv rendelkezéseit – tagállamonként lényeges tekintetben eltérő, – különböző tartalommal és más-más védelmi szintet biztosítva ültették át, mely eltérések és azok jogi, gazdasági hatásai utóbb az adatvédelmi reform egyik fő motivációjaként mutatkoztak meg.[6]

Az immár uniós szintű reform során a kiindulópontot a Lisszaboni Szerződés hatálybalépése és az alapítószerződések – ennek rendelkezései alapján történő – módosulása jelentette. Egyrészt e módosítások az *Európai Unió Alapjogi Chartáját* (a továbbiakban: Charta) az alapítószerződésekkel megegyező jogi kötőerővel ruházták fel (úgy, hogy a Charta nem vált az alapítószerződések részévé), amelynek jelentőségét az adja: a Charta 8. cikke már önálló alapjogként kezeli, biztosítja a személyes adatok védelméhez fűződő jogot, megadva az azzal összefüggő alapvető elveket és követelményeket. Másrészt a Lisszaboni Szerződés az alapítószerződésekben is rögzítette a személyes adatok védelméhez fűződő jogot, és felhatalmazást adott másodlagos jogi aktus megalkotására a Tanácsnak és az Európai Parlamentnek.

Ezt több további lépés követte, de a témánk szempontjából az a lényeges, hogy az Európai Bizottság 2012. január 25-én tette közzé az adatvédelmi reformcsomag keretében rendelettervezetét, amely számos új társadalmi és technikai fejlődésre reagáló megoldást

[3] Buzás Péter – Péterfalvi Attila – Révész Balázs (szerk.): Magyarázat a GDPR-ról. Wolters Kluwer, Budapest, 2018. 1. o.

[4] Stricz Walter Roland i. m. 24. o. Idézi: Jóri András – Soós Andrea Klára – Bártfai Zsolt – Hári Anita: A GDPR magyarázata. HVG-Orac, Budapest, 2018. 36. o.

[5] Az Európai Parlament és a Tanács 95/46/EK irányelve (1995. október 24.) a személyes adatok feldolgozása vonatkozásában az egyének védelméről és az ilyen adatok szabad áramlásáról.

[6] Buzás Péter – Péterfalvi Attila – Révész Balázs (szerk.) i. m. 3-4. o.

foglalt magában. A rendelet általánosságából kiindulva nem nehéz belátni, hogy rengeteg egyeztetésnek és kompromisszumnak az eredményeként állt elő ez a szabályrendszer.[7] A GDPR 2016. május 28-án lépett hatályba kétéves felkészülési időszakot biztosítva.[8]

I.2. A GDPR jelentősége

Megállapítható, hogy a GDPR úttörő próbálkozás az Európai Unió részéről, mert annak rendelkezéseit több tízmillió közvetlen címzettnek (minden európai és sok harmadik országbeli adatkezelőnek és adatfeldolgozónak) kell alkalmaznia, ami a tagállamokban azt jelenti, hogy a rendelet *közvetlenül, átültetés nélkül érvényesül*.[9] Magyarországon ez azzal járt, hogy 2018. májusában, a GDPR alkalmazásának kezdőidőpontjában mintegy 1,2 millió vállalkozásnak, 60 ezer civil szervezetnek és közel 10 ezer költségvetési szervnek kellett szembesülnie az uniós adatvédelmi reformmal.[10] A GDPR rendelkezéseinek átlátása, az adatkezelési jogcímek értelmezése okozhatott leginkább nehézséget, és a felelősség, hogy helyesen alkalmazzák a követelményeket, elkerülve az adatvédelmi bírság kiszabását. Mindez pedig dilemmák, értelmezési kérdések sorának felbukkanását, megoldását és nem utolsósorban költségek felmerülését hozta magával, amelyeket például nagy követeléskezelő cégek esetében könnyen el is tudunk képzelni. A tanulmányomban ezért egy hazai követeléskezelő céget érintő jogeset ismertetésén keresztül a GDPR szerinti adatkezelési jogcímeknek kívánok utánajárni, bemutatva a jogcím jelentőségét és azon keresztül az említett dilemmákat, a polgári jog fogalmak értelmezését is érintő elhatárolási nehézségeket.

A bevezetés megfogalmazása közben először arra jutottam, hogy érdemes lenne azzal a gondolatmenettel folytatni az írásomat, hogy „azoknak, akik nem foglalkoznak adatkezeléssel a mindennapokban", összefoglalom azokat a kérdéseket, melyek a hazai jogban a GDPR és az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról szóló 2011. évi CXII. törvény (a továbbiakban: Infotörvény) rendelkezései közötti viszony értelmezését kívánják. Tévesnek tűnhet azonban a fenti címzetti kör hangsúlyozása, mert az élet szinte minden területén találkozunk adatkezeléssel; gyakorlatilag mindenki lehet érintett, és ennek okán fontos lenne ismernie a szabályozást. Idézőjelbe téve tehát a fenti szófordulatomat inkább azt emelem ki, hogy a téma bemutatása szempontjából azokra is figyelemmel voltam, akiknek nem tartozik a feladatába – a szakmájánál vagy a hivatásánál fogva – az adatkezelés jogi hátterének az alkalmazása. Tekintetbe kellett vennem ugyanakkor azt is, hogy olyan sok elhatárolási kérdés adódik, hogy csak a nagyobb választóvonalak felvázolására lehet vállalkozni.

II. Elhatárolási kérdések

II.1. A GDPR és az Infotörvény viszonya

A GDPR, az EU általános adatvédelmi rendelete, miként azt az elnevezése is mutatja,

---

[7] Sepsi Tibor: GDPR útikalauz adatkezelőknek. Budapest, Wolters Kluwer 2019. 4. o. Az idézett mű ezzel kapcsolatban kiemelte: „Ez 28 jogrendszer és több tízmillió adatkezelő érintettsége mellett csak számos kompromisszummal, a kimondott főszabályok alól biztosított nagyszámú kivétellel, valamint számos, egyes kérdésekben a tagállamok számára részletes vagy eltérő szabályozást engedő rendelkezéssel valósulhatott meg a GDPR bő négyéves előkészítési folyamata során."

[8] Buzás Péter – Péterfalvi Attila – Révész Balázs (szerk.) i. m. 2. o.

[9] Uo.

[10] Sepsi Tibor i. m. 1. o.

átfogóan szabályozza az adatkezelést. A rendeleti szintű uniós szabályozásnak köszönhetően nemcsak, hogy nem szükséges átültetni a tagállamok nemzeti jogába, hanem nem is lehetséges: a GDPR-ban foglaltakat az uniós tagállamok a saját jogrendszerükben, rendelkezéseikben nem kettőzhetik meg (nem ismételhetik meg). Azokra az adatkezelésekre, amelyekre a GDPR kiterjed, tagállami szabályozást csak akkor alkothatnak, vagy az csak akkor maradhat hatályban, ha azt a GDPR megengedi.

A fentieknek megfelelően a GDPR mellett alkotott vagy fenntartott tagállami szabályozási tárgykörök a következők: 1. a kötelező adatkezelések (kötelezőek, mert az adatkezelőt érintő jogi kötelezettség teljesítéséhez szükségesek, illetve közérdekű feladat végrehajtásához, vagy adatkezelőre ruházott közhatalmi jogosítvány gyakorlásának keretében végzett feladat végrehajtásához kapcsolódnak kötelező jelleggel); 2. tárgykör: a GDPR szerinti rendelkezési és hozzáférési jogok korlátozhatóvá tétele; 3. tárgykör: olyan eltérési lehetőség, amely a GDPR IX. fejezetében szabályozott ágazati adatkezelésekre vonatkozik. A hazai jogban a GDPR mellett fenntartott jogszabályi rendelkezések nagyobb része ezen három tárgykör valamelyikébe tartozik.

Mindebből következik az egyik elhatárolási kérdés: ha a magyar jogrendszerben az adatkezelési szabályozás csúcsán a GDPR található a hatálya alá tartozó adatkezeléseknél, akkor a megengedett körben fennmaradt hazai általános szabályozást mely jogszabály tartalmazza.

Ennek a kérdésnek a megválaszolását érdemes időben is távolabbról indítani, illetve áttekinteni a hazai jogforrási szinteket. A magyar jogalkotót arra kötelezi az Alaptörvény és a vállalt nemzetközi jogi kötelezettségei, hogy a személyes adatok védelméhez fűződő jog mint alapjog érvényesülését biztosítsa minden, a joghatósága alá tartozott jogviszonyban [Alaptörvény I. cikk (3) bekezdés, VI. cikk (3) bekezdés, Q) cikk (2) bekezdés; az 1993. évi XXXI. törvénnyel kihirdetett, az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény 1. és 8. cikk; ET adatvédelmi egyezmény és annak kiegészítő jegyzőkönyve]. E védelem biztosítása törvényi szintű szabályozást kívánt, amelynek a gyökere Magyarországon még az Európai Unióhoz való csatlakozást megelőző időszakra nyúlik vissza. A csatlakozást követően – a GDPR alkalmazásának kezdőidőpontjáig – az uniós adatvédelmi jogforrások, mivel nem voltak a tagállokban közvetlenül alkalmazandóak, a tagállami jogalkotót kötelezték és jogosították fel a belső jogi adatvédelmi normarendszer kialakítására. A GDPR hazai alkalmazását közvetlenül megelőzően ennek a normarendszernek a csúcsán az Infotörvény állt, és az egyes különös adatkezelési jogviszonyok tekintetében ágazati törvényi szabályok is érvényesültek.[11]

A GDPR alkalmazására figyelemmel azonban *az Infotörvény mindenre kiterjedő jellege nem volt fenntartható*: hatályát úgy módosította a jogalkotó, hogy – a GDPR hatálya alá tartozó adatkezelési jogviszonyok vonatkozásában – nem az Infotörvény normatartalmának teljességét rendeli alkalmazni, hanem csupán egyes, taxatív módon meghatározott előírásait a GDPR szabályai mellett, azok kiegészítéseként [Infotörvény 2. § (2) bekezdés, 77/A. §]. A hazai törvényhozásnak a személyes adatok mellett azonban a közérdekű adatokra is tekintettel kellett lennie, mert az Alaptörvény VI. cikk (3) bekezdésében szabályozott ezen másik alapjog – a közérdekű adatok megismeréséhez és terjesztéséhez fűződő jog (információszabadság) – érvényesülését korábban is az Infotörvény biztosította, de ezt az alapjogot a GDPR előírásaiból fakadóan (GDPR 85. és 86. cikk) az annak hatálya alá tartozó jogviszonyok tekintetében is biztosítani kellett (Infotörvény 3. § egyes rendelkezései, III. és IV. fejezet, 1. melléklet). A garanciák törvényi szintű beépítése a jogrendszerbe még azt is jelentette, hogy szintén a GDPR alkalmazása miatt mellőzhetetlen volt a felügyeleti intézményre vonatkozó és a bírósági jogorvoslati jogra irányadó

[11] Buzás Péter – Péterfalvi Attila – Révész Balázs (szerk.) i. m. 13-14. o.

rendelkezések Infotörvényben történő szabályozása.[12]

Kijelenthető, hogy a fenti követelménynek való megfelelést, vagyis az alapjogi jellegből fakadó magas szintű rendelkezéseket továbbra is az Infotörvény foglalja magában, úgy, hogy azt együtt kell alkalmazni a jellemzően szintén törvényi szintű ágazati szabályozással. Az említettek szerint tehát az Infotörvényben találhatóak a GDPR hatálya alá tartozó adatkezelések esetében is az uniós jog által megengedett olyan eltérések, amelyek a valamennyi adatkezelőre alkalmazandó, az adatkezelési célokra, a jogalapokra, az érintett jogaira és az adatkezelő kötelezettségeire vonatkozó szabályokat érintik.

II.2. A GDPR tárgyi hatálya alóli kivételek

II.2.1. A bűnüldözési célú adatkezelések mint kivételek

A másik elhatárolási kérdést adják a GDPR alá nem tartozó adatkezelések, amelyek egyik csoportját alkotják – összefoglaló elnevezéssel – a bűnüldözési célt szolgáló adatkezelések. Maga a GDPR a következőképpen rögzíti ezen adatkezelések körét: a 2. cikk (2) bekezdés d) pontja értelmében a rendelet hatálya nem terjed ki a személyes adatok kezelésre, ha azt az illetékes hatóságok bűncselekmények megelőzése, nyomozása, felderítése, vádeljárás lefolytatása vagy büntetőjogi szankciók végrehajtása céljából végzik, ideértve a közbiztonságot fenyegető veszélyekkel szembeni védelmet és e veszélyek megelőzését. Ezek az adatkezelések a 2016/680 (EU) Irányelv, az ún. Bűnügyi irányelv hatálya alá sorolandók.[13] Irányelvi forrásról lévén szó, szükséges volt annak hazai implementációja, így a Bűnügyi irányelv átültetését az Infotörvény végezte el. Ahhoz tehát, hogy egy adatkezelés a Bűnügyi irányelv hatálya alá essen, két feltételnek kell megfelelnie: 1. az adatkezelés célja a következő lehet: bűncselekmények megelőzése, nyomozása, felderítése, a vádeljárás lefolytatása vagy büntetőjogi szankciók végrehajtása, így többek között a közbiztonságot fenyegető veszélyekkel szembeni védelem és e veszélyek megelőzése, 2. az adatkezelő az irányelvben meghatározott illetékes hatóság.

II.2.2. A nemzetbiztonsági és a közös kül- és biztonságpolitikával kapcsolatos adatkezelések, valamint a magáncélú adatkezelések mint kivételek

Az alcímben jelzett kivételek olyanok mintha egy skála két végére tekintenénk, mert az egyik véglet a képzeletbeli skálán olyan kivételi kört foglal magában, amely lényegében az állami önvédelem elvéből fakad, illetve az államnak azon jogából, hogy az Unióval közösen megvalósított közös kül- és biztonságpolitikáját zavartalanul működtesse. Ennek megfelelően a GDPR tárgyi hatálya alá nem tartozó adatkezelések további csoportját a nemzetbiztonsági és a közös kül- és biztonságpolitikával kapcsolatos adatkezelések jelentik.

A skála másik végén – a lehető legtávolabb tehát az állami érdek körébe tartozó kivételtől – a mindennapi élet szempontjából egy igen lényeges területet találunk, a magáncélú adatkezeléseket. A GDPR-nak a magánszféra szempontjából e fontos kivételszabálya [GDPR 2. cikk (2) bekezdés c) pontja] szerint az előírásait nem kell alkalmazni a személyes adatoknak a természetes személy által kizárólag személyes vagy

[12] Buzás Péter-Péterfalvi Attila-Révész Balázs (szerk.) i. m. 15. o.

[13] A Bűnügyi irányelv elnevezése: „A személyes adatoknak az illetékes hatóságok által a bűncselekmények megelőzése, nyomozása, felderítése, a vádeljárás lefolytatása vagy büntetőjogi szankciók végrehajtása céljából végzett kezelése tekintetében a természetes személyek védelméről és az ilyen adatok szabad áramlásáról, valamint a 2008/977/IB tanácsi kerethatározat hatályon kívül helyezéséről szóló 2016/680.(EU) Irányelv”.

otthoni tevékenység keretében végzett kezelésére. Ezek tehát olyan „adatkezelések", amely semmilyen szakmai vagy üzleti tevékenységgel nem hozhatók összefüggésbe (magáncélú adatkezelések). Személyes vagy otthoni tevékenységnek minősül például a levelezés (akár elektronikus, akár papíralapon történik), a címtárolás, valamint az említett személyes és otthoni tevékenységek keretében végzett, közösségi hálózatokon történő kapcsolattartás és más online tevékenységek is. A szakirodalom[14] azonban felhívja a figyelmet, hogy nem alkalmazható ez a kivétel abban az esetben, ha az adatot meghatározhatatlan számú személy ismeri meg, vagy az nyilvánosságra kerül, mert arra a GDPR előírásait már alkalmazni kell. A magáncélú adatkezelések fogalmáról továbbá az Európai Unió Bírósága is állást foglalt, például a Ryneš-ítéletben (C-212/13., ECLI:EU:C:2014:2428), amelyben még az Adatvédelmi irányelv magáncélú adatkezelésekre vonatkozó rendelkezéseit kellett értelmezni. Ebben az ügyben általános jelleggel azt állapította meg, hogy a magánszemély adatkezelésére vonatkozó kivételeket szűken kell értelmezni. Abba már nem értendő bele az az eset, ha például a magánszemély az illetékes hatóságnak adja át az általa – eredetileg magáncélból – gyűjtött adatokat, információkat. Az ügy kapcsán ez az átadás a magánszemély által üzemeltetett térfigyelő kamera által rögzített felvételeknek a rendőrség részére történő átadását jelentette. Innentől kezdve azonban már alkalmazni kell (kellett) az adatkezelésre az adatvédelmi jogszabályokat.[15]

II.3. A jogalkalmazást segítő források

Az elhatárolási kérdések nem egyszerűek, a jogalkalmazókat többnyire kihívás elé állítják, azonban ebben nem maradnak segítség nélkül, mert az is elmondható: „önmagában a GDPR elfogadása és alkalmazása nem jelent, nem jelenthet teljes *tabula rasá*t a magyar adatvédelmi jogban".[16]Támpontot adhatnak az egyes jogalkalmazóknak nemcsak az Alkotmánybíróságnak az Alaptörvény talaján álló adatvédelmi tárgyú döntései, hanem azok az 1991 óta hozott alkotmánybírósági határozatok is, amelyek a régi Alkotmány hatálya alatt születtek, mert mindkét időszakban keletkeztek olyan döntések, melyek ágazati adatvédelmi rendelkezéseket érintettek. Ezek tehát olyan alkotmánybírósági döntések, amelyek nem a GDPR által felülírt általános adatvédelmi követelményekre, hanem az ágazati adatkezelési jogszabályok – jelenleg a GDPR által nem érintett, vagy csak közvetve érintett – jogintézményeire és rendelkezéseire vonatkoztak.[17] Meg kell jegyezni azonban azt, hogy lehetnek köztük olyan döntések is, amelyeket forráskritikával érdemes kezelni, különösen arra figyelemmel, hogy az Alkotmánybíróság a régi Alkotmány hatályban léte alatt keletkezett alkotmány értelmezések kapcsán kimondta a 22/2012. (V. 11.) AB határozatban: „Az Alkotmánybíróságnak azokra az alapértékekre, emberi jogokra és szabadságokra, továbbá alkotmányos intézményekre vonatkozó megállapításai, amelyek az Alaptörvényben nem változtak meg alapvetően, érvényesek maradnak. Az előző Alkotmányon alapuló alkotmánybírósági döntésekben kifejtett elvi jelentőségű megállapítások értelemszerűen irányadók az Alaptörvényt értelmező alkotmánybírósági döntésekben is. Ez azonban nem jelenti az előző Alkotmányon alapuló határozatokban kifejtettek vizsgálódás nélküli, mechanikus átvételét, hanem az előző Alkotmány és az Alaptörvény megfelelő szabályainak összevetését és gondos mérlegelést kíván. Ha az összevetésnek az az eredménye, hogy az

[14] Buzás Péter-Péterfalvi Attila-Révész Balázs (szerk.) i. m. 22. o.

[15] Buzás Péter-Péterfalvi Attila-Révész Balázs (szerk.) i. m. 23. o. Idézi: Jóri András - Soós Andrea Klára (szerk.): Adatvédelmi jog – Magyar és európai szabályozás. HVG-Orac, Budapest, 2016. 94-95. o.

[16] Sepsi Tibor i. m. 6. o.

[17] Uo.

alkotmányjogi szabályozás változatlan vagy jelentős mértékben hasonló, az átvételnek nincs akadálya (III.3.1.)"

Azt, hogy a jogalkalmazóknak, az adatkezelőknek további segítség is áll rendelkezésére, jól példázza, hogy létezik másik forrás is, mégpedig az adatvédelmi 'soft law'. Ide tartoznak – ugyan jogi kötőerővel nem rendelkező, de a jogértelmezést befolyásoló – olyan normák, amelyek az adatvédelmi reformmal kapcsolatos állásfoglalások összességét jelentik. Ezek a normák pedig a következők: az azokat kiadó uniós szervek, a 29. cikk szerinti Adatvédelmi Munkacsoport (a továbbiakban úgyis mint: WP), majd a helyébe lépő Európai Adatvédelmi Testület iránymutatásai és egyéb állásfoglalásai, az Európai Bizottság tájékoztató anyagai, valamint – a hazai jogalkalmazásban – a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság állásfoglalásai, jelentései és ajánlásai.

Összegezve rögzíthető, hogy – miként az a szakirodalomban már megfogalmazódott – „nem annyira az változott, hogy mit lehet jogszerűen kezelni, hanem az, hogy ezt hogyan, milyen garanciák mellett kell elvégezni".[18] Nem következett be olyan helyzet, hogy a GDPR új, eddig a jog által egyáltalán nem szabályozott folyamatokat vont volna a hatálya alá, vagy új, a korábbi magyar szabályozással összhangba nem állítható jogokat biztosított volna az érintetteknek a személyes adatok kezelése terén. A tartalmi szabályozásban az újat inkább az információs társadalomhoz köthető rendelkezések jelentették, főleg az online adatkezelésekre, vagy a hatékony adatelemzést lehetővé tevő informatikai megoldásokra (profilalkotás, biometrikus adatok kezelése) fókuszálva.

A részletesebb elhatárolási kérdések nem minden esetben végezhetők el egyszerűen, de a témánk szempontjából a GDPR tárgyi hatályának kérdését elég volt ennyiben ismertetnem. Az nem kétséges ugyanis, hogy a követeléskezelés területén a GDPR-t alkalmazni kell. A hangsúly a „hogyan" kérdésén van, tehát azon, hogy a követeléskezelő szervezetek miként alkalmazzák a GDPR-t az adatkezeléseikre, a gyakorlatukban mindez milyen módon valósul meg. Ennek szemléltetése érdekében egy hazai jogeseten keresztül fogom bemutatni a GDPR szerinti adatkezelési jogalapokat, azokhoz kapcsolódóan az érintetti jogok körére vonatkozó rendelkezéseket, a megfelelő jogalap alkalmazásának jelentőségét, és olyan jogértelmezési problémákat, melyekre más-más választ kívánt adni egyik oldalról, – és alapvetően polgári jogi megközelítésből – a követeléskezelő szervezet, mint a jogvitában a másik oldalon érdekelt fél, a hatóság, hogy aztán a közigazgatási jogvitájukat a bíróság döntse el.

A GDPR szerinti jogalapok alatt a GDPR 6. cikk (1) bekezdés a)–f) pontjában szabályozott jogalapokat értjük, amelyeket egyébként a rendelet nem illet a „jogalap" kifejezéssel.[19] Egy felsorolást tartalmaz és kimondja, hogy „az (1) bekezdés szerint „[a] személyes adatok kezelése kizárólag akkor és annyiban jogszerű, amennyiben legalább az alábbiak egyike teljesül:

a) az érintett hozzájárulását adta személyes adatainak egy vagy több konkrét célból történő kezeléséhez;

b) az adatkezelés olyan szerződés teljesítéséhez szükséges, amelyben az érintett az egyik fél, vagy az a szerződés megkötését megelőzően az érintett kérésére történő lépések megtételéhez szükséges;

c) az adatkezelés az adatkezelőre vonatkozó jogi kötelezettség teljesítéséhez szükséges;

d) az adatkezelés az érintett vagy egy másik természetes személy létfontosságú érdekeinek védelme miatt szükséges;

e) az adatkezelés közérdekű vagy az adatkezelőre ruházott közhatalmi jogosítvány

[18] Sepsi Tibor i. m. 8. o.

[19] Sepsi Tibor i. m. 41-42. o.

gyakorlásának keretében végzett feladat végrehajtásához szükséges;

f) az adatkezelés az adatkezelő vagy egy harmadik fél jogos érdekeinek érvényesítéséhez szükséges, kivéve, ha ezen érdekekkel szemben elsőbbséget élveznek az érintett olyan érdekei vagy alapvető jogai és szabadságai, amelyek személyes adatok védelmét teszik szükségessé, különösen, ha az érintett gyermek".

A jobb megértés érdekében és annak érzékeltetésére, hogy az általános adatvédelmi rendelet megalkotásáig is felmerült számos kérdésben már léteztek ajánlások, utalok a máig ható, a hazai jogesetben is elemzett 6/2014-es Munkacsoporti Ajánlásra.[20] Ebben – az akkor hatályos Adatvédelmi irányelv 7. cikkének – a jogalapokra vonatkozó rendelkezéseknek az értelmezését végezte el a Munkacsoport. Rögzítette, hogy személyes adatok kezelését akkor lehet végezni, amennyiben valamely, e cikkben felsorolt jogalap az adat kezelését lehetővé teszi. Így az Adatvédelmi irányelv 7. cikke alapján személyes adat akkor kezelhető ha (a) ahhoz az érintett hozzájárulását adta vagy az szükséges (b) az adatkezelés az érintettel megkötött szerződés teljesítéséhez vagy szerződés becsatornázásához; (c) adatkezelőre vonatkozó jogi kötelezettségnek teljesítéséhez, (d) az érintett létfontosságú érdekei védelméhez; (e) közérdekből elvégzendő feladat végrehajtásához vagy hivatali hatáskör gyakorlásához, vagy (f) az adatkezelés az adatkezelő, vagy az adatokat megkapó harmadik fél vagy felek jogszerű érdekének érvényesítéséhez szükséges.

A témánk szempontjából két lényeges mozzanat van ezen 6/2014-es Munkacsoporti Ajánlásban. Az egyik az az, hogy a „jogos érdekről" rendelkező jogalap ugyan általános jellegű, de nincs szó arról, hogy ez a jogalap alárendelt lenne más jogalapoknak vagy hogy alá-fölé rendeltség vagy hierarchia lenne a jogalapokat illetően; ugyanakkor a jogalapok között különbség tehető a hozzájárulási jog és a többi öt jogalap között, mely utóbbiak meghatározott tényállás esetében és garanciák (szükségesség) teljesülése esetére teszik lehetővé az adatkezelést. Az is kiemelésre került ezen Ajánlásban, hogy a hozzájárulással szemben a további öt jogalap pontosan meghatározza az adatkezelés kontextusát (szerződés, jogi kötelezettség, létfontosságú érdek, közérdek), míg az f) pont szerinti „jogos érdek" jogalap ilyet nem rögzít, hanem érdekmérlegelési teszt teljesítéséhez köti annak alkalmazását.

A másik lényeges következtetés a témánk szempontjából pedig az, hogy a „szerződés teljesítése" jogalap körébe esik egy szerződés keretén belül az érintett adatalany nevének, címének kezelése, illetve késedelemre való figyelmeztetése, de az adatok követeléskezelőnek való átadása vagy a bíróság előtti jogérvényesítés már nem tartozik ide. Eszerint: „Az érintett alapvető adatainak, úgymint nevének, címének feldolgozását, illetve a fennálló szerződéses kötelezettségekre való hivatkozást vagy hivatalos emlékeztetők kiküldését továbbra is úgy kell tekinteni, hogy azok a szerződés teljesítéséhez szükséges adatfeldolgozás körébe tartozik. A kifinomultabb adatfeldolgozás tekintetében – amelyben harmadik felek is részt vehetnek, például követelésbehajtás, illetve a szolgáltatást ki nem fizető ügyfél bíróság elé állítása – vitatható, hogy az ilyen adatfeldolgozás nem fog többet megtörténni a szerződés 'normális' teljesítése során, így az nem tartozna a 7. cikk f) pontjának hatálya alá." A már a GDPR alkalmazásával kapcsolatban, az Európai Adatvédelmi Testület által kiadott 2/2019. számú ajánlás (a továbbiakban: Testületi Ajánlás)[21] is visszautal a Munkacsoporti Ajánlásra, egyebek között abban, hogy „a Testület támogatja a 29. cikk szerinti munkacsoport által korábban az előző irányelv azonos tartalmú rendelkezése tekintetében elfogadott iránymutatást, amely szerint „az érintettel kötött szerződés teljesítéséhez szükséges" kitételt: [...] szigorúan kell

[20] A 29. cikk szerinti munkacsoportnak az adatkezelő 95/46/EK irányelv 7. cikke szerinti jogszerű érdekeinek fogalmáról szóló 06/2014 számú véleménye (WP217)

[21] 2/2019-es iránymutatás a személyes adatoknak az általános adatvédelmi rendelet 6. cikke (1) bekezdésének b) pontja szerinti kezeléséről az érintettek részére nyújtott online szolgáltatások összefüggésében Elérhető többek között: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-22019-processing-personal-data-under-article-61b_hu (2021. május 14.)

értelmezni, és nem vonatkozik olyan helyzetekre, amikor az adatkezelés valójában nem szükséges a szerződés teljesítéséhez".

Mindez jól példázza majd, hogy olyan polgári jogi fogalmak, mint a „szerződés", a „szerződés teljesítése", „megszűnése" más színezetet kapnak az adatvédelem területén elvégzett értelmezés révén, ahhoz képest mintha tisztán, a polgári jogi szakirodalomban elfoglalt álláspontok alapján elemeznénk ezeket a jogviszonyokat. Az általam bemutatandó jogesetet a közigazgatási bírói gyakorlatomból vettem. Jogerősen lezárult ügyet kívánok bemutatni, amelyben alperesként a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság (a továbbiakban: Hatóság) szerepelt, felperesként pedig az adatvédelmi hatósági eljárás alá vont követeléskezelő vállalkozás (a továbbiakban: Vállalkozás); az eljárás a Hatóság előtt NAIH/2019/2566. számon volt folyamatban. A következőkben a Vállalkozást és – természetesen – az érintett adóst (aki egy magánszemély és a Hatóság eljárásában kérelmező volt) sem nevezem meg, hanem az „Adós" kifejezést alkalmazom.

III. A követeléskezelésre vonatkozó jogeset

III.1. A Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság tárgyi eljárása és határozata

Az ügyben a Hatóság eljárását az indukálta, hogy az Adós kérelmet nyújtott be, amelyben – a követeléskezelő Vállalkozástól érkezett levélre hivatkozva – kifogásolta, hogy a Vállalkozás nem is tarthatna nyilván róla személyes adatot. Állítása szerint a hivatkozott kölcsönt már visszafizette. Ennek okán kérte a személyes adatai törlésének elrendelését. Az adatvédelmi hatósági eljárásban (NAIH/2019/2566) a Hatóság tájékoztatást kért a Vállalkozástól, és a következő tényállás körvonalazódott, amely – legalábbis az alábbi tényállási elemek szempontjából – nem volt vitatott a Vállalkozás és a Hatóság között. Ezek szerint 2000. május 18. napján az Adós kölcsönszerződést kötött egy bankkal (a továbbiakban: Bank). A Bank 2002. május 8. napján azonnali hatállyal felmondta a kölcsönszerződést, mivel az Adós többszöri felszólítás ellenére sem rendezte a teljes tartozását. A Bank később értékesítette a szerződésből eredő követelését, amely többszöri engedményezést követően 2011. május 11. napján a Vállakozásra került átruházásra. A Vállalkozás háromféle célból kezelte az Adós személyes adatait: *Követeléskezelési célból*, a GDPR 6. cikk (1) bekezdés *b) pontja alapján*, – nyilatkozata szerint – az Adós és a követelés eredeti jogosultja között fennálló szerződés teljesítése érdekében; *panaszkezelési célból,* a GDPR 6. cikk (1) bekezdés *c) pontja* szerint; valamint *referenciaadatok központi hitelinformációs rendszernek (a továbbiakban: KHR) történő* átadása *céljából,* a GDPR 6. cikk (1) bekezdés *c) pontja* alapján.

A Hatóság az adatvédelmi eljárás során először is azt rögzítette, hogy a követelés fennállását vagy jogosságát hatásköre hiányában nem vizsgálhatta. Azt is leszögezte: a nyilvántartott követelésre tekintettel akár a jogos érdek jogalap [GDPR 6. cikk (1) bekezdés f) pontja] fennállhat a személyes adatok kezelésére, mivel az Adós olyan jogerős bírósági ítéletet nem csatolt be, amely megállapítaná, hogy a követelés nem áll fenn. Előrebocsátotta ugyanakkor, hogy vizsgálni kell a Vállalkozás által hivatkozott adatkezelési célokat és a nyilatkozat szerinti jogalapok alkalmazásának jogszerűségét annak érdekében, hogy az Adós személyes adatok törlésére vonatkozó kérelméről érdemben állást foglalhasson. Megállapította, hogy a Vállalkozás *a panaszkezelési célból és a KHR rendszernek történő adatátadás céljából történő adatkezelés kapcsán megfelelően hivatkozott a GDPR 6. cikk (1) bekezdés c) pontjára,* mert mindkét esetben jogszabály alapján kötelező adatkezelést végez; az utóbbi esetben mindaddig, amíg a KHR-be történő adatátadási és nyilvántartási kötelezettsége fennáll, illetve a tartozás fennáll. Az Adós törlési kérelme kapcsán ezért a

NAIH rögzítette egyrészt, hogy *a panaszkezelési és a KHR-be történő adatátadási célból nyilvántartott adatok törlésére a Vállalkozás nem kötelezhető*, tekintve, hogy az adatkezelőre alkalmazandó tagállami jog szerinti kötelezettség teljesítéséhez az adatkezelés szükséges [GDPR 17. cikk (3) bekezdés b) pontja). Így e vonatkozásban, a GDPR 6. cikk (1) bekezdés c) pontjára és 17. cikk (3) bekezdés b) pontjára tekintettel elutasította az Adósnak a törlési kérelmét.

A Hatóság azt is megállapította, hogy az Adósnak az adatok törlésére irányuló kérelme egyebekben azért sem volt teljesíthető, mert a fenti, a GDPR 6. cikk (1) bekezdés c) pontjára alapozva kezelt adatok köre megegyezett a követeléskezelési célból nyilvántartott személyes adatokkal, és a hivatkozott jogalap fennállt, tehát a törlés nem volt lehetséges.

Így viszont az a – Vállalkozás számára nem közömbös – kérdés várt még megválaszolásra, hogy a *követeléskezelési célból nyilvántartott adatokra* a Vállalkozás által alkalmazott jogalap, tehát a 'szerződés teljesítése' szerinti *GDPR 6. cikk (1) bekezdés b) pontja mint jogalap jogszerű választás volt-e.* A Hatóság ebben a körben tett megállapítása és kötelezései érintették a Vállalkozást a legközvetlenebbül és - álláspontja szerint - hátrányosan, így nem meglepő módon, ezért indult a későbbiekben a közigazgatási per a határozat bírósági megtámadása folytán.

A Hatóság tehát az adatvédelmi hatósági eljárás eredményeként meghozta a NAIH/2019/2566/8. számú határozatát, amellyel megállapította, hogy a Vállakozás *a GDPR 6. cikk (1) bekezdésének b) pontjára hivatkozással jogszerűen nem kezelheti* az Adósnak a kérelemmel érintett személyes adatait. Kötelezte ezért, hogy a bírósági felülvizsgálat kezdeményezésére irányadó keresetindítási határidő lejártát, illetve felülvizsgálat kezdeményezése esetén a bíróság döntését követő 15 napon belül igazolja az Adós felé, ha jogos érdeke fűződik az Adós személyes adatainak követeléskezelési célú kezeléséhez és ezen érdek az Adós alapvető jogaival szemben elsőbbséget élvez. Kötelezte a Vállalkozást, hogy a GDPR 14. cikk (2) bekezdésének b) pontja alapján tájékoztassa az Adóst, hogy milyen jogos érdeke miatt szükséges személyes adatai követeléskezelési célú kezelése, ezen érdek az Adós alapvető jogaival szemben elsőbbséget élvez-e, valamint tájékoztassa az Adóst az őt megillető tiltakozási jogról, és arról, hogy ezt hogyan gyakorolhatja. Amennyiben a jogos érdeket igazolni nem tudja, törölje ezen adatokat. Kötelezte továbbá a Vállalkozást, hogy amíg nem tesz eleget az előírt, meghatározott kötelezésnek, addig korlátozza az Adós személyes adatainak követeléskezelési célú kezelését. Egyebekben a Hatóság – ahogy már fent utaltam rá – az Adósnak a személyes adatai törlésére irányuló kérelmét elutasította.

Határozatának indokolásában *értelmezte a GDPR 6. cikk (1) bekezdés b) pontja szerinti jogalapra vonatkozó előírás*t, és megállapította, hogy e jogalap – a szerződéskötést megelőző egyes lépések kivételével – csak akkor alkalmazható, ha az a szerződés teljesítéséhez szükséges. Nem lehet kiterjeszteni olyan adatkezelésekre, amelyekre a szerződés érintett általi nemteljesítése miatt előidézett helyzet orvoslása érdekében a szerződő felek rendes együttműködési kötelezettségéből fakadó lépéseken túlmutató cselekmények megtételéhez van szükség. Ide tartozhatnak még azok az esetek, amikor az adatkezelő, aki megkötötte a szerződést az érintettel, teljesítési késedelem esetén felszólítja az érintettet a teljesítésre. Indokolása szerint ugyanakkor, ha az adatkezelő az érintettel szembeni követelését követelésbehajtással foglalkozó vállalkozásra engedményezi, az az eset nem tartozik a „szerződés teljesítése" jogalap körébe; a tárgyi esetben *ilyenformán a Vállalkozás az Adós között szerződéses jogviszony nem áll fenn*.

E körben a Hatóság a határozata indokolásában rögzítette, hogy az engedményezéssel a követelés elválik az eredeti jogviszonytól, amelyből az származik, és az engedményes kizárólag a követelés, és nem pedig az alapjogviszony vonatkozásában lép az engedményező helyébe. A követelés engedményes általi érvényesítése, illetve az ahhoz kapcsolódó adatkezelés többé már nem az eredeti szerződés teljesítése érdekében történik. *Az*

engedményes a követelés behajtása céljából a saját érdekében és saját javára jár el. Az engedményezéssel az engedményes válik a követelés jogosultjává, és *a követelés érvényesítése*, a kötelezett teljesítésre bírása, valamint *az ennek érdekében végzett adatkezelés az engedményes jogos érdekét szolgálja*, *nem* pedig az alapul fekvő (eredeti) *szerződés teljesítését*. Összegezve megállapította a Hatóság, hogy a Vállalkozás olyan szerződés teljesítésére hivatkozással végezte tehát az Adós személyes adatainak kezelését, amely szerződés megszűnt; így a cég a GDPR 6. cikk (1) bekezdés b) pontja szerinti jogalapra nem megfelelően alapozta az adatkezelését.

Kimondta azt is, hogy a „jogos érdek" jogalap ettől függetlenül fennállhat, mert jogszabály által lehető tett követelésvásárlási tevékenysége keretében jutott hozzá a Vállalkozás az Adós személyes adataihoz, és a jogszerűen megszerzett követelések érvényesítéséhez a gazdasági társaság jogos érdeke a jogi szabályozásból elvileg megállapítható.

A Vállalkozást a Hatóság ezen megállapítása és az ehhez kapcsolódóan előírt kötelezések indították arra, hogy közigazgatási pert kezdeményezzen, mert a „jogos érdek" jogalap az érintett személy (jelen esetben az Adós) jogvédelmét tekintve szigorúbb szabályok (érdekmérlegelési teszt elvégzése, az érintett tájékoztatása az őt megillető tiltakozási jogról, és arról, hogy az miként gyakorolható) betartását követeli meg az adatkezelőtől (a Vállalkozástól), ahhoz a helyzethez képest, mintha a „szerződés teljesítése" jogalapon kezelné az érintett személyes adatait.

III.2. A Fővárosi Törvényszék ítélete

A Vállalkozás keresetet terjesztett elő, közigazgatási jogvitát kezdeményezett a Hatóság határozata jogszerűségének vizsgálata iránt.

Ezen keresetben foglalt érvelésnek a kiindulópontját – az eredeti kölcsönszerződés megkötésének idejére tekintettel – a Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (a továbbiakban: régi Ptk.) egyes rendelkezései képezték. A Vállalkozás hivatkozott a régi Ptk. 525. § (1) bekezdésére és 321. § (1) bekezdésére, valamint a régi Ptk.-hoz fűzött magyarázatra. Előadása szerint *a szerződés a felmondással a jövőre nézve szűnik meg*, és ez a kitétel azt jelenti, hogy a szerződés alapján teljesített szolgáltatások visszajárnak, azaz *a szerződés csak akkor szűnik meg teljes egészében, amikor a felek a jogszabályban és egyébként a kölcsönszerződésben foglalt elszámolási kötelezettségüknek teljes egészében eleget tettek*. Szemben a Hatóság jogértelmezésével az volt az álláspontja, hogy *az Adós személyes adatait a szerződés fennmaradó rendelkezéseinek teljesítése érdekében, annak kapcsán kell kezelni;* a régi Ptk.-hoz fűzött Nagykommentár magyarázata alapján is az engedményezések révén a követelés nem válik el az alapjogviszonytól, nem is válhat el, hiszen csupán egy egyszerű alanyváltozás történik a kötelemben. Az alapul fekvő szerződésben kikötött és abból eredő jogok is átszállnak az engedményesre, következésképpen a követelés teljes mértékben nem távolodik el a szerződéses alapjogviszonytól. *A követelésbehajtási célból végzett adatkezelés kapcsán ezért kifejtette, hogy az adatkezelés célja a kölcsönszerződésből eredő, annak felmondását követően továbbélő elszámolási kötelezettség érvényesítése, különösen a követelés érvényesítése és behajtása, azaz a hitelező és az adós között fennálló szerződésben foglalt kötelezettség kikényszerítése. Nézete szerint sem az adatkezelés céljának, sem jogalapjának megállapítása tekintetében nem bír relevanciával az, hogy az adatkezelés végeredményben még az eredeti jogosultnak, azaz a hitelezőnek, vagy már magának a felperesnek az érdekében történik, azaz a követelésbehajtási folyamat során térült összeg kinek a részére folyik be*. Mindezek adatvédelmi szempontú értékelése során kitért arra, hogy a tárgyi esetben ezért a személyes

adatok kezelésének jogalapjaként alkalmazható a GDPR 6. cikk (1) bekezdésének b) pontja szerinti szerződéses jogalap; továbbá, – szemben a határozati hivatkozással – az engedményezés nem jelenti a probléma szerződésen kívüli megoldását, mert a felperes a tevékenységet a kölcsönszerződésre tekintettel végzi.

Szerepe volt a Vállalkozás érvelésében – ahogy a Hatóság határozatában, illetve perbeli „védekezésében" is – a tanulmányban már hivatkozott „soft law"-nak, a 6/2014-es Munkacsoporti Ajánlásnak. A Vállakozásnak az volt az álláspontja, hogy ez nem is az esetében alkalmazható (tevékenysége nem megbízási jogviszony keretében történő követelésbehajtást volt). Ehelyett a Testületi Ajánlás végleges szövegére, annak 42. rendelkezésére utalt, amely kifejezetten nevesíti az elszámolási kötelezettséggel kapcsolatos adatkezelés jogalapja esetében a szerződés teljesítésére való hivatkozást („*42. Ha a szerződés megszűnik, ez bizonyos mértékű adminisztrációt, például az áru visszaküldését vagy fizetést vonhat maga után. A kapcsolódó adatkezelés alapulhat a 6. cikk (1) bekezdésének b) pontján".)* A Hatóság a perbeli védiratában fenntartotta a határozatában foglaltakat és részletes érvelést tett.

A Vállalkozás keresetét a *Fővárosi Törvényszék* (a továbbiakban: közigazgatási bíróság vagy elsőfokú bíróság) a *105.K.700.451/2019/9.*[22] számú ítéletével elutasította. Megállapította, hogy sem eljárásjogi, sem anyagi jogi jogszabálysértést nem követett el a Hatóság az eljárásában.

Ítéletének indokolásában az anyagi jogi kérdések vonatkozásában osztotta a Hatóság határozatban rögzített álláspontját. Kitért arra is, hogy a perben a GDPR és az Infotörvény irányadó rendelkezéseinek értelmezésével kapcsolatban kellett a bíróságnak állást foglalnia, és nem a Vállalkozás által felvetett – lényegében – polgári jogi, a szerződés engedményezésének részleteit tárgyaló jogkérdésben.

Kiemelte, hogy az Ajánlásokban is megjelenő azon értelmezést tartotta irányadónak, mely szerint a szerződés teljesítése, mint jogalap szűken értelmezendő és az nem terjed ki automatikusan a nemteljesítésből eredő adatkezelésre, illetve hogy csak a fizetési emlékeztető kiküldésével, a szerződés normális menetbe terelésével kapcsolatos adatkezelés eshet a szerződés teljesítése jogalap alá. Az eredeti szerződés megszűnését követő, követeléskezelési célú adatkezelésre azonban mindez nem alkalmazható.

III.3. A Kúria ítélete

A Vállakozás részletes fellebbezést terjesztett elő a közigazgatási bíróság elsőfokon hozott ítéletével szemben és a Hatóság is fellebbezési ellenkérelemmel élt. A fellebbezés és a fellebbezési ellenkérelem folytán eljárt *Kúria a Kf.V.39.291/2020/5*. számú jogerős ítéletével[23] az elsőfokú bíróság ítéletét helybenhagyta.

Ítéletének indokolásában a közigazgatási jogvita kereteit is kijelölte. Rögzítette: a Vállalkozás a perben ugyan több, a régi Ptk. egyes rendelkezései [többek között a felmondás – a régi Ptk. 321. § (1) bekezdése, az engedményezés – a régi Ptk. 328. §-a] és az azokhoz fűzött Ptk. Kommentár, valamint jogirodalmi hivatkozások mentén fejtette ki álláspontját az alapul fekvő polgári jogi kérdések értelmezésénél és végső soron az adatvédelmi szempontú levezetésében is ezekből indult ki, az egész követeléskezelési iparágat érintően megnevezve a jogalap problémáját. Nem elvitatva ez utóbbinak a jelentőségét, a Kúria ezzel szemben azt emelte ki, hogy az ügyben egy adott követelés engedményezése kapcsán, az Adós által a

[22] Elérhető a www.naih.hu oldalon a Határozatok, közlemények, állásfoglalások – Hatósági határozatok/végzések alatti táblázatban a 2019. év, NAIH/2019/2566. szám alatt.

[23] Megtalálható a www.naih.hu oldalon a Határozatok, közlemények, állásfoglalások – Hatósági határozatok/végzések, 2019. év, NAIH/2019/2566. szám alatt.

Hatósághoz intézett kérelem alapján indult eljárásban hozott közigazgatási határozat jogszerűségét kellett vizsgálni. Az volt az álláspontja, hogy az elsőfokú bíróság ezért helyesen – szűk körben mozogva – adta meg a polgári jogi kérdések értékelését, hiszen egy adott konkrét közigazgatási jogvitát kellett elbírálnia, a döntéséhez szükséges releváns tények és irányadó jogszabályok figyelembevételével. A jogvita kereteit tekintve a Kúria kitért arra is, hogy nem tekinthető jogilag téves kiindulópontnak az elsőfokú bíróság és a Hatóság azon álláspontja, amikor a követelés *tulajdonjogának* átruházását emelték ki (esetlegesen helytelenül használva a tulajdonjog kifejezést), mert a hangsúly – ahogy azt valamennyi, a Vállalkozás által e körben utalt jogirodalmi forrás rögzíti – azon van, hogy a követelések átruházhatók, az átruházásuk az azt megalapozó jogi norma tartalma szerint történik. A perben pedig nem volt vitatott, hogy a követelés átruházásra került.

A Kúria a „szerződés teljesítése" jogalapon történő adatkezelés kapcsán, a Vállalkozás által felhozott hivatkozásokra a következő megállapításokat tette. Tény, hogy a követelés többszöri engedményezés útján került a Vállalkozásra engedményezésre (átruházásra); a cég tehát nem is közvetlenül az eredeti jogosult engedményezése révén és nem is a kölcsönszerződés felmondása előtt vált a követelés jogosultjává; azt pedig a Vállalkozás is kiemelte, hogy az elszámolási kötelezettség a követelésnek – már csak a rendkívüli eljárásrendben való – rendezése érdekében áll fenn. A Kúria – egyezően a Hatóság és az elsőfokú bíróság következtetésével – rögzítette, hogy ezen elszámolási jogviszony nem jelent szerződéses jogviszonyt, a Vállalkozás nem közvetlenül – az egyébként korábban már felmondásra került – kölcsönszerződés alapján jár el a követelés kezelése, behajtása érdekben, hanem mint saját követelését a saját maga nevében és javára érvényesíti. Szemben tehát a Vállalkozás érvelésével, ez nem az Adós „szerződésszerű teljesítésre" szorítása keretében történik, – a szerződésszerű (kölcsönszerződés szerinti) teljesítés ebben a szakaszban már fogalmilag kizárt – hanem az önállóan átruházott követelés behajtása a Vállalkozás célja.

Összegezve arra jutott a Kúria a fentiekből következően, a tényállást összevetve a GDPR 6. cikk (1) bekezdés b) pontjával, hogy megállapítható: a magyar polgári jogi rendelkezések vizsgálatával elvégezve az adatvédelmi szempont értékelését, *a „szerződés teljesítése" mint jogalap nem alkalmazható*. Elfogadta azt is, hogy helyesen felhívható volt az elsőfokú bíróság részéről az értelmezéshez a Testületi Ajánlás és a Munkacsoporti Ajánlás. Az elsőfokú bíróság által e körben végzett értelmezést azonban pontosította a Kúria, a Vállalkozás fellebbezési kérelmében foglaltakra is figyelemmel. Hangsúlyozta, hogy mind a *Testületi Ajánlás 42. számú rendelkezése*, mind a *Munkacsoporti Ajánlás* harmadik személyek általi követelésbehajtásra vonatkozó rendelkezése és a Vállalkozás által felhozott *8. számú példa* összességében arra enged következtetni, hogy *csak az alapszerződéshez közvetlenül kapcsolódó, vagy az annak megszűnését közvetlenül követő fizetési felszólítás, adminisztráció valósíthatja meg a szerződés teljesítéséhez szükséges jogalapra hivatkozást* a személyes adatok kezelése körében.

Rögzítette a Kúria az ítéletében azt is, hogy a 8. számú példa alapján a Vállalkozás hivatkozott az érintett személy alapvető adatainak kezelésére, mint amelyet – értelmezése szerint – a Munkacsoporti Ajánlás a megbízás alapján követeléskezelést végző szervezetek esetében is elismer a szerződés teljesítése, mint jogalap körében, így a Vállalkozás szerint a saját maga esetében is indokolt ennek figyelembevétele. A Kúria viszont azt állapította meg, hogy a Munkacsoporti Ajánlás a szigorúan véve első lépésnek, lépéseknek tekintendő fizetési felszólítást vette alapul, mint amely még a szerződés teljesítése, mint jogalap alapján végezhető adatfeldolgozást kimerítheti, a további lépéseket (például követelésbehajtó ügynökségek bevonása) már a GDPR 6. cikk (1) bekezdés f) pontja szerint minősítette. Hangsúlyozta, hogy e *körben tehát nem az engedményezés miatti saját követelés behajtásának vagy a megbízás folytán követeléskezelést végzők elkülönülésének van jelentősége, hanem annak, hogy a szerződés teljesítésétől még (időben) nem választható el egyértelműen a*

követelés érvényesítéséhez kapcsolódó adatkezelés a példában.

A Kúria kiemelte a Vállalkozás fellebbezéséből azt a hivatkozást is, amely a Testületi Ajánlásból a *szerződés teljes megszüntetése* esetére vonatkozó idézet volt. A Vállalkozás előadása szerint ez olyan rendelkezés, amely alátámasztja, hogy ellenkező esetben, vagyis részleges megszűnéskor (mint ahogy a Vállalkozás álláspontja szerint a tárgyi ügyben történt), fennáll a szerződéses jogalap használata az adatkezelésre. Ennek a rendelkezésnek az értelmezését is másképp minősítette a Kúria, mint a Vállalkozás, mivel álláspontja az volt, hogy a perbeli esetben a kölcsönszerződés a felmondással megszűnt az Adós és a Bank között, a követelés engedményezése ezen nem változtatott, az elszámolási jogviszony nem feleltethető meg a szerződéses jogviszonynak.

Végül megjegyezte a Kúria, hogy – miként azt a Hatóság megállapította – a perbeli adatkezelésre esetlegesen fennállhat a „jogos érdek" jogalap alkalmazása, de ebben az esetben az érdekmérlegelési tesztet el kell végeznie a Vállalkozásnak, amely viszont már kívül esik a konkrét közigazgatási jogvita elbírálásának keretein. Nem tekintette a perben a vizsgálat tárgyának azt sem a Kúria, hogy a „jogos érdek" jogalapra való áttérés miatt a tiltakozási jog biztosítására tekintettel milyen nagyságrendű, milyen adminisztratív teherrel vagy költséggel járó, a tiltakozási kérelmek feldolgozásával felmerülő következményekkel kell a Vállalkozásnak számolnia. Kitért arra is, hogy a tiltakozási jog megléte a Kúria olvasatában is magasabb védelmet nyújt az érintetteknek a személyes adatok kezelésénél, hiszen ez esetben az adatkezelőn van a bizonyítás terhe arra nézve, hogy az adatkezelést olyan kényszerítő, jogos ok indokolja, amely elsőbbséget élvez az érintett érdekeivel, jogaival szemben, vagy amely jogi igény előterjesztéséhez, érvényesítéséhez kapcsolódik.

IV. Összegzés

Szándékosan a jogesetet részletesebben mutattam be, mert jól példázza, hogy hiába polgári jogi jogviszonyon alapul az adatkezelés és az adatkezelő felkészülten érvel, hivatkozik a klasszikus polgári jogi fogalmakra, úgy mint a szerződés teljesítése vagy megszűnése, az engedményezés alapjogviszonyt érintő és nem érintő hatásaira, az adatvédelmi jogban nem lehet elvonatkoztatni a konkrét eset tényállásától és attól, hogy az alapul fekvő helyzetet a GDPR és az értelmezésére kialakult „soft law" tükrében kell elsősorban megítélni. Ennek szemléletét pedig átszövi az érintett személyes adatainak hatékony védelme. A szakirodalom is elismeri, hogy komoly könnyebbség volt a szerződéses adatkezelési jogalap megjelenése és ez leginkább az üzleti célú adatkezelést végző adatkezelőknek kedvezett.[24] Ahogyan hangsúlyos ebben az érvelésben az is, hogy a könnyebbséget nem elsősorban adminisztrációs szempontból kell érteni (dokumentált tájékoztatás ekkor is van), hanem abból az aspektusból, hogy az adatkezelés nem az érintett bármikor megváltoztatható akaratához, hanem a szerződés létéhez kötődik. Ez kedvezőbb, stabilabb alapot biztosít az adatkezelőnek, mert az érintett részéről nem tehető egyoldalúan jogellenessé az adatkezelés az adatkezelési hozzájárulás visszavonásával (hiszen nem hozzájáruláson alapul az adatkezelés), hanem a jogalap a szerződés fennállásához kapcsolódik, csak a szerződés megszűnésével vonható kétségbe a jogalap. Erre is figyelemmel, az érintetti jogokra tekintettel alakult úgy azonban a Munkacsoport gyakorlata, hogy „szerződés teljesítéséhez szükséges" megkötést szűken kell értelmezni, és az csak a szerződés rendes végrehajtása körében él, így „nem alkalmazható azokra a további intézkedésekre, amelyeket a szerződés nemteljesítése vagy a szerződés végrehajtása során fellépő bármely más incidens következtében hoznak".

[24] Sepsi Tibor i. m. 51. o.

Szmodis Jenő[1]

Az adatkezelés célhoz kötöttsége és a legitim cél valóságosságának problematikája

Mind a joggyakorlat, mind pedig a jogelmélet számára különösen érdekesek azok a helyzetek, amelyekben azonos ténybeli állapotokra különböző jogi előírások vonatkoznak. Ilyenkor a különböző szabályok együttes érvényesülését oly módon kell elősegíteni, hogy a szabályozás látszólagos vagy logikailag lehetséges ellentmondásai kiküszöbölődjenek. Az ellentmondások feloldásában azonban nem csupán az elméleti, dogmatikai szempontok messzemenő figyelembe vétele játszhat szerepet, de legalább ennyire a józanész és a gyakorlati tapasztalat is. A jog által többféleképpen szabályozott helyzetek, tények egy különleges körét jelenti a személyes adatok kezelésének problematikája; azon belül is annak az adatkörnek a kezelésével kapcsolatos kérdések, amelyek egyszerre jelentenek oltalmazott személyes adatokat és közérdekből nyilvános adatokat.

A következőkben egy olyan eset tanulságairól kívánunk röviden szót ejteni, amely ugyan nem járta meg a másodfokú bíróságot, azonban amelyben plasztikusan jelenik meg a személyes adatkezelés legitim céljának, és e cél valóságosságának problematikája, illetve e problémakör néhány neuralgikus pontja. A későbbiekben rátérünk az adatvédelmi biztosnak problémánk szempontjából két jelentős és releváns állásfoglalására. Ezekkel kapcsolatban már most hangsúlyozzuk, hogy nem csupán az azokban foglalt érdemi megállapítások érdemelnek kitüntetett figyelmet, hanem az a szövegkörnyezet is, ami világossá teszi a szabályozás jelenleg is fennálló bizonytalanságait.

Az adott esetben tisztviselők illetmény-adatainak kikérésére került sor arra való hivatkozással, hogy az adatigénylő – állítása szerint – egy kiadványban a választásokat megelőzően összehasonlító jelleggel kívánta közzé tenni bizonyos önkormányzati vezetők juttatásait. Amint a jogvita során kiderült, ezt megelőzően egy helyi képviselő ugyancsak élt ilyen adatigényléssel, noha az adatokat nem formális úton, hanem a hivatal egy beosztott dolgozóján keresztül szerezte be. Ezt követően került sor a formális adatigénylésre, mégpedig egy, az adatkezelőtől nagyjából száz kilométerre fekvő, az adott településsel semmiféle kapcsolatban nem álló helységre bejegyzett gazdasági társaság részéről. Alperes valószínűsítette, hogy a két, tartalmában szinte megegyező adatigénylés között bizonyos kapcsolat állhat fenn, és az is, hogy az utóbbi adatigénylés célja a helyi választás esetleges befolyásolása lehet.

Az adatkezelő az adatok kiszolgáltatásától többek között arra való hivatkozással zárkózott el, hogy álláspontja szerint az adatkérésben megjelölt cél nem valós. Ezt követően került sor az adatigénylő részéről az adatok bírósági úton való kikérésére. Az adatkezelő ekkor a legalapvetőbb adatokat – így a szoros értelemben vett illetményadatokat – az érintettek hozzájárulásával megadta, azonban a további adatok kiadásától továbbra is elzárkózott. Az alperes a kereseti ellenkérelemben utalt a személyes adatok célhoz kötöttségének követelményére, továbbá arra is, hogy a „személyes adat az adatkezelés során mindaddig megőrzi e minőségét, amíg kapcsolata az érintettel helyreállítható."[2] Az alperes az ellenkérelemben utalt azokra a körülményekre, így a korábbi informális adatkérésekre (az azokról készült feljegyzésekkel alátámasztva állításait), amelyek komoly kétségeket ébreszthetnek az adatkérés és adatkezelés valós célját illetően.

Alperes ennek megfelelően annak igazolását kérte felperestől, hogy milyen kiadvány számára történik az adatok bekérése, mely más önkormányzatoktól történt hasonló adatkérés,

---

[1] Habilitált egyetemi docens, NKE, ÁNTK, Kormányzástani és Közpolitikai Tanszék, szmodis.jeno@uni-nke.hu

[2] 2011. évi CXII. törvény az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról (Infotv) 4. § (3)

az adatigénylő milyen előkészületeket tett az adatkérésben jelzett kiadvány megjelentetésére, továbbá, hogy az adatkérő milyen adatvédelmi intézkedéseket hozott meg az érintettek személyes adatainak biztonsága érdekében. A bíróság az alperesi kérdéseket továbbította felperes részére, aki e kérdések megválaszolását megtagadta. A bíróság végül helyt adva az alperesi kérelemnek, a keresetet elutasította, rámutatva arra, hogy alperesnek minden olyan körülményt igazolnia szükséges, amelyet az adatkérése alátámasztásaként előad.

Kétségtelen, hogy itt olyan helyzetről volt szó, amelyben a kért adatok egyszerre minősültek személyes adatnak és közérdekből nyilvános adatnak is. A konkrét esetben az alperes sikeresen tudta megvédeni azt az álláspontját, hogy a személyes adat megőrzi e jellegét még abban az esetben is, ha más vonatkozásban közérdekből nyilvános adatnak minősül. A későbbi jogalkotás a köztisztviselők személyes adatainak körét valamelyest hatékonyabban oltalmazva meghatározott egy speciális adatkört, amelyet az adatkezelőnek összesített formában kell közzétennie.[3] Ez persze nem változtatott azon a jogi helyzeten, hogy a közszolgálati tisztviselőkről szóló 2011. CXCIX. törvény szerint közérdekből nyilvános adatnak minősül a kormánytisztviselő illetménye.[4] Ez a szabályozás lényegében a polgármesteri hivatal köztisztviselőire is irányadó. Tehát egyfajta értelmezési versengés továbbra is fennáll a személyes adatoknak azon köre vonatkozásában, amelyek e jellegükön túl közérdekből nyilvános adatnak is minősülnek.

A konkrét esetben a felperesi oldal részéről az adatok kérése során – annak érdekében, hogy az adatok tényleges igénylőjének személye homályban maradjon – némileg túlkonspirált eljárásra került sor. Hírszerzési kifejezéssel élve, egyfajta legenda kialakítása történt az adatigénylés valós céljának, a helyi választás valószínű befolyásolási kísérletének leplezésére a fiktív kiadványra való hivatkozással. Az adott társaság felmérést vagy hasonló dokumentumot a későbbiek során nem jelentetett meg. A kiadványkészítői minőségre való hivatkozással azonban a formális adatigénylő *adatkezelői* pozícióba lépett, amelynek számos jogi és adatbiztonsági következménye van. Az Infotv. szerint „*adatkezelő:* az a természetes vagy jogi személy, illetve jogi személyiséggel nem rendelkező szervezet, aki vagy amely – törvényben vagy az Európai Unió kötelező jogi aktusában meghatározott keretek között – önállóan vagy másokkal együtt az adat kezelésének célját meghatározza, az adatkezelésre (beleértve a felhasznált eszközt) vonatkozó döntéseket meghozza és végrehajtja, vagy az adatfeldolgozóval végrehajtatja”.[5] Az is nyilvánvaló, hogy a kért adatok személyes adatoknak minősültek, hiszen az Infotv. szerint „*személyes adat:* az érintettre vonatkozó bármely információ”[6]; egyúttal a törvény által oltalmazott személyekről, úgy nevezett *érintett*ekről volt szó, azaz „bármely információ alapján azonosított vagy azonosítható természetes személy”-ekről.[7]

A formális adatkérőt az önmagában legitim, ám a körülmények alapján valótlannak valószínűsíthető adatkezelési cél megjelölésével – immár, mint adatkezelőt – az Infotv-ben megjelölt kötelezettségek terhelték. Ennek megfelelően merőben indokoltnak tűnt annak tisztázása, hogy az adatkérő a törvényben előírt kötelezettségeinek eleget tett-e, illetve megtett-e minden olyan intézkedést, amelyek a kért adatok biztonságát garantálni tudják. Az adatkezelő ugyanis az adatkezelés jogszerűségének biztosítása érdekében az adatkezelés összes körülményéhez, így különösen céljához, valamint az érintettek alapvető jogainak érvényesülését az adatkezelés által fenyegető kockázatokhoz igazodó műszaki és szervezési

[3] Infotv. I. melléklet III. Gazdálkodási adatok 2. pont: „A közfeladatot ellátó szervnél foglalkoztatottak létszámára és személyi juttatásaira vonatkozó összesített adatok, illetve összesítve a vezetők és vezető tisztségviselők illetménye, munkabére, és rendszeres juttatásai, valamint költségtérítése, az egyéb alkalmazottaknak nyújtott juttatások fajtája és mértéke összesítve”

[4] 2011. CXCIX. törvény a közszolgálati tisztviselőkről (Kttv.) 179. § i) pont

[5] Infotv 3. § 9. pont

[6] Infotv 3. § 2. pont

[7] Infotv 3. § 1. pont

intézkedéseket köteles megtenni, ideértve indokolt esetben az álnevesítés alkalmazását. A törvény rendelkezése szerint ezeket az intézkedéseket az adatkezelő rendszeresen felülvizsgálja és szükség esetén megfelelően módosítja.[8]

A jogvita során a felperes pusztán arra hivatkozott, hogy az általa kért adatok a törvény szerint közérdekből nyilvánosak, és elzárkózott a tényállás tisztázás minden olyan kérdésének megválaszolásától, amelyek egyfelől a legitim cél valóságosságára, másfelől az adatkezelés biztonságára vonatkozóan megtett intézkedésekre irányultak. Utóbbi kérdések megnyugtató megválaszolása nem csupán az adatbiztonság fennállásának igazolására szolgálhattak volna, de alkalmasak lehettek egyúttal a legitim cél valóságosságának valószínűsítésére is. A felperes elzárkózó magatartása komoly kétségeket ébresztett a bíróságban a legitim cél valóságosságát és a felperes eljárásának jóhiszeműségét illetően.

A jóhiszeműségnek, mint az egyik legalapvetőbb jogelvnek kiemelkedő jelentősége van, hiszen fogalmilag kizárt jogszerű eljárásról beszélni ott, ahol a jóhiszemű eljáráshoz komoly és megalapozott kétségek férnek. Az általános jogelvek, így jóhiszeműség elvének általánosságát illető bizonytalanságokat az Alkotmánybíróság határozatai fokozatosan oszlatták el. Noha az Alkotmánybíróság korábbi határozatai az Alaptörvény negyedik módosítása alapján 2013. április 1-től hatályukat vesztették,[9] az azokban foglalt elméleti igényű és elvi jelentőségű megállapítások a későbbi joggyakorlat során – legalább, mint jogirodalmi álláspontok – nem maradhattak egészen hatástalanok. A magyar Alkotmánybíróság működésének első, kritikus évtizede után egyre inkább világossá tette, hogy az alapvető fontosságú jogelvek érvényesülésének nincsenek jogági határai. Az Alkotmánybíróság az 1990-es évek végén, a 31/1998. (VI.25.) AB számú döntésében rámutatott, hogy a joggal való visszaélés tilalma az egész jogrendszerben érvényesül, így függetlenül az ún. jogági struktúra határaitól is. A 18/2008. (III.12.) AB határozat pedig az Alkotmánynak a jogállamiságra és a jogbiztonságra vonatkozó rendelkezése alapján következtetett arra, hogy a rendeltetésszerű joggyakorlás követelménye alkotmányos elv. Utóbbi határozatával, illetve annak indoklásával az Alkotmánybíróság egyúttal közelítette a jogállamiság és a jogbiztonság elveit is: nem konkuráló, hanem egymást kiegészítő-értelmező elvekként felfogva azokat. A joggal való visszaélés tilalma azonban speciális alakzatát képezi a jóhiszemű joggyakorlás követelményének és általános jogelvének. Ebből következően nem tekinthető jogszerűnek az a cselekmény, ami akár joggal való visszaélésre, akár pedig a jog rosszhiszemű gyakorlására irányul.

Az alperes ellenkérelmében és az előkészítő iratokban hivatkozott a személyes adatok kezelésének alapelveire is, amelyek egyértelműen megkövetelik a jogszerűséget. Eszerint: „Személyes adat kizárólag egyértelműen meghatározott, jogszerű célból, jog gyakorlása és kötelezettség teljesítése érdekében kezelhető. Az adatkezelésnek minden szakaszában meg kell felelnie az adatkezelés céljának, az adatok gyűjtésének és kezelésének tisztességesnek és törvényesnek kell lennie."[10] Az alperes rámutatott, hogy a leplezett, rosszhiszemű cél eleve és fogalmilag zárja ki a cél jogszerűségét, egyúttal a rosszhiszemű felperesi eljárás ellenkezik az Infotv. tisztességességre vonatkozó követelményével és alapelvével is. Az alperes hivatkozott továbbá az Infotv. azon alapelvi rendelkezésére is, amely szerint „Csak olyan személyes adat kezelhető, amely az adatkezelés céljának megvalósulásához elengedhetetlen, a cél elérésére alkalmas. A személyes adat csak a cél megvalósulásához szükséges mértékben és ideig kezelhető."[11] Az alperes e vonatkozásban is kérte az adatkezelés célja valóságosságának igazolását, másfelől annak tisztázását és egyértelművé tételét is, hogy a kért adatok mennyiben elengedhetetlenek a keresetben megjelölt cél megvalósulásához.

[8] Infotv. 25/A (1) bekezdés
[9] Alaptörvény Záró- és vegyes rendelkezések 5. pont
[10] Infotv. 4. § (1)
[11] Infotv. 4. (2)

Felperes e felvetésekre is kizárólag a kért adatok közérdekből való nyilvános jellegére történő utalással válaszolt. Hivatkozott továbbá a közérdekű adatok megismerésének általános szabályaira. Arra nevezetesen, hogy „Az állami vagy helyi önkormányzati feladatot, valamint jogszabályban meghatározott egyéb közfeladatot ellátó szervnek vagy személynek (a továbbiakban együtt: közfeladatot ellátó szerv) lehetővé kell tennie, hogy a kezelésében lévő közérdekű adatot és közérdekből nyilvános adatot – az e törvényben meghatározott kivételekkel – erre irányuló igény alapján bárki megismerhesse."[12] Hivatkozott arra is, hogy „Közérdekből nyilvános adat a közfeladatot ellátó szerv feladat- és hatáskörében eljáró személy neve, feladatköre, munkaköre, vezetői megbízása, a közfeladat ellátásával összefüggő egyéb személyes adata, valamint azok a személyes adatai, amelyek megismerhetőségét törvény előírja."[13] Utóbbi körben hivatkozott a közszolgálati tisztviselőkről szóló törvény már említett rendelkezésére, amelynek értelmében közérdekből nyilvános adatnak minősül a kormánytisztviselő illetménye.[14]

Mint említettük, az alperes annak ellenére szolgáltatta ki a kért illetményadatok egy szűkebb körét (tehát a havi rendszeres járandóságra vonatkozó adatokat), hogy a rendeltetésszerű joggyakorláshoz, az adatkérés jóhiszeműségéhez, egyúttal jogszerűségéhez, továbbá az adatkérő részéről az adatkezelési szabályok betartásához komoly kétség fért. Eljárásának indokaként azt hozta fel, hogy az adatok e körének kiszolgáltatásához az érintettek hozzájárultak. Minden további adat vonatkozásában azonban arra az álláspontra helyezkedett, hogy azok egyfelől nem esnek a közérdekből nyilvános adatok körébe, másfelől, felperesnek megfelelően igazolnia szükséges az adatigénylés törvényi feltételeit, a legitim cél valóságosságát, továbbá az adatkezelés biztonságát, illetve az utóbbi érdekében meghozott intézkedéseit.

Mint említettük, az elsőfokú bíróság érzékelte az adatkérés jogszerűségével, a legitim cél valóságosságával kapcsolatos problémákat és alapos kétségeket, így a felperest további adatok szolgáltatására hívta fel. A bíróság nyugtázta továbbá, hogy az alperes a per során a kért adatok egy részét rendelkezésre bocsátotta. Miután a felperes a bíróság felhívásának határidőben nem tett eleget, keresetét a bíróság részben elutasította, a feleket pedig perköltségeik viselésére kötelezte.

Az üggyel kapcsolatban két olyan alapvető kérdés merül fel, amelyekre vonatkozóan az adatvédelmi biztos két állásfoglalásában fogalmazta meg álláspontját. Az első kérdést az illetmény fogalmának köre, a másodikat az a probléma jelenti, hogy mi a jogszerű és követendő eljárás abban az esetben, amikor nyilvánvaló az adatkérés rosszhiszeműsége, jogellenessége, de legalábbis több mint kétséges az adatkérés jóhiszeműsége és jogszerűsége, továbbá ugyancsak kétséges az adatbiztonság megtartása az adatkérő részéről.

Az első kérdésben az adatvédelmi biztos NAIH-4931-2/2012/V ügyiratszámú ajánlása foglal állást. Az adatvédelmi biztos többek között leszögezi: „Álláspontom szerint az illetményre vonatkozó adatok körét – figyelemmel a Kttv. 13. §-ában szereplő, az egyenlő bánásmód követelményét és érvényesülését előíró szabályokra is – tágan kell értelmezni, abba beletartoznak a közszolgálati jogviszonyra tekintettel, illetve azzal összefüggésben szerzett egyéb járandóságok, juttatások is."[15] Amint elöljáróban utaltunk rá, igen figyelemreméltó az a szövegkörnyezet is, nevezetesen az „álláspontom szerint" fordulat, amelyben az állásfoglalás fő közlése megjelenik. Világos, hogy magából törvényszövegből nem következik egyenesen és minden kétséget kizáróan, hogy az illetmény fogalmát *a közérdekből nyilvános adati minőség* szempontjából tágan kell értelmezni. A tág értelmezés lehetőségét csupán a biztosi

[12] Infotv. 26.§ (1)
[13] Infotv. 26. § (2)
[14] 2011. CXCIX. törvény a közszolgálati tisztviselőkről (Kttv.) 179. § i) pont
[15] NAIH-4931-2/2012/

ajánlás veti fel, mégpedig a Kttv. 13 §-ával összefüggésben. A Kttv. Az egyenlő bánásmód követelménye cím alatt többek között a következőket rögzíti: „13. **§** (1) A közszolgálattal, így különösen az illetménnyel kapcsolatban az egyenlő bánásmód követelményét meg kell tartani. E követelmény megsértésének orvoslása nem járhat más közszolgálati tisztviselő jogának megsértésével, vagy csorbításával. (2) Az (1) bekezdés alkalmazásában illetménynek minősül minden, a közszolgálat alapján közvetlenül vagy közvetve nyújtott pénzbeli és természetbeni juttatás.)" Mármost, a Kttv. 13. § (2) bekezdésének szövegből egyértelmű és világos, hogy az illetmény fogalmának tág értelmezése csupán az egyenlő bánásmód követelményének betartásával összefüggésben áll fenn, nem pedig bármely más szempontból. Tehát a köztisztviselői illetmény közérdekből nyilvános jellegével összefüggésben – e törvényhely szerint – nem állapítható meg a tág értelmezés kötelezettsége, vagy lehetősége.

Az adatvédelmi biztos egy három évvel későbbi állásfoglalásában igen helyesen mutatott rá arra, hogy „az információszabadságnak és az információs önrendelkezési jognak egymásra tekintettel kell érvényesülnie, így a közfeladat ellátásával összefüggő egyéb személyes adatok (Infotv. 26. § (2) bekezdés) körének meghatározásánál figyelembe kell venni, hogy azok nyilvánossága nem sérti-e aránytalanul a magánszférához való jogot."[16] A magánszférához való jog itt is hivatkozott alapvető jogelve és követelménye, továbbá az Infotv-ben is rögzített *szükségesség*i elv eleve kizárja, hogy a köztisztviselő a törvényben *meg nem határozott* tűrésre legyen kötelezhető, különösen pedig pozitív jogi akadályokba ütköző, kiterjesztő jogértelmezés alapján. A 2015-ös ajánlás helyesen szögezi le továbbá azt is, hogy: „A személyes adatok nyilvánossága csak a közfeladat ellátása körében és alkotmányosan csak olyan mértékig indokolt, amely e cél eléréséhez szükséges."[17] A szükséges mérték fogalmával azonban nehéz összhangba hozni az olyan kiterjesztő értelmezést szorgalmazó álláspontot, amely a Kttv. szövegével ellentétben, mintegy biankó jelleggel, a lehetséges alkotmányos célok számbavétele nélkül vonna személyes adatokat a közérdekből nyilvános adatok körébe.

Ugyancsak ez a 2015-ös, NAIH/2015/7163/2/V. számú ajánlás érinti második kérdésünket. Azt nevezetesen, hogy milyen lehetőségek adottak abban az esetben, ha az adatigénylőre irányadó törvényi előírások teljesülése kérdéses. Az ajánlás ezzel a kérdéssel közvetlenül ugyan nem foglalkozik, azonban a következőket szögezi le: „Az Infotv. 26. § (2) bekezdésének utolsó mondatára tekintettel, amely szerint a közérdekből nyilvános személyes adatok vonatkozásában is érvényesülnie kell a személyes adatok kezelésére vonatkozó célhoz kötött adatkezelés elvének, azok terjesztésével és internetes közzétételével kapcsolatban fogalmaz meg korlátokat: - egyrészt a nyilvánosság céljával azonos céllal hozhatók nyilvánosságra az adatigénylő által, (…) - valamint a közérdekből nyilvános személyes adatok honlapon történő közzétételére az általános közzétételi lista és a közfeladatot ellátó személy jogállására vonatkozó külön törvény rendelkezései irányadóak. Mindez azonban nem jelenthet megtagadási okot, csupán az adatigénylőre hárítja a jogszerű terjesztés felelősségét."[18]

Noha az ajánlás itt hivatkozott részének esetén nem az adatkérés legitim céljának valóságossága, hanem a kért adatok további biztonsága forgott kérdésben, mégis látható az adatvédelmi biztos álláspontjának az az iránya, ami – a felelősség telepítés jogtechnikájával – a törvény egyéb előírásaival szemben az adatok kiszolgáltatására vonatkozó kötelezettséget helyezi előtérbe. E logika alapján feltételezhető tehát, hogy az adatvédelmi biztos megközelítése szerint nem csupán az adatbiztonság meglétének, hanem a legitim cél valóságosságának kérdésessége esetén is elsőbbséget élvez az adatok kiszolgáltatására vonatkozó előírás. Mindebből egy olyan felfogás körvonalazódik, amelyben az adatbirtokos szervet kötelezettség terheli az adatok kiadására, az adatkérés feltételei meglétének és az

[16] NAIH/2015/7163/2/V.
[17] 2015-ös, NAIH/2015/7163/2/V.
[18] 2015-ös, NAIH/2015/7163/2/V.

adatkérőt terhelő kötelezettségek teljesülésének kérdése pedig csupán az adatkérő felelősségét állítja előtérbe.

E megközelítés különösen az általunk itt vizsgált, közérdekből nyilvános személyes adatok esetén tekinthető problematikusnak. Az amúgy is nyilvános, tisztán közérdekű adatok esetében ez a logika viszonylag kevés problémát vet fel, hiszen adott esetben zömmel csupán olyan adatok szervezeten kívülre kerülése jöhet szóba, amelyek más vonatkozásban nem oltalmazottak. Abban az esetben azonban, ha közérdekből nyilvános személyes adatokról van szó, ráadásul egy olyan értelmezés mellett, amely indokolatlanul és a törvény szövegével ellentétesen terjeszti ki egy személyes adat fogalmát, már meglehetősen problematikusnak tekinthető ez az álláspont. Különösen pedig akkor, ha az eredeti adatbirtokos szervnek és az érintett természetes személynek nincs jogi eszköze és lehetősége arra, hogy a kiszolgáltatott adatok további sorsát nyomon kövesse, a későbbi adatkezelés biztonságáról megbizonyosodjék. A bármilyen, adott esetben valótlan cél megjelölésével kikerült személyes adatok esetleges jogtalan felhasználása vonatkozásában merőben illuzórikus, és tényleges következményekre nem vezető az a koncepció, ami az adatkérő felelősségét olyan jogszabályi környezetben hangsúlyozza, amelyben e felelősség érvényesítése gyakorlatilag lehetetlen.

Bármilyen tiszteletreméltó, elvszerű, adott esetben épp logikus is az adatvédelmi biztos adatvédelmi politikája, aligha takarítható meg, hogy a jogviták eldöntésére elsősorban rendelt, kontradiktórius eljárások, tehát perek során a bírósági gyakorlat alakítsa ki az adatvédelmi szabályok helyes értelmezésének, így a közérdekből nyilvános személyes adatokkal kapcsolatos problémák kezelésének zsinórmértékét. Itt is osztanunk kell Oliver Wendell Holmes főbíró, találó megállapítását: „A jog élete nem a logika, hanem a tapasztalat”.[19] Végezetül egyet kell értenünk az adatvédelmi biztosnak a jogalkotás felelősségét előtérbe helyező azon megállapításával, hogy: „A közfeladattal összefüggő adatok nyilvánosságára vonatkozó szabályok egyértelmű értelmezése érdekében felmerülhet azok újragondolásának igénye”.[20]

[19] „The life of the law has not been logic: it has been experience.” Oliver Wendell Holmes: The Common Law. (ed. Mark DeWolfe Howe ed.) The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1963. 5.
[20] NAIH/2015/7163/2/V.