

A jogbiztonság, az igazságosság és a demokrácia a jog mérlegén

I. BEVEZETÉS

A modern, kontinentális európai állam és jogrendszer XX. századi történetének méltán kiemelkedő két teoretikusa, Max Weber és Hans Kelsen az állam és a jog lényegének új megalapozásával egy napjainkig uralkodó nézetrendszert hívott életre. Weber a racionális-legális uralomként felfogott modern államot a tételes, pozitív jogon alapuló, szabályozott eljárások szerint működő, bürokratizált üzemeként határozta meg, míg Kelsen a jogrendszer lényegét egy minden külső aspektustól mentes, érvényes jogi normákból álló jogrendként definiálta. Ebben a kontextusban a jogállam a jogbiztonság formális fogalmán keresztül a jogilag szabályozott eljárásokban, és a rájuk vonatkozó jogi garanciák együttesében öltött testet.

A modern jogállamnak ez a megközelítése éppen a jelenlegi politikai, gazdasági- és társadalmi változások fényében veti fel azt a kérdést, hogy a jogbiztonság formális fogalma mentén a jog mennyiben képes saját eszközeivel értelmezni és feloldani a társadalom szintjén keletkező konfliktusokat. Erre a dilemmára keresi a választ Gianluigi Palombella, a páрмаi egyetem jogfilozófia professzora, aki évekig tanított a Pisai Egyetem Jogtudományi Karán. Művei közül kiemelkedik a *Jogfilozófia (Filosofia del diritto)*, az *Alkotmány és szuverenitás, Az alkotmányos demokrácia értelme (Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale)* továbbá *A jogok autoritása. Alapjogok az intézmények és normák között (L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme)*.

Az általam elemezni kívánt műve részben korábbi gondolatainak szintéziseként a jogbiztonság formális fogalmának különböző jogfilozófiai és jogelméleti megközelítésmódjait elemzi kritikai szemszögből, néhány konkrét társadalmi probléma vonatkozásában. *A Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia (A biztonság után. Jog az igazságosság és a demokrácia közötti egyensúlyban)*^[1]

[1] Palombella, Gianluigi: *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo Kiadó, Bari, 2006, 248 p.

című monográfiája többek között arra keresi a választ, hogy a jog és a társadalom reflexív, összetett kapcsolatrendszerében: 1. a jog hogyan válik a társadalmi rendszer részévé, 2. milyen összefüggések vannak a jog, a társadalom, a politika és az erkölcs között és 3. ezek a kapcsolatrendszerek hogyan befolyásolják egy adott, jogilag releváns társadalmi konfliktus feloldását.

Műve Bevezetőjében a szerző maga határozza meg a jog fogalmát egyes elemein keresztül. „A jog külső formája *strukturális-intézményi* összetevőiben áll, belső lényege *intézményeinek a ratio-jával, működésének alapelveivel* (amit gyakran a „jogállam, a rule of law” fogalmában egyesítenek,) illetve a kantai értelemben vett „*külső*” szabadságok” biztosítására vonatkozó szabályok összességével írható le.”^[2] Ezek az összetevők együtt jelölik ki az igazságosság határát a jog számára. Palombella kérdésfeltevéseivel és a jogfogalom elemeinek a bemutatásával világosan jelzi, hogy elveti a jog mint autopoetikus rendszer gondolatát. A társadalom oldaláról érkező különböző erkölcsi követelések, a köz- és a magánjő (javak) fogalmáról alkotott eltérő elvárások nyomása rendkívül erős. Ezekről a jogon kívüli tényezőktől nem lehet elszakadni, bár a jog maga határozza meg melyek az etikai és politikai programok, társadalmi igények elfogadhatóságának a határai. A határok megállapítása mindig a jogi intézményeinek értelméből, *ratio*jából látszik, a jog működési alapelveiből és az egyén szabadságának biztosítását szolgáló jogszabályokból olvasható ki. Amennyiben az egyes jogi intézményeket vizsgáljuk, legyen szó akár köz, akár magánjogi jogintézményekről, egyaránt rendelkeznek egy sajátos értelemmel, amely az antikvitástól napjainkig tartó jogi civilizációnk részei. A jogintézmények létének, működésének racionalitását nem lehet figyelmen kívül hagyni annak a veszélye nélkül, hogy ne akarnánk instrumentalizálni a jogot. Értelme természetesen akkor tapasztalható meg, amikor az egyén a jog világával érintkezik, pl. tulajdonjogát védi, adásvételi szerződést köt, hatósági eljárásban részt vesz, politikai képviselőt választ stb. A jogi intézmények értelme a modern jogrendszerekben kiegészül a jog egészének állami – jogállami – működésére vonatkozó alapelveivel, továbbá az Immanuel Kant által megalapozott, jogra vonatkoztatott szabadságfogalommal. Kant a felvilágosodás korának filozófusa: a szabadság belső – etikai – és külső – jogi – kontextusának megkülönböztetésével azt állította, hogy a jog „azon szabályok összessége, amely által ez egyik ember önkénye a másik ember önkényével a szabadság általános törvénye alapján egyeztethető össze.”^[3] A polgár három alapjoga a törvényes szabadság, a polgári egyenlőség és az autonómia, vagyis polgári szabadság. Az egyén külső szabadságának biztosítója a rá vonatkozó jogszabályokban ölt testet, amelyek szintén a modern jog szerves részei, a jogszabályok biztosítják és hangolják össze az egyén szabadságát mások szabadságával. Ugyanakkor Palombella definíciója arra is

[2] Palombella, 2006, 5.; A tanulmányban található idézetek a szerző fordításán alapulnak.

[3] Bayer, 2002, 160.

rávilágít, hogy a jog és erkölcs viszonyát nem lehet az egymást kizáró természet-jogi-jogpozitivisták alapján eldönteni. Nem egymástól mereven elkülönülő társadalmi jelenségekről van szó, ahogy a jogpozitivizmus állította, de ugyanakkor a jogot nem a felette álló, magasabb rendű erkölcsiség alapján kell megítélni, ahogy a természetjog jellemezte. Mindig az adott társadalom dönti el, mit tekint megvalósítandó céloknak és érdekeknek. Ezeket az érdekeket és célokat a jog saját mechanizmusain keresztül rangsorolja és szabályozza. Így visszatükrözi a társadalom gondolkodását a magán- és közjó tartalmáról, valamint ezek viszonyáról. A modern jogi gondolkodás egyik legnagyobb hiányossága, hogy ha megengedi a moralitás jelenlétét a jogban, akkor azt vagy a jogi eljárási garanciákra vonatkoztatja (Fuller) vagy az egyéni, alapvető jogait védi vele (Dworkin). Holott a jog által megoldani kívánt konfliktusok sok esetben az egyén és közérdek konfliktusából ered. Egyéni jogok ütköznek közösségi identitásokkal, egyéni érdekek állnak szembe közösségi érdekekkel.

Amennyiben az olasz jogfilozófus jogfogalmát az európai, újkori jog- és államfejlődéstörténeti aspektusában vizsgáljuk, megállapítható, hogy a francia forradalmat követő politikai, gazdasági és társadalmi változások következtében a jogfogalom egyik összetevője vált kizárólagossá. A jog szigorúan jogpozitivisták megközelítése dolgozta ki a jogállam működését leíró jogbiztonság formális fogalmát, amely szinte „mítoszként” nehezedik a jogtudományi gondolkodás vállára. Miért? A XVIII. század végének forradalma tette ugyanis véglegessé azt a középkor vége óta tartó folyamatot, hogy a tőkés gazdaság új társadalmi rétegének, a polgárnak a mentalitása, elvárásai a jogalkotásban és jogalkalmazásban egyaránt visszatükröződjének. Ez a réteg saját tevékenységének és stratégiáinak megtervezéséhez immár kevésnek tartotta az emberi együttélést szabályozó, íratlan, szokásjogi normák sokaságát. Olyan jogrendszer keretei között akart élni, ahol a jog egyedüli és kizárólagos forrása az államhatalom, egyéni szabadságjogait kódexekben rögzítik és a jog fő funkciója magánszférájának, individuális szabadságjogainak a közhatalommal szembeni védelme. Ebben a kontextusban a modern állam mint a saját területén élő állampolgárok feletti egyedüli és kizárólagos szuverén hatalom testesítette meg az egységes politikai akaratot. Az állam vált az érvényes jogi normák és döntések végső forrásává: a legfőbb jogalkotó, jogalkalmazó és igazságszolgáltató hatalomként. A politikai és társadalmi legitimitáció talaján állva a szuverén állam biztosította a jogbiztonságot, mert képes volt hatalmának kizárólagosságát összekapcsolni „a jog autoritásának, a legális jogforrásoknak és a többé-kevésbé színlelt, (hamis) homogén népakarat ideológiai előfeltevésének eszméivel.”^[4] Ennek a folyamatnak a betetőződése fejeződött ki Max Weber legális-rationális uralomként felfogott államában. Mit jelentett ebben a vonatkozásában a jogbiztonság fogalma? A szuverén államhatalom által biztosított jogrendszerben a jogi normák stabili-

[4] Palombella, 2006, 8.

tását, állandóságát, általánosságát a szabályozandó magatartások vonatkozásában, megismerhetőségét, kiszámíthatóságát és a jogilag szabályozott magatartás következményeinek előre láthatóságát. A folyamat végeredménye Kelsen tiszta jogtana volt, amely a „jogrend strukturálódásának normákon keresztül történő hierarchizálását és az adminisztratív aktusok ennek való alárendelését, illetőleg az igazságszolgáltatási kontrollját látja a jogállam modell tartalmának”.^[5]

Magától értetődő, hogy ezek a követelmények nem számolhatók fel, ha nem akarjuk a jog létezését és működését bizonytalanná, megragadhatatlanná tenni. Az olasz jogfilozófus azonban helyesen világít rá arra, hogy a fenn vázolt folyamat ma három igen erőteljes kihívással néz szembe.

- Egyfelől a nemzetállam, mint kizárólagos szuverenitással bíró főhatalom mellett megjelentek az állam feletti és az állam alatti döntéshozatali (szupranacionális és szub-nacionális) szintek.
- Másfelől a társadalmi és intézményi komplexitás növekedése, az egyén kapcsolatrendszerének összetettebbé válása szintén komoly következményekkel jár. Az emberi jogok két évszázados történelmét végignézve azt figyelhetjük meg, hogy az egyén az első generációs politikai és polgári szabadságjogait individuumként kapta az állami hatalommal szemben, második generációs gazdasági-, szociális- és kulturális jogaiban társadalmi tagságából következően részesült az állam beavatkozása révén. Jelenleg a harmadik, sőt újabb generációs jogok megjelenésével intenzíven nő a jogok száma anélkül, hogy a jogalanyiség alapját, az állam- és egyén viszonyát pontosan tisztáznánk, illetve előtérbe kerülnek a különböző közösségi – etnikai, kulturális és vallási, vagy éppen nemi – identitások, amelyek számos esetben konfliktusba kerülnek és kerülhetnek az emberi jogok egyes generációival.
- Harmadrészt egyre érzékelhetőbbé válik az a Jürgen Habermas által felvázolt probléma, amely alapján a bürokratikus uralomként felfogott politikai rendszerrel szemben szerveződő civil társadalom módosítja a szuverenitás fogalmát. Itt ugyanis arról van szó, hogy amíg az állam szuverenitása a pozitív jogszabályok által intézményesített döntéshozatali mechanizmusokban ölt testet, a civil társadalom megjelenésével „...létrejönnek azok a módszerek és eszközök, amelyeknek a demokratikus eljárásokban kell kifejeződniük azáltal, hogy érvényre juttatják az egyén és a közhatalom közötti konfliktusban a 1. méltányosság eszméjét, az 2. eszmék plurális és egyenlő megjelenését, illetve 3. az igazságosság materiális összetevőit.”^[6]

A fent vázolt kihívások a jogbiztonság fogalmának XX. századi mítoszát számolják fel. Palombella jogi civilizációnk jelenlegi állapotát a biztonságtól (*la*

[5] Szigeti, 2006, 69.

[6] Palombella, 2006, 8.

certezza) az egyensúly (*l'equilibrio*) felé való elmozdulásként írja le. Az egyensúly a jogi intézmények *létezési módja (il loro modo d'essere)*, azok a *logikák (le logiche che ad essi appartengono)*, ahogyan a jogi intézmények az adott jogrendszeren belül elhelyezkednek, a jog értelmének minimális feltételei (*le condizioni minime di senso*), amelyet mindenki elismer, és amelyet bármely jogász tökéletesen megért. Az egyensúly tehát logikák, jelentéstartalmak és feltételek együttesében fejeződik ki. Közvetlenül függ: 1. attól a módtól, ahogy a jogalkotók és bírák döntést hoznak, valamint 2. a jogot meghatározó doktrínáitól és elméletektől.

Hol és mikor jelenik meg az egyensúly? Ott és akkor, ahol „...konkurens alapelvek és érdekek közötti egyensúlyt az *ésszerűség alapján* találjuk meg anélkül, hogy egyoldalú döntést hoznánk, vagy fenntartjuk egy konfliktusban felmerülő *különböző érdekek és/igények „jóságának”* a lehetőségét, vagy úgy határozunk meg jogszabályokat, hogy ezek a szabályok nem szüntetik meg a *létezésük értelmének alapjául szolgáló alapelveket*, vagy az emberi jogokra vonatkozó normák kógens parancsaiban *tiszteletben tartjuk* azokat az *etikákat és kultúrákat*, amelyek ezeket a jogokat biztosítják.” (*Kiemelés - E. K.*)^[7]

A jogbiztonság formális-legális fogalma és az egyensúly tehát két különböző szemléletmód. „Ha a jogbiztonság az egyszerűsítés prioritásától függ, az egyensúly egy olyan koncepció, amely a „tragikus választások” komplexitására vonatkozik, anélkül, hogy ezt a komplexitást csökkentené, vagy teljesen figyelmen kívül hagyná. A biztonság a jog önfenntartásának paradigmájánál marad, a *jog statikus szemlélete*, az egyensúly azonban elismeri a jog külvilággal való kapcsolatát, annak ellenére, hogy továbbra is maga határozza meg végső céljait és cél megvalósításához vezető utat.” (*Kiemelés - E. K.*)^[8] Az egyensúly tehát a jog belső szerkezeti egységei és a jog szempontjából külső un. morális, társadalmi, politikai elvárások, igények, programok közötti választóvonalat meghúzva a *jog dinamikus szemlélete*.^[9]

A szerző műve számos híres jogeseten keresztül négy különösen fontos területen elemzi az előbb felvázolt problémát: 1. az emberi jogok és az alapjogok, 2. a magánjogi kártérítési felelősség generálklauzulája mögött meghúzódó jogfilozófiák, 3. a joggal, a hatalommal és a jogállam fogalmával való visszaélés, valamint 4. az európai alkotmány és európai állampolgárság fogalmán keresztül. A monográfia igazán nagy érdeme, hogy a modern jogfilozófia meghatározó képviselőinek (többek között Kant, Weber, Kelsen, Habermas, Rawls, Dworkin) máig ható gondolatain keresztül, utalva az antik jogi tradíciók igen fontos képviselőire, konkrét, a magyar jogtudományi gondolkodás szempontjából csak részben ismert vagy ismeretlen jogeseteket elemez. Ugyanakkor az olasz jogtudományi gondolkodásban meghatározó doktrínákba is betekintést nyerhetünk.

[7] Palombella, 2006, 12.

[8] Palombella, 2006, 12.

[9] Palombella, 2006, 5.

II. AZ EMBERI JOGOKTÓL AZ ALAPJOGOKIG

A modern jogfejlődés egyik legnagyobb vívmánya az emberi jogok katalógusa nemzetközi, univerzális egyezmények egész sorát hívta életre 1945 után. Ha ezen egyezmények mögé tekintünk és kísérletet teszünk arra, hogy ezeknek a jogoknak a lényegére rávilágítsunk, hamar rájöhethetünk arra, az univerzalitás mögött egy sajátos antropológia, erkölcs és az igazságról alkotott felfogásunk egyik típusa áll. Palombella az emberi jogok filozófiai hátterének felvázolásában M. Ignatieff *Az emberi jogok ésszerű apológiája (Una ragionevole apologia dei diritti umani)* című művére támaszkodik. Ebben a szerző azzal érvel, hogy az emberi jogok természetének vizsgálatakor elsődlegesen azt látjuk, ezek a jogok a negatív szabadságfogalom minimális feltételeinek biztosítására törekuszenek, amely etikai kontextusban elhelyezve a „helyes” és nem pedig a „jó” fogalmához áll közel: „...élvezhetjük az emberi jogok teljes körű védelmét anélkül, hogy birtokában lennénk a jó élet lényegi követelményeinek”.^[10] Univerzalitásukban a semlegesség kanti álláspontja fejeződik ki, amely a szabad embert az autonómiában, autonóm mivoltát a saját akaratából kiinduló szabad választás képességében jelöli meg, amelynek egyetlen alapja a „kategorikus imperatívusz” formális fogalma: „cselekedj úgy, hogy akaratod maximája mindenkor egyúttal egy általános törvényhozás alapelveül szolgáljon”.^[11] A kanti etika ezzel együtt egy deontológiai jellemvonással bír. Ezen a filozófiai alapon az emberi jogok önmagukban semmit sem mondanak az egyén társadalmi kapcsolatrendszerében megnyilvánuló különböző identitásairól. Szerepük nem az, hogy az eltérő kulturális sajátosságok tartalmát táplálják, hanem az egységes és egyetlen „morális hatalom”-ként felfogott világ univerzális nyelvén az egyén individuális vonását erősítsék azáltal, hogy ösztökélik a kulturális meghatározottságok alóli felszabadítást, ezen identitások jelentéstartalmának megváltoztatását. Filozófiai hátterük azonban egy adott politikai- és társadalmi rendszer keretei közé ékelődve politikai konfliktusok sorát hozza létre az emberi jogok címzettjei és a politikai hatalom birtokosai között. Éppen neutrális és univerzális voltuk teszi alkalmassá az emberi jogokat arra, hogy a politika ideológiailag hasznosítsa a társadalmi különbségek és egyenlőtlenségek elmélyítésére. Tévedés azonban azt hinni, hogy az emberi jogok csak ott válnak ilyen konfliktus forrásává, ahol a politikai rendszer demokratikus minősége hiányzik, itt előszeretettel hivatkoznak a „gyengék védelmének” a problémájára (l. később). A liberális demokratikus jogállam a maga többségi társadalmával ugyanilyen konfliktusok forrásává válhat.

Hogyan lehetséges a társadalmi-politikai rendszerben keletkező konfliktusokat emberi jogokkal kezelni? A jog egyensúlyi volta ebben a problémakörben éppen abban rejlik, ahogy az emberi jogokat alapvető jogokká transzformálja, a

[10] Palombella, 2006, 24.

[11] Idézi Störig, 1997, 571.

társadalmi rendszer részévé teszi. Palombella felhívja a figyelmet arra, hogy az emberi jogok és az alapvető jogok nem szinonim fogalmak, hanem emberi létezésünk és azon belül társadalmi létünk különböző megközelítésmódjai.

- Általánosságban elmondható, hogy az emberi jogok alapvető jogok is, mivel azok a közösségi életünk alapjai. Ez a viszonyrendszer azonban nem reflexív, azaz nem minden alapvető jog emberi jog.
- Az emberi jogok absztraktak, míg az alapvető jogok konkrétak. Az alapvető jogokként meghatározott emberi jogok már nem az emberi létezésünkre hivatkozva igazolják önmagukat, hanem egy saját szabályokkal, intézményekkel és a társadalmi rendszer által alkotott jogvédelmi mechanizmusokkal meghatározott, szervezett társadalom részei. Az alapvető jogok konkrétságában az adott társadalomhoz kötöttség motívuma jelenik meg.
- Az alapvető jogok létezésének alapja elismerési normáikban rejlik. Ezek a jogok a jogrendszer kiemelkedő csoportját alkotják: intézmények működését és politikákat (*policies*) orientálnak.
- Az emberi jogokra különböző filozófiai választásokat lehet építeni, amelyek egyformán igazolhatók. Az alapvető jogok azonban a társadalom által megfogalmazott közösségi célok és javak skálájával találják magukat szembe. Palombella szerint a kettő közötti különbség úgy szemléltethető, hogy ha egyéni életünkben egy meghatározott célt akarunk elérni ezt az emberi jogok esetében a moralitás, az alapvető jogok esetében az etika fogalmával fejezhetjük ki legjobban. Az etika ugyanis komplex, hierarchikus értékek skálája, amelynek mindig egyének és csoportok vannak birtokában, céljaikat és tetteiket ezen a skálán mérik le.^[12]

A két megközelítésmód különbségéből adódóan a modern jog egyik legnagyobb kihívása, hogy amennyiben az emberi jogokat alapvető jogként ismerjük el, hogyan lehet meghatározni a társadalmi rendszeren belül elhelyezkedő etikai feltételeket, és hogyan lehet mozogni az intézmények által konkrétan összegyűjtött és kiválasztott értékek skáláján. Ez a probléma azonban nem semleges, mint az emberi jogok természete, hanem politikai jellegű. Ebben a játékban nem az játszik szerepet, hogy az egyén rendelkezik a kanti autonómia fogalom értelmében vett (neutrális jellegű) választás képességével, hanem az, hogy maga a társadalmi rendszer áll-e azon a szinten, hogy intézményesített védelmet nyújtson a közösségi célok szövevényes hálójában az etikai választásoknak és ezen a választások eredményeinek.^[13] Az alapvető jogok olyan etikai-politikai kontextussal rendelkeznek, amely külső hálóként fogja körbe az emberi jogok moralitását.

Vizsgáljuk meg az emberi és alapvető jogok közötti különbségtétel néhány kirívó esetét. Az egyik elméleti probléma a nem szabad társadalomban élő

[12] Palombella, 2006, 31.

[13] Palombella, 2006, 34.

„gyengék” (elnyomott, emberi jogaikban sértett személyek) konszenzusában áll. Az olyan társadalmakban, ahol számos, az emberi jogokat sértő társadalmi gyakorlat található, mint pl. az oktatásban és nevelésben felállított korlátok, az ún. elrendezett házasságok ügye, vagy a nő fizikai integritásában okozott károk, hogyan igazolhatók az ezeket elszenvedő fél beleegyezésével okozott jogsértések? Mivel az egyén egy olyan társadalmi-kulturális közösség szerve része, amely ezeket a gyakorlatokat rendszeresen alkalmazza, így azokat automatikusan követi. Hogyan érvényesül a kanti autonóm választás képessége és milyen elméleti alapon magyarázható a konszenzussal szembeni felszabadítás lehetősége? Az autonóm választás kizárt a szabadság biztosítása nélkül. Aki az autonómia a priori értékét hangsúlyozza, az nincs tekintettel azokra a határookra, amelyeket a társadalom állít fel a szabadsággal szemben. Az ilyen típusú társadalmakban a politikai rendszer által preferált javak ezekben a gyakorlatokban nyilvánulnak meg, a jog szabályaival ezeket támasztja alá. Aki a közösségi cselekvés elsődlegességének a talaján áll, az a társadalmi rendszerben kinyilvánított érdekek, értékek mentén elutasítja az egyén rossz társadalmi gyakorlatokkal szembeni választási lehetőségét. A felvetett probléma egy elnyomó, emberi jogokat sértő társadalomban azt mutatja, hogy az emberi jogok nem léteznek a maguk semleges kontextusában, Mindig egy sajátos etikai-politikai rend belsejében jelennek meg, ha egyáltalán megjelennek. A fent említett példában a nem szabad társadalom által elkövetett jogsértések nem teszik lehetővé, hogy a társadalom gyengébb elemei képesek legyenek legyőzni állandó jogsértett állapotukat. Igen találó Palombella összegzése erre a problémára vonatkozóan: „...az emberi jogok, amelyek a politikai társadalomban és a jogrendben bírnak effektív funkcióval, már etikai tartalommal ellátott alapvető jogok, alanyai az átalakulásnak, a kisiklásnak; dinamikusak, nem statikusak, csak és kizárólag a fizikailag létező kulturális jelentéstartalommal bíró szituációban nyilvánulnak meg”.^[14]

Egy másik probléma a multikulturális társadalom kisebbsége által diszkriminált tag jogi helyzetévé áll összefüggésben. Itt nem a többség-kisebbség nyugati társadalmakból jól ismert problémájával állunk szemben, hanem egy kisebbségen belüli többség-kisebbség konfliktussal, ahol a kisebbséghez tartozó személy egyéni jogai kerülnek összeütközésbe kulturális-vallási identitásával. Híressé vált jogeset volt az 1970-es évek Indiájában Shah Bano ügye, aki 73 éves muszlim nőként 1975-ben, miután férje elhagyta, az indiai büntető eljárásjogi törvény 125. §- alapján bírósághoz fordult arra hivatkozva, hogy férjének eltartási kötelezettsége van. A férj, hogy megmeneküljön ettől a kötelezettségtől, a talaq, muzulmán jog, szabályai alapján elvált. Az indiai Legfelsőbb Bíróság Shah Bano követelésének helyt adva a válás ellenére az egykori férjet kötelezte arra, hogy volt feleségét eltartsa. Így az állami bíróság a jogforrások közötti vitát az állami jog vallási joggal szembeni elsőbbségének a biztosításával döntötte el. A Legfelsőbb Bíró-

[14] Palombella, 2006, 40.

ság érvei között szerepelt az is, hogy azok a társadalmi rétegek – így az elvált nők – akik nem tudnak önfenntartásukról gondoskodni, elemi szükségleteiket a társadalomnak kell kielégíteni. Ezzel az érveléssel az indiai társadalom azon etikai elvárása jelent meg közérdek formájában, hogy a társadalom tagjainak önfenntartását végső soron valaki másnak kell biztosítani, amit nem lehet az adott személytől vallási identitására hivatkozva megtagadni. Az ügy végkifejletének paradoxona azonban, hogy 1986-ban a Muslim Women’s Bill mégis kizárta az elvált nőket a férj általi eltartási kötelezettségből, arra hivatkozva, hogy eredeti családtagjaik kötelessége a nő szükségleteiről gondoskodni.^[15]

Az eset különös jelentősége az állam és a vallási közösség normáinak szembeállítása lehet. Shah Bano érdekében az állami jogszolgáltatás révén, az állami törvény rendelkezéseit juttatták érvényre egy vallási kisebbségen belüli kisebbséghez tartozó tag kulturális-vallási identitásával szemben, amit később ugyan a muszlim nőkre vonatkozó vallási törvény semmisített meg. Tette mindezt úgy, hogy ebben közérdeknek minősítette az eltartási kötelezettséget. Elrugaszkodott az emberi jogok neutrális tartalmától azzal, hogy az emberi élethez való jogra hivatkozás helyett az elvált nő elemi szükségleteinek biztosítását a társadalom által elismert és preferált közérdeknek minősítette. Ebben az esetben az egyén-közösség-állam egy sajátos viszonyáról van szó, amelyet nem lehet a nyugati közszféra-magánszféra dualitása alapján feloldani. A szerző által idézett Ayelet Shachar *Multikulturális Jogszolgáltatás* című művében azt állítja, hogy ebben a triászban az egyén gyakorlatilag elveszik a csoport és állam közötti harcban, amit a csoport vezetőjének kell áthidalnia anélkül, hogy a csoporthoz tartozó személy identitásának egyéni vagy közösségi eleméről le kellene mondania. Az állampolgár – mint az alapvető jogok birtokosa – és a csoporttag identitása nem lehet egy „zéró összegű” játszma.^[16]

Ugyancsak kiemelkedő esetnek számít az Egyesült Államok Legfelsőbb Bírósága előtt 1982-ben zajlott Plyler vs. Doe ügy. A vita tárgyát egy texasi állami törvény szolgáltatta, amely megtiltotta az illegális emigránsok külföldön született kiskorú gyermekeinek az általános iskola felső tagozatába és a középiskolába való felvételét. Ebben az esetben a „jog az egyenlőségre” elve sérült meg, hiszen a texasi jogalkotás diszkriminálta az emigránsok oktatásban való részvételét. A Legfelsőbb Bíróság alkotmányjogi szempontból illegitimnek minősítette a törvényt, de felhívta a figyelmet arra, hogy a legitimitás hiánya nem a diszkriminációból vezethető le, hanem az „Equal Protection Clause” azaz az „egyenlő védelem elvéből”. A törvény nem azért rossz, mert az oktatásban való részvétel mint a közösség által meghatározott jó tekintetében eltérően kezeli az egyes csoportokat!

[15] A jogesetet részletesen ismerteti Palombella, 2006, 49–50.

[16] Palombella, 2006, 51.

Az eset Owen Fiss bíró véleménye miatt tekinthető egyedinek. Hogyan értelmezi a Legfelsőbb Bíróság egyik tisztviselője a hivatkozott elvet? Nézete szerint a texasi törvény azon túl, hogy lehetővé teszi a társadalomban kasztok és páriák képződését, egyben társadalmilag és gazdaságilag hátrányos helyzetű csoportok létrehozását eredményezi, amely csoportok kénytelenek a társadalom peremén élni, elszigetelődve a többségtől, azzal a kockázattal, hogy ők maguk is, és a társadalom domináns csoportjai is alsóbbrendű rétegeknek tekintik őket”.^[17] Az érv lényege abban áll, hogy itt nem a társadalmi javak elosztásában megnyilvánuló igazságosság fogalma jelenik meg az egyénekre vonatkoztatva, hanem egy strukturális alapelv, a közösség érdekének köntösébe bújtatva. Az amerikai társadalom mint egyenlők közössége nem tartalmazhat különböző kasztokat és jögon kívül csoportokat, nem rendelhet alá egyes csoportokat másoknak. Így nem az interszjektív igazságosság deontológiai elve – amelynek sarokpontjában az egyén védelme áll –, hanem az alárendelés tilalmának az elve – amelynek sarokpontja a közösség védelme – lett a bírósági ítélet indoklásának az alapja. Az alárendelés tilalma egy olyan közérdek, amelyben az amerikai társadalom saját céljai nem tűrik el a kasztok, alávetett csoportok fennállását.

Nagyon érdekes azonban az amerikai szemléletnek az egyenlőségről alkotott felfogása. A diszkrimináció illegitim, ha az egyenlők társadalmát, mint „közjót” sérti, de legitim, ha az alárendelés a politikai jogok, az állampolgárság hiányából fakad. Ez utóbbira példa a Yale Egyetem esete, ahol az emigránsokat a politikai jogok gyakorlásából zárta ki állampolgárságuk hiányára tekintettel.^[18] Sőt, az 1980-as évek törvényhozási folyamatában bevezetett korlátozások az oktatás, a munka és a jóléti szolgáltatásokhoz való hozzájutás világában szintén legitimnek minősültek.

Végül, de nem utolsósorban egy egymással párhuzamba állítható kettős jogi problémát kell elemeznünk. A nők egyenlő esélye a közéleti politikai funkciók betöltésére és a fogyatékkal élők esélyei a munkahelyszerzésre egy híres olasz, alkotmánybírói jogeset kapcsán az egyenlőség formális és lényegi fogalmának dichotómiájára világít rá. 1995-ben az olasz Alkotmánybíróság illegitimnek minősítette a választási listákról szóló törvényben elfogadott nemi megkülönböztetésen alapuló kvótákat. Az Alkotmánybíróság 442/95. döntésében először az olasz alkotmány 3. §. 3. bekezdésében megfogalmazott törvény előtti egyenlőség alapelvét és az 51. § 1. bekezdésében található egyenlőség elvét értelmezve nyilatkozott az egyenlőség fogalmáról.^[19]

„A törvény előtt mindenki egyenlő nemre, fajra, nyelvre, vallásra, politikai véleményre, társadalmi és egyéni feltételekre tekintet nélkül.” (3. § 3. bek.)

„Minden az egyik és a másik nemhez tartozó állampolgárnak joga van a közhivatalokra és egyéb választás útján betölthető hivatalokra az egyenlőség feltételei alapján.” (51. § 1. bek.)

[17] Palombella, 2006, 58.

[18] Palombella, 2006, 60.

[19] Costituzione Esplicata, 2010, 3., ill. 51.

Az Alkotmánybíróság döntésében a törvény előtti egyenlőség elvét úgy értelmezte, hogy jogilag irreleváns minden olyan szabály, amely a nemre vagy egyéb különbségre tekintettel keletkezik: „...a nemek közötti egyenlőség nem zárhatja ki a politikai tisztségek betöltéséből az egyik vagy másik nemet. Ebből következően az olyan választási kvóta, amely valamelyik nemnek a parlamentbe jutását megtiltaná, vagy korlátozná nem legitim.”^[20] Ám a passzív választójog elemzése tekintetében az olasz alkotmány 51. § 1. bekezdése alapján az Alkotmánybíróság arra a következtetésre jutott, hogy az abszolút egyenlőség elve nem jelentheti a nemi alapú megkülönböztetés során alkalmazott azon kvótákat, amellyel hátrányos helyzetű csoportok érdekében bármely más állampolgár alapjogának gyakorlását korlátozzák.^[21]

Az 1995-ös döntés tehát még a formális egyenlőség talaján állt, mivel a nők politikai közéleti funkciókhoz való hozzájutását a parlamentbe jutás egyenlő feltételeinek megteremtésében látta, de ellenzett minden olyan kvótát, amely a női nem hátrányának a leküzdését szolgálja. Ez a típusú egyenlőség a kiindulási pont és nem az eredményben való egyenlőség formájának az eltérbe állítása. A nemi különbségtétel megszüntetése az Alkotmánybíróság szempontjából abban állt, hogy ha a politikai választások alkalmával egyenlő „versenyfeltételeket” biztosítunk mindegyik nemnek, de ha a nők aránya a parlamentben a férfi képviselők száma alatt marad, akkor a társadalom által eltérbe állított két „jó” közül (azaz hogy kvótákkal segítjük a nemi viszonyok kiegyenlítését, vagy a választójogát mindenki korlátozás nélkül gyakorolja) az utóbbit kell választani. A kérdés ezek alapján az, hogyha a nők választójogának gyakorlását összevetjük egy másik hátrányos helyzetű csoportnak, a fogyatékkal élőknek a munkával összefüggő jogaival, akkor mi a különbség aközött, ahogy a nők parlamentbe jutását támogatják és aközött, hogy a fogyatékkal élők számára munkahelyeket kell teremteni. Palombella arra hívja fel a figyelmet, hogy a társadalmi javak politikailag-etikailag különböző tartalmú felfogásával és nem az emberi jogok univerzális, semleges mivoltával állunk szembe. A jog által védeni kívánt jó a fogyatékkal élő esetében az az életminőség, amely a nem fogyatékkal élőkkel összehasonlíthatóvá teszi őket. Itt azt kell megvizsgálni, hogy a fogyatékos személy milyen, a társadalom által felállított akadályok miatt nem tud olyan minőségű életet élni, mint a társadalom fogyatékkal nem rendelkező tagjai. A nők politikai tisztségekhez való hozzájutása tekintetében a közéleti funkcióba való belépést akadályozó tényezőket kell leküzdíteni. Ugyanakkor az 1995-ös eset után az olasz alkotmányt módosították, mind 51. § 2. bekezdése mind a 117. § 7. bekezdése lehetővé teszi annak az előmozdítását, hogy a politikai tisztségek betöltésében megvalósulhasson az esélyegyenlőség.

[20] Palombella, 2006, 64.

[21] Palombella, 2006, 64.

- „Ebből a célból a Köztársaság megfelelő intézkedésekkel előmozdítja a nők és férfiak közötti esélyegyenlőséget.” (51. § 2. bek.)
- „A regionális törvények elmozdítanak minden akadályt, amely megtiltja a nők és férfiak közötti teljes egyenlőséget a társadalmi, a kulturális és a gazdasági életben és előmozdítja a nők és férfiak közötti egyenlőséget a választás útján betölthető hivatalokba való belépésre.” (117. § 7. bekezdés)^[22]

Ez a példa jól tükrözi azt, hogy az egyenlőség formális fogalmán túl a demokratikus társadalmakban, így Olaszországban mind az országos mind a regionális szinten, komoly kihívást jelent az egyes csoportok esélyegyenlőségének elérése. Az olasz alkotmány ezt jogi szinten már a jogforrási hierarchia élén álló alkotmányban rögzítette. Ahhoz azonban, hogy az adott társadalmi rendszer elmozdulhasson az egyenlőség lényegi fogalmának, azaz a különbségeken alapuló plurális elvek megjelenítésének az elve felé, valóban alapvető jogként kell deklarálnia.

A fent elemzett jogesetek alapján az emberi és az alapvető jogaink közötti különbségek szemmel láthatók. A jogok általában véve egy társadalmi rend *produktumai* – amennyiben alapvető jogok, és *előfeltételei* – amennyiben emberi jogok. Ebben az utóbbi köntösükben teszük lehetővé számunkra, hogy a „legjobb filozófiai érveink” legyenek, amikor az emberi létezésre és az igazságosságra a szó általános értelmében akarunk hivatkozni, ám ha a politikai és társadalmi konfliktusainkat emberi jogi alapon kívánjuk megoldani, olyan falba ütközünk, amellyel ez lehetetlenné válik. Ebből következően szükségünk van az alapvető jogoknak a normatív társadalmi gyakorlatokban megnyilvánuló és etikai célok által meghatározott rendszerére.

III. AZ IGAZSÁGOSSÁG, AZ ETIKA ÉS AZ IGAZSÁGTALAN KÁR

A magánjogi kártérítési felelősség jogintézménye az igazságosság speciális logikájához kapcsolódik az egyének közötti horizontális kapcsolatok viszonyrendszerében. Jogfilozófiai jelentősége az igazságosságról alkotott filozófiai nézetekhez való viszonyából ered. Ezen túlmenően az igazságosságon alapuló, a jogrendszer által meghatározott és védett javak, értékek hálójában különböző etikákkal áll összefüggésben. A kártérítési felelősség természete és elemei attól függenek, hogy egy társadalom a jog szabályain keresztül hogyan viszonyul a magánfelek közötti kapcsolatokban az igazságosság problémájához és ez alapján milyen, a konkrét javak tekintetében megnyilvánuló etikákat támogat.

Az alapvető jogok problémájához hasonlóan a jog itt is egy olyan jelenséggel áll szemben, amely a formális igazságosság által biztosított „helyes”, és az etikai koncepciók által előzetesen szelektált javak közötti egyensúlyt kell biztosítania. Mindeközben a hagyományos bipoláris, vagyoni és nem vagyoni kár fogalma

[22] Costituzione esplicita, 2010, 51., ill. 116.

mellett az olasz jogtudományi gondolkodás egyre inkább elmozdul az egzisztenciális kár fogalmán keresztül egy hármasság tagolódás irányába, a gazdasági kapcsolatokban megnyilvánuló új típusú károkozó magatartások növekedése miatt. Bár a kárfogalom hagyományos tipizálási sémáját igen sok kritika éri, a Legfelsőbb Bíróság döntéseinek nagy száma mégis abba az irányba mutat, hogy a kárfogalomban egy új megközelítésmód van jelen. Ezek a tendenciák az igazságosság-koncepciókat is módosíthatják.

Palombella a magánjogi kártérítési felelősség jogintézményének jogfilozófiai karakterét az igazságtalanság (*l'ingiustizia*) fogalmából kiindulva fejti ki. „Az igazságtalanság a felelősség forrása, a jog által meghatározott fogalom és követelmény.”^[23] Jogi szabályozás nincs anélkül, hogy az igazságtalanságról ne legyen pontos fogalmunk. Természetesen az olasz magánjog a többi európai magánjogi kódexhez hasonlóan egy generálklauzulában, a polgári törvénykönyv 2043. §-ában dolgozta ki a kártérítési felelősség elemeit: „Bárki vétkes (*fatto colposo*) vagy bűnös szándékú (*fatto doloso*) tette, amely másoknak igazságtalan kárt (*danno ingiusto*) okoz, a károkozót kártérítésre kötelezi.”^[24] A generálklauzula alapján a felelősség megállapításának kritériumai: a 1. vétkes vagy bűnös szándékú tett, 2. a károkozó, 3. az igazságtalan kár és 4. a károkozó magatartása, illetve a kár közötti ok-okozati összefüggés. Ezeket az elemeket azonban az köti össze, hogy hogyan gondolkodunk az igazságtalanságról.

Palombella a 2043. § számos vonatkozását kiemeli. Nem lehet figyelmen kívül hagyni, hogy a kár fogalmával összefüggésben az olasz kódex nem a jogtalan (*illecito*) hanem az igazságtalan (*ingiusto*) kifejezést használja. Így a károkozás mögött álló olasz jogi doktrína egyik alapeleme valóban az igazságtalanság kibontása lesz. A másik igen figyelemre méltó eleme a károkozó szándékának a kihangsúlyozása, amely lehet akár vétkesség, de lehet annál többre utaló bűnös szándékkal való károkozás is.

Az igazságtalanság magánjogi viszonyrendszerre vonatkozó első tipológiáját az arisztotelészi igazságosság racionális formáiban, archetípusaiban kell megragadni. Arisztotelész a kiigazító és az osztó igazságossággal az egyének közötti horizontális kapcsolatokra utalt. A kiigazító igazságosság a felek közötti közvetlen kapcsolatokban, a tranzakciók közötti egyenlőségben, az osztó igazságosság a javak és források „érdem szerinti” elosztásában játszott szerepet. Az előbbi a felek között aritmetikai arányt vette alapul és elsősorban a kereskedelmi kapcsolatokban megnyilvánuló gazdasági tranzakciókban gyökerezett, az utóbbi geometriai arányt tételez fel és az alapján osztotta szét a közösségi javakat, ahogy azokat annak tagjai „megérdemelték.”^[25] Kissé kisarkítva a kettő közötti alapvető különbséget, a kiigazító igazságosság szempontjából nincs különbség aközött, hogy egy derék ember rabol ki egy gazfickót, vagy fordítva,

[23] Palombella, 2006, 95.

[24] Codice civile, 2043. §. (www.altalex.it)

[25] Az arisztotelészi igazságosság típusairól l. részletesebben Ross, 1996.

egy gazfickó egy becsületes embert.^[26] Egy ilyen típusú koncepcióra épülő felelősség kizárólag a kárt veszi figyelembe, mert a feleket teljesen egyenlőnek tartja a magánjogi tranzakcióban, csupán a kár bekövetkezése után választja szét őket károkozóra és károsultra. Logikus következménye ennek a felfogásnak, hogy a károkozó téríti meg azt a kárt, amit okozott és annak, akinek okozta. Ezzel a felelősség kérdése megoldódott.

A kiigazító igazságosságot Kant a jog szükséges formális és minimális feltételének tartotta, amely a három szabadság közül a polgár szabadságának minimális feltétele volt. A kiigazító igazságosság alapján lehet ugyanis a felek közötti egyenlőséget meghatározni. Ez azonban csak akkor működik, ha feltételezzük, hogy minden egyén mint morális lény képes autonóm módon cselekedni, illetve mások szabadságával együtt élni. Ezáltal Kant gyakorlati filozófiájában az interszjektív, horizontális kapcsolatnak az arisztotelészi kiigazító igazságosság fogalmán alapuló egyenlőség kategóriája kiegészül az egyén belső moralitásának követelményével. Ebből következően az igazságtalanság az egyenlő felek egymás mellett élésének a „megsértése” azáltal, hogy az egyik fél beavatkozik az „enyém és a tied” viszonyrendszerében és ezzel megsérti az együttélés minimális feltételeit.^[27]

Egyáltalán nem hanyagolható el az antik és a modern egyenlőség közötti alapvető különbség. Arisztotelész számára az erény a disztributív igazságosság racionális típusának velejárója és ebben egy ún. „harmadik fél” az etikai érték-skála közbeiktatásával oldja meg a javak szétosztását érdem szerint. Kantnál az erény a kiigazító igazságosságban már ott van, az egyensúlyt itt az bontja meg, hogy az egyik fél szabadságát a másik fél megsérti, és ezzel már a sértett fél morális volta is sérül.

A kanti és arisztotelészi paradigma közötti lényegi különbség akkor különösen fontos, ha elemezzük a kiigazító igazságosságnak a felek közötti egyenlő kapcsolatra vonatkozó következményeit. Arisztotelész szerint:

- A felek közötti egyenlőség mindig egy korábbi szituációra és nem a jövőre irányul.
- Nem vitatja, hogy a javak felek közötti elosztása előre meghatározott és ezt maga a károkozás sértette meg.
- A károkozás következménye a felek között egyenlőtlen kapcsolatot eredményezett.
- A károkozás következményeinek megszüntetéséhez vissza kell térni a javak eredeti megosztásához. Az egyenlőség helyreállítása úgy történik, hogy a jogalkotó visszafelé tekint, a károkozót kötelezi a kár megtérítésére.
- A kártérítési kötelezettség alapvetően reparációs és korrekciós jellegű.

[26] Palombella, 2006, 97.

[27] Palombella, 2006, 98.

Kantnál ezzel szemben a moralitás beépülésével a reparáció és korrekció kiegészülhet a kompenzációval, amelynek igazán nagy jelentősége a nem vagyoni károk kidolgozásánál lesz. Ezt az olasz polgári törvénykönyv 2059. § tartalmazza: „a nem anyagi kárt csak a törvény által meghatározott esetekben kell megtéríteni”.^[28] A nem anyagi károk az olasz magánjog két formáját ismeri. Az egészségben okozott kár az Alkotmány 32. §-ából vezethető le, tehát alkotmányosan védett érték. A morális károk pedig a nem anyagi és nem a fizikai egészséggel összefüggő károkból erednek. Ugyanakkor mind Arisztotelész, mind Kant felfogásában a magánjogi kapcsolatok kiigazító igazságossága, a megsértett egyenlőség helyreállítása a felek között a kár fogalmában összpontosul. Az erre épülő kártérítési felelősségi alakzatoknak mindig mérlegelniük kell a kárt befolyásoló tényezőket. Így nyilvánvalóan olyan etikai koncepciókat részesítenek előnyben, amely a kár bekövetkezése mögötti kockázatok, veszteségek és a költségek allokációjára is megoldást kínál.

Palombella ugyanakkor az arisztotelészi kiigazító igazságosságot csupán a magánjogi felelősség alsó határának, elfogadhatósági küszöbének tekintti, amely alá nem süllyedhet a kártérítésre vonatkozó jogi szabályozás, ha igazságos akar maradni. Ezzel szemben a disztributív igazságosság racionális típusa egy másik paramétert állít a felek közötti kapcsolatrendszerbe. Itt az értékek, javak előre meghatározott skáláján mérhető le felek közötti viszonyrendszerben az igazságosság kategóriája. Ez a felfogás „...egy külső szempontú, az arányosságot biztosító speciális etikát részesít előnyben”.^[29] Bár a felek magánjogi értelemben egyenlőnek tekintendők, mégis egy további vertikális viszonyrendszer részei, mert a társadalom által meghatározott értékek alapján mérik magatartásukat. Jó példa erre az egyén és közhatalom viszonya a kisajátítás és a kártalanítás jogintézményében. Az egyénnel szemben álló közhatalom léteben és funkciójában már benne van a kollektív és közösségi politikák által elfogadott értékrendszer. Az egyén és a közhatalom magatartása a kisajátítással járó kártalanításkor a jövő felé mutat, a felek közötti igazságosságot nem az biztosítja, hogy akitől elvettek valamit az azt visszakapja, hanem kártalanítással mintegy „pótolva” van a közösségi értékrendszer alapján. Az igazságtalanság nem azáltal következik be, hogy a felek közötti múltbeli egyenlőség sérül, hanem azáltal, hogy az egyént az állam a kisajátításért nem vagy nem megfelelően kártalanítja. Ezáltal az igazságtalanság a kártalanítás motívumáig fel sem merülhet.

Nem lehet figyelmen kívül hagyni azonban azt, hogy Arisztotelész az egyének közötti privát kapcsolatokban még nem érzékelt a magánjogi kötelezettségek megszegésének lehetséges büntetőjogi következményeit. Etikája még nem tett különbséget a kár „iure privatorum”jellege és a büntetés (la pena) között. Ezt az újkor hajnalán, többek között Del Vecchio, Pufendorf és Vico fejlesztette

[28] Codice civile, 2059. § (www.altalex.it)

[29] Palombella, 2006, 100.

tovább, aminek a következtében a XVI-XVII. század egyre inkább elhatárolta a reparáció-korrekciónak és retribúciónak kategóriáit. A kártérítés retributív szemlélete azon az elképzelésen alapul, hogy a két fél kapcsolatában a károkozó magatartása rossz, és emiatt a jog által védett javat sért, ezért a korrekció nem elegendő. Annak ellenére, hogy a reparáció-korrekciónak és a retribúciónak egyaránt a kiigazító igazságosságra vezethető vissza, mégis igen jelentős különbségek vannak közöttük. A retribúciónak etikai célja a jó (javak) védelme (pl. az élet, a személy, vagy a vagyont), nem pedig a helyes, azaz nem a felek (a sértett és a károkozó) közötti viszonyrendszer igazságosságát célozza meg. Miért? A retributív szemlélet mindkét fél magatartását értékeli. Mérlegeli, hogy a károkozó mit vett el a közösség által védett javakból, mitől fosztotta meg a károsultat, a károsult mit kap a közösség által preferált javakból a kártérítéssel, azaz a rossz áll szemben a jóval. Ebben a vonatkozásban a retribúciónak inkább a disztributív igazságosság arisztotelészi típusához hasonlít, mert előzetesen feltételezett etikai értékskálán mozogva értékeli a felek magatartását. A retribúciónak további sajátossága, hogy a jövőre és a múltira is egyszerre irányulhat. Palombella ezen a ponton Heller Ágnes *Az igazságosságon túl* című művét idézi, mivel Heller helyesen tett különbséget a retributív igazságosság két alapelve, az elrettentés és a reform között. A retribúciónak a büntetés egyetlen lehetséges igazolása: „te elvetted, ami az enyém, ezért cselekedetedért fizetni fogsz”. Másfelől, ahogy Hegel definiálta: „a büntetés a társadalom felé irányuló adósság: a társadalom komplexitása és az alapvető etikai értékek felé”.^[30] A felek közötti kapcsolat a közösség által választott értékek megsértése miatt megreformálásra szorul, hiszen a kapcsolat alapja a személy szabadságának tisztelete, amit a károkozó megsértett.

A XIX. század végére a reparációs-korrekciónak és retribúciónak elvek mellett az Európában teret hódító kapitalizmus és polgári társadalom differenciált munkamegosztása miatt, az Emile Durkheim által felvázolt re-integráció és represszió a magánjogi kapcsolatok igazságosságának újabb lehetséges igazolását jelentette. Durkheim *A társadalmi munkamegosztásról* írott könyvében a modern társadalom egyik meghatározó jelenségét a szerepek és funkciók erőteljes differenciálódásában látta: „...az egyén mint megingathatatlan és lényegi egység, az /együtt/ közösségi szövetében emelkedik fel, de az individuumoknak különböző életük van, eltérően cselekszenek, különböző szerepek, preferenciák és ideálok között élnek úgy, hogy csökkenek az etikailag meghatározott tendenciák, ezért a horizontális kapcsolatok akár a kiigazító igazságosság, akár a kommutatív igazságosság alapján is létrejöhetnek”.^[31] Ebben a többszörösen tagolt társadalomban a felek közötti egyenlőség kiküszöbölésének alapja a re-integráció lesz. A re-integráció lehet egyfelől a büntető szankciónak retributív koncepciója, de lehet a megosztott közösségi etikák re-disztributív igazságossága is. Tehát, ha az

[30] Palombella, 2006, 104.

[31] Palombella, 2006, 106.

egyén a közösségi szerepeken keresztül kapcsolódik a társadalomhoz, akkor a felek közötti egyensúly nem állítható helyre azáltal, hogy kizárólag a jogtalan tett előtt mérjük le az egyes magatartásokat, hanem a javak megerősítésével, illetve a rossz (károkozás) kvalifikálásával és elítélésével a közösség egésze retributív és nem reparatív módon reagál az igazságtalanságra, amit represszív és szimbolikus terminusokban fejez ki. A közösség célja a konszenzus újbóli megteremtése a károkozással megsértett értékek, javak irányában megosztott közösségi etikák integrálása.

Az igazságtalan kárral szembeni olasz magánjogi felelősség a fent elemzett igazságosság-felfogások alapján úgy jellemezhető, hogy a vagyoni kárért való kártérítési felelősségben a re-integratív és a reparatív-korrektív szemlélet érvényesül. A vagyoni kártérítés filozófiai alapja egyértelműen a megsértett egyenlőség helyreállításában ragadható meg. Ezzel szemben a nem vagyoni kárért való felelősség inkább retributív jellegű. A morális és biológiai károk vonatkozásában az egyenlőség megsértése nem vezethető vissza kizárólag az arisztotelészi kiigazító igazságosság fogalmára, hiszen a károsult sértett mivolta az alkotmányban védett értéken: az egészségen vagy az emberi méltóságon alapulnak. Ezt a rendszert az utóbbi években megjelent egzisztenciális kár fogalma változtatta meg. Bár jelentős doktrinális viták vannak az új kárfogalom megjelenésével kapcsolatban, mégis az Alkotmánybíróság és a Legfelsőbb Bíróság 2000 után keletkezett ítéletei arra engednek következtetni, hogy bekövetkezhet az olasz kártérítési jog „újabb kopernikuszi fordulata”.^[32] Az egzisztenciális kár egyik meghatározó elemzője, Domenico Chindemi a biológiai és morális károk kategóriája mellett azért tartja különösen fontosnak, mert az egyén élethelyzetében olyan negatív változások következhetnek be, amelyek sem az egyik sem a másik kategóriába nem sorolhatók. Amíg az ember egészségét pszicho-fizikai integritásának a megsértésében, moralitását a római magánjogi alapú „pretium doloris”-ban azaz érzelmi szenvedéseiben és lelki fájdalomában lehet megragadni, addig az egzisztenciális kár a károsultegyéni és közösségi kapcsolatrendszerében bekövetkezett, a külvilág által érzékelhető negatív változásokban ölt testet. Ezeket a változásokat az olasz polgári jogász szerint a külvilág úgy érzékeli, hogy az egyén másként cselekszik (*in agere altrimenti*) vagy már nem képes úgy cselekedni, mint a károkozás előtt (*non poter piú fare come prima*). Természetesen azt Chindemi is elismeri, hogy az egzisztenciális kár, mint a nem vagyoni kár harmadik típusa, pontos jogi megfogalmazásra szorul, és el kell határolni az ún. bagatell károktól, valamint a francia polgári jogban kidolgozott „annoyance” típusú cselekedetektől.

Álláspontjával szemben Palombella éppen azt hangsúlyozza, hogy ez a típusú kár a társadalomban megnyilvánuló minden „baj” előtt megnyitja a kártérítés lehetőségét és kiküszöbölhetetlenné teszi a túlkompenzálás elkerülését.^[33]

[32] Chindemi, 2. (www.altalex.it)

[33] Palombella, 2006, 131.

Az új kárfogalom legnagyobb ellenzője Giulio Ponzanelli bresciai jogászprofesszor is, aki a biológiai és morális károkkal szembeni jogi elhatárolásra nem lát semmiféle garanciát.^[34] A jogi normára vonatkozó olyan követelmények, mint az általánosság, az előreláthatóság, vagy az egyértelműség ebben a fogalomban nem megvalósíthatók.

IV. A JOGGAL, A HATALOMMAL ÉS A *RULE OF LAW*-VAL VALÓ VISSZAÉLÉS

A visszaélés fogalma az európai kontinentális jogi gondolkodásban az alanyi jogokhoz kapcsolódva jelenik meg. Az alanyi jogokhoz a kezdetektől fogva azok abszolút volta és sérthetetlenségének eszméje tapad. Ezzel a szemlélettel Palombella arra hívja fel a figyelmet, hogy a „*qui iure suo utitur neminem ledit*” (aki saját jogával él, az nem árthat másoknak) antik paradigmát egy, a középkori glosszator irodalomban, Accursionál megjelenő „*item quod alii nocet et sibi non prosit, non licet*” (hasonlóképpen kárt okoz, aki másnak árthat meg nem engedett módon) paradigma váltja fel.^[35]

Itt arról van szó, hogy a XX. századi kontinentális magánjogi kódexben jelennek meg azok az elvek, mint pl. a jóhiszeműség, a korrektség, a jó szokások, amelyekre vonatkozóan különböző jogi doktrínákban dolgozzák ki a joggal való visszaélés fogalmi elemeit. Megfelelő példa erre az 1900-as német polgári törvénykönyv (BGB) 226. §-a a „*Treu et Glaußen*”, az 1942-es olasz polgári törvénykönyv 833. §-a, a „*buona fede*”, az 1996-os portugál törvénykönyv 334. §-a, a „*buona fede*”, a „*buoni costumi*” (jó szokások) és az „*allontanamento dallo scopo sociale o economico*” (a társadalmi és gazdasági céltól való eltávolodás) elveinek a felsorolása.^[36] Ezen túlmenően a Nizzai Alapvető Jogok Chartájának 54. §-a rendelkezik az alanyi jogokkal való visszaélésről, a spanyol polgári törvénykönyvnek pedig a 7. §-a a jóhiszeműség elvének deklarálása mellett hangsúlyozza, hogy a törvény nem védi a joggal való visszaélést vagy ennek antiszociális gyakorlását. A német, az olasz, a francia és a spanyol jogtudomány a polgári törvényekben rögzített elvekből kiindulva tudja a joggal való visszaélés fogalmára vonatkozó doktrínáit kialakítani. Ezzel szemben az angolszász jogi kultúra a jóhiszeműség és a joggal való visszaélés koncepcióját ebben a formában nem ismeri.

A joggal való visszaélés szempontjából először a fogalom elemeinek a tisztázása adhat hasznos támpontokat. Ezáltal tudjuk elkülöníteni az egyéb, jogi normákkal összefüggésben álló magatartásoktól. Az olasz jogfilozófiában jelen lévő és a Palombella által is felvázolt tipológia szerint három különböző jogellenes magatartás lehetséges: 1. az alanyi jog gyakorlása során tanúsított visszaélés, 2. ellentétes jogi norma megszegése és 3. az adott, jogi normában megfogalmazott rendelkezés túllépése.

[34] Ponzanelli, 2000, 693.

[35] A szerző ezúton szeretne köszönetet mondani Szoboszlai-Kiss Katalinnak a latin idézetek fordításában nyújtott hasznos segítségért.

[36] Palombella, 2006, 140.

Az alanyi joggal való visszaélés akkor követhető el, ha négy elem egyaránt megvalósul: (a) egy jogi norma által biztosított alanyi jog használata a jogi norma címzettje által, (b) károkozás másoknak (c) mások érdekeire nézve, (d) amely érdek nem védett speciális jogi tulajdonsággal.

Hasonlóan látja a problémát Giorgio Pino palermói jogfilozófus, aki szerint az alanyi jog a jogrend által védett érdek. Az alanyi jog címzettje szempontjából ez egyaránt lehet szabadsága (*libertà*), hatalma (*potere*) és képessége (*facoltà*)^[37] másokkal szemben, ám az alanyi joggal való visszaélés fogalmának megragadásakor csak egy definíciós kísérletről beszél, hangsúlyozva ennek összetett voltát. Érdeemes egy kis kitekintést tenni az ő gondolatmenetére, annak igazolásául, hogy az alanyi joggal való visszaélésnek milyen kidolgozott doktrínája van az olasz jogfilozófiai gondolkodásban. Pino szerint az alanyi joggal való visszaélés meghatározásának nehézségeit az adja, hogy a jogi norma szintjén nem tudunk eltekinteni attól, hogy a norma előíró és leíró jellegű is egyben. Amikor az alanyi jogot a tárgyi jog által rögzíteni kívánunk, két megközelítésmód áll rendelkezésünkre.

Egyfelől mondhatjuk azt, hogy a tárgyi jog a maga absztrakt és általános szintjén olyan szabadságot, hatalmat, vagy képességet rögzít, amely az erkölcs felől „cenzúrázható”, azaz az erkölcs alapján állapíthatjuk meg az alanyi jog gyakorlása révén annak visszaéléseit. Ebben az esetben egy jogon kívüli tényező bevonására van szükség.

A másik megközelítésmód lényege, hogy a jogi norma a maga általános és absztrakt szintjén egy adott szabadsággal, hatalommal vagy képességgel kapcsolatban a priori módon szabályozza a joggyakorláshoz kötődő magatartásokat, amelyek egyes esetekben a jog által sem lehetnek megengedettek, de a jogalkotó nem láthatja előre azoknak a magatartásoknak a végtelen gazdagságát és komplexitását, amellyel az alanyi jog gyakorlója élni fog. Ez az utóbbi megközelítés lehet a jogi doktrína kiindulópontja Giorgio Pino nézeteiben annak ellenére, hogy a jogfilozófus szerint a két megközelítésmód közötti határ rendkívül vékony. Így az alanyi joggal való visszaélés elemei nála:

- Az alanyi jog gyakorlása a jogi norma címzettje által.
- Az a lehetőség, hogy az alanyi jog konkrét gyakorlása során ez olyan magatartásokban nyilvánul meg, amelyek a jogalkotó által előre meg nem határozott módon valósulnak meg.
- Az a körülmény, hogy a joggyakorlás konkrét használata során akár jogi, akár jogon kívüli pl. erkölcsi értékeléssel ez a magatartás abnormális (*abnormale*), aberrált (*aberrante*) vagy nem kívánatos (*deprecabile*).
- Az a körülmény, hogy az abnormális, aberrált, vagy nem kívánatos magatartás egy igazolhatatlan aránytalanságot okoz az alanyi jog címzettjét illető „jó” és megkárosított oldalán lévő „áldozat” között.^[38]

[37] Pino, 2005, 161-165.

[38] Pino, 2005, 167.

Amennyiben a jogi norma szintjén ragadjuk meg az alanyi joggal való visszaélés fogalmát, mindkét szerző egyetért abban, hogy itt a norma egy meghatározott típusával állunk szemben. A norma lehet *sovra-inclusiva* vagy *sotto-inclusiva* típusú. Az előbbi azt jelenti, hogy a jogalkotó olyan magatartásokra terjeszti ki a norma alkalmazási körét, amelyek a norma által is elfogadhatatlanok, azaz „többet foglalnak magukban”, mint amit kellene. Ezzel szemben a második típusban olyan magatartásokat zárnak ki, amelyeket az adott norma igazolása alapján magában kellene foglalnia, azaz „kevesebbet foglalnak magukban”, mint amit kellene. Ebből a szempontból az alanyi jogra vonatkozó normák ún. *sovra-inclusiva* típusúak. Következik ez abból a paradoxonból is, hogy a joggal való visszaélés mindig a posteriori módon, utólag értékelhető.

A fogalmi elemek tisztázásán túl Palombella számba veszi azokat az eseteket, amikor megjelenik az alanyi joggal való visszaélés. Ilyen pl. 1. az *aemulatio*, amely az olasz polgári törvénykönyv 833. §-ában érhető tetten: „A tulajdonos cselekedhet úgy, hogy azokkal nincs más célja, mint másoknak ártani vagy kellemetlenséget okozni”;^[39] 2. a jog abnormális és helytelen használata; 3. az érdek érvényesítésének aránytalan mivolta a feláldozott érdekekre vonatkozóan; 4. a francia közigazgatási jogirodalomban kidolgozott *detournement du pouvoir*, azaz a közhatalommal való visszaélés, a közhatalom más célra való felhasználása (l. később); illetve 5. ezen típusok valamelyikének kombinációja.

Jóval nehezebb helyzetben vagyunk, ha az alanyi joggal való visszaélés értékelésének kritériumaira akarunk rávilágítani. Palombella a spanyol Legfelsőbb Bíróság 1944-es ítéletének indoklását idézi, amely a jog legális határainak kontextusában végzi el az értékelést, mivel azt állítja, hogy a jog határai ebben a vonatkozásban egyben a társadalmi és teleologikus morális rend határai is: „...aki ezeket határokat (mint pl. a jóhiszeműség) saját jogának gyakorlása során átlépi, egy más, külső legalitás (azaz a jogi norma, szabály) védelme alatt, és ezzel másoknak vagy a társadalomnak kárt okoz felelősséggel tartozik”.^[40] A Bíróság ítélete tehát jogon kívüli kritériumokat von be a visszaélés kategóriájának értékelésekor. A joggal való visszaélésre utaló magatartás ugyan a rá vonatkozó norma alapján megengedett, ezzel szemben a társadalmi és morális rendben elfogadhatatlannak tartja, ezért negatív jogkövetkezményeket (kártérítési kötelezettséget) von maga után.

Giorgio Pino fent idézett tanulmánya külön rendszerezi azokat a kritériumokat, amelyek alapján megítélhető az alanyi joggal való visszaélés magatartása.^[41] Nézete szerint mérvadó lehet:

- Az egyén szándéka (az intencionalitás problémája), amelyre az olasz polgári törvénykönyv 833. § a példa. Az alanyi jog gyakorlása károkozó szándékkal történik.

[39] Codice Civile, 833. § (www.altalex.it.)

[40] Palombella, 2006, 142.

[41] Pino, 2005, 170-177.

- A moralitás akár a bíró, mint jogalkalmazónak az erkölcsi normái szintjén, akár a társadalom moralitása szintjén (közerkölcs szabályai) akár a jogrend moralitása szintjén, a jogalkotó által megfogalmazott belső értékek mérlegelése alapján.
- A teleológiai megközelítés, amely a társadalmi és gazdasági rend működése szempontjából (funkcionális racionalitás) mérlegel.
- Gazdasági kritériumok alapján, amely két hipotézisre épít: a tulajdonos magatartása legitim, ha egyéni hasznának maximalizálására törekszik, illetve magatartása következményeinek költségeit harmadik félre háríthatja, ha az kívül esik a „piaci megállapodáson”. Itt a hatékonyság hiánya az illegitimitás fokmérője.

Ugyanakkor az európai és angolszász jogi gondolkodás egyik legnagyobb vívmánya, hogy a jogban nem kizárólag szabályokat, hanem alapelveket és/vagy végső értékeket lát. Palombella műve többek között Dworkin, Alexy és Atienza-Manero gondolatait veszi górcső alá annak megítélésében, hogy az alanyi jog gyakorlása során hogyan dönthetjük el, mely magatartások visszaélészerűek, melyek nem. A Dworkin-i alapelvek-szabályok-politikák tagolása arra hívja fel a figyelmet, hogy az ún. nehéz jogi esetekben az elvek mindig egymással konkuráló, de egymással nem kizárólagossági alapon funkcionáló eszközei a jogalkalmazónak. Ezzel szemben a szabályok mindent vagy semmit alapon működnek, az adott esetben az egyik szabály alkalmazása kizárja a másikat. Dworkin megközelítésének hibája az olasz jogfilozófus szerint abban áll, hogy az alapelveket az egyéni jogok védelmére tartja fenn és ezzel nem segít annak az eldöntésében, hogy az alanyi jog gyakorlása a közerkölcs, a közérdek, avagy más, a közösség által védett javakba ütközik, illetve hogyan oldható meg az adott probléma.

Az Atienza–Manero szerzőpáros „Atipikus jogtalanságok” című műve ugyancsak arra hívja fel a figyelmet, hogy a jogtalanságok egyik típusában azok az esetek találhatók, amelyek az alapelvekre vezethetők vissza. Ezek: 1. a joggal való visszaélés, 2. a törvény kijátszása és a 3. közhatalom helytelen célra való felhasználása. Ezzel szemben a tipikus jogtalanságok oka a szabályban rejlik. Ebben a megközelítésben: „...az alapelvek azoknak a viselkedését vezetik, akik éppen az alapelvek közötti mérlegelés birtokában rendelkeznek hatalommal, illetve kötelességük az adott norma kibocsátása, tehát az alapelvek a törvényhozói, a közigazgatási és bírói szervekre vonatkoznak”.^[42] Egyik típusát azok képezik, amelyek végső értékeket rögzítenek, másik típusába pedig azok tartoznak, amelyek az adott döntés igazolási alapjait rögzítik. Így a joggal való visszaélés mindig visszavezethető valamilyen alapelvre, amelyet konkrét esetre vonatkozóan kell individualizálni, megnézve ezzel azt, hogy a jogalany

[42] Palombella, 2006, 144.

cselekedete igazolható-e vagy sem. Ezzel szemben Robert Aley az alanyi jogokat szabályokra vezeti vissza (*definitives rights*). Értékelésüket első szinten a szabály, második szinten a szabály alapjául szolgáló alapelv szempontjából kell végrehajtani.

A fent említetteknel jóval összetettebb Giorgio Pino nézetrendszere, aki kidolgozta a joggal való visszaélés „jogi korrekciójának” elméleti sémáit. Mivel nem a jogi norma hiányáról, hanem egy helyes-optimális norma hiányáról kell beszélnünk, ezért a korrekció a jogalkalmazáshoz kötődik.

A jogalkalmazó a jogalkotó által a priori módon alkotott, jogi normában foglalt magatartáshoz viszonyítva, a posteriori jellegű, értékelméleti (axiológiai) kritériumokat tartalmazó döntést hoz. A döntés mint norma-értelmezés három szinten megy végbe: (a) a jogalkalmazó a jogrend által elismert jog gyakorlásának magatartásával kapcsolatban megállapítja a társadalmi, a morális, a jogi vagy egyéb kritériumokkal való összeütközését; ehhez előzetesen ki kell választania azt, ami alapján értékelni fog, (b) korrigálja a normát, úgy, hogy kizárja ebből azt a magatartást, amely visszaéléshez vezet; (c) végül ún. „többlet-előírásaként” alakítja ki a joggal való visszaélés tilalmának elvét, amely a normába foglaltan értelmezve teszi lehetővé az adott magatartás kizárását.^[43]

A korrekció történhet a jogrendszer általános elveiből és azok szisztematikus értelmezéséből, ekkor a jog auto-integratív hatalma jelenik meg. A jogalkalmazói jogértelmezés itt azt mutatja ki, hogy az adott esetben megvalósult magatartás igazságtalan, inadekvát volta szembekerült a jogrendszer értékeivel és elveivel, ezen belül pedig az adott jogág elveivel. Természetesen az adott jogrendszer számos lehetőséget kínál, pl. a generálklauzulák, az alapelvek, vagy az ún. nem-formális interpretatív érvek, mint a társadalmi lelkiismeret (*la coscienza sociale*), kategóriáiban, amely a bíró rendelkezésére áll. A korrekció alapja lehet azonban a társadalmi morál és a bíró saját individuális erkölcsi morálja, ekkor a jog hetero-integrációjának hatalma jelenik meg.

A generálklauzulára hivatkozás a magyar jogelmélettől sem áll távol. Bár ritkán alkalmazzák, mégis a jogelméleti kidolgozása sokrétű és mély. Egyik példája Eörsi Gyula munkássága, aki ezekben látja a kódexen alapuló és azokon túlmutató bírói jogfejlesztés legalizálásának fő módszerét.^[44] Ezáltal a „jog azonos a joggal”-tézist a generálklauzulákon keresztül oldja fel azzal, hogy a jog kötelezettséget megállapító jellege és az eredmény igazságosságának ellentmondásában nem engedi meg a szigorú jog érvényesülését. Így a joggal való visszaélés tilalma mint generálklauzula az alanyi jog gyakorlásának belső korlátja, határfeltétele: „A joggal való visszaélés nem önálló tényállás, hanem a jogviszonyok nagy többségénél figyelembe vett szabály... Célja az, hogy a bíróságok részére – meghatározott feltételek esetén – korrekciót biztosítson.”^[45]

[43] Pino, 2005, 180–181.

[44] Szigeti, 2006, 225–228.

[45] Szigeti, 2006, 227.

A jogállammal, mint a *rule of law* eszméjével való visszaélés, hasonlóan komplex jelenség. Ebben az esetben is markáns különbség van a kontinentális, írott jog elsőbbségét valló jogrendszerek és az angolszász jogi kultúra között. Palombella a két jogrendszer közötti különbséget az amerikai Legfelsőbb Bíróság egyik bírója, Scalia által felvetett problémával érzékelteti. A bíró szerint a jogalkalmazó az előtte fekvő ügyet két megközelítésmód alapján döntheti el.^[46]

Az egyik út – nevezhetnénk ezt a *rule of law* azon útjának –, azt az álláspontot vallja, hogy „there are times when even a bad rule is better than no rule at all”. A bíró az egyedi esetben lévő körülmények gondos mérlegelése alapján megállapítja a tényállást és keres egy olyan szabályt, ami az esetre alkalmazható. Kissé kisarkítva az angol idézetet, az ügy megoldása szempontjából a legnagyobb „tragédia” a szabály hiánya, amelynél egy rossz szabály alkalmazása is jobb. Itt a bírói döntés az adott esetre vonatkozik. A szabály elsőbbséget élvez az elvekkel szemben.

A második út – nevezhetnénk a *rule of law* mint *good rule of law* útnak – az esetre vonatkozóan keres egy olyan általános szabályt, mint pl. az egyenlő bánásmód, vagy az egyenlő védelem, amelyek értéke abban áll, hogy többi hasonló esetre is alkalmazható lesz. Scalia ez utóbbi mellett áll ki, bár ez kizárólag az angolszász jogi kultúra sajátossága. Bár az egyes utak elnevezése egy kissé általánosító, mégis azt a dilemmát sejtetik, hogy a jogállam leírható érvényes szabályok összességéként, vagy helyes szabályok összességéként, ahol a bírói jogalkalmazás egyben jogalkotó tevékenység is.

Palombella a jogállam első útjában látja a *rule of law* eszméjével való visszaélés lehetőségét, mivel a szabály prioritás kizárja az elvek alapján történő jogalkalmazói döntés lehetőségét. Így itt nagymértékben előfordul, hogy a szabály ütközik össze a mögötte álló elvvel. Nem szabály ütközik szabállyal, hanem a szabály olyan elvekkel, amelyek más, konkurens érdekeket és egyéni jogokat védenek!

A hatalommal való visszaélés esetét a francia jogirodalom dolgozta ki a *detournement pouvoir* kategóriájában. A közhatalom eredeti, legális céljától eltérő használata az egyén és a közhatalom szférájának konfliktusát hordozza magában. A felvilágosodásnak köszönhetően elválasztott polgári társadalom és politikai állam különbségéből eredően vannak olyan esetek, amikor az egyén szabadsága éppen a közhatalom „kisiklása” miatt sérül meg. Pl. a felsőoktatásba bekerülő hallgatók létszámának egy numerus clausus-sal történő meghatározása, az alapján, hogy a vallási hovatartozás miatt egyeseket kizár mások rovására, vagy a közlekedésben indokolatlan előnyben részesít közlekedési vállalkozókat másokkal szemben.

Palombella helyesen mutat rá, hogy a hatalommal való visszaélés alapja a jogállam első útjával áll összefüggésben. Amennyiben a jogállam szabályok összessége, és minden esetet egy általános szabály alapján kell megoldani, nem

[46] Palombella, 2006, 150.

lehet eldönteni azt a dilemmát, hogy a legális közhatalmi aktusok érvényesítése vagy az egyéni jogok védelme élvezzen elsőbbséget. Miért? Nem lehet kétségbe vonni ugyanis a legális közhatalom gyakorlását az individuális jogok alapján. Az olasz jogfilozófus kissé „morbid” hasonlata szerint a helyzet az epikurosz-i filozófia egyik bölcsességére hasonlít. Ahogy Epikurosz a halálról azt állította, hogy attól azért nem kell félni, mert amíg mi vagyunk a halál nincs, amikor a halál van, mi nem létezőnk. Tulajdonképpen az egyéni jogok által védett szféra és a legitimitást élvező legális aktusok által cselekvő közhatalom között sincs érintkezési felület. Vegyük pl. a tulajdon kisajátításának esetét az olasz jogrendszerben. Az egyén, mint tulajdonos az adott közigazgatási szerv legális intézkedése során nem a tulajdonjogával száll szembe a közhatalom legitim aktusával, mivel alanyi joga érdeké – legitim érdeké – transzformálódik, vagy ahogy a könyv szerzője is használja az erre vonatkozó kifejezést: „legitim érdeké gyengül”.^[47] Ennek az lesz a következménye, hogy a legitim érdek, amelyet az olasz alkotmány három rendelkezésében (24. §, 103. §, és 113. §)^[48] egyaránt elismer és véd, más szinten jelenik meg az igazságszolgáltatásban és más a védelem jellege is.^[49] A Legfelsőbb Bíróság egyik 1999-es döntésében az alanyi jog és a legitim érdek közötti különbséget részletesen is elemezte. Az alanyi jog mások magatartására tekintet nélkül és teljes körűen biztosítja a jog gyakorlását a jogi norma címzettjének, míg, a legitim érdek alanya ezzel szemben bár alkotmányosan védendő érték, nincs „védve” a közhatalom legális intézkedésével szemben. Az alanyi jogában károsított személy a rendes bírósághoz fordulva fogalmazhatja meg reintegratív (lásd az előző fejezet) vagy kártérítési igényét, míg a legitim érdek megsértése esetén közigazgatási bírói útra terelve ügyét igényelheti: 1. a közigazgatási szerv illegitim aktusának megsemmisítését, 2. a közigazgatási szerv aktusának kijavítását, 3. az újabb közigazgatási aktusra vonatkozó közigazgatási eljárásban való részvételt, 4. közigazgatási eljárást kezdeményezhet, illetve 5. kártérítésre tarthat igényt az illegitim aktussal szemben a polgári törvénykönyv 2043. §. generálklauzulája alapján.^[50]

Végül a könyv harmadik fejezetének utolsó problémaköre egy híres/hírhet jogeset. A Padilla vs. Rumsfeld ügy az Amerikai Egyesült Államok történetében híven tükrözi az amerikai igazságszolgáltatás jogértelmezési tevékenységének bukatóit. Az ügy tárgyát a Guantanamo Bay-i táborban található foglyok jogi védelmének problémája képezte.

A Legfelsőbb Bíróság elutasította Padilla habeas corpus kérelmét arra hivatkozással, hogy azt a New York-i szövetségi bírósághoz nyújtotta be, nem pedig a Dél-Karolinában, ahol két nappal korábban letartóztatták. Egy alkalommal Padilla foglyot ellenséges katonának minősítették és átszállították. A New York-i

[47] Palombella, 2006, 163.

[48] Costituzione italiana. In: *La Costituzione esplicita*, 24. 103, 113–114.

[49] *Diritto amministrativo*, 2010, 41.

[50] *Diritto amministrativo*, 41–43.

kerületi bíróság támogatta, hogy a habeas corpus újra kérje, annál a kerületnél, ahol letartóztatásban volt. A kisebbségi véleményt megfogalmazó Stevens bíró a következőképpen érvelt: „1. a katonai hatóságok által megvalósított cselekedet, a fogvatartott átszállítása, a katonai hatalom szempontjából pusztán eljárási kérdés, 2. Annak eldöntése azonban, hogy a vádlottnak joga van az azonnali szabadon bocsátásra vagy joga van azokhoz az információkhoz, amelyek a fogva tartás alapjául szolgálnak, már több mint eljárási kérdés és csak egyetlen helyes válasz lehetséges.”^[51] Stevens felfogása a végrehajtó hatalom és a *rule of law* közötti kapcsolat megítéléséről szól. Az amerikai föderális alkotmány 1791-es kiegészítése alapján nem lehet senkit megfosztani az életétől, a szabadságától és a tulajdonától, a *due process law* (tisztességes eljárás nélkül) olyan határoknak tekintendő, amelyeket nem lehet egy eljárási szabály miatt megsemmisíteni. Így a katonai hatóságok cselekedete az eljárási norma betű szerinti értelmezése miatt felszámolta ezeket a határokat. Ez az eljárás fosztotta meg továbbá a tájékozódáshoz való jog gyakorlásától. Ismét Stevens álláspontját idézve: „...valójában, ha egy nemzet hű akar maradni ideáljaihoz, nem folyamodhat türannikus eszközökhöz, akkor sem, ha a támadó fél ezeket az eszközöket alkalmazza a nemzettel szemben”.^[52]

A vélemény értékelése szempontjából azt kell világosan látni, hogy a bíró nem az emberi jogok elsőbbségére hivatkozik, hanem éppen ellenkezőleg. A hatalom céljai elfogadhatatlanok, ha szembekerülnek azokkal az alapelvekkel, amelyek magát a hatalmat, a hatalomgyakorlás módját szabályozzák.

A katonai hatóságok tette egyben a Bush-adminisztráció egyik megnyilvánulása, amely lehetővé tette az ellenséges ország katonái közötti megkülönböztetést és jogon kívülre titulált olyan harcosokat, akiket évekig tartottak fogva a büntetőeljáráshoz tartozó jogi garanciák tiszteletben tartásának durva megsértésével. Sőt, az amerikai kormány azzal érvelt, hogy a Guantanamo Bay-i állomáson fogva tartottakra nem terjed ki az amerikai alkotmány által nyújtott védelem, mivel ez a terület nem az USA szuverenitása alatt áll, amely Palombella szerint szintén abból a felfogásból ered, hogy a jogállam csak szabályok állama.

Ezt követően a Rasul vs. Bush ügyben a Legfelsőbb Bíróság elutasította az amerikai közigazgatás érveit. Az amerikai törvényhozás ugyanis a kerületi bíróságokat ruházta fel azzal a hatalommal, hogy döntsenek a habeas corpus kérelem elfogadhatósága tárgyában. A Legfelsőbb Bíróság aláhúzta annak jelentőségét, hogy a habeas corpushoz mindenkinek joga van, akit az Alkotmány, a törvények és az Egyesült Államok által ratifikált nemzetközi szerződésben foglaltak megsértésével tartanak fogva.^[53] Az ítélet egyértelműen kiállt amellett, hogy az igazságszolgáltató hatalom olyan önálló hatalmi ág, amely a végrehajtó hatalom tetteinek jogi kontrolljára hivatott. A bíróság autoritása nem korlátoz-

[51] Palombella, 2006, 165.

[52] Palombella, 2006, 166.

[53] Palombella, 2006, 169.

ható a végrehajtó hatalom rovására. Ezáltal az Egyesült Államok olyan területen is teljes és kizárólagos jogszolgáltatást folytat, amelyen nem őt illeti meg a végső szuverenitás (*ultimty sovereignty*).

V. AZ EURÓPAI JOGREND ÉS AZ EURÓPAI ALKOTMÁNY

Palombella könyvének ez a fejezete annak az esélyét latolgatja, hogy az Európai Unió jelenlegi állapotán túllépve képes lesz-e egy európai állampolgárságra alapozott közös alkotmány elfogadására. Támogatja egy olyan egységes, minden állam elfogadható jogrend létrehozását, amely saját alkotmánnyal rendelkezik, a hatalom forrása az újradefiniált nép lesz, az alkotmányban rögzített jogok alanya az európai állampolgár, és az Unió egységes, egyetlen szuverén hatalomként jelenik meg a többszörösen tagolt nemzetközi politikai és gazdasági közegben. Ehhez elengedhetetlenül fontos a nép az állampolgár és a szuverenitás XVIII. századi, európai filozófiai hagyományokon alapuló eszméjének az újragondolása.

Az Unió jelenleg egy állam nélküli piac, amely jogi szempontból a Szerződés joganyagában ölt testet. A jogszabályok kizárólag a piac és a gazdasági hatékonyság pusztá adminisztratív szabályozására vonatkoznak, így az Európai Unió joga tulajdonképpen kimerül egy technokratikus-bürokratikus joganyagban. Ebből a jogi zsákutcából kizárólag egy hierarchikus, egységes, európai alkotmányon alapuló jogrend megalkotásán keresztül lehet kijutni.

A jogrend alapját képező közös európai alkotmány szempontjából az első tisztázandó kérdés, hogyan tekintünk a népre mint a hatalomgyakorlás letéteményesére. Az egyik lehetséges út a német alaptörvény koncepciója, és ez alapján Dieter Grimm jogász álláspontja szerint az alkotmány, népszuverenitás és az állam szorosan összetartozó fogalmak. A német koncepció szerint nem képzelhető el alkotmány nép – demosz – nélkül. A másik lehetőség a Habermas által felvázolt procedurális, eljárási értelemben vett, konstruált népfogalom. Ezzel szemben a politikai gyakorlatban a nép a XX. századi nemzetállamok politikai, vagy kulturális homogenitásában öltött testet. Találóan fejezi ki a nemzetállami törekvések történeti tapasztalatait az egyik olasz filozófus Massimo d’Azeglio, aki a nemzeti egységben két fázist látott: 1. „csináljunk előbb olaszokat”, mielőtt 2. „Olaszországot csinálnánk.”^[54] Az európai alkotmányban megjelenő nép fogalma ezekkel a koncepciókkal szemben újfajta megközelítést igényel. Palombella Josef Weiler és Neil MacCornick nézőpontjára támaszkodva azt az álláspontot képviseli, hogy az intézményesített cselekvések szintjén a nép Habermas-i értelemben vett fogalmára van szükség, társadalmi szinten pedig kulturális és etnikai sokaságként jelenhet meg, amelyben mindenféle homogenizáló törekvést mellőzni kell.

[54] Palombella, 2006, 193.

Az olasz jogfilozófus elemzi azokat a tényezőket, amelyek jelenleg megnehezítik az Európai Unió politikai közösségtudatának fejlődését, egy közös alkotmány elfogadását. Az egyik gátló tényező az az újkori nemzetközi politikai környezet, amely a „westfáliai paradigmával” írható le. A nemzetközi politikai életben az egymással természeti állapotban lévő szuverén nemzetállamok közössége, tagjain keresztül „szüntelen kompetencia harcokba” bocsátkozik. Ez az Európai Unió kormányok feletti szerveivel való viszonyrendszerben úgy jelenik meg, hogy az államok mindent megtesznek szuverenitásuk minél kisebb körű „megosztásáért”. A kompetenciaharcok egyik megnyilvánulási formája az a jogi partikularizmus, amely az államok és az EU szervei közötti szüntelen konfliktust állandósítja. Gyakorlati megjelenését újra és újra érzékeljük a jogi aktusok állami ratifikációja körüli huzavonákban. Ebből az irányból, tagállami szintről nem várható el egy európai jogrend létrehozására irányuló szándék. Jelenleg az államok tevékenységét csak gazdasági érdekeiknek a megőrzése, vagy annak más tagállamokkal szembeni növelése jellemzi.

A másik tényező az európaiság-tudat hiányában ragadható meg. Mivel maga az állampolgár is elsősorban az adott tagállam állampolgára, és mellette – mintegy kiegészítő jelleggel – európai állampolgár is, kettős identitással bír anélkül, hogy megélné ennek a komplexitását. Ezért elsősorban az Unió társadalmi legitimitásának megteremtésére van szükség. A gazdasági és közigazgatási szabályok által irányított politikai rendszerrel szemben, a társadalom mint a konszenzus és vita színtere ad lehetőséget a különböző csoportidentitások közötti toleráns párbeszédre és társadalmi problémák megvitatására. Ugyancsak Josef Weiler hívja fel a figyelmet arra, hogy a társadalom közösségi tere ad lehetőséget annak az „együtt vagyunk” mentalitásnak a megélésre, hogy az Unióban más népek és más intézmények vannak, de értünk cselekszenek. A társadalom szintjén kell először megélni a sokak közösségét úgy, hogy a mi-ők szemléletből az együtt szemléletét alakítsuk ki. Ez a szemlélet a társadalmi legitimitás forrása.

Ezt követően az európai állampolgár jogi fogalmának kidolgozása megteremti az Unió politikai legitimitását. Szemben a jelenlegi, nemzeti állampolgárságot kiegészítő funkciójával az európai állampolgár a közös európai alkotmányban biztosított jogok valódi címzettje. Így az alkotmányban kiemelten fontos szerepet kap az Alapjogi Charta, de közösségi célokat, értékeket és érdekeket is meg kell határozni. Ahogy a könyv korábbi fejezeteiben, az olasz jogfilozófus itt szintén elveti a jogok egyoldalú, individualista megkülönböztetését. Az Unió egyben közösségi politikák megvalósítója, ezért a közpolitikák céljait, érdekeit és értékeit is meg kell fogalmazni jogi szinten. A jognak ki kell egyensúlyoznia az egyéni jogokat a közösségi érdekekkel. Metaforikusan fogalmazva az európai alkotmány helyreállíthatja az *ordo iuris* és a *gubernaculum* szétszakadását.^[55] A jogrend és a végrehajtó hatalom viszonyában a jog nem védhet kizárólag egyéni

[55] Palombella, 2006, 230.

érdekeket a közösségi érdekek rovására. Ezt jól mutatja a tagállami szuverenitás és az Unió intézményei közötti konfliktus. Az államok magatartása mindig az „egyéni” jogok irányába mutat, partikuláris érdekeik védelmét várják el a többiekkel szemben.

Az európai állampolgár fogalma segíthet ennek a konfliktusnak a feloldásában. Hogyan? A tagállam mögött elrejtőző állampolgár számára a közpolitika vagy érdektelen, megfoghatatlan valami vagy lehívható pénzeket jelent. Ha az állampolgár jogi értelemben a tagállam elé lép, akkor a közérdekek melletti elkötelezettsége is nagyobb lehet, mivel konkrét döntésekre lesz befolyása. Az alkotmány saját jogi mechanizmusaival fogja megteremteni az állampolgár és az európai döntéshozatali fórumok, közpolitikák közötti kapcsolatrendszer. Egyrészt az alkotmány definiálja azokat a közösségi célokat, amellyel az EU képes túlélni a globalizációs tendenciákat, másrészt megteremti az alkotmányos köteleket az egyéni jogok és a közhatalom céljai között.^[56]

Palombella határozottan kiáll az Európai Unió politikai közösségének eszméje mellett. Talán kissé illuzórikus abban hinni, hogy az Unióban a francia forradalommal életre hívott politikai eszmék (mint a népszuverenitás, a hatalommegosztás elve, a polgári társadalom és a politikai állam szétválasztása, az alapvető jogok biztosítása, az állampolgárság modern fogalmának megteremtése) adoptálhatók egy nemzetállami szintnél magasabb politikai egység szintjén, mégis ha az Európai Unió jelenlegi állapotát nézzük, könnyen támogathatónak tűnik az az elmélet, amely a problémák gyökerét egy egységes jogrend hiányában látja.

VI. ÖSSZEZÉS

Gianluigi Palombella hosszan elemzett műve a jogfilozófiai gondolkodás egyik meghatározó alkotása. A szerző által felvetett négy konkrét kérdéskör igencsak összetett elméleti vonatkozásai bizonyítják, hogy a jogról alkotott felfogásunkban a jogi pozitivismus által felvázolt, a XX. században uralkodó nézetek nem elégségesek a társadalmi problémák jogi megoldásához. A jogrendszer ugyanis jogon kívüli forrásokból merít, jogon kívüli tényezők befolyásolják, amelyeket nem lehet figyelmen kívül hagyni sem a jogalkotás, sem a jogalkalmazás, sem a jogi doktrínák szintjén. *A biztonság után. Jog az igazságosság és a demokrácia egyensúlyában* című könyv méltán tarthat igényt arra, hogy az olvasó közelebről is megismerje az olasz jogrendszer működését, helyét a kontinentális jogrendszerben, továbbgondolja a műben leírt elméleteket és elmélyüljön az olasz jogfilozófia által kínált megoldások feldolgozásában. Ezzel összevethetővé válik a magyar és olasz jogi gondolkodás. A jog egyensúlyi szerepének

[56] Palombella, 2006, 227.

Palombella által képviselt felfogása pedig nagymértékben segít annak a kérdésnek az eldöntésében, hogyan határozható meg a jog társadalmi rendeltetése.

IRODALOM

- Bayer József (2002): *A politikai gondolkodás története*. Osiris Kiadó, Budapest.
- Bin, Roberto – Pitruzella, Giovanni (2011): *Diritto costituzionale*. G. Giappichelli Editore, Torino.
- Chindemi, Domenico: *Il danno morale ed il danno esistenziale dopo le sentenze di San Martino*. www.altalex.it
- Codice Civile www.altalex.it
- Diritto amministrativo (2010): *Diritto amministrativo*, (a cura di dott.ssa Alessandra Pedacci) Simone Gruppo-Editoriale Esselibri.
- Halmai Gábor – Tóth Gábor Attila (szerk.) (2003): *Emberi jogok*. Osiris, Budapest.
- *La Costituzione Esplicata*, IX. edizione, Gruppo-Editoriale Esselibri-Simone, Napoli, 2010.
- Palombella, Gianluigi (2006): *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*. Dedalo, Bari.
- Pino, Giorgio (2005): L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto. In: *Ragion pratica*, 24, 161-181.
- Ponzarelli, Giulio (2000): Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale. In: *Danno e responsabilità*, CIPSOA, Vol 5., 7. szám, 693-695.
- Ross, David (1996): *Arisztotelész*. Osiris, Budapest.
- Störig, Hans Joachim (1997): *A filozófia világtörténete*. Helikon, Budapest.
- Szigeti Péter – Takács Péter (2004): *A jogállamiság jogelmélete*, Napvilág Kiadó, Budapest.
- Szigeti Péter (2006): *Norma és valóság*. Széchenyi István Egyetem – MTA Politikai Tudományok Intézete, Győr.
- Szigeti Péter (2011): *Jogtani és államtani alapvonalak*. Rejtjel Kiadó, Budapest.
- Takács Péter (szerk.) (2003): *Államtan. Írások a XX. század általános államtudomány köréből*. Szent István Társulat, Budapest.

Kinyilatkoztatás

AVAGY

Nyilván való Tudósítás.

Ama jeles történetek, mellyek a Francia és Auszria Császárokai Fegyver Szendrő rendelni kényszerítették, minden ember szemében tanhat a közel való Békességnek meg-fuztás; ehhez képest kötelességemnek tartom, minden Magyar Ország lakosoknak, a' kik házaikat az ismét elől sürülhető Háboruságnak védelemé miatt el-hagyják tüzürá adni, hogy fozhott foglaltságaihoz vissza térjenek; a' kereskedő minden bátorasággal dolgait folytathatja, a' Mesteremberek és munkások az ő munkáit folytathatják, minyájan bátoraságot, és pártfogást fognak tapasztalni.

Hogy ha pedig valami történetből, és előre által nem látható eset által, a' fegyver szendrés felbontarnék, és ojjonnan az háború folytatnék, fogadom Feleséges Császáromnak nevében, hogy az ide való, és tovább való környéken való lakosoknak azonnal jeles mód által tultokra fogom adni, és mindeneknek azon bátorság fogadaltatni, mellyel itt, avagy ott éltek, az honnant el-mentek, és a' Francia seregek által el foglalt helyre költözködettek.

Kelt Györött Juliú 16-dik
napján 1809.

Narbon Lajos, Francia Ofe-
tályos Generális, Györ-
nek és a' Francia katona-
ság által áll, foglalt Ma-
gyar Ország részének Kor-
mányozója.

PROCLAMATION.

Die wichtigen Ereignisse, welche Ihre Majestäten den Kaiser Napoleon, und den Kaiser von Oesterreich einen Waffenstillstand abzuschließen bestimmten, müssen in aller Welt Augen die Vorboten eines neuen Friedens seyn. Ich mache es mir zur Pflicht, alle künftige Bürger Ungarns zu Ihren Herrern, zu Ihrer gewöhnlichen Beschäftigung zurückzuführen, welche die Furcht Ihr Land neuerdings als Kriegs-Schauplatz zu sehen, von demselben entfernte. Der Handelsmann kann in vollkommener Sicherheit sich seinen Speculationen widmen, der Künstler und Handwerker, seine gewöhnlichen Beschäftigung, alle werden Sicherheit und Schuß finden.

Sollte durch einen Zufall oder durch glücklicher Weise schwere voraussetzende Ereignisse, der Bruch des Waffenstillstandes neuerdings die Kriegessamme anzuführen, so werde ich mich im Namen Sr. Majestät des Kaisers allen Vermohnen dieser, und der densocharten Gegenden, auf die strengste Art davon Nachsicht zu geben, und Ihnen dieselbe Sicherheit zu gewähren, welche Sie in dem Lande hatten, das Sie verließen, um sich in jenes von denen französischen Truppen besetzt zu verfügen.

Györben zu Naab den 16. Ju-
ly 1809.

Ludwig von Hardeaux, Division-
General, Gouverneur von Naab
und des denen Waffen Sr. Ma-
jestät des Kaisers Napoleon
unterworfenen Theiles von Un-
garn.

Kinyilatkoztatás – Proclamation, Kelt Györött, 1809. július 16. Narbon Lajos magyar és német nyelvű röpirata, melyben felszólítja a lakosságot, folytassák tovább a mindennapi életet