

**STUDIA IURISPRUDENTIAE DOCTORANDORUM
MISKOLCIENSIIUM**

**MISKOLCI DOKTORANDUSZOK
JOGTUDOMÁNYI TANULMÁNYAI**

21.



MISKOLCI EGYETEM
ÁLLAM-ÉS JOGTUDOMÁNYI KAR
DEÁK FERENC ÁLLAM-ÉS JOGTUDOMÁNYI DOKTORI ISKOLA

**STUDIA IURISPRUDENTIAE DOCTORANDORUM
MISKOLCIENSIMUM**

MISKOLCI DOKTORANDUSZOK JOGTUDOMÁNYI TANULMÁNYAI
2021. évi 1. szám

Tomus 21

Szerkesztő:
Prof. Dr. Róth Erika

Technikai szerkesztő:
Dr. Sági Edit

Kiadja:
Bíbor Kiadó Bt.
Felelős kiadó: dr. Borkuti Eszter

A kötet borítóján *Albrecht Dürer: Erasmus portréja* című metszet részlete szerepel

ISSN 1588-7901

A kötet kiadását az Igazságügyi Minisztérium jogászképzés színvonalának emelését célzó programja támogatta.

MISKOLC, 2021.

Előszó

A Miskolci Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Doktori Iskolája gondozásában megjelenő *Studia Iurisprudentiae Doctorandorum Miskolciensium* 21. kötete fontos állomást jelent kiadványunk történetében. A hosszú évek óta publikálási lehetőséget biztosító tanulmánykötet immár folyóiratként jelenhet meg. Évi két lapszámban tervezzük megjelentetni a doktoranduszok tanulmányait, az eddigiekhez hasonlóan magyar és angol nyelven.

A jelenlegi szám tizenkét tanulmányt tartalmaz, amelyek egy része a Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola PhD hallgatóinak kutatási eredményeiről ad számot, de nagy örömünkre más doktori iskolák doktoranduszai is szívesen publikálnak nálunk.

Már-már megszokott, hogy a tanulmányok jelentős része angol nyelvű, ami azt jelzi, hogy a magyar hallgatók is biztos szakmai nyelvismerettel rendelkeznek. Ez a tény és az, hogy a külföldről érkezett doktoranduszok is egyre többen megjelennek szerzőink között, hozzájárul ahhoz, hogy folyóiratunk Magyarországon kívül is szélesebb körben ismertté válhat. Az elérést könnyíti az is, hogy az egyes lapszámok elektronikusan is megnyithatók a Doktori Iskola honlapjáról.

A feldolgozott témák most is rendkívül színesek, a klasszikus jogi problémáktól kezdve napjaink új kihívásainak bemutatásáig, elemzéséig számos jogágot érintenek.

Köszönettel tartozunk az Igazságügyi Minisztériumnak, hogy „A jogászképzés színvonalának emelését célzó programok” keretében a doktori képzést és ezen keresztül a kiadvány megjelenését is támogatja.

Prof. Dr. Róth Erika
a Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola Vezetője

Tartalomjegyzék

ASLI ALKIŞ

Investigating the usefulness of online age verification methods.....7

AIDA BEKTASHEVA

International investment of EU law: some prospects and relationship with sustainable development.....25

CZIBRIK ESZTER

A hatósági szerződés, különös tekintettel a hatósági szerződésben foglaltak megszegésére.....41

CZUCZINÉ KERESZTES ANITA

A hazai közigazgatási szakemberképzés új irányai.....57

FERDOUS RAHMAN

Elasticity of the laws on foreign sovereign immunity: Role of the dominant jurisdictions in determination of cause of actions against the foreign sovereign.....71

GALÁNTAI RITA TÜNDE

Kérdések a mesterséges intelligencia bírósági alkalmazása kapcsán.....87

HASSAN AMNA

Comparative analysis of the Theoretical Legal Techniques (ILT) between EU and Pakistan.....105

MAKÁCS ADRIENN

The codification of Hungarian private law on the turn of the 20th century: the first text of the Szászky-Schwarz Gusztáv inheritance law draft.....135

MÉSZÁROS PÁL EMIL

A tárgyaláson teljesítendő eljárási cselekmények problematikája az elektronikus ügyintézésrel kapcsolatban.....159

NOVÁK ISTVÁN

A polgári és egyházi házasság jogelvei a 19/20. század fordulóján.....173

RICZU ZSÓFIA

Új jogviszonyok bevezetésének kérdései a hazai egészségügyben.....181

SZÉL NAPSUGÁR ÁGNES

A gyermekek jogairól szóló New Yorkban 1989.november 20-án kelt Egyezmény 12.cikkének jelentősége a polgári perrendtartásban érvényesülő gyermekközpontú igazságszolgáltatásban.....199

ASLI ALKIŞ*

Investigating the usefulness of online age verification methods

Abstract

The aim of age verification is to enforce a technological measure to check whether an internet user has the minimum age to access age-restricted content. In this paper, the existing online age verification methods will be examined considering the European Union's General Data Protection Regulation and the United States' the Children's Online Privacy Protection Act and an alternative solution to these methods will be discussed. An answer will be sought to the question of whether these age verification methods will protect children from inappropriate content without violating their privacy.

Key words: Children's online privacy, Data protection, COPPA, GDPR, Online age verification

Absztrakt: Az életkor-ellenőrzés célja egy technológiai intézkedés végrehajtása annak ellenőrzésére, hogy az adott internet felhasználó rendelkezik-e a korhatáros tartalomhoz való hozzáféréshez szükséges minimális életkorral. Ebben a cikkben a meglévő online életkor-ellenőrzési módszereket vizsgáljuk a GDPR-nak és az Egyesült Államok Gyermekre vonatkozó Online Adatvédelmi Törvényének figyelembevételével, és megvitatjuk e módszerek alternatív megoldását. Arra a kérdésre keressük a választ, hogy ezek az életkor-ellenőrzési módszerek megvédik-e a gyermekeket a nem megfelelő tartalomtól anélkül, hogy mindezzel a privacy sérelmét okoznák.

Kulcsszavak: gyermekek online privacy-je, adatvédelem, COPPA, GDPRA, online életkor ellenőrzés

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.7-24

Introduction

Children, who are the so-called natives of the digital world, frequently use the Internet as a part of daily life today. They are going online at an ever-younger age, using a diverse range of computers. They spend a lot of time on the Internet and social media, play video games, and use smartphone applications, mostly without

* Alkis Asli, PhD student, University of Szeged, Supervisors: Dr. Nagy Zsolt associate professor, Dr. Váradi Szilvia assistant professor

parental supervision. New technology such as artificial intelligence, enhanced networking, augmented reality, and virtual reality will create a significant change in the way children participate and communicate in society. Although the Internet provides many opportunities for research, networking, creativity, and entertainment, it also brings up many dangers for vulnerable people, such as children. Online, children can be subjected to negative material and behaviour, such as cyberbullying, sexual harassment, pornography, violence, or self-harm. Effective solutions are expected to avoid negative outcomes for cognitive, social, and emotional improvement.¹

Parents are primarily responsible for the safety of their children and it is possible to see this attribution in legal documents regarding the protection of children data and privacy such as General Data Protection Regulation (GDPR)² and the Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)³. However, it would not be fair to require parents to monitor and supervise children all the time in the natural flow of life. Hence, efforts are made to build online applications that would make it easier to monitor parents in their physical absence. Various methods are available online, such as content filtering and parental security restrictions.

At this point, age verification can be a promising tool that can make the Internet a better environment for children. The purpose of age verification systems is to enforce a technological measure to check if an Internet user has the minimum age needed to access age-restricted content and services or to remotely order age-restricted products. Although the debate on the desirability and feasibility of online age verifications began primarily in the late 1990s and early millennia, the discussion is still a topical one.⁴

Age verification, in brief, poses several sensitive concerns relating to children's privacy and freedom of speech and expression online. It would almost definitely not be foolproof, even though a technical solution arises. Children are at risk of information theft by malicious Internet users against data that could even be sensitive. And from the outset, there is a major risk of a lack of awareness. In digital settings, parents, colleges, states, other organisations, and website operators all need

¹ (2014, September 5) Creating a Better Internet for Kids. Shaping Europe's Digital Future - European Commission. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/better-internet-4-kids> (last visited 12.11.2020)

² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance) OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88, Article 8.

³ 16 CFR Part 312 Children's Online Privacy Protection Act; Final Rule, 15 U.S.C. §§ 6501–6506, Federal Register Vol. 64, No. 212, 03.11.1999, p. 59888–59915, Part 312.5 Parental Consent.

⁴ Vander Maelen, C.: The coming-of-age of technology: using emerging tech for online age verifications. *Delphi-Interdisciplinary Review of Emerging Technologies*, 2019/2.3, 115-121, 115.

to do even more to inform young people about online protection and correct etiquette.⁵

In the second part of this paper, we will review the related GDPR and COPPA practices. Next, the existing methods of age verification will be addressed critically, and then an alternative method to the current age verification procedures will be discussed. As a result, a response will be pursued as to how effective these approaches are in shielding children from inappropriate adult material and how respectful they are to the privacy of children.

GDPR and COPPA practices

In compliance with Article 8 of the GDPR, certain conditions are required for the lawful processing of data related to children of at least 16 years of age. The first of these conditions is that an information society service should be the processor. In other words, any profit-oriented service would fall within this scope. In this situation, social media services that make money from ads should be included within the scope of this definition. It is not clear, though whether non-profit organizations' websites would come under this Article. The second condition is that the operators should offer their services directly to children. However, because the word "directly offered to children" is not well specified, it can be confusing, for example, whether it only refers to the YouTuber Kids app or it even applies to YouTube. The last condition is when the data controller relies on consent as a legitimation ground.⁶

If the child is younger than 16 years old, parental consent need to be obtained by the data controllers for making the processing lawful. Member States may by law, allow for a lower age, but such a lower age cannot be less than 13 years.⁷ To obtain this parental consent, no specific method is included in the GDPR. It is merely said that with sufficient effort, the data controller could verify if the consent provided belongs to the parent, taking current technology into account.⁸ The data controller can therefore be as creative as possible in terms of age verification and parental consent.

In addition, recital 38 addresses the special protection of children's personal data. In this recital, given that children are less vulnerable to the risks and potential consequences of the processing of their data, they require extra protection, in

⁵ Thierer, D.: Social networking and age verification: Many hard questions; no easy solutions. Progress & Freedom Foundation Progress on Point Paper, 2007/14.5, 3.

Polonetsky, J.: Online Age Verification for Our Children A Report on the Tools and Resources Available for Safeguarding the First Generation of Digital Natives. 31st International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners in Madrid, Future of Privacy Forum, 2009, 17–18.

⁶ Lievens, E-Verdoordt, V.: Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children's rights in the General Data Protection Regulation. Computer Law & Security Review, 2018/34.2, 269-278, 271-272.

⁷ GDPR, Article 8(1).

⁸ GDPR, Article 8(2).

particular when their personal data is used for marketing purposes, for the production of profiles and for the collection of services offered directly to children.⁹ On the other hand, Recital 47 indicates that direct marketing may constitute legitimate grounds for data controllers other than the consent of the data subject. As Lievens and Verdoodt also questions, there is a balancing issue for the data controller here between its own legitimate interest and the fundamental rights and freedoms of the data subject and the GDPR does not address potential solutions. If the data objects are children, Article 6(1)(f) of the GDPR notes that the interests of children will more easily override the interests of the data controller. Thus, where this legitimacy ground is applied in relation to the personal data of children, the data controller must be more responsible. However, in fact, how data controllers can perform this balancing exercise in practice remains a source of legal uncertainty.¹⁰ The GDPR's child related practices were inspired by the 1999 US Children's Online Privacy Protection Act (COPPA), which was introduced in 1998 to safeguard the privacy of children under the age of 13. COPPA is a U.S. federal law that first entered into force on April 21, 2000, with additional amendments going into force on July 1st, 2013. Yet, the COPPA does not only deal with the age of digital consent but also requires a more detailed regulation regarding the topic of consent than the GDPR.¹¹

If the website collects data from children under 13 years old, the requirements for the lawfulness of the consent are to have an extensive Privacy Policy answering all the questions regarding the collection of data, to provide direct notice to parents about the collection, to get a parents' verifiable consent before starting the collection and to include a parents' rights section where parents can find instructions about their rights over the data collected from their children, how they can contact to delete or reject the collection and use of data.¹²

In order to provide consent, a parent may print, sign and send a form via postal mail, fax or electronic scan, make a monetary transaction involving the use of their credit card, debit card or other online payment systems (the COPPA FAQs state that this approach is not appropriate when a monetary transaction is not involved). They can call a toll-free telephone number operated by trained personnel or connect to trained personnel by video conference, confirm their identity by scanning the government-issued documents (e.g. driver's license or passport) against a database (the operator must erase the identification details of the parent directly after the

⁹ GDPR, Recital 38.

¹⁰ Lievens, E-Verdoodt, V.: i.m. 275.

¹¹ Persano, F.: Gdpr and children rights in eu data protection law. *European Journal of Privacy Law & Technologies (EJPLT)*, 2020(Special Issue), 2020, 32-42, 34.

¹² Persano, F.: i.m. 35. Coppa, Part 312.4(d).

verification has been completed). These are some of the ways that the data controller could ensure that the consent is given by the parent.¹³

There is also an additional method called e-mail plus which can be used only if the operator is collecting the child's information for internal use. It combines two steps: the first one is to send an e-mail to parents for obtaining permission and taking the return message. The second one is to confirm that the responding person is the child's parent.¹⁴

Accordingly, COPPA can be a good model for mentioning some methods with the *sliding scale*. For example, the scale allows a website that collects a child's personal information to verify consent via e-mail coupled with additional steps if the information is used only for internal purposes.¹⁵

Moreover, the rule allows interested parties to submit new verifiable parental consent methods to the FTC for approval.¹⁶

However, there is no age verification method specified in both the so-called GDPR and COPPA legislation, and so website operators should arrange it themselves according to the legal age thresholds for the processing of child data.

We will review the existing age verification methods in the literature and practice within the next section and we will examine whether they are privacy-friendly and useful for determining a child's exact age.

Current Age Verification Methods

While no measure can be considered entirely resistant to mistakes or deception, a distinction can be made between *soft and hard* measures depending on the attempt to circumvent or cheat the framework for children.¹⁷

Self-Verification

By checking a box or writing their date of birth before accessing a website or establishing an account, this method requires users to validate themselves if they are over a certain minimum age. This approach has certain benefits, such as being easy to implement and easy for operators to afford. Lying, though, is too easy for a child by using this method. That is why it is not reliable but widely used all over the world.

¹³ Coppa, Part 312.5.

¹⁴ Coppa, Part 312.5(b)(2).

¹⁵ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187, 2011), at 28 “[...]age verification, rather than being subject to one single rule, could be based on a sliding scale approach whereby the mechanism to be used would depend on the circumstances, such as the type of processing (the purposes), whether particularly risky, type of data collected, data usages, (whether the data is intended for disclosure), etc.”

¹⁶ Coppa, Part 312.12(a).

¹⁷ Vander Maelen, C.: i.m. 117.

For instance, it is used by almost all social media networking platforms (e.g. Facebook).¹⁸

Since the method makes it possible to lie and deceive, it would be an example of a softest measure.

Peer-Based verification

To assess if a user's participation in an online community is acceptable, some blogs and online social networks use some aspect of peer-review. Based on personal knowledge established offline or anywhere other than their profile itself, peers may vote, suggest, or rate an individual. For example, for users who identify themselves as under 18, Facebook uses a peer verification system. This method is easy to implement and cheap but on the other hand, it is possible that individuals may create several accounts and use them to obtain access and because it is not difficult to create several accounts to circumvent the ban, this system can be considered a soft measure.¹⁹

E-payment services

This method allows users access if a minor transaction (e.g. 0.01 euros) is carried out by an e-payment service. This also fails to carry out an individual review of the age of the user because it is not per se evidence of maturity to have or use such an account: certain e-payment systems (including famous Paypal and Worldpay) can be connected to debit cards that are also open to children.²⁰

Compared to previous versions, this approach is relatively harder, but it is also soft since getting an e-payment account does not ensure that the user is an adult.

Semantic analysis

This method is based on the idea that individuals of a certain age will use different and identifiable degrees of complexity while creating, for example, a social networking profile. Software is used to examine the profile page of a person, to establish an age range for the user, and to report users to administrators if they have posted material indicating they are underage. This analysis could be a supplementary tool for age verification in the social media networking platforms. But it cannot be a reliable solution, because the system is still in its infancy and does not specify the precise age, it just estimates the age range. In addition, people are of varying degrees

¹⁸ Polonetsky, J.: i.m. 3-4.

¹⁹ Polonetsky, J.: i.m. 4.

²⁰ Vander Maelen, C.: i.m. 117.

of maturity. Outliers will also face problems: children that are extraordinarily advanced or adults with developmental disabilities.²¹

Credit/Debit cards

Some websites aim to check the credit card information of the user or call for a small credit card transaction to be performed. While this may sound like the second method of relying on e-payments, credit cards are part of a tightly controlled scheme. Owing to the strict financial and regulatory requirements imposed – one of which is that minors cannot apply for credit cards in most countries – it is a much more effective means of distinguishing between adults and children.²²

However often children receive credit cards from their parents, or they can also steal or borrow credit cards from their parents without their knowledge. And apparently, the websites only check whether the credit card is working or not, who uses the card is not a concern of the operators. In other respects, this approach is not fair for low-income families who do not own credit cards. Also, this approach may be too much for social networking sites where you just like to chat or post.²³ Some people may not wish to share their credit card numbers because of some reasonable security concerns. But still it is one of the most widely used verification methods on the Internet today.²⁴

Identity document scanning and eID

These approaches (e.g. respectively submitting identity scans and allowing use of citizens' electronic id cards (eIDs)) are the ones that are immune to the problems alluded to above. Adults are not unjustly excluded, and it is possible to make precise distinctions among the age of children. While it is still possible for individuals to commit identity document fraud, heavy fines for identity fraud can serve as a deterrent, while checking the documents contained in the government database offers a good safeguard. Thus, the mentioned method offers two accurate ways to determine an individual's age.²⁵

This method can therefore be considered as a hard measure comparing the solutions listed above, since it is dependent on trustworthy government data sources (e.g. Belgium and German eID systems).²⁶

²¹ Polonetsky, J.: i.m. 4.

²² Vander Maelen, C.: i.m. 117.

²³ Thierer, Adam D.: Parental controls & online child protection: A survey of tools & methods. Available at SSRN 1268433, 2009, 181-184.

²⁴ Polonetsky, J.: i.m. 5-6.

²⁵ Vander Maelen, C.: i.m. 118.

²⁶ Polonetsky, J.: i.m. 9-10.

This method, however, is not so easy to adopt for the governments as it is essential to deliver widespread eID card readers to their citizens and create a government infrastructure that makes back-ends of a smooth interface of state administration and consumer-friendly front-ends, offers a high degree of cybersecurity and grants eIDs for children under the age of 18.²⁷

Driver license and passport

A website or an app demands information about a passport or driver's license that can be checked against a government database to check one's age and identification. This approach is widely used as ID documentation and is highly trustworthy. However, it poses huge data security and privacy issues, and users may be worried about providing third parties that information. The use of this approach is therefore most likely restricted within the country and does not work in cross-border applications.²⁸

Offline verification

Third-party services provide offline verification, using direct contact with the parent or legal guardian to check the age of children and receive parental consent. This could involve a face-to-face contact at a post office, a phone call or fax form. This method is one of the hardest measures since it could be very effective, strong, and reliable but at the same time it is very costly and burdensome. In addition, if the offline verification corresponds to a PIN code or password that grants permission to such online sites, children can obtain this information and thus defeat the intent of the system. Furthermore, as not all platforms have such strict rules as to require offline verification, requesting sites might experience user migration to other networks. For example, the DG Infosoc History Report states that this method of offline verification is preferred by the German Government and that a national system has been in effect since the ratification of the Interstate Treaty on the Protection of Human Dignity and the Protection of Minors in Broadcasting and Telemedia which entered into force on 1 January 2009.²⁹

Knowledge-based authentication

This Federal Trade Commission (FTC)-approved method used as a tool to pose a variety of multiple-choice or dynamic questions that have appropriate difficulty for

²⁷ Vander Maelen, C.: i.m. 118.

²⁸ Polonetsky, J.: i.m. 7.

²⁹ Polonetsky, J.: i.m. 7-8.

children under the age of 13, however, might not be effective and distinctive in the EU, provided that certain countries have a parental approval requirement of 16 years of age and that at the age of 16 children typically have about the same level of maturity as 17/18-year-olds.³⁰

Publicly Accessible Data

Types of adult data publicly accessible or available to some businesses in certain countries may include records from credit reports, criminal history, real estate transfers, and voter registration. Such data can be collected in order to create a portfolio on an individual basis. Databases constructed from details obtained by the post office and so on have also been proposed. Finally, some suggested databases compiled from school records, which could serve both to effectively verify the age of children and to determine the identity of their parent/legal guardian. As an advantage, this method needs no work on the part of the user because the material has already been gathered and stored somewhere. However, the distribution of these data and the possible onward transfer for malicious reasons pose major data privacy issues. Also, it is difficult to use school documents as a form of age verification and identity authentication on a wide scale. In addition to safety considerations, this would mean an unnecessary administrative burden or a variety of school districts that are still understaffed and underfunded.³¹

Biometrics

New technologies can allow the age of the consumer to be determined by the examination of fingerprints, bone density, unique patterns on the surface of the iris, or other biologically unique identifiers. While most mechanisms are based on inherent characteristics such as those described above, some platforms work by defining behavioural features such as walking gait or typing style. Biometrics are accurate and difficult to circumvent. There are however a variety of ethical concerns regarding the cataloguing of detailed personal information, in particular those features that could influence medical information or the characteristics of individuals. This means that individual information, of a far more inherently personal nature than even a name and address, would be kept elsewhere, often by a third party. Another drawback is that most systems cannot ascertain the precise age of the user with today's technologies, perhaps just determine the age range. Besides that, age verification through these forms of technology tends to be expensive and hardware dependent.³²

³⁰ US Federal Trade Commission, RE: Imperium, LLC Proposed Verifiable Parental Consent Method Application (FTC Matter No. P135419) (2013), 3 in VANDER MAELEN, C.: i.m. 119-120.

³¹ Polonetsky, J.: i.m. 6.

³² Polonetsky, J.: i.m. 11.

Not only physical biometrics, but also behavioural profiles may become so-called identifiers of general application, which will bring an end to anonymous and untraceable behaviour. This will have a significant impact on the fundamental rights and freedoms of individuals on a wide scale, as well as data protection and privacy.³³ Current example: the identity verification firm, Onfido, adds biometric verification as a supplementary step to provide more security. It works by matching a selfie or video with the presented ID and generates a score based on how similar the two faces are. That the operator will determine if the users really are who they claim they are. It means that children are not simply presenting the identification document of the parent.³⁴ This may be an example of a very hard measure, but data controllers have a huge responsibility to comply with the purpose limitation and proportionality when gathering and processing children's biometric data.

Voice recognition

The increasing emergence of Artificial intelligence (AI)-powered 'smart home assistants' such as Amazon Echo and Google Home proposed the use of voice recognition for identity verification. Already in 2015, Amazon began creating Voice ID for Alexa, allowing the AI to differentiate between multiple users. In addition to having customized replies, this may also discourage children from ordering age-restricted items by voice assistants.³⁵

On the smartphones, there is also Apple's Siri or Google Assistant as virtual assistants. These technologies can be useful and trustworthy, but their own collection of data security problems still arise: a new investigation into Google Assistant and Apple's Siri found that users are often captured unknowingly and that some of the users' recordings are transcribed by human contractors and may be used by the company against the principles of data minimization and purpose limitation.³⁶

In the light of current technologies, it can be expected that issues with private life will continue, because voice recognition is a method that its boundaries are not quite clear. Often the age range, not the exact age estimate, can be calculated. There

³³ Krausova, A.: Online Behavior Recognition: Can We Consider It Biometric Data under GDPR. Masaryk UJL & Tech., 2018, 12, 161-178, 173-174.

³⁴ (28 February 2020) Customer age verification, <https://onfido.com/use-cases/age-verification/>, (last visited 15.11.2020)

³⁵ Vander Maelen, C.: i.m. 119.

³⁶ Paul, K.: Google workers can listen to what people say to its AI home devices. Technology/The Guardian. 11 Jul 2019. from <https://www.theguardian.com/technology/2019/jul/11/google-home-assistant-listen-recordings-users-privacy> (last visited 16.11.2020) Hem, A.: Apple contractors "regularly hear confidential details" on Siri recordings. The Guardian, 26 Jul 2019. <https://www.theguardian.com/technology/2019/jul/26/apple-contractors-regularly-hear-confidential-details-on-siri-recordings> (last visited 16.11.2020)

is not a delicate device that will actually distinguish the difference between a 12-year-old and a 13-year-old, and we cannot guarantee that it would be a very good way to understand when the legal age threshold has been already reached.

Not to mention the fact that any of these methods could be combined with COPPA's verifiable parental consent methods as supplementary methods. For instance, as we explained earlier, there are two step-method called the e-mail plus which can only be used if the operator collects information from the child for internal use. But if the data controller combines this approach with a face or voice recognition, the first move will be to send an e-mail to parents for authorization and to expect a return message. And the second stage should be a picture of the child's parents with the child, and then that would have become more reliable that it could also be used for external use of the website. But the biometry approach still involves privacy issues, as discussed above. Furthermore, other suggestions for such combinations may be provided and the examples can be expanded.

Acceptable solutions for verified underage

Software for parental control

There are many tools available to parents who want to install applications on their home computers that can track their children's activities on the Internet, restrict the material they view, and prohibit them from viewing information that has been classified as unacceptable (pornography, abuse, gambling, etc.) A wide variety of services have been in effect for over a decade now and are available. In addition, parental controls are being highly flexible. The restrictiveness of filtering is subjective and based on user preferences and can typically be adapted to the broad categories that relate to what has been found suitable for specific age groups. Google and other common search engines have options that encourage parents to filter the returned websites as their children search.³⁷ There are certain benefits that the parental controls are usually easy to install and enforce and often, many of the less computer-savvy parents are mindful of parental controls as a resource to better monitor their children's Internet experience. Yet there are some inefficient points that the filtering programs can be rendered ineffective without regular upgrades and parents might not be aware of this fact; restrictive filters sometimes prohibit access to valuable knowledge which would be beneficial for the children somehow; such systems tend to concentrate on preventing access to inappropriate content, but may also allow access to unsafe environments where they can meet malicious users such as social networking sites; parental filters appear to run on an all-or-nothing basis which means that they must authorize or restrict access to the entire website and this places parents who wish their children to have

³⁷ Safe search, <https://support.google.com/websearch/search?q=safe+search>, (last visited 16.11.2020)

access to only those sections of the Internet in a tough position; such programs can give parents a false sense of protection and some may become passive in tracking their children's web activities themselves, believing that the software does a sufficient job of restricting their children's access to material that is inappropriate.³⁸ Parental tools are not perfect yet and children in the digital age can potentially deceive filtering mechanisms without the knowledge of the parent. For example, the Safe Search filter is not a big deal for a child because it only requires one tick to turn it off from the Google Chrome search engine settings.³⁹

Filtering by operators

There are mechanisms in which content filtering takes place before the content hits the device of the user and is bound by the requirements of the website or application platform itself. These technologies are less vulnerable to any of the parental tools' shortfalls that arise from human error. They do not need to be changed by users and are usually simpler for less tech-savvy parents. For instance, YouTube flags some videos as suitable only for people 18 and above by design. Yet there are concerns that parents will have less precise control over the level to which information is filtered so that it can cause a false sense of security.⁴⁰ Since labelling videos, photographs, etc as adult material can help children stay away from them but most probably it is not an accurate remedy, given that children are less conscious of the risk of inappropriate content and its effects on their mental and psychological well-being.

Alternative solution to current age verification procedures

As discussed above in depth, the current age verification procedures have certain challenges. The most significant one is that it is very difficult to balance the privacy of the child with the certainty of age. If the age verification method is very strict, it is likely to collect more information from the child, which often triggers theft of information and causes privacy and security concerns. If the method is softer, it may not be useful and easy to circumvent it.⁴¹

It would therefore be more reliable if the system were to rely on parental monitoring rather than the restrictions of the operator and data controller. Looking at the spirit of GDPR and COPPA, we can easily see that they are both based on parental supervision. But since parents cannot track them every second and even if it could happen, it is not privacy-friendly because even if parents are responsible

³⁸ Polonetsky, J.: i.m. 14-15.

³⁹ See for more information: <https://www.google.com/preferences>, (last visited 16.11.2020)

⁴⁰ Polonetsky, J.: i.m. 16-17.

⁴¹ Polonetsky, J.: i.m. 17-18.

for them, it should be taken into account that children are individuals not part of their parents. Thus, without damaging their privacy, a secure router can resolve the concerns of parents. Because the router would filter the content of adults from the start, parents will have the opportunity to arrange the filtering level and restrictions.

A current example is called Clean Router works by detecting inappropriate pages and the router works on text-based algorithms. Each page and its URL are registered dynamically against known words and phrases that can trigger the mechanism of blocking. As each page is loaded, there are actually several layers of filtering going on. On top of that for a full history, each page is logged. Images and videos are screened in the same way, with the list of keywords and phrases checked against their URLs and titles. There are also user-defined filters, in addition to the automatic filtering components. A white, grey, and black list is accessible to users. The user can even edit a special list of keywords to specify what the filter screens are for.⁴²

This solution seems much more reliable than changing the DNS or software solutions like Google's Safe Search, because unless they get the password of the router from their parents, it is almost impossible for children to circumvent it.

The device is now attempting to block harmful content from being displayed by scanning keywords. However, this would not be enough to shield the child from sites where inappropriate material is posted as images or videos. For example, this mechanism may not be acceptable for adult content on social media websites such as Facebook, Instagram, YouTube or personal blog sites that do not contain suspicious keywords. At this point, an AI that recognizes and filters such images and video content (including blood, weapons, drugs, cigarettes, alcohol or porn) would be very helpful and useful.

Cloud-Nanny's product called ChildRouter may be an example of this AI and machine learning (ML)-based approach. This product works with allowing parents to manage access to categories of sites by device to keep their children away from the unsuitable content. Looking for sites in a database is easy enough but what happens if a child is trying to reach a site that is not in the database? That is where the intelligent part of the solution comes in. Cloud-Nanny trained a model customized to its needs with a wide set of websites, using machine learning algorithms. This model creates a website classifier that can identify and categorize content in real time, such as a gaming site, a video site, or a site that includes adult material, for example. The approach then compares the outcomes with the current profile of the family, to verify if the relevant category of the site is listed as suitable or forbidden for the device or user making the request. The request is either allowed

⁴² Clean Router FAQs, How does the filtering actually work? <https://cleanrouter.com/faqs/> (last visited 17.11.2020)

or blocked if the categorization algorithm is very certain that the site falls into an allowed or banned group.⁴³

This AI and ML-based solution could be the optimal online child protection method available with current technologies, because it can be said that it would not violate children's privacy rights since it would not require constant monitoring of their online interactions and activities by their parents.

Conclusion

In this study, while taking into account the relevant practices of the General Data Protection Regulation (GDPR) of the European Union and the Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) of the United States, the current online age verification systems based on the privacy rights of children have been examined. First, we discussed Article 8 of the GDPR and related recitals on online data protection and privacy for children. The GDPR allows an age range of 13-16 years, depending on the decisions of the Member States, for children to be able to provide their consent in order for their personal information to be processed by online platforms. Parents should give their consent on behalf of their children if the children have not met the legal threshold age yet. The GDPR does not however, suggest any method or technique for obtaining either parental consent or age verification.

Second, we have presented the applicable COPPA rules and unlike the GDPR, there are some non-exhaustively defined methods under the Part 312.5 when verifying parental consent. This includes signed parental consent to be delivered via e-mail, fax or post, to scan ID documents or driving licenses, to make a phone call, to make a video call, to make symbolic transactions by the credit or debit cards. Just like GDPR, COPPA does not recommend any method of age verification for online network providers, but still the procedures for verifiable parental consent can be an example of age verification methods or a supplement to existing age verification methods.

After that the methods of age verification were scanned in the literature and distinguished as soft or hard methods. Being soft means that the child can overcome it more easily, while being hard means it is stricter and more difficult to cheat. We discussed about how the self-verification method, which is the most used and softest method on the Internet especially on social media platforms, is inconvenient and easy to bypass. We argued that the peer-based authentication method is relatively harder and useful for applications like Facebook, but it is still not difficult for a child to deceive by creating multiple accounts.

⁴³ <https://www.ibm.com/case-studies/cloudnanny>, (last visited 19.11.2020)

Methods, like symbolic transactions through e-payment, debit or credit cards, are harder but still not sufficient enough, since children can obtain card numbers and passwords without the knowledge of their parents or parents can offer them without being aware of the risks and consequences.

The methods of scanning ID papers, driving licenses, or passports are quite reliable and one of the hardest measures, but they are of considerable concern with respect to data protection and privacy as well as information thefts. ID details would also be too much and unnecessary to gather for activities such as chatting or posting content on an individual account.

Semantic analysis and knowledge-based verification could be examples of moderate methods because they may be effective in predicting a child's age span, but they cannot be reliable because children have varying stages of maturity. Such programs will not be effective in such exceptional cases as mentally undeveloped individuals or genius kids.

Biometrics such as fingerprints, bone structure, distinctive markings on the surface of the iris, or behavioural traits such as typing style or voice recognition techniques are the hardest methods, among others, since they are unique and identifiable characteristics of children and tend to be sensitive information. Thus, the processing of such information could put an end to the anonymous and untraceable online identity of individuals. This would have a huge effect on the human rights and freedoms of individuals on a wide scale, as well as on data protection and privacy. Besides these, even if such confidential information is collected from children, it is still not possible to ascertain the exact age, but rather to approximate the age span and it would not be helpful in terms of compliance with the legal age threshold of the legislation.

As described above, offline verification and publicly accessible data methods are very accurate as they are based on direct communication with the child's immediate surroundings. But they could cost more than expected, and it would be too burdensome to adopt these solutions for understaffed and unfounded organizations.

Considering all of this, we believe that the existing age verification methods are either too strict and accurate but not privacy-friendly, or that they do not violate data protection, but that they are too burdensome and difficult to estimate the exact age or that they are privacy-friendly but not useful at all. There is no midway which respects the personal information of children and at the same time protects children from harmful content.

Thus, we addressed a solution to get the best out of AI and ML in terms of child online safety. As explained in detail above, this solution places parents in charge with the help of a filtering router. This router could use AI to filter adult content right from the start and updates the database using ML, so that children can't access it and this approach doesn't need constant parental supervision, because it's not practical for the parents and it's not very privacy-friendly either.

This approach has its downsides: it relies on the current technology and as Thierer states the technology is not foolproof yet, it could not work properly all the time.⁴⁴ Nevertheless, day by day, the technology is improving a lot and this solution appears to be much more effective and safer for a child than the existing approaches for age verification.

Acknowledgement

I thank a lot Dr. Szilvia Váradi, my co-supervisor, for her continuing encouragement and insightful review and recommendations about this paper.

⁴⁴ Thierer, D.: i.m. 3.

References

- US Federal Trade Commission, RE: Imperium, LLC Proposed Verifiable Parental Consent Method Application (FTC Matter No. P135419) (2013), 3.
- GILBERT, F.: Age verification as a shield for minors on the Internet: A quixotic search. *Sbidler J.L. Com. & Tech.* 2008, 5.
- HERN, A.: Apple contractors “regularly hear confidential details” on Siri recordings. *The Guardian*, 26 Jul 2019. <https://www.theguardian.com/technology/2019/jul/26/apple-contractors-regularly-hear-confidential-details-on-siri-recordings> (last visited 16.11.2020)
- KRAUSOVA, A.: Online Behavior Recognition: Can We Consider It Biometric Data under GDPR. *Masaryk UJL & Tech.*, 2018, 12, 161-178. <https://doi.org/10.5817/MUJLT2018-2-3>
- LIEVENS, E-VERDOODT, V.: Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children's rights in the General Data Protection Regulation. *Computer Law & Security Review*, 2018/ 34.2, 269-278. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.09.007>
- PAUL, K.: Google workers can listen to what people say to its AI home devices. *Technology/The Guardian*. 11 Jul 2019. from <https://www.theguardian.com/technology/2019/jul/11/google-home-assistant-listen-recordings-users-privacy> (last visited 16.11 2020)
- PERSANO, F.: GDPR and children rights in EU data protection law. *European Journal of Privacy Law & Technologies (EJPLT)*, 2020(Special Issue), 2020, 32-42. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.09.007>
- POLONETSKY, J.: Online Age Verification for Our Children A Report on the Tools and Resources Available for Safeguarding the First Generation of Digital Natives. *31st International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners in Madrid, Future of Privacy Forum*, 2009.
- SHANNON F.: How Facebook Beat the Children's Online Privacy Protection Act: A Look into the Continued Ineffectiveness of COPPA and How to Hold Social Media Sites Accountable in the Future, *50 Seton HALL L. REV.* 2020, 827.
- THIERER, A. D.: Parental controls & online child protection: A survey of tools & methods. *Available at SSRN 1268433*, 2009, 181-184. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1268433>
- THIERER, D.: Social networking and age verification: Many hard questions; no easy solutions. *Progress & Freedom Foundation Progress on Point Paper*, 2007/ 14.5. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1268433>
- VANDER MAELEN, C.: The coming-of-age of technology: using emerging tech for online age verifications. *Delphi-Interdisciplinary Review of Emerging Technologies*, 2019/2.3, 115-121.

<https://doi.org/10.21552/delphi/2019/3/4>

Websites

(05.09.2014) Creating a Better Internet for Kids. Shaping Europe's Digital Future - European Commission. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/better-internet-4-kids> (last visited 12.11.2020)

(13.08.2018) Clean Router FAQs, How does the filtering actually work? <https://cleanrouter.com/faqs/> (last visited 17.11.2020)

(28.02.2020) Customer age verification, <https://onfido.com/use-cases/age-verification/>, (last visited 15.11.2020)

<https://www.google.com/preferences>, (last visited 16.11.2020)

Safe search, <https://support.google.com/websearch/search?q=safe+search>, (last visited 16.11.2020)

(11.01.2017) <https://www.ibm.com/case-studies/cloudnanny>, (last visited 19.11.2020)

16 CFR Part 312 Children's Online Privacy Protection Act; Final Rule, 15 U.S.C. §§ 6501–6506, Federal Register Vol. 64, No. 212, 03.11.1999, p. 59888-59915.

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187, 2011), at 28.

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance) OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

AIDA BEKTASHEVA*

*International investment of EU law:
some prospects and relationship with sustainable development*

Abstract: The international investment regime has become one of the fastest growing areas of international law. This article is to analyze the new trends and challenges of the international investment regime, the impact of bilateral investment treaties on the legal regulations and the possibilities of international dispute resolution in the field of international investment law. The article, moreover, deals with the correlation international law with sustainable development. The author focuses on highlighting the legal instruments regarding foreign investments, the approaches that could make the investment policy compatible with bilateral investment treaties and law of international economic relations with consequences of establishing state/investor dispute resolution system in comparison with the impact of investment tribunals.

Keywords: International investment law, Investment Policy, European law, Bilateral Investment Treaties (BITs), investment dispute settlement mechanism.

Absztrakt: A nemzetközi befektetési rendszer a nemzetközi jog egyik leggyorsabban fejlődő és növekvő területe. Ez a cikk a nemzetközi befektetési rendszer új trendjeit és kihívásait, a kétoldalú befektetési szerződések jogi szabályozásra gyakorolt hatását és a nemzetközi vitarendezés lehetőségeit vizsgálja. A cikk ezen túlmenően a nemzetközi jog és a fenntartható fejlődés összefüggéseivel foglalkozik. A szerző arra összpontosít, hogy kiemelve a külföldi befektetésekre vonatkozó jogi eszközöket, azokat a megközelítéseket, amelyek a beruházási politikát összeegyeztethetővé tehetik a kétoldalú befektetési szerződésekkel és a nemzetközi gazdasági kapcsolatok jogával, az állami/befektetői vitarendezési rendszer létrehozásának következményeivel szemben, a befektetési bíróságok által gyakorolt hatással.

Kulcsszavak: nemzetközi befektetések joga, Befektetési Politika, Európajog, Kétoldalú Befektetési Szerződések, befektetési vitarendezési mechanizmus

DOI:10.46942/SIDM.2021.1.25-39

Introduction

Global trade has been accompanied by a constant rise and increased importance of foreign investments in recent decades. Foreign investment is a major driver of international development for many countries via providing economic progress, technology transfers, infrastructure development, capacity building, innovation,

* Bektasheva, Aida. International PhD student at the Ferenc Deák Doctoral School of Law, University of Miskolc, Faculty of Law, Institution of European and International Law. Supervisor: Dr. Máttyás Imre associate professor

even good governance and rule of law¹ and other benefits. Moreover, today sustainable development has been vigorously debated within the field of international investment law as well² and it has now been acknowledged that world is going to the ‘Age of Sustainable Development’³.

In the case of European Union when the Lisbon Treaty entered into force on December 1, 2009, competence over foreign direct investment passed to the European Union (EU). Whether this gives the EU exclusive competence for the conclusion of future international investment agreements. Article 205 TFEU and Article 21 EU Treaty, the principles and objectives encompassing the promotion of human rights, sustainable development, and the protection of the environment have to be taken into account as part of the EU’s Common Commercial Policy and will influence the negotiation of future IIAs.

With no doubt, that the EU investment law was characterized mostly by bilateral relationships between Member States, or between a host state and an investor. Currently, more than 1400 BITs⁴ exist and almost some of them include both investment protection and investor state dispute settlement (ISDS). But now in its bilateral investment agreements with third countries, the EU has replaced traditional *ad hoc* arbitration between investors and States with a more permanent model of dispute settlement inspired by existing international courts, i.e. the Investment Court System. Moreover, EU is currently pursuing at the multilateral level within the United Nations Commission for International Trade Law (“UNCITRAL”)⁵.

Some member states such as Germany, France, Netherlands and Italy have been more active in negotiating BITs than others. Furthermore, Germany, Netherlands

¹ Schill, S.: International investment law and comparative public law – An introduction. In Stephan W. Schill (Ed.), International investment law and comparative public law. Oxford, Oxford University Press, 2010.

² Cordonier Segger, M., Gehring, M., & Newcombe, A. (Eds.). Sustainable Development in World Investment Law, 2011. Leal-Arca, R. Mega-regionals and Sustainable Development. The Transatlantic Trade and Investment Partnership and the Trans-Pacific Partnership. Renewable Energy Law and Policy Review, 2015, Vol.4, 248-264. Hindeland, S. & Krajewski, M. (Eds.). Shifting Paradigms in International Investment Law, More Balances, Less Isolated, Increasingly Diversified, 2016. Cremona, M., Hilpold, P., Lavranos, N., Schneider, S., & Zoelger, A. (Eds.). Reflections on the constitutionalisation of international economic law, 389-402.

³ Jeffrey Sachs D.: The Age of Sustainable Development. New York, NY: Columbia University Press, 2015. Eugenie L. Birch, Journal of the American Planning Association, 2015, 241-242.

⁴ Council, List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, 2018, /C 149/01, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0427\(06\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0427(06)&from=EN)

⁵ United Nations Commission on International Trade Law Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Possible reform of investor-state dispute settlement (isds) selection and appointment of ISDS tribunal members, Annotated comments from the European Union and its Member States to the UNCITRAL Secretariat, 19.10.2020 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/november/tradoc_159044.pdf

also have tried and tested own investment models⁶. Obviously, this favors the investors and the economies of active Member States, with those investors in non-active Member States losing in investment competitiveness. European and foreign investors try to at least partially offset this inequality between states by creating special purpose investment vehicles in Member States that provide a particularly conducive legal environment for their investment thanks in part to the existence of BITs. In addition, with the EU's new investment treaty-making power, the EU Commission was engaged in negotiations with Canada, Singapore, and Vietnam on comprehensive trade agreements which included investment chapters with acceding sustainable development standards also.

Thus, in order to protect European strategy, the EU assets the newest screening mechanism that is being introduced on grounds of security or public order and for a mechanism of cooperation between Member States and the European Commission. It is carried out by the new Regulation (EU) 2019/452⁷ via establishing a framework for screening of foreign direct investments, which will be binding as well as directly applicable in all Member States from 11 October 2020. The Commission will be able to screen foreign investment, which is likely to affect projects or programs of Union interest in the area of research (Horizon 2020), space (Galileo), and transport, energy and telecommunication networks (Trans-European Networks – TEN) and others.⁸

Features of the European Union investment law

In 2009, after the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU, Lisbon Treaty in December 2009) foreign investment direct from the member states to the Union. Lisbon Treaty grants the Union '*exclusive competence*' (Article 3 and 207 of the TFEU) under the Common Commercial Policy (CCP) to the regulation of foreign direct investment⁹. In this regard, two main tendencies can be identified, first is favoring exclusivity of the freedom of establishment in respect of direct investment, and second pleading parallel applicability of the free movement of capital. The

⁶ E.g., see Lavranos, 'In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs: A Member State's Perspective', 10(2) Transnational Dispute Management 2013. See, e.g., European Parliament Resolution. And Netherlands draft model BIT

⁷ Regulation 2019/452 of the European Parliament and Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, 2019 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0427\(06\)&from=https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0427(06)&from=https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN)

⁸ European Commission, Foreign direct investment: an EU screening framework, State of the Union, 2017

⁹ European Commission, Towards a comprehensive European international investment policy, COM(2010)343 (2010); European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, COM(2010) 344 final, 2010.

relationship between them is still a matter of debate and controversial issues to discuss. In additions the Treaty of Rome¹⁰ does not define the Common Commercial Policy with the result that the scope of EC competence in the field of trade, investment remained contentious. Although direct investment is not mentioned explicitly within Art. 63 (1) of the TFEU, it is generally accepted that it forms a subcategory of capital movement. Therefore, ECJ has specified term FDI by judgment C-446/04¹¹ and argues that Directive 88-361-EEC¹² on the free movement of capital on the single market should be invoked for the interpretation of the FDI term. By this Directive 88-361 the term direct investment defines as any investment by a legal person or individual establishing an enterprise or extending its capital and thereby building a durable, direct and managerial relation between investor and the enterprise. Consequently, foreign direct investment should establish such a relation between one actor being located in the EU and in a third country. Furthermore, the argumentation of the ECJ clarifies that the percentage of ordinary shares or equity capital provided by an investor is an indicator for the qualification of an investment as either FDI or portfolio investment. This leads to the conclusion that foreign investor means any third country, person or undertaking.

Member States had negotiated and concluded a significant number of BITs covering provisions on investment protection for foreign direct investment with third countries over several decades. While these agreements continued to be valid under public international law, it was considered desirable to clarify their relationship with Union law and policy and to provide legal certainty. After 2012, when the Regulation of the European Parliament and the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment treaties between Member States and third countries (Grandfathering Regulation)¹³ had been adopted, the investment environment became much clearer and perspicuous. According to article 3 of the Grandfathering Regulation, it is possible that Member States maintain former BITs with third countries. Moreover, article 7 is to authorize Member States to update and even conclude new BITs, which is another element of this kind of policy coordination between the EU and its Member States. In addition, there was a Commission proposal in 2012 on a regulation addressing the issue of allocating financial responsibility between the EU and its Member States in case of investment

¹⁰ Treaty of Rome 1 January 1958. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:xy0023&from=EN>

¹¹ Judgment of the court (Grand Chamber) of 12 December 2006, Case C-446/04. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=CE2DCFB6A773CE66EEABA7E919083C3?text=&docid=66367&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=39800>

¹² Council Directive 88 / 361 /EEC for the implementation of Article 67 of the Treaty, 24 June 1988. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988L0361&from=EN>

¹³ Council Regulation No 1219/2012, European Parliament and the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment treaties between Member States and third countries, 12 December 2012. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0040:0046:EN:PDF>

arbitrations¹⁴. To ensure consistency between bilateral investment agreements and EU investment policy, the authorized bilateral investment agreements or amendments to existing agreements need to include the key elements and standards of the EU's reformed approach. In this context, it is important to note that during the seven-year period of implementation of the Regulation, the EU's investment protection policy has undergone substantial reform and developments. Currently, most Member States' BITs display a regulatory approach, which was prevalent before the EU embarked on a reform of international investment law.

The first nation in the world to conclude a BIT was Member states of EU like Germany with Pakistan in 1959 and this BIT entered into force in 1962¹⁵. BITs are the most visible manifestation and mechanism of the EU Member States' investment policy¹⁶, which they have concluded with third countries. Since then, Germany has acted as a global leader in terms of BIT diplomacy, concluding around 130 BITs worldwide, followed by the United Kingdom, Italy and France with around 100 BITs each. With a total of almost 1200 agreements that cover all forms of investment, Member States together account today for almost half of the investment agreements currently in force around the world.

While non-discrimination should continue to be a key ingredient of EU investment negotiations, BITs employ other standards as well, such as fair and equitable treatment after admission and full security and protection treatment. These standards do not imply a comparison to the manner in which comparable investments are treated. Moreover, a number of Member State BITs provide the protection of contractual rights granted by a host country to an investor. They have been traditionally used in Member States BITs and are an important element among others that should inspire the negotiation of investment agreements at the EU

¹⁴ European Commission, Commission Proposal of 21 July 2012 for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party, COM 335, 2012. <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1036.pdf>

¹⁵ Shan W., Zhang, S. The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy, 21 EJIL 1049, 2010, 1068

¹⁶ Other European states with a comprehensive BIT programme are the UK, Italy and France, all of which have around 100 BITs in force. In 2007 the Netherlands (five), Finland, Germany and Spain (three each) together accounted for the majority of the new BITs concluded by EU Member States. See UNCTAD, Recent developments in international investment agreements, 2007 to June 2008

level¹⁷. For example, USA-Lithuania BIT (2001)¹⁸, Germany-Jordan BIT (2010)¹⁹, and the Dutch Draft Model BIT (2018) at the same time represent examples of investment protection policy approaches of the Member States and respective provisions can be found in the EU agreements.

The EU is constantly updating and implementing new approaches in the investment mode since 2014 the EU have concluded the negotiations of the first two free trade agreements that include investment protection and investor-State dispute settlement (ISDS) with Canada (CETA) and Singapore (EU- Singapore FTA). These agreements introduce a new approach, innovating both in terms of substance (investment protection rules) and procedure (ISDS mechanism) and already incorporate many. Having this regard, the EU has moved from traditional model of investment policy to new with new generation investment agreement and investor-state dispute settlement arrangements towards introducing bilateral investment court systems in new agreements and pursuing the goal of establishing a permanent multilateral investment court. Some vivid examples are such as following:

- Treaty versions of the EU–Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)²⁰. The CETA has been successfully concluded as a '*new generation agreement*', but it will only be entered into force once all EU Member States have ratified it. This kind of new generation agreements include both commitments on liberalization of trade in goods, as well as commitments on service, investments, public procurement, competition, subsidies and regulatory issues.²¹ The most important point to emphasize is the big shift in creation of the Investment Court System established in CETA. It is crucial to mention that the Court of Justice of the EU confirmed the compatibility of CETA provisions on the Investment Court System with EU law on 30 April 2019.²²

¹⁷ European Commission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European economic and social committee and the committee of the region, Towards a comprehensive European international investment policy, Brussels, COM(2010)343 final 7.7.2010. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=EN>

¹⁸ BIT, USA-Lithuania BIT signed 14 January 1998, entered into force 11 November 2001, amended 1 May 2004. https://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Exporters_Guides/List_All_Guides/TOA_LithuaniaBIT.asp

¹⁹ BIT, Germany-Jordan BIT signed 13 November 2007, entered into force 28 August 2010. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/1697/germany--jordan-bit-2007>

²⁰ Treaty versions of the EU–Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

²¹ European Commission, Report on Implementation of EU Free Trade Agreements (1 January 2018 - 31 December 2018), 2019 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/october/tradoc_158387.pdf

²² Opinion 1/17 of the Court (Full Court), CJEU of 30 April 2019, reports of cases.

- The next EU–Singapore Free Trade Agreement (EUSFTA) and Investment Protection Agreement (IPA) respectively²³ was signed on 19 October 2018. In case of EUSFTA, the political intention to separate the provisions on investment protection from trade is clearly noticeable according to CJEU Opinion 2/15.²⁴ In contrast, the EU-Singapore IPA must be ratified by both the EU and the individual Member States, and the Council needs to approve it after the ratification process of each Member States.
- On 24 October 2019 EU Member States reached agreement on termination of intra-EU -BITs. The agreement follows the declarations of 15 and 16 January 2019²⁵ on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, where member states committed to terminate their intra-EU BITs. In fact, in the last 5 years many investment dispute cases were from EU Member States against other Member States. The most crucial example is Case C-284/16, *Slovakia Republic v Achmea B.V.*²⁶ in 2018, where the CJEU indicated that investor-state arbitration clauses contained in the Netherlands-Slovak BIT had an adverse effect on the autonomy of EU law, and therefore was incompatible with EU law. That in consequence it caused a violent reaction among legal and political influencers about validity and enforceability of the intra-EU BITs and its effects of public international law on EU Law. As a result, that ultimately led to the adoption of a Declaration between Member States in 2019 where they committed to terminate their intra-EU bilateral investment treaties in a coordinated manner, which means a plurilateral treaty, unless bilateral terminations are considered mutually more expedient.
- European Parliament to postpone consent to the EU-Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA) and Investment Protection Agreement (IPA) until Vietnam's government agrees to protect the rights of laborers and ensure human rights. For example, ETUC reaffirm calls for a progressive trade policy putting free trade agreements at the service of priority goals such as decent employment, social cohesion, equality and sustainable development. EU trade

²³ European Commission, EU-Singapore Free Trade Agreement and Investment Protection Agreement as of April 2018. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>

²⁴ marise Cremona, 'Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017: ECJ, 16 May 2017, Opinion 2/15 Free Trade Agreement with Singapore', *European Constitutional Law Review*, 14: 231-259, 2018, p. 237.

²⁵ Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the *Achmea* judgment and on investment protection, 15 January 2019 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

²⁶ Case C-284/16, *Slovakia Republic v Achmea B.V.*, CJEU. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3EB6314003FDE34CF46C03777113CA28?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1246502>

policy must therefore ensure full respect of human rights, including trade union and workers' rights, and the environment, and must also take account of the development needs of less developed countries. Trade can be a great opportunity only if it creates quality jobs and boosts sustainable development²⁷.

The links sustainable development with investment law of EU

In 1992 United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) held in Rio for shaping the concept of sustainable development. As a result, important Rio Declaration on Environment and Development²⁸ was adopted. Moreover, during the Rio+10 summit in 2002, Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development²⁹, later at the Rio+20 summit in 2012 concept 'The Future We Want' were adopted with including the following important thematic focuses such as Poverty Eradication, Food Security, Sustainable Agriculture, Energy, Sustainable Transport, Sustainable Cities, Health and Population and Promoting Full and Productive Employment³⁰. However, world political leaders committed for sustainable development in the spirit of global partnership and solidarity during third International Conference on Financing for Development in Addis Ababa in July 2015³¹. In this regard, later in September 2015, 193 countries adopted a resolution called 'Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development'³² with 17 sustainable development goals during the United Nations Sustainable Development Summit.

²⁷ ETUC position on the EU-Vietnam Free Trade and Investment Protection Agreements Adopted at the Executive Committee Meeting of 17-18 December 2019
[https://www.etuc.org/sites/default/files/document/file/2019-12/ETUC%20position%20on%20the%20EU-](https://www.etuc.org/sites/default/files/document/file/2019-12/ETUC%20position%20on%20the%20EU-Vietnam%20Free%20Trade%20and%20Investment%20Protection%20Agreements%20.pdf)

[Vietnam%20Free%20Trade%20and%20Investment%20Protection%20Agreements%20.pdf](https://www.etuc.org/sites/default/files/document/file/2019-12/ETUC%20position%20on%20the%20EU-Vietnam%20Free%20Trade%20and%20Investment%20Protection%20Agreements%20.pdf)

²⁸ United Nations, Rio declaration on environment and development, A/CONF.151/26 (Vol. I), Rio de Janeiro, 3-14 June 1992
https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf

²⁹ United Nations, General Assembly, World Summit on Sustainable Development, 10 December 2002 A/C.2/57/L.83 https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.2/57/L.83&Lang=E1

³⁰ United Nations, Outcome document of the United Nations Conference on Sustainable Development Rio de Janeiro, Brazil, 20–22 June 2012
<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/733FutureWeWant.pdf>

³¹ United Nations General Assembly Resolution, Agenda of the Third International Conference on Financing for Development (Addis Ababa Action Agenda), 2015, A/RES/69/313.
https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/313&Lang=E

³² United Nations General Assembly Resolution, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 25 September 2015, A/RES/70/1.
https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E

Concept of sustainable development has more recently become relevant in the context of international investment law and policy. OECD has found that, more than 75 percent of treaties signed between 2008 and 2013 refer to at least one of four concerns: environment, labour, anti-corruption and human rights³³.

Other important document in the international issues is Policy Framework for Sustainable Development³⁴ which provides some guidance, core principles for example such as how investment policies should be grounded in a country's overall development strategy, involving all stakeholders, interest of the public good and to minimize potential negative effects, non-discriminatory treatment, and others. Promoting sustainable development requires more consideration to the social, environmental and economic issues. For example, international treaties may allocate resource rights, set the terms for the investment, define how returns will be shared between investor and state, and specify social and environmental safeguards.

In addition, UNCTAD Investment Policy Framework and the Road Map for International Investment Agreements Reform³⁵ from 2015 promotes a new generation of investment policies in support of the spirit of the Addis Ababa Action Agenda calling for reorienting the national and international investment regime towards sustainable development. The guidelines have been used by more than 100 countries in reviewing their investment treaty networks and formulating a new generation of international investment policies³⁶. United Nations Climate Change Conference in Paris in December 2015, as part of the annual session of the United Nations Framework Convention on Climate Change and the annual meeting of the parties to the Kyoto Protocol, which adopted Paris Agreement on Climate Change³⁷.

Although it is becoming more common to include sustainable development wording at least in the preamble to the treaty, every year increases the number of BITs which expressly refer to sustainable development. The most striking example was in 2004, the International Institute for Sustainable Development (IISD) put forward a Model International Investment Agreement for the Promotion of

³³ Gordon K., Pohl J. and Bouchard M.: Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment (2014/01), 9–10.

³⁴ The Investment Policy Framework for Sustainable Development, UNCTAD, 2015. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf

³⁵ United Nations Conference on Trade and Development, Investment Policy Framework for Sustainable Development, United Nations Conference on Trade and Development 2015. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf

³⁶ United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2016 Investor Nationality: Policy Challenges, 2016. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf

³⁷ United Nations Framework Convention on Climate Change, 12 December 2015. Adoption of Paris Agreement. FCCC/CP/2015/L.9. <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/109r01.pdf>

Sustainable Development, to serve as a template for states in IIA-making³⁸ and the latest updated version of the International Institute for Sustainable Development (IISD) Model International Agreement on Investment for Sustainable Development³⁹.

In case in 2017, the European Union (EU) adopted a new policy framework, the new European Consensus on Development, which builds upon the 2030 and Addis Agenda. It provides the framework for a common approach to development policy to be applied by the EU institutions and EU Member States in their cooperation with all developing countries. The new Consensus is framed around the '5 Ps' of the 2030 Agenda: People, Planet, Prosperity, Peace and Partnership⁴⁰.

Article 205 of the TFEU, in the field of the common commercial policy, the EU has a constitutional obligation' to comply with the principles that guide its external action. These principles include democracy, human rights⁴¹, sustainable development, the preservation and improvement of the environment⁴², sustainable management of natural global resources and the guiding principles of the Charter of the United Nations.

For example, Article 3 of the TEU reiterates the commitment to sustainable development and to achieve a high level of environmental protection. Article 3 as well as Article 21(2)(d) of the TEU, sustainable development is one of the cornerstones of the EU external policy. The EU law requires all relevant EU policies, including trade policy, to promote sustainable development. EU trade policy aims to ensure that economic development goes hand in hand with: social justice; respect for human rights; high labour standards, and high environmental standards⁴³. EU trade agreements with the following countries include rules on trade and sustainable development: Canada, Central America, Colombia, Peru, and Ecuador, Georgia Japan, Mercosur, Mexico, Moldova, Singapore, South Korea, Ukraine, Vietnam. The EU meets its partners regularly to discuss how they and the EU are implementing trade and sustainable development commitments in the trade

³⁸ IISD, Adel International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development, 2004. <https://www.iisd.org/publications/model-international-investment-agreement-promotion-sustainable-development>

³⁹ IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, April 2005, https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf

⁴⁰ Joint statement by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission (2017), New European Consensus on Development - 'Our world, our dignity, our future', OJ, C 210, 30.6.2017, p. 1

⁴¹ European Parliament Resolution 2009/2219(INI) of 25 November 2010, OJ 2012 C 99E.

⁴² European Parliament Resolution 2010/2103(INI) of 25 November 2010, OJ 2012 C 99E

⁴³ European Commission official information. <https://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/sustainable-development/>

agreement between them. Member States are regularly informed via the Trade and Sustainable Development expert group⁴⁴.

New prospect of the EU investment law

The EU agreed on a reformed investment dispute settlement approach by creating a permanent dispute settlement mechanism which called the Investment Court System in 2015. It provides same investment protection rules, balance between protecting investors in a transparent manner and safeguarding a state's right to regulate to pursue public policy objectives.

Moreover, European Commission promotes further reform of dispute settlement to set up a multilateral investment court as a permanent body to rule on investment disputes. It would build on the EU's groundbreaking approach to its bilateral FTAs and be a major departure from the system of investor-to-state dispute settlement (ISDS) based on ad hoc commercial arbitration. Features of Multilateral Investment Court will be such as a first instance tribunal with appeal one, rule on disputes arising under future and existing investment treaties, only apply where an investment treaty already explicitly allows an investor to bring a dispute against a state and prevent disputing parties from choosing which judges rule on their case⁴⁵. The Multilateral Investment Court would have the potential to replace the dispute settlement provisions included in those older agreements.

Investments in the EU must also be considered under scope of the EU Merger Regulation⁴⁶, with focusing the EU competition rules, control of mergers and acquisition including security or public order concerns, as well. Therefore, the above-mentioned Regulation⁴⁷ screening FDI addresses concerns strictly limited to security and public order and mechanism for cooperation between Member States and Commission. For instance, Member States with a screening mechanism will notify the Commission and the other Member States when a transaction is screened, by providing information on that transaction that both facilitate and increase operational activities and to improve timely updates and assessment. It should be noted here that Member States retain the final decision as to whether an investment is authorized in their territory and under which conditions. It seems that Europe

⁴⁴ Commission Expert Group on Trade and Sustainable Development (E03013), <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3013>

⁴⁵ European Union, Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, 12981/17 ADD 1 DCL 1, 20 March 2018 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>

⁴⁶ Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.1.2004, p. 1.

⁴⁷ see supra note 4.

has adopted the model of the USA Committee on foreign investment (CFIUS)⁴⁸, which has fairly broad powers. In particular, it checks even foreign transactions to make sure that they do not harm US national security and interests. For example, in 2016, the Committee blocked the purchase of a German supplier of equipment for the production of AIXTRON SE chips by a Chinese Fund⁴⁹. Obviously, the investment screening is a new policy area for the EU including *inter alia* adaptation of national screening laws of the Member States. Screening mechanisms already notified by Member States such as Austria, Denmark, Finland, France, Germany, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Netherlands, Poland, Portugal, Spain⁵⁰. The new regulation provides key requirements for national screening mechanisms such as transparency of rules and procedures, on-discrimination among foreign investors, confidentiality of information exchanged the possibility of recourse against screening decisions, measures to identify and prevent circumvention by foreign investors.

Regulation provides for a non-exhaustive list of certain factors that the member states may take into consideration in determining whether a foreign investment is likely to affect security or public order, for example, infrastructure, energy, transport, water, health, communications, media, data processing, aerospace, defence, electoral or financial infrastructure, land and real estate, critical technologies and including artificial intelligence, robotics, semiconductors, cybersecurity, quantum technology, aerospace, defence, energy storage, nuclear technologies, nanotechnologies and biotechnologies; critical inputs, raw materials, food security, serious risk that the foreign investor engages in illegal or criminal activities.

Accordingly, the Member States may either maintain their existing screening mechanisms with new minimum common requirements or adopt new ones. All investments by an investor from a third country may be subject to the FDI screening mechanism. It is to point out that now, after Brexit, the United Kingdom will become a third country and investments by British investors may therefore also become subject to a FDI screening mechanism. In addition, one of the new trends of screening mechanisms is to separate trade agreements from investments.

At a glance, this exclusive competence of EU in FDI is highly questionable and its role is not clear at all, since the Member States can also conclude trade

⁴⁸ Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons, Final Rule, US Government, Department of the Treasury, November 21, 2008. On line available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2008-11-21/pdf/E8-27525.pdf#page=16>

⁴⁹ Presidential Order Barack Obama, Regarding the Proposed Acquisition of a Controlling Interest in Aixtron SE by Grand Chip Investment GmbH, the White House of the USA, December 2, 2016. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/12/02/presidential-order-regarding-proposed-acquisition-controlling-interest>

⁵⁰ European Commission, List of screening mechanisms notified by Member States Last update, 12 December 2019. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf

agreements, which may also include special investment provisions. Without a doubt, the most striking example for that approach is the CJEU's Opinion 2/15⁵¹ in full court (16 May 2017) with the earlier Opinion of the Advocate-General⁵² (21 December 2016) that the EU–Singapore Free Trade Agreement covers areas of '*shared competences*', with meaning that non- direct foreign investment must be considered a shared competence as there is no EU secondary legislation on the matter, and Article 63 TFEU (on the free movement of capital in the internal market) could not be used to justify implied exclusive competence. It is clear that there will be some policy implications and the best option could be to divide investments from non-investment-related provisions for similar or analogical agreements, procedurally.

Conclusion

After the Lisbon Treaty strengthened EU competence contributed to the development of an integrated policy approach concerning trade and investment. However, Member States will continue to play a role in shaping the EU's external investment policy.

At a glance, this exclusive competence of EU in FDI is highly questionable and its role is not clear at all, since the Member States can also conclude trade agreements, which may also include special investment provisions. Without a doubt, the most striking example for that approach is the CJEU's Opinion 2/15⁵³ in full court (16 May 2017) with the earlier Opinion of the Advocate-General⁵⁴ (21 December 2016) that the EU–Singapore Free Trade Agreement covers areas of '*shared competences*', with meaning that non- direct foreign investment must be considered a shared competence as there is no EU secondary legislation on the matter, and Article 63 TFEU (on the free movement of capital in the internal market) could not be used to justify implied exclusive competence. It is clear that

⁵¹ Opinion 2/15 of the Court (Full Court) CJEU, 16 May 2017, Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore.
<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=EN>>

⁵² Opinion of Advocate General Sharpston, delivered on 21 December 2016 (1), opinion procedure 2/15 of CJEU, initiated following a request made by the European Commission. Conclusion of the Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=186494&occ=first&dir=&cid=882092>

⁵³ Opinion 2/15 of the Court (Full Court) CJEU, 16 May 2017, Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=EN>

⁵⁴ Opinion of Advocate General Sharpston, delivered on 21 December 2016 (1), opinion procedure 2/15 of CJEU, initiated following a request made by the European Commission. Conclusion of the Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=186494&occ=first&dir=&cid=882092>

there will be some policy implications and the best option could be to divide investments from non-investment-related provisions for similar or analogical agreements, procedurally.

The EU is pursuing a modern and reformed approach to investment dispute resolution. New Multilateral Investment Court of EU would replace the bilateral investment court systems included in EU trade and investment agreements, for example the EU-Canada Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement foresee setting up a permanent multilateral mechanism.

Appropriate incentives, IIAs have the potential to facilitate investments that contribute to sustainable development and that support a country's transition towards an inclusive green economy that improve human well-being and social-equity, while significantly reducing environmental risks and ecological footprint⁵⁵. Recent free trade agreements (FTAs) negotiated by the EU systematically include provisions on trade and sustainable development. Their aim is to maximize the leverage of increased trade and investment on issues like decent work, environmental protection, or the fight against climate change in order to achieve effective and sustainable policy change. The EU international investment policy has to be shaped and developed with Member States together.

⁵⁵ Environment and Trade Hub, International investment agreements & sustainable development: safeguarding policy space & mobilizing investment for a green economy, 2018 <https://www.un-page.org/files/public/international_investment_agreements_sustainable_development_1.pdf>

References

- CORDONIER SEGGER, M. - GEHRING, M. - NEWCOMBE, A. (Eds.): *Sustainable Development in World Investment Law*, 2011.
- LEAL-ARCA, R.: Mega-regionals and Sustainable Development. The Transatlantic Trade and Investment Partnership and the Trans-Pacific Partnership. *Renewable Energy Law and Policy Review*, 2015, Vol.4, pp. 248-264.
- HINDELAND, S. & KRAJEWSKI, M. (Eds.): *Shifting Paradigms in International Investment Law, More Balances, Less Isolated, Increasingly Diversified*, 2016.
- CREMONA, M., HILPOLD, P., LAVRANOS, N., SCHNEIDER, S., & ZOELGER, A. (Eds.). *Reflections on the constitutionalisation of international economic law*, pp. 389-402.
- GORDON K., POHL J. and BOUCHARD M.: *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey*, *OECD Working Papers on International Investment* (2014/01), 9–10.
- SACHS, Jeffrey D. *The Age of Sustainable Development*. New York, NY: *Columbia University Press*, 2015. Eugenie L. Birch, *Journal of the American Planning Association*, 2015, 241-242.
- MARISE Cremona: 'Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017: ECJ, 16 May 2017, Opinion 2/15 Free Trade Agreement with Singapore', *European Constitutional Law Review*, 14: 231-259, 2018, p. 237.
- SCHILL, S.: *International investment law and comparative public law – An introduction*. In Stephan W. Schill (Ed.), *International investment law and comparative public law*. Oxford: *Oxford University Press*, 2010.
- SHAN W. - ZHANG, S.: The Treaty of Lisbon: Halfway toward a Common Investment Policy, 21 *EJIL* 1049, 2010.

Aida Bektasheva

International investment of EU law: some prospects and relationship with sustainable development

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.25-39

CZIBRIK ESZTER****A hatósági szerződés, különös tekintettel a hatósági szerződésben foglaltak megszegésére***

Absztrakt: „A közigazgatási szerződés révén ugyanis gyakran többet lehet elérni, mint amennyit hatósági határozatok nyomán ki lehetne kényszeríteni”. A Kormány 1005/2003. (I.30.) számú határozatával ezen szavakkal indokolta a közigazgatási szerződés egyik speciális alakzatának a hatósági eljárásba való integrálását. A hatósági szerződés magában hordozza mind a magánjogi kontraktusok jegyeit, mind pedig a közjog sajátosságait. A hatósági szerződésben foglaltak megszegése esetén szintén fellelhetőek ezek a vegyes jellemzők, a tanulmány erre kíván fókuszálni.

Kulcsszavak: hatósági eljárás, hatósági szerződés, közigazgatási szerződés, Ákr.

Abstract: “An administrative contract can often achieve more than can be enforced by conclusive decisions.” Government Decree 1005/2003. (I.30.) justified with these words the integration of a special form of the administrative contract into the administrative procedure. The authoritative contract contains both the features of private contracts and the specific features of public law. These mixed features can also be found in the authoritative contract, the study intends to focus on this.

Keywords: administrative procedure, authoritative contract, administrative contract, Act CL

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.41-56

Bevezetés

2004-ben a *közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól* szóló 2004. évi CXL. törvény hatálybalépésével megdöntésre került az az elv, hogy a hatóság csupán határozat, végzés, vagy esetleg ellenérdekű ügyfelek esetén egyezség révén jut döntésre.

A nemzetközi tendenciákhoz mérten egyre inkább szükség volt a közigazgatás szolgáltató jellegének erősítése érdekében a közigazgatási szerződések egy új típusának a bevezetésére a hatósági eljárásba. Ez nem volt más, mint a hatósági szerződés. A jogintézmény neve is már felkeltheti az érdeklődők figyelmét, hiszen, ha megvizsgáljuk ezt a két szót, akkor alapvetően egy teljesen ellentétes jelentéstartalomra asszociálhatunk. Míg a hatóság esetében a hierarchia, szupremáció jut eszünkbe, addig a szerződés kapcsán a mellérendeltség, a felek kiegyenlített helyzete, a szerződési szabadság elve etc.

* dr. Czibrik Eszter, PhD hallgató, Miskolci Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, Miskolci Egyetem, Államtudományi Intézet, Közigazgatási Jogi Tanszék, témavezető: Dr. Czékmann Zsolt, PhD, intézeti tanszékvezető egyetemi docens

A Kormány határozatában a következő szavakkal indokolta a hatósági szerződés bevezetését: „*A demokratikus jogállamok közigazgatásában általánosnak mondható, hogy a hatóság nem minden esetben a hatalom pozíciójából tárgyal az ügyféllel, hanem azt gyakran egyenrangú partnerek tekintik, s közösen keresnek megoldást egy konkrét ügyben. Ennek megfelelő formája a közigazgatási szerződés. [...] Annak révén ugyanis gyakran többet lehet elérni, mint amennyit hatósági határozatok nyomán ki lehetne kényszeríteni.*”¹ A Kormány 2003-ban ezen szavakkal támasztotta alá a hatósági szerződés hazai intézményesítésének a szükségességét. A hatósági szerződés – mint speciális döntési alternatíva – szabályozása több mint másfél évtizedre tekint vissza. A következőkben a dogmatikai bevezetés után, a hatályos szabályozást szeretném bemutatni, kiegészítve azon ágazati jogszabályokkal, amelyek lehetőséget biztosítanak, vagy kifejezetten előírják a hatósági szerződés megkötését. Végül pedig a tanulmány alcímeként megjelölt szerződésszegés jogintézményét kívánom görcső alá venni nemcsak az általános, hanem a speciális eljárási jogszabályok összvetésével.

A hatósági szerződés dogmatikai alapjai

A közjog és a magánjog alapvető elválasztása Ulpianus nevéhez köthető, azonban az évszázadok során világossá vált, hogy a két jogterület közötti keresztülfekvőség elkerülhetetlen. Ennek a keveredésnek az egyik eredményeként értelmezhető a hatósági szerződés jogintézménye is.

A tárgyalandó jogintézmény kapcsán kiindulási pontként az egyes közigazgatási jogviszonyokat kell számba venni. A szupremácián alapuló közhatalmi jogviszonyok mellett gyakran találkozhatunk mellérendeltségi vagy együttműködési jogviszonyokkal egyaránt. A nemzetközi gyakorlat és a szakirodalom is azt az álláspontot rögzítette, hogy igenis szükséges a kooperációs jogviszonyok megjelenése a közigazgatás berkein belül, utalva itt a már említett Kormány határozat soraira, miszerint, gyakran eredményesebb döntés születhet, ha az tartalmilag mind a két fél számára előnyös.

Amennyiben a hatósági szerződést el szeretnénk helyezni, akkor a közjogi szerződések egyik kategóriáján belül, nevezetesen a közigazgatási szerződések csoportjába tartozik a jogintézmény. A kezdetekben a közigazgatást alapvetően a szigorú szupremáció jellemezte és csak később – a 20. század hajnalán – nyert megállapítást, hogy nem csak a hierarchikus jogviszony révén születhet döntés a közigazgatásban. Ennek hazai felismerésére csak később került sor francia gyökerek nyomán, hiszen a posztmodernitás egyik alapvető pillére a kontraktualizáció volt, amelynek egyik eredményeként a közigazgatási szerződések elterjedése nevesíthető.²

¹ A közigazgatási hatósági eljárás általános szabályairól szóló törvény szabályozási koncepciójáról szóló 1005/2003. (I.30.) Korm. határozat

² Bencsik A.: A közigazgatási szerződésekről, különös tekintettel a hatósági szerződésekre. JURA, 2009/2, 191.

A közigazgatási szerződés első hazai utalására egy 1939-es tanulmányban bukkantam. Magyary József tanítványa, Valló József számos ponton foglalkozott a francia közigazgatási eljárásjoggal, valamint a közigazgatási szerződésekkel is.³ Tanulmányában a következőket fogalmazta a közigazgatási szerződésről: „*A magyar jogász számára talán legmeglepőbb és legtanulságosabb a közigazgatási szerződések elmélete, amelynek alap gondolata az, hogy a szövegforgó szerződések nem tartoznak bele a polgári törvénykönyvből ismert egyik szerződéstípusba sem, hanem sui generis ügyletek, amelyekre nem a magánjog, hanem a service public⁴ joga alkalmazandó.*”⁵ Látható, hogy a hazai jog – éppúgy mint a francia – a kezdetektől elkülönítette a polgári jog szerződéseit, valamint a közigazgatás ezen sajátos aktusait. Azonban nem szabad azon tényt sem figyelmen kívül hagyni, hogy a közigazgatási szerződésekben sajátosan keverednek a közjog, valamint a magánjog elemei. Jellemzi, hogy közigazgatási szerv köti nem állami jogalanyokkal. Az esetleges jogviták elbírálásának a helye pedig a közigazgatási bíróságok lesznek.⁶

A közigazgatási szerződések csoportjának egy szerves részét képezi a hatósági szerződés.⁷ A közigazgatási cselekvések közül olyan sajátos jogintézményről beszélhetünk, amelyet a közigazgatási hatósági eljárás keretében kötnek és egyfajta speciális döntési alternatívaként értelmezhető. Azonban fontos e kettő fogalmat egymástól elkülöníteni, hiszen míg a hatósági szerződés a hatósági eljárás eredményeként döntésként realizálódik, addig a közigazgatási szerződés nem értelmezhető hatósági eljárásban, döntési opcióként.

Évtizedeken keresztül a hatósági eljárás alapvető ismerve az volt, hogy a hatóság, úgy, mint a közhatalom letéteményese, a hatáskörébe tartozó ügyekben aktsuaival alakította az egyes életviszonyokat, azonban a Ket. bővítette a döntések körét és bevezette a hatósági szerződést.⁸ Bár tételes jogi szabályozás a hatósági szerződés kapcsán csak a Ket.-ben jelent meg, azonban a joggyakorlat az Áe. idején is közigazgatási szerződésnek minősítette a *foglalkoztatás elősegítéséről és a munkanélküliek ellátásáról szóló 1991. évi IV. törvény* (a továbbiakban: Ft.) 21. §-ában szabályozott

³ Közigazgatási eljárásjogi klasszikusok: Valló József <http://www.keje.hu/kozigazgatasi-cijamsjogi-klasszikusok/vallo-jozsef/> Megtekintve: 2020. 12. 03. 15:13

⁴ közigazgatási tevékenység

⁵ Valló J.: A service public eszméje a mai francia közigazgatási jogban. Közigazgatástudomány, 1939/2, 105.

⁶ A közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 4.§ (1), (3) bek. d)

⁷ Ákr. 92. § (1) bek.

⁸ Kilényi G.: A közigazgatási jog nagy kézikönyve. Budapest: Complex Kiadó, 2008. 498.

megállapodást,⁹ amely a hatósági szerződés előképeként mutatkozott meg.¹⁰ A korábbi Legfelsőbb Bíróság elvi döntésében úgy foglalt állást, hogy a felek között létrejött megállapodás nem magánjogi kontraktus volt, hanem egyfajta speciális közszerződés, amelynek tárgya a hatóság részéről történő munkahelyteremtő támogatás folyósítása volt, az ügyfél részéről pedig foglalkoztatási kötelezettségek teljesítésével kapcsolatos megállapodásról beszélhettünk. A közszerződés egyedi voltát az adta, hogy annak teljesítését a közigazgatási hatáskörben eljáró szerv ellenőrizhette. Az említett jogvita tárgya akként foglalható össze, hogy az ügyfél, a majdani felperes – semmisségre hivatkozva – annak megállapítását kérte, hogy a hatóság – mint alperes – határozatában kívánt egy polgári jogvitát eldönteni, holott arra szerinte nem volt hatásköre. A bíróság azonban megállapította, hogy a hatóság döntése nem semmis, annak közszerződés minősége megalapozta a szerződésszegés tényének határozatban történő rögzítését.¹¹ Később a hatósági szerződés intézményesítését követően is született hasonló tárgyú bírósági döntés, amelynek során megállapítást nyert, hogy a hatósági szerződés érvénytelensége miatt indult perben a polgári bíróság nem vizsgálhatja azoknak a közigazgatási határozatoknak a törvényességét, amelyek ellen közigazgatási bírósághoz lehetett volna fordulni.¹²

A jogintézményt az *általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény* (a továbbiakban: Ákr.) is fenntartotta, a következőkben pedig az általános hatósági eljárási kódex, valamint az ágazati jogszabályok vonatkozó rendelkezéseinek bemutatására tesztek kísérletet.

A hatósági szerződés általános hatósági eljárási szabályai

Napjainkban még mindig egyértelmű túlsúlyban vannak a szupremácián alapuló hatósági döntések, amelyek révén a hatóságok jogosítanak, köteleznek, jogvitát eldöntenek, vagy esetleg szankciót állapítanak meg. Azonban a kooperatív,

⁹ 1991. évi IV. törvény 21. § (1) „Ha a 16-18. §-ban, valamint a 18/A. § (1) bekezdésében, továbbá a 19/B-19/C. §-ban meghatározott támogatások pénzügyi fedezetűl a Munkaerőpiaci Alap foglalkoztatási alaprészenek *

a) központi kerete szolgál, a Foglalkoztatáspolitikai és Munkaügyi Minisztérium, a Foglalkoztatási Hivatal vagy a megyei (fővárosi) munkaügyi központ,

b) a megyei (fővárosi) munkaügyi központok által felhasználható pénzügyi kerete szolgál, a megyei (fővárosi) munkaügyi központ vagy annak kirendeltsége

köt megállapodást a támogatás felhasználására vonatkozóan.

(3) A megállapodás tartalmazza a támogatás mértékét, időtartamát, feltételeit és a megállapodás megszegésének következményeit.”

¹⁰ Aszalós D. – Barabás G. – Baranyi B. Dombi G. – Forgács A. – Hoffmann I. – Kovács A. Gy. – Rozsnyai K. – Szabó K. – Szegeci L. – Számadó T. – Tóth A.: *Kommentár az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvényhez.* (Jogtár Kommentár), Wolters Kluwer Hungary Kft., Budapest, 2019,

¹¹ Legf. Bír. Kfv.II.28.464/1997/8.

¹² BDT2017. 3631.

mellérendeltségen alapuló jogviszonyok is egyre inkább elterjedtek mind a hazai mind pedig a nemzetközi szintéren. Hiszen az alkotmányos jogállam jellemzői között a kontraktualizáció is helyet kap. Annak fontossága és szerepének egyre inkább erősödő jellege abból a felismerésből ered, hogy a közösségek, szervezetek, intézetek, természetes személyek érdekeik védelme és fellépése érdekében mindinkább a megállapodás jogi eszközét veszik igénybe.¹³ A hatósági szerződés is alapvetően ezt a célt szolgálja, hiszen lényegi ismérve abban fogható meg, hogy olyan döntés is születhet ennek a jogintézménynek az alkalmazása révén, amelyre alapvetően nem lehetne az ügyfelet a hatósági eljárás során hatósági határozatban kötelezni, azonban a közérdek indokolja annak igénybevételét. Ahhoz, hogy a tanulmány tárgyaként megjelölt szerződésszegéshez eljussunk, szükséges a hatósági szerződés hatályos szabályozásának a bemutatása is, beleértve a hatósági szerződés megkötését, illetve módosításának lehetőségét.

Az Ákr. a hatósági szerződés tekintetében alapvetően három kérdéskört szabályoz. Először a megkötés lehetőségét, vagy annak esetleges kötelező alkalmazását rögzíti az eljárási kódex. Ezt követően a tartalmi előírásokat említi az Ákr. Ezután a szerződés módosításának lehetőségéről is szól az általános hatósági eljárási jogszabály, végül, de nem utolsó sorban, pedig a szerződés teljesítéséről, valamint nem teljesítéséről rendelkezik. Ha az egyes részletszabályokat ki szeretnénk emelni, először úgy gondolom, hogy érdemes a hatósági szerződés szabályozásában bekövetkezett legnagyobb változásra helyezni a hangsúlyt. Míg a Ket. csupán lehetőségként biztosította ezen döntési alternatíva alkalmazását, addig az Ákr. meghatározza,¹⁴ hogy bizonyos esetekben ágazati jogszabály előírása alapján, kötelező¹⁵ megkötni a feleknek a hatósági szerződést.¹⁶ Azonban itt véleményem szerint – bár bizonyos esetekben a polgári jogban is ismeretes a szerződéskötés kötelezettsége – sérül az ügyfél joga, hogy nem szabad akaratából köt hatósági szerződést, hanem jogszabály kötelező előírása alapján, így akár pedig hatósági határozattal is dönthettek volna hatósági ügyében. Úgy gondolom, hogy az Ákr. ezzel a jogalkotói megoldással a hatósági szerződés közjogi jellegét kívánja hangsúlyozni. Mivel bár nevében szerepel a szerződés szó, azonban nem téveszthetjük össze bármely magánjogi kontraktussal ezt a jogintézményt. Hiszen a hatósági szerződés mondhatni „három szereplős” jogintézmény, amelyben helyet

¹³ Ádám A.: A közjogi szerződésekről. JURA. 2004/1, 5.

¹⁴ Ákr. 92. § (1) bek. „Jogszabály lehetővé teheti vagy előírhatja, hogy a hatóság a hatáskörébe tartozó ügynek a közérdek és az ügyfél szempontjából is előnyös rendezése érdekében határozathozatal helyett az ügyféllel írásban hatósági szerződést kössön.”

¹⁵ A korábban már említett Ftv. foglalkoztatást elősegítő támogatások nyújtása esetén kötelező a támogatásban részesülővel hatósági szerződést kötnie a hatóságnak. (Ftv. 21. § (1) bek.). De emellett példaként hozható az ágazati jogszabályokból az az esetkör is, amikor a Magyar Nemzeti Filmalap Közhasznu Nonprofit Zrt. hatósági szerződést köt a közterület filmforgatási célú felhasználásával összefüggésben, azon esetkörökét kivéve, amikor a tevékenység hatósági bejelentéshez vagy engedélyhez kötött (A mozgóképről szóló 2004. évi II. törvény 35. § (1) bek.).

¹⁶ Ákr. 92. § (1) bek.

foglal az ügyfél, a hatóság, valamint a közérdek. Azonban annak a határnak a kijelölése, amely még a közérdek körén belül esik, igen nehéz. A közérdek mellett másik esetkör a hatósági szerződés megkötésére az, hogy az ügyfélnek előnyösebb legyen hatósági szerződést kötni, mint a közhatalmi kötelezésnek alávetnie magát, ezáltal mindkét fél érdekét kielégíti a kontraktus, biztosítva ezáltal a hatékonyságot és a költségkímélést.¹⁷

A hatósági szerződés minimális tartalmi előírásait rögzíti az Ákr., az egyes ágazati anyagi jogi jogszabályok természetesen itt is kiegészíthetik az általános szabályokat, az adott jogterületre specifikus egyedi kötelező tartalmi elemekkel.¹⁸ Az Ákr. tartalmi elemként meghatározza a szerződő felek, az általuk vállalt kötelezettségek és számukra biztosított jogok, a szerződés tárgya, a szakhatósági állásfoglalásban foglalt kikötések,¹⁹ a szerződésszegés jogkövetkezmenyei, a teljesítés körében felmerült viták rendezésének a módja, a szerződést lehetővé vagy kötelezővé tevő jogszabályban előírt kikötések és adatok, valamint a felek által lényegesnek tekintett kérdésekben kötött megállapodás rögzítését.²⁰ Fenntartja a korábbi szabályozásból már megismert alaki előírást, miszerint joghatályos hatósági szerződés csak írásban érvényes.²¹ A hatósági szerződés lényege a következő bekezdésből olvasható ki, ahol is az ún. alávetési nyilatkozatot emeli ki a törvény.²² Jelentősége akként fogalmazható meg, hogy amennyiben nem kötnék ki a szerződéskötő felek előzetesen, hogy az ügyfél szerződésszegő magatartása esetén aláveti magát a végrehajtási eljárásnak, akkor később – egy esetleges szerződésszegés esetén – nem is lehetne állami kényszer alá vonni az ügyfelet, mivel voltaképpen egy olyan kötelezettséget vállalt magára, amelyre hatósági határozatban nem lehetett volna. A tartalmi előírásoknál – a Ket. szabályozásától eltérően²³ – jelentkezik az a kitétel, hogy amennyiben a hatósági szerződés harmadik személy jogát vagy jogos érdekét érinti, tájékoztatni kell erről a közléstől számított tizenöt napon belül, ennek elmaradása esetén a nem szerződő ügyfél harminc napon belül megtámadhatja a hatósági szerződést a közigazgatási bíróság előtt.²⁴

A következő kérdéskör, amivel a hatósági szerződés foglalkozik az a hatósági szerződés módosítása. A polgári jogi szerződéseknél megismert kifejezések

¹⁷ Hajas B. – Huszárné Oláh É. – Kalas T. – Kárpáti M. – Kurucz K. – Lapsánszky A. – Mudráné Láng E. – Petrik F. – Rothermel E. – Sugár T.: A közigazgatási eljárás szabályai I. Az általános közigazgatási rendtartás magyarázata. Budapest: HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. 2017. 213.

¹⁸ Például az egyes támogatási jellegű hatósági szerződésekben kötelező tartalmi elem a támogatás típusának a meghatározása, a támogató, valamint a támogatott pénzforgalmi szolgáltatójának, illetve a nála vezetett számlaszámának a megnevezése, etc.

¹⁹ A szakhatósági állásfoglalás be nem szerzése itt is a semmisség jogkövetkezmenyét eredményezi.

²⁰ Ákr. 92. § (2) bek.

²¹ Ákr. 92. § (1) bek.

²² Ákr. 92. § (3) bek.

²³ A Ket. még egy előzetes írásbeli hozzájárulás beszerzését is előírta.

²⁴ Ákr. 92. § (4) bek.

visszaköszönnek a szabályozásban. A hatósági szerződést saját hatáskörében a hatóság nem módosíthatja. Arra csak a felek konszenzusa révén kerülhet sor. A reparáció két esetkörét nevesíti a törvény. A feleknek a szerződéskötés időpontjában lehetőségük van a legelőnyösebb körülmények és feltételek rögzítésére, amennyiben azonban az ügy szempontjából jelentős új tény merül fel, akkor lehetőségük van a feleknek a hatósági szerződés módosítását kezdeményezni. A jogszabály fordulatának értelmezése révén arra a megállapításra juthatunk, hogy olyan tényről beszélhetünk, amely a hatósági szerződés megkötésének időpontjában még nem létezett vagy nem volt még ismert.²⁵ A hatósági szerződés módosításának másik lehetőségét a szerződéskötéskor fennálló körülmények lényeges megváltozása jelenti.²⁶ Fontos kitétel, hogy a körülmény jellegének olyannak kell lennie, amely, ha már korábban fennállt volna, befolyásolták volna a hatósági szerződés tartalmát.²⁷ A szerződéses jelleg, azaz a magánjog dominanciája mutatkozik meg abban a fordulatban, amely szerint a hatósági szerződés módosításának meghíúslása esetén bármelyik fél közigazgatási bírósághoz fordulhat.

A hatósági szerződés kapcsán végül az ügyfél vagy a hatóság oldalán történő szerződésszegést említi a jogszabály. Érdekesen alakul a hatósági szerződésben foglaltak megszegése, ha azt az ügyfél vagy a hatóság „követi el”. Amennyiben az ügyfél szegi meg a hatósági szerződésben foglaltakat, akkor a hatóság intézkedik a szerződésszegés szerződésben vállalt jogkövetkezményének kikényszerítése iránt, amely megnyilvánulhat például polgári jogi biztosítékok vagy akár klasszikus végrehajtási módozatok formájában is²⁸ és ha szükséges, megindítja a végrehajtást, tehát mintegy átalakul a hatósági szerződés ipso iure egy végrehajtható határozattá.²⁹ A Ket. a korábbiakban részletesebben szabályozta az ügyféli szerződésszegés kérdését, amely szerint a hatóságnak egyfajta mérlegelési jogkört biztosított a Ket. a tekintetben, hogy módosítja-e a hatósági szerződést vagy kikényszeríti-e a kontraktusban foglaltakat,³⁰ szemben az Ákr.-rel, amely nem biztosít a hatóságnak mérlegelést. A jogirodalom felhívja a figyelmet arra, hogy a hatóság állapítja meg a szerződésszegést, ezáltal a felek quasi mellérendelt, kooperatív szerepe ismét sérül. Azaz itt is a közjogi dominancia mutatkozik meg. Ellenérvként felhozható, hogy az ügyfél ennek a ténynek az elfogadásával, nyilatkozási formában egyezik bele. Az ügyféli jogok tárháza sokkal szűkebbek abban az esetben, ha a hatóság szegi meg a hatósági szerződésben foglaltakat. Az ügyfélnek elsősíben fel kell hívnia a hatóságot a hatósági szerződésben foglaltaknak megfelelő teljesítésre, ennek elmaradása esetén az ügyfél – a szerződésszegés tudomására jutásától számított harminc napon belül –

²⁵ Hajas et al. 2017. i.m. 215.

²⁶ Ákr. 93. § (1) bek.

²⁷ hajas et al. 2017. i.m. 215.

²⁸ hajas et al. 2017. i.m. 216.

²⁹ hajas et al. 2017. i.m. 215.

³⁰ Ket. 77. § (2) bek.

a közigazgatási bírósághoz fordulhat a jogsérelmes helyzet megállapítása végett.³¹ A közigazgatási bíróság pedig a hatóság esetleges jogsértésének megállapítása tárgyában fog dönteni. A Kp. sajátos illetékességi szabályokat állapít meg a közigazgatási szerződéssel kapcsolatos perekre, az a törvényszék lesz illetékes, amelynek illetékességi területén a per tárgyává tett szerződést megkötötték.³² A közigazgatási szerződés, mint sajátos mellérendelt közigazgatási aktus jellegére tekintettel a közigazgatási szerv székhelye szerinti illetékességi ok nem lenne megfelelő, hiszen a közigazgatási szerv ezáltal előnyösebb helyzetbe kerülne, mivel a perbíróság valószínűleg hozzá lenne közelebb. A Kp. mindezekre tekintettel a fent említett sajátos illetékességi okot határozza meg.³³ A Kp. szerinti nyolc kiemelt bíróság járhat csak el a közigazgatási szerződésekkel kapcsolatos jogvitákban, hiszen ezek az ügyek bonyolultabbak és indokolják a bírói specializációt, ilyen lehet például a foglalkoztatási támogatásokkal kapcsolatos tárgyú hatósági szerződéssel kapcsolatos jogvita.³⁴ A közigazgatási szerződésekkel kapcsolatos rendelkezések között találjuk még azt a szabályt is, hogy a közigazgatási szerződéssel kapcsolatos perben kötelező a jogi képviselő.³⁵

A szerződésszegés ezen sajátos helyzetével kapcsolatba hozható az Alkotmánybíróság egy korábbi döntése. Jogszabályi rendelkezések alkotmányellenességének megállapítása és megszüntetése iránt terjesztettek elő indítványt még az Áe. hatálya idején. Az indítványozó sérelmezte, hogy az Áe.-ben megállapított ügyintézési határidők a hatóságra nézve nem jogvesztő jellegűek, míg az állampolgárra nézve igen. Az Alkotmánybíróság elutasította az indítványt. Határozatában kifejtette, hogy az államigazgatási eljárás során a hatóság nem ugyanazokkal a jogosítványokkal rendelkezik, mint az ügyfél, más-más a szerepük és a helyzetük.³⁶ Véleményem szerint az Alkotmánybíróság helyesen foglalt állást és párhuzamba állítható a szerződésszegés esetkörüire is a fentiekkel. Hiszen bár a hatósági szerződés az együttműködésen és a mellérendeltségen alapul, sosem szabad elfelejteni, hogy a közjog mindig dominálni fog ezekben a kontraktusoknál is. A hatóságot és az ügyfelet más-más jogok és kötelezettségek illetik meg. Bár a két fél helyzete kiegyenlítődik a hatósági szerződés megkötésekor, azonban, ha a hatályos szabályozást vesszük alapul, akkor a hatóság köt hatósági szerződést az ügyféllel és nem fordítva. Ezen gondolatmenettel úgy gondolom, hogy a hatósági szerződés inkább közjogias jellegét támasztottam alá.

³¹ Ákr. 93. § (4) bek.

³² Kp. 13. § (5) bek.

³³ Kp. Indokolása

³⁴ Balogh Zs. P. – Barabás G. – Baranyi B. – F. Rozsnyai K. – Fazekas M. – Forgács A. – Hoffmann I. – Huber G. – Istenes A. – Kovács A. Gy. – Petrovics Z. – Remes G. – Szegedi L. – Vitál-Eigner B.: Kommentár a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvényhez. (Jogtár Kommentár) Budapest: Wolters Kluwer Hungary Kft., 2020.

³⁵ Kp. 27. § (1) bek. c)

³⁶ 72/1995. (XII. 15.) AB határozat

A hatósági szerződés rendelkezéseit érdemes az Ákr. többi szabályaival párhuzamba állítani és megvizsgálni, hogy miként alakul a hatósági szerződés és az Ákr. többi generális szabályainak a viszonya. Azonban a jogalkotó nem rendezte pontosan a hatósági szerződéssel összeegyeztethető rendelkezések körét.³⁷ Az alapeljárás voltaképpen ugyanúgy zajlik le, mint azok, ahol a hatóság – mint a közhatalom letéteményese – határozat formájában dönt az adott hatósági ügyben, csupán az utolsó mozzanatban figyelhető meg különbség, hiszen a döntést a felek hatósági szerződésbe foglalják. A hatósági szerződés közjogi jellegét erősíti az a körülmény, hogy annak megkötését megelőzően a hatóság közhatalmi jogosítványai teljében jár el, azaz például a tényállás tisztázása során ingó dolgot foglalhat le vagy esetlegesen eljárási bírságot is kiszabhat.³⁸ Bár a hatósági ellenőrzés és a hatósági szerződés kapcsolatáról nem találunk rendelkezéseket az általános hatósági eljárási szabályok között, azonban a kettő jogintézmény közötti kapcsolat megkérdőjelezhetetlen. Mivel az ügyfél szerződésszegésének megállapítására a hatóság jogosult, ennek deklarálásához szükséges egy eljárási cselekmény, ez nem más, mint a hatósági ellenőrzés.³⁹ Differens módon jelenik meg a hatósági ellenőrzés az egyes hatósági szerződéseknel, így például a támogatási vagy engedélyező típusú hatósági szerződéseknel a kontraktus révén valamilyen jogosultsághoz, vagy támogatáshoz jut az ügyfél, majd a hatósági ellenőrzés során ennek jogszerű és a hatósági szerződésnek megfelelő felhasználását ellenőrzi a hatóság és ha nem szerződésszerűen jár el az ügyfél, akkor például visszavonja az engedélyt, vagy a támogatás folyósítását megszünteti.⁴⁰ Ezzel szemben a kötelezettséget vagy szankciót alkalmazó hatósági szerződéseknel a jogérvényesítés első mozzanata hatósági felügyelettel kezdődik, ennek körében a hatóság elsősorban az ügyfél ellenőrzésére kerül sor és amennyiben jogellenességet észlel a hatóság, akkor a szankció alkalmazása helyett, a jogkövető magatartás gyakorlására sarkallva hatósági szerződést köt az ügyféllel.⁴¹ A hatósági szerződés és a hatósági ellenőrzés kapcsolatára példaként hozható az *elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény*, amely kifejezetten rendelkezik arról, hogy a hatóság hatósági ellenőrzés keretében ellenőrzi a hatósági szerződésben foglaltak teljesítését, és amennyiben az ellenőrzés során megállapítást nyer a jogsértés ténye, akkor mérlegeli a szerződésszegés súlya,

³⁷ Barabás G. – Baranyi B. – Fazekas M.: Kommentár az általános közigazgatási rendtartásról szóló törvényhez. Budapest: Wolters Kluwer Hungary Kft. Kiadó, 2018, 600.

³⁸ Barabás G.: i.m. 600-601.

³⁹ Barabás G.: i.m. 600-601.

⁴⁰ Például az Ftv. 21. § (3) bek. értelmében, ha a foglalkoztatást elősegítő támogatásban részesülő, a hatósági szerződésben foglaltakat megszegi, a támogatás további folyósítását meg kell szüntetni, és a támogatásban részesülő köteles a támogatást visszafizetni.

⁴¹ Például a Magyar Nemzeti Bankról szóló 2013. évi CXXXIX. törvény 95. § (1) bekezdése szerint az MNB fogyasztóvédelmi ellenőrzési eljárás során feltárt jogsértés megszüntetése érdekében határozathozatal helyett hatósági szerződést köthet azzal az ügyféllel, aki vállalja, hogy felhagy a jogsértő magatartással és magatartását a hatósági szerződésben meghatározott módon hozza összhangba a vonatkozó jogszabályok rendelkezéseivel.

a szerződéssel érintett társadalmi, gazdasági jogviszonyok és a szerződés alapját képező közérdek hatékony érvényesülése szempontjából, hogy az Ákr. szerinti végrehajtási eljárást kezdeményezi, vagy pedig az ágazati jogszabályban meghatározott jogkövetkezmény alkalmazása érdekében hatósági eljárást indít-e.⁴² Hasonló helyzetet mutat be a *mozgóképről szóló 2004. évi II. törvény*, valamint a *közterületek és az állami tulajdonban álló ingatlanok filmforgatási célú használatának részletes szabályairól szóló 312/2016. (X.13.) Korm. rendelet*, amely meghatározza, hogy amennyiben hatósági szerződést kötöttek a felek a közterület filmforgatási célú felhasználásával összefüggésben, akkor a hatóság jogosult a tevékenység szerződésszerűségét ellenőrizni.⁴³

Problémaként jelentkezhet a hatósági szerződés kapcsán ezen felül a semmisség kérdése is. Azonban e tekintetben a Kúria korábban megállapította, hogy a hatósági szerződésre is alkalmazni kell a Ptk. joggal való visszaélés és kölcsönös együttműködés elvét.⁴⁴

A hatósági szerződés és az Ákr. jogorvoslati rendszerének kapcsolata sem tisztázott. Azonban, ha a hivatalból lefolytatandó jogorvoslati eljárásokra gondolunk, akkor nem igazán fér össze a hatósági szerződés konszenzuális jellegével a felülvizsgálati eljárás. Hiszen, ha arra gondolunk, hogy egy közös egybehangzó akaratnyilatkozatot egy, ezen akaraton kívüli – felügyeleti – szerv önhatalmúan megváltoztassa,⁴⁵ nem igazán fér meg a hatósági szerződés eredeti koncepciójával. A későbbiekben a jogorvoslatra vonatkozó rendelkezések között, csupán egyetlen ponton utal a hatósági szerződésre, amikor is kizárja a fellebbezés lehetőségét a jogszabály, ha a hatósági szerződés alapján végrehajtást rendeltek el.⁴⁶

A végrehajtás körében sem határoz meg az Ákr. a hatósági szerződésre vonatkozó rendelkezéseket. Bár az ügyfél szerződésszegésének jogkövetkezménye lehet a végrehajtási eljárás megindítása.⁴⁷

Végezetül az Ákr. rögzíti, hogy a benne nem szabályozott kérdésekben a hatósági szerződésre az azt szabályozó ágazati jogszabály rendelkezése lesz az irányadó, ennek hiányában a Ptk. szerződésekre vonatkozó általános szabályait kell alkalmazni.⁴⁸

A hatósági szerződés hatályos szabályozásánál látható, hogy vegyülnek a közjog és a magánjog elemei. Míg a szerződésszegésben szabályozottak a közjogias jelleg

⁴² Az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény 42. § (1) bek.

⁴³ A közterületek és az állami tulajdonban álló ingatlanok filmforgatási célú használatának részletes szabályairól szóló 312/2016. (X.13.) Korm. rendelet 6. § (1)-(2) bek.

⁴⁴ Kfv.IV.35.049/2015/7.

⁴⁵ Barabás et al. 2018. i.m. 601.

⁴⁶ Ákr. 116. § (4) bek. f)

⁴⁷ Barabás et al. 2018. i.m. 602.

⁴⁸ Ákr. 93. § (5) bek.

viselik, addig például a hatósági szerződés módosítására vonatkozó szabályok a magánjogias jellemvonást erősítik.

Hatósági szerződés jöhet létre például a fent említett példákon túl a fogyasztóvédelmi eljárás keretében a jogsértés megszüntetése érdekében vagy az építési jogban a nem megfelelő állapotú épülettel kapcsolatban megállapított helyrehozatali kötelezettség előírása során, vagy esetleg az egyes költségvetési támogatások odaítélése alkalmával.⁴⁹

Az egyes ágazati jogszabályok szerződésszegésre vonatkozó rendelkezései

Az Ákr. általános eljárási kódexként rengeteg kérdést „nyitva hagy”. Ennek oka, hogy sok eljárási kérdés szabályozását – keretjelleg révén – az ágazati jogszabályokra bízta. Maga az Ákr. nem nevesíti, hogy mit értünk szerződésszegés alatt, annak tartalmát az egyes jogszabályok rendezik, ennek hiányában maguk a felek is meghatározhatják lényeges tartalmi elemként.⁵⁰ Végső soron pedig a Ptk. szerződésekre vonatkozó általános szabályai az irányadók.

Kutatásom során megvizsgáltam az egyes ágazati jogszabályokat, amelyek felhívják a figyelmet az egyes szerződésszegő magatartásokra. A következőkben pedig ezek bemutatására teszek kísérletet.

Elsőként a már korábban említett Flt. rendelkezéseit szeretném kiemelni. A törvény előírja a hatósági szerződés kötelező megkötését – hatósági határozathozatal helyett – foglalkoztatást elősegítő támogatások nyújtása esetén.⁵¹ A hatósági szerződés alkalmazása azért indokolt ebben az esetben, mert a hatóságnak itt a szolgáltató jellege⁵² erősödik. A jogszabály az Ákr. rendelkezéseit kiegészítve, egyéb kötelező tartalmi elemeket is meghatároz, rögzíti többek között, hogy a hatósági szerződésben ki kell térni a szerződésszegésnek minősülő magatartások és azok jogkövetkezményeik megszüvegzésére is. Az ágazati jogszabály kitér a szerződésszegés jogkövetkezményeire. Ennek értelmében a támogatás további folyósítását meg kell szüntetni – a felróhatóságra való tekintet nélkül⁵³ – és vissza kell fizetni a határozat meghozatal napjáig számított ügyleti kamattal növelt összegben.⁵⁴ Amennyiben ennek az ügyfél, azaz a kötelezett nem tesz eleget a határidő elmulasztásának napjától a teljesítés napjáig késedelmi kamat is felszámításra kerül.⁵⁵ Az Ákr. szabályaitól eltérően nem a hatósági szerződés fog végrehajtható határozatnak minősülni, hanem a visszakövetelés tárgyában itt a

⁴⁹ Boros A. – Hoffmann I. – Pollák K. – Bekecs A. – Szamek G. – Szegedi L. – Vértesy L.: A közigazgatási hatósági eljárás általános szabályai az Ákr. szerint. Budapest, Nemzeti Közszerződésközpont, 2018. 86.

⁵⁰ Ákr. 92. (2) bek.

⁵¹ Flt. 21. § (1) bek.

⁵² Flt. Indokolása

⁵³ Flt. Indokolása

⁵⁴ Flt. 21. § (3)-(4) bek.

⁵⁵ Flt. 21. § (4) bek.

hatóságnak egy határozatot kell hoznia. Ennek indoka abban jelölhető meg, hogy a hatósági szerződés megkötésekor még nem tisztázott a későbbi szerződésszegéskor keletkezett visszakövetelendő összeg – kamattal emelt – pontos mértéke.⁵⁶

A támogatási típusú szerződések kapcsán korábban állást foglalt a Kúria és megállapítás nyert, hogy a támogatási típusú hatósági szerződéseknek szerződésszegésnek minősül és a támogatás arányos részének visszafizetéséhez vezet az a körülmény, ha az ügyfél, azaz a támogatott a szerződésben vállalt tájékoztatási kötelezettségének nem tesz eleget.⁵⁷

A hatósági szerződések egy további alkalmazási köre az agrár szektorban is fellelhető. A *mezőgazdasági, agrár-vidékfejlesztési, valamint halászati támogatásokhoz és egyéb intézkedésekhez kapcsolódó eljárás egyes kérdéseiről szóló 2007 évi XVII. törvény* (a továbbiakban: Tv.) egy korábbi módosítása révén – a Ket. hatálybalépését követően – lehetőséget biztosít a mezőgazdasági és vidékfejlesztési támogatási szervnek arra, hogy az ügyféllel hatósági szerződést kössön. Alapvetően az intervenciók raktározások⁵⁸ körében születnek hatósági szerződések. Ezek a hatósági raktárszerződések voltaképpen az ügyféllel való kölcsönös együttműködést szolgálják, valamint ezáltal könnyebben biztosított a hatósági ellenőrzés lefolytatása a szóban forgó raktárak esetében.⁵⁹ A Tv. – hasonlóan az Flt. rendelkezéseivel – meghatározza, hogy az Ákr.-ben nevesített tartalmi elemeken túl kötelezően szólni kell például a szerződésszegésnek minősülő magatartásokról és azok jogkövetkezményeiről.⁶⁰ A Tv. három lehetőséget kínál a jogalkalmazó számára abban az esetben, ha az ügyfél a szerződésben foglaltakat megszegi, vagy hivatalból megindítja eljárását, vagy intézkedik a végrehajtási eljárás megindítása iránt, vagy pedig a hatósági szerződés módosítását kezdeményezi.⁶¹ Az alkalmazott jogkövetkezményeket a mezőgazdasági és vidékfejlesztési támogatási szerv mérlegeli, az általa lefolytatott ellenőrzés során feltárt tények, a szerződésszegés súlya, a szerződéssel érintett társadalmi, gazdasági jogviszonyok jellege, a szerződés alapjául szolgáló közérdek alapján. Egyebekben a jogszabály meghatározza, hogy az ügyfél eleshet a támogatási összegtől, amennyiben például bejelentési,

⁵⁶ Flt. Indokolása

⁵⁷ KGD2017. 76.

⁵⁸ Az intervenciók tárolásban való részvétel feltétele, hogy a raktározási tevékenység végzése műszakilag és technikailag és biztosítottak legyenek. Ezt a minősítést a Magyar Államkincstár állapítja meg. A Magyar Államkincstár azt a raktárt ismeri el intervenciók raktárként, amely megfelel az adott termék optimális tárolásához szükséges követelményeknek és amelyben biztosítható az adott áru minőségének és mennyiségének a megőrzése. (Gabona intervenciók tárolása: https://www.mvh.allamkincstar.gov.hu/asset_publisher/-/asset_publisher/1q1NxT6idbc/content/gabona-intervencios-tarolasa?inheritRedirect=false Megtekintve: 2020. 12. 07. 13:36)

⁵⁹ A mezőgazdasági, agrár-vidékfejlesztési, valamint halászati támogatásokhoz és egyéb intézkedésekhez kapcsolódó eljárás egyes kérdéseiről szóló 2007 évi XVII. törvény Indokolása

⁶⁰ Tv. 57/F. § (1) bek. d)

⁶¹ Tv. 57/F. § (3) bek.

változásbejelentési, monitoring vagy más jellegű adatszolgáltatási kötelezettségének nem tesz eleget, esetlegesen azt késedelmesen, hibásan, valótlan adattartalommal, hiányosan vagy nem az előírt módon teljesíti.⁶²

Érdekes kérdést vehet fel, végül, de nem utolsó sorban a Magyar Nemzeti Bank (a továbbiakban: MNB) által köthető hatósági szerződés. Részvénytársaságként, hatósági jogkörrel felruházva illeti meg e jogosultság. Ez a jogkör a pénzügyi piacok védelme és az irántuk fennálló bizalom őrzése érdekében biztosított az MNB számára, olyan szervezetek és személyek vonatkozásában, akiknél esetleg felmerül, hogy engedélyhez vagy bejelentéshez kötött pénzügyi ágazati tevékenységet, ezek nélkül végeznek.⁶³ A hatósági szerződés jelen esetben a piacfelügyeleti eljárás keretében alkalmazott jogintézmény, amely alkalmazásának célja a szankciók elkerülése. A *Magyar Nemzeti Bankról szóló 2013. évi CXXXIX. törvény* meghatározza, hogy az MNB a fogyasztóvédelmi ellenőrzési eljárás során feltárt jogsértés megszüntetése érdekében – határozathozatal helyett – hatósági szerződést köthet az ügyféllel, azzal a feltétellel, hogy az ügyfélnek vállalnia kell, hogy felhagy a jogsértő magatartással és magatartását a hatósági szerződésben meghatározott módon hozza összhangba a vonatkozó jogszabályok rendelkezéseivel.⁶⁴ Amennyiben a későbbiekben megállapítást nyer, hogy az ügyfél nem tartotta be a rá vonatkozó rendelkezéseket, akkor az MNB intézkedések megtételére, valamint jogkövetkezmények alkalmazására jogosult.⁶⁵

Összességében elmondható, hogy a támogatási típusú szerződéseknel az ágazati jogszabályok a támogatás további folyósításának megszüntetését célozzák, míg például az utóbb említett piacfelügyeleti eljárás keretében hozott hatósági szerződés inkább a jogszabály betartásának ellenőrzésére szolgál és a már feltárt jogsértés helyreállítása a cél. Ezekben az esetekben a hatósági szerződés szolgáltató jellege mutatkozni meg legfőképpen.

Összegzés

A hatósági szerződés kettős arculatú jogintézmény, amely bár hazánkban csupán másfél évtizedes múltra tekinthet vissza, a külföldi joggyakorlat azonban már évtizedek óta alkalmazza a hatósági szerződést. Szinte kivétel nélkül mindenhol az az álláspont, hogy ezek a szerződések bár nevükben hordozzák a kontraktus szót, viszont a szabályozást tekintve tisztán közjogi jellegűek egy-két rendelkezést kivéve. Ugyanez elmondható a szerződésszegés kapcsán is. Látható, hogy más-más jogkövetkezménnyel kell számolni, ha az a hatóság vagy az ügyfél oldalán jelentkezik. Úgy gondolom, hogy az a pár magánjogi elem, ami mégis fellelhető ezekben a hatósági szerződésekben, az, ami miatt erősödik a közigazgatás

⁶² Tv. 71. § (1) bek. a)

⁶³ A Magyar Nemzeti Bankról szóló 2013. évi CXXXIX. törvény Indokolása

⁶⁴ A Magyar Nemzeti Bankról szóló 2013. évi CXXXIX. törvény 95. § (1) bek.

⁶⁵ uo. (3) bek.

Czibrik Eszter

A hatósági szerződés, különös tekintettel a hatósági szerződésben foglaltak megszegésére

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.41-56

szolgáltató jellege a jogintézmény alkalmazása révén. Tanulmányomban e kettősségre szerettem volna a hangsúlyt fektetni.

Felhasznált irodalmak

- ÁDÁM Antal: A közjogi szerződések Magyarországon. *JURA*. 2004. 1. sz. 5-17.o.
- ASZALÓS Dániel, BARABÁS Gergely, BARANYI Bertold, DOMBI Gergely, FORGÁCS Anna, HOFFMANN István, KOVÁCS András György, ROZSNYAI Krisztina, SZABÓ Krisztián, SZEGEDI László, SZÁMADÓ Tamás, TÓTH András: *Kommentár az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvényhez*. (Jogtár Kommentár) Wolters Kluwer Hungary Kft. Budapest, 2019.
- BALOGH Zsolt Péter, BARABÁS Gergely, BARANYI Bertold, F. ROZSNYAI Krisztina, FAZEKAS Marianna, FORGÁCS Anna, HOFFMANN István, HUBER Gábor, ISTENES Attila, KOVÁCS András György, PETROVICS Zoltán, REMES Gábor, SZEGEDI László, VITÁL-EIGNER Beáta: *Kommentár a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvényhez*. (Jogtár Kommentár) Wolters Kluwer Hungary Kft. Budapest, 2020.
- BARABÁS Gergely, BARANYI Bertold, FAZEKAS Marianna: *Kommentár az általános közigazgatási rendtartásról szóló törvényhez*. Wolters Kluwer Hungary Kft. Kiadó. Budapest, 2018.
- BENCSIK András: A közigazgatási szerződésekről, különös tekintettel a hatósági szerződésekre. *JURA* 2009. 2.sz. 191-198.o.
- BOROS Anita, HOFFMANN István, POLLÁK Kitti, BEKECS Andrea, SZAMEK Gabriella, SZEGEDI László, VÉRTESEY László: *A közigazgatási hatósági eljárás általános szabályai az Ákr. szerint*. Nemzeti Közszerzői Egység, 2018.
- HAJAS Barnabás, HUSZÁRNÉ OLÁH Éva, KALAS Tibor, KÁRPÁTI Magdolna, KURUCZ Krisztina, LAPSÁNSZKY András, MUDRÁNÉ Láng Erzsébet, PETRIK Ferenc, ROTHERMEL Erika, SUGÁR Tamás: *A közigazgatási eljárás szabályai I. Az általános közigazgatási rendtartás magyarázata*. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2017.
- KILÉNYI Géza: *A közigazgatási jog nagy kézikönyve*. Complex Kiadó Budapest, 2008.
- VALLÓ József: A service public eszméje a mai francia közigazgatási jogban. In: *Közigazgatástudomány*. 1939
- A foglalkoztatás elősegítéséről és a munkanélküliek ellátásáról szóló 1991. évi IV. törvény
- A foglalkoztatás elősegítéséről és a munkanélküliek ellátásáról szóló 1991. évi IV. törvény Indokolása
- A közigazgatási hatósági eljárás általános szabályairól szóló törvény szabályozási koncepciójáról szóló 1005/2003. (I.30.) Korm. határozat
- A közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény
- A közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény Indokolása

A közterületek és az állami tulajdonban álló ingatlanok filmforgatási célú használatának részletes szabályairól szóló 312/2016. (X.13.) Korm. rendelet

A Magyar Nemzeti Bankról szóló 2013. évi CXXXIX. törvény

A mezőgazdasági, agrár-vidékfejlesztési, valamint halászati támogatásokhoz és egyéb intézkedésekhez kapcsolódó eljárás egyes kérdéseiről szóló 2007 évi XVII. törvény

A mezőgazdasági, agrár-vidékfejlesztési, valamint halászati támogatásokhoz és egyéb intézkedésekhez kapcsolódó eljárás egyes kérdéseiről szóló 2007 évi XVII. törvény Indokolása

Az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény

Az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény

CZUCZINÉ KERESZTES ANITA*
A hazai közigazgatási szakemberképzés új irányjai

Absztrakt: A közigazgatási szakemberek képzése 2012. január 1-től a Nemzeti Közzolgálati Egyetem Közigazgatás-tudományi Karán folyik

A kar célja olyan közigazgatási szakemberek lesznek, akik mind a hazai, mind a nemzetközi adminisztrációs környezetben megállják a helyüket.

A tanulmány összefoglalja a közigazgatási képzés fejlesztésének szakaszait a Nemzeti Közzolgálati Egyetem és jogelődeinek működésében 1977-től 2018-ig.

Kulcsszavak: közigazgatás, oktatás, fejlődés, köztisztviselő, NKE

Abstract: The training of public administration specialists will take place on January 1, 2012 at the Faculty of Public Administration of the National University of Public Service. The Faculty aims at educating professional civil servants for all levels of state administration.

The purpose of the study is to illustrate the stages in the development of public administration training in the operation of the National University of Public Service and its predecessors from 1977 to 2018.

Keywords: public administration, education, development, civil servants, NUPS

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.57-70

Bevezetés

A közigazgatás személyi állománya működteti a közigazgatást: gondoskodik az ügyek intézéséről, döntéseket hoz, szervez, ellenőriz stb. A közigazgatás magas szintű működésének elsődleges feltétele a hozzáértéssel, szakértelemmel, szervezési készséggel, hivatástudattal és felelősségérzettel rendelkező személyi állomány léte. Rossz törvények, rosszul felépített szervezet ellenére lehet egy országot kormányozni, ha a személyi állomány jól képzett. Az állítás visszafelé fordítva viszont már nem igaz, így hangsúlyos a közigazgatási szakemberek megfelelő képzése.

A tanulmány célja, hogy bemutassa a közigazgatási szakemberképzés fejlődésének állomásait a Nemzeti Közzolgálati Egyetem és jogelődjének működésében 1977-től 2018-ig.

* Czucziné Keresztes Anita, PhD hallgató, Nemzeti Közzolgálati Egyetem, Közigazgatás-tudományi Doktori Iskola. Témavezető: Dr. Temesi István, egyetemi docens

Az Államigazgatási Főiskola történeti mérföldkövei

Az Államigazgatási Főiskola, az 1977. évi 3. tvr., illetve az ennek végrehajtásáról rendelkező 1017/1978 (VI. 14.) MT számú határozat alapján 1978/1979-ben kezdte meg első tanévét, mellyel a magyar oktatási rendszer megteremtette intézményi alapját a felsőszintű közigazgatási szakemberképzésnek. A Főiskola a graduális képzést 3 tagozaton kezdte meg: a tanulmányi idő a nappali tagozaton három, az esti és levelező tagozatokon pedig négy év volt. Ehhez járult a már diplomával rendelkező olyan szakemberek képzése - levelező formában működő másoddiplomások oktatása -, akik szakdiplomával rendelkeztek ugyan, de feladataik ellátásához az igazgatási szakismeretek megszerzése is elengedhetetlen volt. A nappali és esti tagozat Budapesten működött, a levelező, majd a másoddiplomás tagozatok pedig a Főiskola Veszprémi Intézetében. A főiskola hosszú évekig Nyíregyházán és Szombathelyen is folytatott levelező képzést. Már az oktatás kezdete óta a graduális képzés célja minden tagozaton az volt, hogy a főiskola a kor követelményeinek megfelelően közigazgatási generalista igazgatásszervezőket képezzen.¹

A főiskolán a nem nappali tagozatú képzés túlsúlya dominált, hisz 1978 óta a hallgatók mintegy 2/3-a levelező, és esti tagozaton tanult. Ezt a tényt erősítette a Tanácsakadémiától átvett kiegészítő-képzés², valamint a felügyeleti szerv hatáskörébe tartozó tanácsi igazgatási továbbképzésben való érdemi feladatvállalás. 1981-től a politikai és kormányzati programok alapján újra kibontakoztak a felsőoktatási reformmunkálatok³: többek között felmerült az alapképzésre épülő porsztgraduális képzés, az ún. 3+2 modell bevezetésének gondolata. Kezdetben három szakon⁴ indult meg az évtized közepén, mellyel azt a célt szerették volna elérni, hogy a közigazgatási képzés bázisintézményének tekintett Főiskola önállósul, vagy a Rendőrtiszti Főiskolával egyesülve egy kétkarú egyetem alakul. Az elképzelés⁵ 1988-ban egy belügyminiszteri előterjesztésben is megjelent, de mint korábban oly sokszor a közigazgatási képzés egyetemi szintre történő emelésének terve jogász szakértők ellenvetésébe ütközött.⁶ 1983-tól a graduális képzés mellett

¹ Imre Miklós (2007): Beköszöntő [a 30 éves évfordulóra], A Budapesti Corvinus Egyetem Közigazgatástudományi Karának (Államigazgatási Főiskola) története 1977–2007. Budapest, HVG-ORAC

² 1978 és 1985 között az Akadémiát végzetek külön tantervi követelményrendszer teljesítésével, 3 féléves képzés és államvizsga után jutottak főiskolai oklevélhez.

³ Lásd A felsőfokú jogi és államigazgatási szakemberképzés fejlesztési koncepciója (1984), A jogi és igazgatási képzés hálózatának korszerűsítéséről (1985)

⁴ Szociálpolitikai, gazdálkodási, rendszerszervező.

⁵ A korábbi igazgatásszervező képzésre egy második szintet kívántak telepíteni (3+2 modell) akként, hogy a főiskolai és egyetemi képzés közötti szerves egységet teremtsen kétfokozatú alapképzés formájában. Az előterjesztés megkésített volt, mert a 90-es évek elején már nem volt kivitelezhető az, hogy a főiskola egyetemmel alakuljon, és az egyetem szervezze meg a kétfokozatú képzést.

⁶ Államigazgatási Főiskola 1977-1997 10.

továbbképzéssel is bővült a képzési portfólió,⁷ amelyről bővebben külön fejezetben értekeznek.

A modern kor felismert szükségletei, a közigazgatás rendszerének gyökeres megváltozása,⁸ az önkormányzati közigazgatás megteremtése is indokolják a közigazgatás egyetemi szintjének megteremtését, amit az 1990-ben felálló új kormány által kiadott „A nemzeti megújulás programja”⁹ is tartalmazott. Az kormány munkaprogramjában jelezte szándékát a felsőoktatás átalakítására: „*Fontos cél az intézmények szervezeti és felügyeleti széttagoltságának megszüntetése [...] Ohyan több karri, regionális egyetemek létrehozása célszerű, amelyek képesek szorosan kapcsolódní a nemzetközi tudományos életbe. Szükséges egyetemek és kutatóintézetek szoros együttműködése is.*” A kormányprogram szeptemberi megjelenését megelőzően, még márciusban sor került az 1985-ös oktatási törvény módosítására. Az új felsőoktatási törvény előkészítése 1991-ben kezdődött meg, melynek első koncepciója részletesebben is megfogalmazta a társulások (universitasok) jelentőségét és lehetséges formáit. Ennél még részletesebb tervet vázolt fel a koncepcióhoz kapcsolódóan Bakos István, a minisztérium akkori felsőoktatási főosztályvezetője „A magyar felsőoktatás modernizációjának és hálózatfejlesztésének feladatairól” című írásában, ahol az universitasok mint „regionális egyetemek” jelentek meg. A felsőoktatás fejlesztését 1992-ben tárcaközi vegyes bizottság vizsgálta, munkájuk eredményeként elkészült, „A magyar felsőoktatás fejlesztése 2000-ig” című döntés-előkészítő anyag nagyban épít az akkor már javában szerveződő társulásokra, universitasokra is, és javasolja ezek kiemelt támogatását. Az előkészítő munkák és a nagy ívű javaslatok ellenére mindebből az 1993-as felsőoktatási törvény nagyon keveset vett át.¹⁰ Igaz, hogy az Antal-kormány a 90-es évek elején első feladatai közé sorolta az európai követelményeknek megfelelő felsőoktatási törvény kodifikációs előkészítését,¹¹ és

⁷ Imre M. i.m. 2007,12.

⁸ „A rövid távú program keretében a kormány a következő lépések megtételét kívánja:

A kormányzati irányítás szervezeti és működési rendjének átalakítása. A demokratikus alapokon álló koalíciós kormányzás és a piacgazdaságra történő átmenet együttesen igényli a közigazgatás gyökeres átalakítását. A parlamenttől kapott felhatalmazás alapján a kormány a hivatalba lépését követő százharz napon belül kialakítja egy ütöképes, korszerű, társadalmilag és anyagilag nagyobb megbecsülést élvező, de kisebb létszámú és költségű államigazgatás szervezeti és működési rendjét. A koalíciós kormányzás politikai követelményein túl az államigazgatás átszervezésénél a szakszerűség, a szakmai színvonal emelése a cél, a közszolgálat pedig a parlamentti többséget élvező kormány lojális partnere kell legyen.”

⁹ A kormányprogram elhangzott az 1990-1994. évi Országgyűlés 5. ülésén, 1990. május 22-én.

¹⁰ Derényi A.-Temesi J.: A magyar felsőoktatás 1988 és 2014 között, Budapest, Oktatáskutató és Fejlesztő Intézet, 2016. 128-131.

¹¹ „Az egyetemek és főiskolák a magyar ifjúság európai szinten képző intézményei legyenek, de az ott tanított tudományok kutatóhelyeivé is válnak egyben a magyar kutatóintézeti hálózat egésze mellett. A kormány biztosítani fogja a tudományos kutatás szabadságához szükséges feltételek létrejöttét. Ettől elválaszthatatlan – a kormány megítélése szerint – a kutató, a fejlesztő és az egyetemi felsőoktatási intézmények, a tudományos műhelyek autonómiájának helyreállítása.

A tudomány a modern társadalomban kulcsszerepet játszik, ezért a kormány a kutatásra korszerű, alapvetően pályázati formában, a korunkban szükséges mértékben kíván költeni. A kormány serkenteni kívánja az egyetemi kutatás fejlődését, a kutatás egészségtelen szerkezetének átalakulását. Az egyetemeket

elvéiben támogatta a főiskola egyetemmé válását, de a gyakorlatban ez a felsőoktatásról szóló 1993. évi LXXX. törvény elfogadásáig – és valójában utána sem – valósult meg.

Az alapképzésnek két fokozata lett volna az 1990-ben elfogadott reformmodell szerint. Az első fokozat a hároméves főiskolai szint modernizált változata, melynek elvégzése után a hallgatók „okleveles (felsőfokú) igazgatásszervező” diplomával a korábbi főiskolai diploma hasznosítási területén tudnának elhelyezkedni. A második fokozat ráépült volna az elsőre egy másfél éves tanulmányi idővel, kiegészítve az ismereteket, „igazgatásszervezés mestere” diplomát nyújtva. Az egyetem a graduális képzés mellett a posztgraduális képzést és a tudományos továbbképzést is ellátná.¹² Az 1985-ös oktatási törvény módosítása, a regionális tanácsok alakítása mellett, lehetővé tette ún. társulások létrehozását is, azaz az intézmények nem csak területi alapon kapcsolódhattak egymáshoz, így számos „universitas” (intézményközi társulás), szövetség alakult. A társulások ilyen népszerűségét az oktatáspolitikai koncepciókban az universitas eszméjének kiemelt figyelem és a társulások számára elérhetővé tett világbanki pályázati források eredményezték.¹³

Az Államigazgatási Főiskola elsőik között, alapítóként kezdeményezte és szervezte meg az intézményi társulást, így 1991-ben megalakult a Budapesti Egyetemi Szövetség az Államigazgatási Főiskola, az Állatorvostudományi Egyetem, a Budapesti Közgazdaságtudományi Egyetem és a Budapesti Műszaki Egyetem egyenrangú társulásaként. A létrejött szervezetnek az volt a célja, hogy létrehozzon egy egységes szervezetet, amely alkalmas az egyetemek közötti interdiszciplináris és transzdiszciplináris, egyetemek közötti graduális és posztgraduális képzés, kutatás és fejlesztés kezdeményezésére, hatékony koordinálására. A kari tagozódású intézménnyel szemben ez a társulási forma a különböző képzési és kutatási irányú felsőoktatási intézmények közös érdekein és céljain, a közös átjárható, többfokozatú graduális és posztgraduális képzésen és a közös fejlesztésen, kutatáson nyugvó szövetséget preferálta. A BESZ öt éves fennállása alatt ígéretesnek bizonyult: pályázati eredményesség révén kiépült egy integrált informatikai hálózat, amely biztosította a világ technológiai élvonalához történő tér- és időbeli kapcsolódást, közös kutatási projektek révén kialakult intellektuális, kollegiális kapcsolatok, interdiszciplináris szakok ösztönözte közös közszolgálati szakemberképzési program kidolgozása a Budapesti Közgazdaságtudományi Egyetem és az Államigazgatási Főiskola között. Megfelelő jogi szabályozás híján utóbbi a

egyben – más, tudományos és ipari kutatást szolgáló intézmények mellett – a technológiatudományos központok és valódi univerzitások szervezőivé kívánja tenni.

A főiskolai és egyetemi diplomáknak az átalakulás egyik eredményeként meg kell felelniük az európai követelményeknek. A kormány kívánatosnak tartja a tudományos minősítési rendszer átalakítását és az európai normákhoz való illesztését – a korábbi, szovjet mintára kialakított rendszer helyett.”

¹² Imre M. i.m. 2007, 14.

¹³ Derényi A.-Temesi J. i.m., 2016, 128-129.

posztgraduális képzésre korlátozódott. Végül strukturális problémák miatt 1996-ban a főiskola kivált a szövetségből.

Az 1992. január 1-jétől 1994. április 16-ig hatályos 37/1991. (BK. 25.) BM utasítással kiadott SzMSz a belügyminiszter közvetlen alárendeltségébe tartozó önálló szervek közé sorolta az Államigazgatási Főiskolát.¹⁴ Az igazgatásszervező képzésért a képzési formák között nagy igény mutatkozott, a korábbi 3-4 szerez túljelentkezés 1992 és 1995 között 14-16-szorosra emelkedett. A különböző képzési formák keretei között a '90-es évekre már a magyar közigazgatásban dolgozók 25%-a főiskoláról került ki. Ugyanakkor az államigazgatási főiskolai oktatást alulértékelték a magyar felsőoktatási rendszer akkori tagoltsága (markáns szintbeli különbségtétel az egyetemi és a főiskolai képzés között az előbbi javára): a képesítési előírások - pusztán a főiskolai szint miatt - kizárták, hogy bizonyos közigazgatási állásokat a végzettek betöltsenek, de e nélkül is az egyetemet végzett, doktori címmel rendelkező jogászok majdnem mindig előnyt élveztek az igazán jó közigazgatási állásoknál.¹⁵

A felsőoktatási törvény végrehajtása során hamar megmutatkozott, hogy az nem tud megfelelő kereteket biztosítani az intézmények kívánatos ütemű és irányú fejlődésének.¹⁶ Ennek részbeni oka magában a törvényben található, mert nem, vagy alig tért ki az intézmények szervezeti integrációjára, a képzési szintek meghatározására, az egyéb képzési formáknak a felsőoktatás rendszerébe illesztésére. Jelentős késsedelemmel indult - és valósult meg 1995. júliusáig a felsőoktatási törvény végrehajtásához kapcsolódó jogalkotási program -, ami az 1994. évi választások utáni új kormányra maradt. A késsedelmek okai között lényegesnek tekinthető az 1994. évi Országgyűlési választások, a kormányban bekövetkezett változtatások, az államháztartási reform késsedelve, továbbá a felsőoktatás ágazati irányítási struktúrájában szinte folyamatosan fellelhető változások, a személycserékkel járó újraszerveződések, hangsúlyeltolódások, bizonytalanságok, többször újraformálódó koncepciók. Gyakorlati szempontból a felsőoktatási törvényhez kapcsolódó felsőoktatás fejlesztési törvény késsedelve, illetve elmaradása okozta a legnagyobb bizonytalanságot. Az Országgyűlés 1995. október 24-i ülés napjára módosult koncepció alapján terjesztette elő a Horn-

¹⁴ Jelentés a főiskolák és az egyetemek főiskolai karai állami támogatásának ellenőrzéséről 15. https://www.asz.hu/storage/files/files/%C3%96sszes%20jelent%C3%A9s/1996/318_Jelent_s_a_f_iskola_k_s_az_egyetemek_f_iskolai_kami_llami_t_mogat_s_nak_ellen_rz_s_r_l.pdf?c_tid=746, (letöltés dátuma: 2017. május 28.)

¹⁵ Államigazgatási Főiskola 1977-1997 13.

¹⁶ „Az 1993-ban elfogadott a felsőoktatásról szóló 1993. évi LXXX. törvény (a továbbiakban: Ftv.) megteremtette a magyar felsőoktatás átalakulásának legfontosabb feltételeit. Az Ftv. hatálybalépése ugyanakkor nem oldott föl több, a korábbi kedvezőtlen folyamatok továbbéléséből származó ellentmondást. Az elmúlt évek pozitív változásai ellenére még mindig viszonylag alacsonyak a hallgatói létszámok. ... Továbbra is megmaradt az intézményrendszer széttagoltsága, ami alacsony hatékonyságú és gazdaságtalan működést, felesleges párhuzamos kapacitásokat, túlszakosodást, szegényes oktatási kínálatot eredményez, és szűkíti az átjárhatóságot.”

Kormány „A felsőoktatás fejlesztésének irányelveiről” szóló tervezetét, amelyet az Országgyűlés határozattá emelt,¹⁷ így a 107/1995.(XI.4.) kormányhatározatban jelölték ki a felsőoktatás fejlesztésének irányait, összegezve a megvalósításhoz szükséges eszközrendszerrel is.¹⁸ Az Országgyűlés határozatának végrehajtását szolgáló feladatterv és jogalkotási program az 1047/1996. (V.22.) Kormányhatározattal lépett hatályba.¹⁹ A közigazgatás reformjáról szóló 110/1996. (X.2.) Korm. határozat mellékletében foglalt főbb reformirányok, továbbá a részletes reformprogram alapján meghatározásra kerültek a közigazgatás személyi állományával, és a köztisztviselők továbbképzésével kapcsolatos modernizációs követelmények. A kormányprogram szerint a közigazgatás személyi állományának minősége egyes szakmai területeken romlott, s nem kielégítő a köztisztviselők képzésére és folyamatos továbbképzésére fordított erőforrások nagysága.²⁰ A kormányhatározat főként a vezetőképzésre és a továbbképzésre fókuszál, amelyről bővebben a továbbképzési fejezetben értekezek. A felsőoktatásról szóló törvény 1996. évi módosításával is csak kísérleti stádiumig jutott a főiskola egyetemmé válása.²¹

Az 1998-ban hivatalba lépő kormány gyakorlotta, munkája iránt elkötelezett, életét a közigazgatási munkában töltő köztisztviselői kar kialakítását tűzte ki célul, ezért gondoskodik a megfelelő képzési és továbbképzési rendszer kialakításáról.²² A közszolgálati jog 2000. évi reformja is felismerte a magasán képzett, professzionális közigazgatási vezérkar kiépítésének, valamint az előmeneteli rendszer közszolgálati életpályára történő alakításának elveit és feladatait, így a mintegy másfél évtizedes előkészítés után, most lehetőség nyílik az egyetemi szintű közigazgatási szakemberképzés megteremtésére.²³ Az első Orbán-kormány igen szűk határidőkkel találta magát szembe: közelgett a felsőoktatási törvény mellékletét hatályon kívül helyező 1998. december 31-i határidő, és lejárában voltak a világbanki kölcsönhöz kapcsolódó intézményfejlesztési tervek is. A Világbankkal kötött megállapodást az

¹⁷ Jelentés a főiskolák és az egyetemek főiskolai karai állami támogatásának ellenőrzéséről 4-5. https://www.asz.hu/storage/files/files/%C3%96sszes%20jelent%C3%A9s/1996/318_Jelent_s_a_f_iskol_k_s_az_egyetemek_f_iskolai_karai_allami_t_mogat_s_nak_ellen_rz_s_r_l.pdf?c tid=746, (letöltés dátuma: 2017. május 28.)

¹⁸ „Az Országgyűlés felhívja a Kormányt, hogy az irányelvekben megfogalmazottakat kormányzati munkája során számított 60 napon belül dolgozza ki a rövid és hosszú távú feladatokra vonatkozó cselekvési tervét és jogalkotási programját.”

¹⁹ Jelentés a főiskolák és az egyetemek főiskolai karai állami támogatásának ellenőrzéséről 5. https://www.asz.hu/storage/files/files/%C3%96sszes%20jelent%C3%A9s/1996/318_Jelent_s_a_f_iskol_k_s_az_egyetemek_f_iskolai_karai_allami_t_mogat_s_nak_ellen_rz_s_r_l.pdf?c tid=746, (letöltés dátuma: 2017. május 28.)

²⁰ György István-Molnár Miklós-Murányi Zoltán: A kormányzati humán-erőforrás (jogi státusz és továbbképzés) in Korszerűsítési lehetőségek és kényszerek a magyar közigazgatásban, 1998. 154.

²¹ Államigazgatási Főiskola 1977-1997 13-16.o

²² Az új évezred küszöbén, Kormányprogram a polgári Magyarországról, <http://www.parlament.hu/irom36/0021/0021.htm>, (letöltés dátuma: 2017. május 12.)

²³ Imre M. i.m. 2007, 55.

új kormány felmondta, és elfogadta az Oktatási Minisztérium felügyelete alá tartozó állami felsőoktatásban végrehajtandó intézményi integráció elveiről szóló 1157/1998. (XII. 9.) Korm. határozatot, amely vidéken városi integrációkat és regionális intézményeket írt elő, Budapesten pedig az átfedő oktatási profilú intézmények integrációját tette meg vezérelvvé. Az Oktatási Minisztérium által 1999-ben megjelentetett, integrációval foglalkozó kiadvány megemlíti, hogy a 90-es évek elején a felsőoktatási szövetségek kialakítása „nemhogy csökkentette volna az intézmények számát, hanem növelte azt; a racionálisabb működés helyett egy bonyolult „vízfej” adminisztratív struktúrát definiált a szövetségre lépett intézmények számára. A kormányzat által megfogalmazott intézményi integrációkat többkörös egyeztetés és nem kevés konfliktus után fogadták el:²⁴ 1999. nyarán az Országgyűlés a felsőoktatási intézményhálózat átalakításáról, továbbá a felsőoktatásról szóló 1993. évi LXXX. törvény módosításáról szóló 1999. évi LII. törvénnyel kialakította az új magyar állami felsőoktatási intézményhálózatot.²⁵ Az 1999. évi LII. törvény 1. § a) pontja értelmében 2000-ben az Államigazgatási Főiskolát összevonták a Budapesti Közgazdaságtudományi Egyetemmel (továbbiakban: BKÁE), annak Államigazgatási Kara lett; alapképzési kínálata gyors és jelentős változáson ment keresztül.²⁶

A 2002-ben hivatalba lépő új kormány programja²⁷ külön ugyan nem részletezi a köztisztviselők képzését, továbbképzését, de célul tűzte ki a közigazgatás átfogó reformjának és fejlesztési programjának kidolgozását, melynek keretében a regionalitás, teljesítményelv és a szakmai követelmények szempontjait és az Európai Unióhoz való csatlakozásra való felkészülés követelményeit kívánják érvényesíteni. A felsőoktatásnak a program külön fejezetet szentel: kiemelt feladat a bolognai folyamatnak megfelelő képzési szerkezet átalakítása, mely a közigazgatási szakemberoktatásra is kihat. A Medgyessy-kormány az intézményhálózat racionalizálásának kérdését alapvetően rendezettnek tekintette. Figyelme leginkább a többlépcsős képzési rendszer kialakítására, valamint az irányítási reformra koncentrált. Ennek előkészítése zajlott az ún. „Csatlakozás az Európai Felsőoktatási Térséghez” bizottságban. 2000. április 1. napján lépett hatályba a felsőoktatási képesítéseknek az európai régióban történő elismeréséről szóló, 1997. április 11-én, Lisszabonban aláírt Egyezmény, amelyet a 2001. évi XCIX. törvény hirdetett ki. 2003-ban kormány-előterjesztés készült a felsőoktatás modernizációjáról és az Európai Felsőoktatási Térséghez való csatlakozás folyamatát jogilag rendező törvény előkészítéséről, amely részletesen tartalmazza az új felsőoktatási törvény koncepcióját. Az Oktatási Minisztérium 2004 februárjában

²⁴ Derényi A.-Temesi J. i.m., 2016, 133-135.

²⁵ Imre M. i.m. 2007, 54.

²⁶ Imre M. i.m. 2007, 55.

²⁷ Medgyessy Péter kormányának programja (A H 19sz. parlamenti előterjesztés 2002.05.25.) Cselekedni, most és mindenkiért! A Nemzeti közép, a Demokratikus Koalíció kormányának programja Magyarország 2002 - 2006

megjelentette az ún. Magyar Universitas Program és az új felsőoktatási program koncepcióját melynek többek között új felsőoktatási törvény megalkotása a célja.²⁸ A reform gyengeségének megváltozását alapvetően az irányítási rendszer reformjától várták, de azért lehetővé tette a 2000. évi integráció néhány korrekcióját,²⁹ melynek eredményeképpen 2003. szeptemberétől a BKÁE kibővült a Szent István Egyetem volt három karával: az Élelmiszertudományi Karral, a Kertészettudományi Karral és a Tájépítészeti Karral. Még a BKÁE főiskolai karaként született meg az az elhatározás, hogy a jogszabályi lehetőséggel élve³⁰, az egyetemi karrá válás előtt megindítsa az intézmény az öt éves egyetemi szakot. Így 2004-től elindult a közigazgatási szakértő egyetemi szak 5 éves képzési programja. Ez lehetővé tette, hogy a professzionális közigazgatás hazánkban is magas szinten művelt, elkülönült szakmaként, egyetemi oklevéllel hároméves főiskolai szintű képzés továbbfejlesztése: átmenetet biztosítva a generalista ismeretanyagra épülő egyetemi szintű közigazgatási szakemberképzésbe.³¹ A képzés célja széles szakmai alpműveltséget biztosító graduális képzés, melynek során a hallgatók korszerű számítógépes oktatásban, differenciált szaknyelvi képzésben részesülnek, valamint jelentős szerephez jutnak a fakultatív, idegen nyelvű, tantárgyak, az EU ismeretek. A képzést intenzív hallgatói szakmai gyakorlat zárja le. Az egyetemi szak csak két évfolyamot ért meg, de bizonyította, hogy a kar képes egyetemi szintű oktatásra. Az első Gyurcsány-kormány 2004-2006-ra szóló kormány programja³² már rövidebben tárgyalja a felsőoktatást, cél a bolognai folyamatnak megfelelően a képzési szerkezet megváltoztatása, kulcsszó az átjárhatóság. Nagyszabású felsőoktatás-fejlesztési programot harangoznak be: új tantermeket, modern oktatási központokat, 2006 végére pedig több ezer új, illetve felújított kollégiumi férőhelyet terveznek létrehozni az állam és a magánszféra együttműködésével.

A 2004-2006. közötti I. Nemzeti Fejlesztési Tervben³³ a Regionális operatív programból finanszírozott projekt a helyi tisztviselők széles körét lefedte: a képzés

²⁸ Imre M. i.m. 2007, 58.

²⁹ Derényi A.-Temesi J. i.m., 2016, 136-137.

³⁰ 2004. június 14-én fogadta el az Országgyűlés az oktatási jogok érvényesítését, valamint a felsőoktatási intézmény- és képzési rendszer fejlesztését szolgáló törvények módosításáról szóló 2004. évi LX. törvényt. Eszerint a 2003-2005 közötti időszakban a felsőoktatási intézmények alapképzésben az Ftv. 84-86. §-aiban foglaltaktól eltérő szerkezetű, tartalmú és időtartamú képzést az oktatási miniszter külön engedélyével indíthatnak. Ezzel lehetővé vált, hogy a felsőoktatás képzési szerkezetét megváltoztató törvényi szabályozást megelőző időszakban, 2006. szeptember 1-jéig a felsőoktatási intézmények külön engedéllyel áttérjenek a többciklusú képzésre. A törvenymódosítás következtében a Medgyessy-kormány feladatává válik az új képzési szerkezet bevezetése, az új típusú képzés indítási feltételeinek meghatározása.

³¹ A felsőoktatásról szóló 2005. évi CXXXIX. törvény értelmében minden intézmény egyetemmmé válhatott, amennyiben teljesíteni tudta ennek feltételeit.

³² Gyurcsány Ferenc kormányának programja Lendületben az ország! A köztársaság kormányának programja, A szabad és igazságos Magyarorszáért 2004–2006

³³ A közigazgatás korszerűsítését – bár elsődleges céljuk nem ez volt – a következő három intézkedés szolgálta: a Humán erőforrás-fejlesztési operatív program keretében megtörtént az Állami Foglalkoztatási

tartalmát tekintve általános jellegű tudást adott át, főként az uniós támogatások felhasználása és a közbeszerzések lebonyolítása terén.³⁴

A 2004. évi LX. törvény³⁵ alapján Budapesti Közgazdaságtudományi és Államigazgatási Egyetem és a Szent István Egyetem három volt kara 2004. szeptember 1-jétől Budapesti Corvinus Egyetem (továbbiakban: BCE) néven kezdte meg működését.³⁶ 2005. decemberétől az egyetemi kar elnevezése Közigazgatástudományi Kar.

A második Gyurcsány-kormány 2006-2010-re szóló programja³⁷ a közigazgatás reformját az elsők között taglalja, de a közigazgatási szakemberképzésnek nem szentel külön fejezetet.³⁸ A korábbi program felsőoktatási reformját³⁹ folytatva 2006 szeptemberétől a bolognai rendszerű képzés bevezetésével a teljes alapképzés új szakrendszer szerint indul, és a 2007. tanévtől folyamatosan meghirdetésre kerülnek a mesterszakok, hogy néhány év elteltével már a magyar egyetemekről, főiskolákról kikerülő diplomája is Európa bármely pontján megszerzett oklevéllel azonos értékűvé váljék. Az egész életen át tartó tanulást a felsőoktatási intézmények bázisára helyezve, folytatják a felnőttképzés rendszerének kialakítását és a kreditrendszer teljes nemzetközi kompatibilitását.

2006-tól a hazai felsőoktatásba bevezetett Bologna reform keretében elindult a megújult igazgatásszervező szak alapozó (Bachelor) képzése, majd 2007-ben a közigazgatási mesterszak is megkapta az indítási engedélyt,⁴⁰ így 2008 februárjában megvalósult az egyetemi szintű közigazgatási képzés: a kar elindította a közigazgatási menedzser mesterszakot (MA), mellyel egy több mint egy évszázados folyamat

Szolgálat korszerűsítése; a Regionális operatív program szármayi alatt több képzési program került kidolgozásra és megvalósításra; továbbá a Gazdasági versenyképességi operatív program hozzájárult az önkormányzatok informatikai fejlesztéséhez.

³⁴ Államreform Operatív Program CCI-szám: 2007HU05UPO002 19-20.o

³⁵ 2004. évi LX. törvény 6. § (1): Az Ftv. 1. számú melléklet I. részének A) „Állami egyetemek” főcímén belül a „Budapesti Közgazdaságtudományi Egyetem, Budapest” szövegrész helyébe a „Budapesti Corvinus Egyetem, Budapest” szövegrész lép.

³⁶ 2004. évi LX. törvény az egyes oktatási tárgyú, az oktatási jogok érvényesítésének elősegítését, valamint a felsőoktatási intézmény- és képzési rendszer fejlesztését szolgáló törvények módosításáról

³⁷ Gyurcsány Ferenc kormányának programja (A H 64sz. parlamenti előterjesztés 2006.05.30.) Új Magyarország, Szabadság és szolidaritás, A Magyar Köztársaság kormányának Programja a sikeres, modern és igazságos Magyarorszáért 2006-2010

³⁸ A 2007-2008-as és 2009-2010-es akciótervek, valamint az abban foglalt konstrukciók tapasztalatai alapján kimondható, hogy ebben az időszakban sok tisztán humánpolitikai fejlesztés valósult meg, melyek nem tudták a rendszer egészét lefedni.

³⁹ Magyar Universitas Program három nagy csoportra osztható: 1) új, összesen 10. 000 diákothtoni férőhely megvalósítása; 2) új, oktatási-kutatási infrastruktúra létesítése, illetve meglévő infrastruktúra rekonstrukciója; 3) meglévő kollégiumi férőhelyek rekonstrukciója, mintegy 20. 000 férőhely felújítása, korszerűsítése. A program keretében megépítésre került a Budapesti Corvinus Egyetem „új épülete” Czuczor utcai campus tömbje (előadó termek, könyvtár, nyelvi labor, tanszéki irodák) összesen 20.000 m²-en 9,9md Ft értékben, továbbá 600 férőhelyes diákothton beruházása. A beruházások, ha közvetlenül nem is, de közvetve érinthetik a Közigazgatástudományi Kar életét.

⁴⁰ Imre M. i.m. 2007, 55.

mérőföldkövét vitte véghez. 2008-ban több mint 700 hallgató kezdhet meg tanulmányait az Igazgatásszervező alap- és mesterképzési szakon nappali, levelező és diplomás levelező tagozaton. (Imre, 2007.) Ebben az időben párhuzamosan több szak is futott: a régi főiskolai és az egyetemi szakok, az új igazgatás-szervező alapszak (BA), és a mester szak. Mindezek a változások, az egyetemi karrá válás és az oktatási rendszer átalakítása, komoly strukturális változásokat hozott az intézmény életében. A Budapest Corvinus Egyetem Társadalomtudományi Karán működő Doktori Iskolában 2009-től az országban egyedülállóan Államigazgatási alprogram keretében doktori fokozatot szerezhetnek az igazgatási szakemberek. Az alprogram homlokerében a közigazgatástudomány áll, de jelentős szerepet kap a társjogi intézmények mind magánjog, mind kereskedelmi jog (társasági jog) mind pedig pénzügyi jog vonatkozásában.

A Bajnai-kormány cselekvési terve is foglalkozik a felsőoktatással – külön a közigazgatási szakemberképzéssel nem –, mely támogatja az intézmény-összevonásokat, a minőség orientált és a hatékonyságot javító belső intézményi szerkezetátalakítást, a párhuzamos szervezeti egységek felszámolásával, gazdasági elvárásokhoz igazodó minőségi intézményeket kívánnak létrehozni.⁴¹

2009-ben az Európai és nemzetközi igazgatás mesterszak (MA) képzés, majd egy évvel később a Nemzetközi igazgatás alapszak (BA)⁴² képzés megindítására került sor.⁴³ 2010-től indítja a Kar a hat féléves nemzetközi igazgatási szakot. A magas szintű idegen nyelvtudással rendelkező, nemzetközi és hazai jogi, igazgatási szaktudással bíró nemzetközi igazgatásszervezők alkalmasak nemzetközi nagyvállalatokon belüli döntések előkészítésére, végrehajtására, a közigazgatási szervek, önkormányzatok nemzetközi kapcsolatainak szervezésére, európai uniós szervezetekben történő igazgatási feladatok ellátására.)

A közszolgálati képzés alapintézménye

Magyarország 2010 óta jelentős reformokat indított el a felsőoktatás területén az új felsőoktatási törvény elfogadásával.⁴⁴

⁴¹ Bajnai Gordon kormányának cselekvési terve Válságkezelés és bizalom erősítés, A válságkezelő kormány egyéves cselekvési terve, 2009. április 20., 34. ohttp://www.kisalfold.hu/ftp/kisalfold/docs/valsagkezelo_program_.pdf (letöltés dátuma: 2017. május 13.)

⁴² Az igazgatásszervező alapképzés ekkor már nem kizárólag a BCE Közigazgatástudományi Karán folyt, hanem több egyetem állam- és jogtudományi kara (Győrben, Debrecenben és Budapesten) is indított igazgatásszervező alapképzést és nemzetközi igazgatási alapszakot, valamint nemzetközi igazgatási mesterszakot.

⁴³ <http://kozigazgatastudomany.uni-corvinus.hu/>, (letöltés dátuma: 2012. február 2.)

⁴⁴ Magyarország 2015. Évi nemzeti reform programja 2015. április, 27.

Habár a második Orbán-kormány kormányprogramjában⁴⁵ az oktatásnál inkább a szakképzés fontosságát hangsúlyozza, ugyanakkor a 2011. évi Magyar Zoltán Közigazgatás-Fejlesztési Programban már ambiciózus személyügyi célkitűzéseket határozott meg a közigazgatás és vele együtt a közigazgatási szakemberképzés fejlesztéséhez.⁴⁶ A fejlesztési program felöleli az egész magyar közigazgatási szakemberképzést: kijelenti, hogy a képzés szakmai színvonalának erősítése, átjárhatóságának biztosítása céljából 2012-től elindul a közszolgálati képzés alapintézménye a Nemzeti Közszolgálati Egyetem. A program hangsúlyos célként fogalmazta meg a magyar közigazgatás újjászervezésének folyamatában a közjó érdekében végzett szolgálat és hatékonyság megerteremtését, a közszolgálati hivatásrendek képességeinek koncentrált és egymást erősítő újraszervezését (konvergenciáját), ami a képzési rendszerek összehangolását, integrációját tette szükségessé. A Kormány 1278/2010. (XII. 15.) számú határozatában döntött a Nemzeti Közszolgálati Egyetem létrehozásáról.⁴⁷ A Nemzeti Közszolgálati Egyetem létesítéséről szóló 2011. évi XXXVI. törvény⁴⁸ rendelkezésének értelmében az új Egyetem a Zrínyi Miklós Nemzetvédelmi Egyetem, a Rendőrtiszti Főiskola és a Budapesti Corvinus Egyetemből kiváló Közigazgatástudományi Kar általános jogutódjaként 2012. január 1. nappal jött létre.

A kormányzati stratégiai irányításról szóló 38/2012. (III. 12.) Korm. rendelet 35. § (1) bekezdés alapján a felsőoktatási stratégia szakpolitikai stratégia is egyben, melynek megfelelően a felsőoktatásra, mint elkülönült – az alaptörvény szerint az oktatásra és kutatásra, valamint ezek tartalmát és módszereit meghatározó, önálló

⁴⁵ Orbán Viktor második kormányának programja (A H 47sz. parlamenti előterjesztés 2010.05.22.) A Nemzeti Együttműködés Programja munka, otthon, család, egészség, rend

⁴⁶ Magyar Zoltán Közigazgatás-Fejlesztési Program (Mp 11.0) A Haza üdvére és a köz szolgálatában 2011. június 10.

⁴⁷ A Kormány felismerve, hogy a közszolgálaton belül a polgári közigazgatás, a rendvédelem, a honvédelem és a nemzetbiztonsági szolgálatok személyi állományában a hivatástudat és a szakértelem erősítése összehangolt és tervezett utánpótlásképzést tesz szükségessé, továbbá a pályaelhagyás helyett a társadalom számám hatékony munkavégzés biztosítására és a nyugdíjazás utáni életszakaszra a közszolgálati pályaorientációt támogató továbbképzési rendszert kell működtetni, a közszolgálati felsőfokú szakemberképzést egységes intézményi alapokra kívánja helyezni.

2. A Kormány a honvédelmi és katonai felsőoktatást végző Zrínyi Miklós Nemzetvédelmi Egyetem, a rendvédelmi és rendészeti felsőoktatást képviselő Rendőrtiszti Főiskola és a Budapesti Corvinus Egyetemtől különváltó, a közigazgatási felsőoktatást alaptevékenységként folytató Közigazgatástudományi Kar egyesülésével – a három intézmény hagyományainak megőrzése mellett, a szorosabb oktatási és kutatási együttműködés, valamint a hatékonyabb működtetés érdekében – elrendeli a Nemzeti Közszolgálati Egyetem létrehozását.

A Nemzeti Közszolgálati Egyetem a felsőfokú közszolgálati szakemberképzés bázisintézményeként, az egyesülő intézmények jogutódjaként 2012. január 1-jén kezdje meg működését. A jogelőd intézmények a Nemzeti

Közszolgálati Egyetem önálló egyetemi karaként működjenek.

⁴⁸ 2011. évi CXXXII. törvény a Nemzeti Közszolgálati Egyetemről, valamint a közigazgatási, rendészeti és katonai felsőoktatásról

intézmények által alkotott – közpolitikai területre vonatkozó jövőkép elérésének középtávú stratégiai tervdokumentuma.⁴⁹

Az új intézmény működésének alapelveit és céljait a Nemzeti Közsolgálati Egyetemről, valamint a közigazgatási, rendészeti és katonai felsőoktatásról szóló, 2011. évi CXXXII. törvény következőképpen foglalja össze:

„A magyar felsőoktatási rendszer részeként a közigazgatási, rendészeti és katonai képzést folytató Nemzeti Közsolgálati Egyetem tevékenységének célja a közigazgatást, a hon- és rendvédelmet érintő tevékenységet végző szakemberek képzése, a hon- és rendvédelmi szervek tiszti utánpótlásának biztosítása, valamint az egységesülő közsolgálati életpályák közötti átjárhatóság megteremtése.”⁵⁰ Tehát a Kormány a közsolgálati felsőfokú szakemberképzést egységes intézményi alapokra kívánja helyezni. A közigazgatási szakemberek képzése 2012. január 1-től a Közigazgatás-tudományi Karon folyik, melynek jogutódja 2016. február 1-től az Államtudományi és Közigazgatási Kar.

A harmadik Orbán-kormány több dokumentumban is részletezi a közigazgatási szakemberképzéssel kapcsolatos terveit.⁵¹ Magyarország 2015. Évi nemzeti reform programja taglalja, hogy 2013 óta jelentős költségvetési forrásnövekedésben részesült a felsőoktatás, melynek legfontosabb eleme a Felsőoktatási Struktúraátalakítási Alap létrehozása. Az Alap támogatásban részesít egyes intézményeket, mely támogatás a Nemzeti Közsolgálati Egyetem működésében is megfigyelhető. A „Fokoztatváltás a felsőoktatásban”⁵² című stratégiát a Kormány 2014. december 22-én fogadta el, amely 2030-ig rögzíti a terület stratégiai céljait és az ezek alapján azonosított speciális beavatkozási területeket: a stratégia szerint bevezetésre kerül a felsőoktatásban is a gyakorlatorientált duális alapképzés, ami a 2011-es nemzeti felsőoktatási törvényben⁵³ következett be, emellett nagy hangsúlyt fektet a legalább 3 hónapos külföldi utazásra vagy szakmai gyakorlatra, a célkitűzést 2023-ra kívánják elérni.

⁴⁹ A tervdokumentum tartalmazza:

- az adott szakpolitikai terület részletes helyzetelemzését és helyzetértékelését;
- az adott szakpolitikai területen megvalósítandó mérhető célokat;
- a szükséges beavatkozások területének és eszközeinek pontos meghatározását;
- a szükséges beavatkozások személyi, tárgyi, szakmai, anyagi és szervezeti feltételeit, valamint
- a megvalósítás, a nyomon követés és az értékelés alapelveit és rendszerét.

⁵⁰ <http://www.uni-nke.hu> (letöltés dátuma: 2012.02.02.)

⁵¹ Magyarország 2015. Évi nemzeti reform programja

⁵² A felsőoktatási stratégia a 2014-2020-as programozási időszak ex ante dokumentuma egyben, a stratégia 2020-ra koncentrálna (egyes esetekben 2023, 2025-ig) külön rögzíti a megvalósítani tervezett célkitűzéseket és akciókat az oktatási kiválóság, a világszínvonalú kutatás és a társadalmi felelősségvállalás területén. A megújított képzési szerkezetben tartalmi és kimeneti alternatívák szempontjából egyaránt a munkaerő piacon elvárt készségeket kívánja erősíteni a stratégia,

⁵³ 2011. évi CCIV. törvény a nemzeti felsőoktatásról.

2013-tól szinte minden továbbtanulni szándékozó fiatal számára lehetséges a felsőoktatásba történő bejutás.⁵⁴

A 2014-2020-ra szóló Közigazgatás-és Közszolgáltatás-fejlesztési Operatív Program⁵⁵ szerint a kompetenciafejlesztés területén kiemelt szerep illeti a magyar közigazgatási kompetenciafejlesztés csúcsintézményét, a Nemzeti Közszolgálati Egyetemet, és az ennek a bázisán létrehozni tervezett Közigazgatási Kompetenciaközpontot. A Közszolgálati Kompetenciaköz-pont kialakításának egyik legfontosabb célja a közszolgálati alapképzés, mesterképzés, valamint továbbképzés és vezetőképzés megerősítése, fejlesztése. A Kormány az Államreform Bizottság felállításáról szóló 1602/2014. (XI. 4.) Korm. határozat 1) ad) pontja értelmében 2015-ben a Nemzeti Közszolgálati Egyetemről, valamint a közigazgatási, rendészeti és katonai felsőoktatásról szóló 2011. évi CXXXII. törvény módosításával a közigazgatási felsőoktatási területet az „államtudományi és közigazgatási” bővítéssel új fejlődési pályára állította.⁵⁶ Ehhez kapcsolódóan az NKE 2015-ben elfogadott öt évre szóló intézményfejlesztési terve is hangsúlyozza, hogy az egyetem a magyar közszolgálat fejlesztésének, a közszolgálati életpályának stabil oktatási és kutatási bázisa, a tudomány és a közszolgálat korszakos átalakulásának egyik innovatív színtere.⁵⁷ A „Fokozatváltás a felsőoktatásban középtávú szakpolitikai stratégia 2016” című felsőoktatási stratégia felülvizsgálatra került, így a 2014-2016. közötti változásokat és végrehajtott beavatkozásokat figyelembe véve rögzíti az aktuális helyzetet és az abból fakadó pontosított célkitűzéseket és beavatkozásokat.

2016. február 1-jétől Államtudományi és Közigazgatási Kar néven működik tovább a Közigazgatás-tudományi Kar. A változás nem csak a névben, hanem a kar szervezeti felépítésében is megmutatkozik: a korábbi tizenhét tanszék és egy kutatóközpont helyét tíz intézet, egy kutatóközpont és egy kutatóintézet veszi át. Ezzel lehetővé válik a felkészülés az államtudományi osztatlan mesterszak megfelelő elindítására, 2017 szeptemberére. A kar új elnevezése a Nemzeti Közszolgálati Egyetem államtudományi egyetemmé válásának egyik fontos mérföldköve. Az átalakítás igazodva az államreform program célkitűzéseivel, valamint a törvényi változásokhoz, az egyetem és a kar stratégiai léptékű célkitűzéseit szolgálja.⁵⁸

⁵⁴ A 1276/2010 (XII.8.) Kormányhatározat 2011-ben az államilag támogatott helyekre felvettek számát 53 450 főben határozta meg, 2013-ben és 2014-ben 100 000 államilag támogatott hely vált elérhetővé.

⁵⁵ Közigazgatás-és Közszolgáltatás-fejlesztési Operatív Program 28.

⁵⁶ Az állami tisztviselőkről szóló 2016. évi LII. törvény hatálybalépésével összefüggő egyes törvények módosításáról szóló 2016. évi LXIV. törvény 87. §

⁵⁷ Nemzeti Közszolgálati Egyetem Intézményfejlesztési Terv 2015-2020 11.

⁵⁸ http://akk.uni-nke.hu/kutatas-es-tudomanyos-élet/eseemények_konferenciak/2016/02/01/ktk-helyett-akk (letöltés dátuma: 2017. május 7.)

Záró gondolatok

Több mint 60 éve Magyary Zoltán, a közigazgatás-tudomány jeles képviselője is megfogalmazta azt a tényt, hogy a közigazgatás minősége a köztisztviselőkön múlik: „*A magyar közigazgatásnak az eredményesség követelményét kell előtérbe helyezni és működését annak szolgálatába állítani.*”

Dr. Kaiser Tamás is megfogalmazta, amit az elmúlt évek fejleményeiként tapasztalunk, „*hogy a közjó absztrakt normarendszerének érvényesítése érdekében az államnak kell értékteremtő és értékvédő szerepet vállalnia a politikai, gazdasági és társadalmi szférákban. Mindez indokoltá teszi az önálló tudományterületi karakterrel, tárgyakkal és módszertannal rendelkező államtudomány kereteinek kialakítását, a szükséges intézményi és tudományos támogatás kiépítését, továbbá másfajta, a modern állam működésének szükségleteire reagáló, speciális tudástartalom létrehozását*”.⁵⁹ Az egyetem Államtudományi és Közigazgatási Karának, továbbá a jelenlegi Államtudományi és Nemzetközi Tanulmányok Karnak is –többek között – a legfőbb célkitűzése olyan szakemberek képzése, akik a tanulmányaik során megszerzett ismeretek és készségek révén magas színvonalon helytállnak a magyar közigazgatási feladatok ellátása során is.

Felhasznált források

ÁLLAMIGAZGATÁSI FŐISKOLA 1977-1997

DERÉNYI András-TEMESI József: *A magyar felsőoktatás 1988 és 2014 között*, Budapest, Oktatáskutató és Fejlesztő Intézet, 2016.

GYÖRGY István-MOLNÁR Miklós-MURÁNYI Zoltán: *A kormányzati humán-erőforrás (jogi státusz és továbbképzés) in Korszerűsítési lehetőségek és kényszerek a magyar közigazgatásban*, 1998.

IMRE Miklós (2007): *Beköszöntő [a 30 éves évfordulóra], A Budapesti Corvinus Egyetem Közigazgatástudományi Karának (Államigazgatási Főiskola) története 1977–2007*. Budapest, HVG-ORAC

KAISER Tamás: *Az államkutatások helye a társadalomtudományok rendszerében*, Államtudományi Műhelytanulmányok, Budapest, 2016

2011. évi CCIV. törvény a nemzeti felsőoktatásról.

Az állami tisztviselőkről szóló 2016. évi LII. törvény hatálybalépésével összefüggő egyes törvények módosításáról szóló 2016. évi LXIV. törvény

⁵⁹ Kaiser T.: *Az államkutatások helye a társadalomtudományok rendszerében*, Államtudományi Műhelytanulmányok, Budapest, 2016. I.: 2.

FERDOUS RAHMAN*

*Elasticity of the laws on foreign sovereign immunity:
Role of the dominant jurisdictions in determination of cause of actions
against the foreign sovereign*

Abstract: The development of the law on foreign sovereign immunity has resulted its shift from absolute to restrictive sovereign immunity but still to achieve the desired convergence among the international instruments and the domestic legislations. The litigant determines the court based on its creditors' friendly precedents, and the courts takes liberal approach to introduced new exceptions to the rule of foreign sovereign immunity. The aim of this paper is to ponder into the loose ends of the legal framework of foreign sovereign immunity in terms of jurisdictions and the cause of action, brought by the litigant and accepted by the court.

Keywords: Foreign Sovereign, Immunity, Jurisdiction, Cause of Action, Forum State, Domestic Court.

Absztrakt: A külföldi szuverén immunitásról szóló jog az abszolúttól a korlátozó szuverén immunitás irányába fejlődött, de mégis elérte a kívánt konvergenciát a nemzetközi eszközök és a hazai jogszabályok között. A peres fél a bíróságot hitelezői alapján határozza meg, a bíróságok pedig liberális megközelítést alkalmaznak a külföldi szuverén immunitás szabálya alóli új kivételek bevezetése érdekében. Ennek a cikknek a célja, hogy a bemutassa a külföldi szuverén immunitása jogi kereteinek laza pontjait a joghatóságok és a kereset oka szempontjából, amelyet a felperes indított és a bíróság elfogad.

Kulcsszavak: Külföldi szuverén, immunitás, illetékesség, ügy oka, Fórumállam, Belföldi Bíróság.

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.71-86

Introduction

The development of the law on foreign sovereign immunity has resulted its shift from absolute to restrictive sovereign immunity. Over the period, the desired convergence has not been achieved among the international instruments and the domestic legislations. Therefore, the absence of uniformity and coherence, certain questions regarding the foreign sovereign immunity from execution are still in gray area of law. Such as the forums and the types of litigations. Regardless of the nature, the courts have taken liberal approach to open its door for litigations and introduced

* Ferdous Rahman, doctoral student, Department of Private International Law, University of Szeged. Academic Supervisor: Dr. Víg Zoltán Associate Professor, Department of Private International Law, University of Szeged. <https://orcid.org/0000-0001-5158-5932>

new exceptions to the rule of foreign sovereign immunity. They have also been contradictory in granting execution orders for the redress of the private judgment creditors. The questions of enforcement against foreign sovereign assets cannot be viewed in isolation without considering the liberal approach to accept the cases denying the sovereign immunity from adjudication. As many cases are accepted for determination, so many execution cases would be expected as logical consequence.

The various types of litigations were brought by the private judgment creditors previously before the international courts. There have been international courts such as International Court of Justice (ICJ) to entertain certain cases when arisen between two or more states or brought by one state representing the interests of its citizens, infringed by the actions of a foreign state. Later, majority of the international conventions as well as the domestic laws in this regard incorporate the question of commercial activity to accept an execution suit against the foreign sovereign and/or deny the defense of sovereign immunity of the defendant state. As the domestic jurisdictions adopted the restrictive sovereign immunity from jurisdiction in certain cases, the national courts of the forum states have become the popular jurisdiction for the private judgment creditors as their direct access thereto. Now Majority of the execution cases are filed before the domestic courts.

The number of cases increases before the domestic courts as the scope of such commercial activity has expanded pursuant to judicial interpretation for instance, recognition of public debt as commercial activity of foreign state by the US courts in *Republic of Argentina v. Weltover Inc* (1992);¹ and/or by amendment to the statutory laws of any particular domestic jurisdiction such as the amendment to the Foreign Sovereign Immunity Act of USA (1978) to add the terrorism exception in 1996. State responsibility to private parties broader by introducing new exceptions to the state immunity rules. Where the state was responsible for tortious liability of death or personal injury of private persons under the SIA of UK (1978), it got expanded to terrorism activities pursuant to interpretation of the Italian court,² and subsequently the violation of human rights has become an independent ground for invoking domestic jurisdiction against foreign sovereign.³ It is contended that these interpretations of laws on foreign sovereign immunity and the precedents on acceptable cause of actions are mostly unilateral, established in certain forum states. Thereby it does not represent the multilateral practices. This claim can be counter argued that the practices of the dominant forum states (in this case the US, the UK, Australia etc.) act a non-binding source of interpretation and carry persuasive value

¹ 112 S. Ct. 2160 (1992)

² Grandaubert, V.: Is There a Place for Sovereign Immunity in the Fight against Terrorism? The US Supreme Court says 'No' in *Bank Markazi v. Peterson*, EJIL: Talk (May 19, 2016), <https://www.ejiltalk.org/is-there-a-place-for-sovereign-immunity-in-the-fight-against-terrorism-the-us-supreme-court-says-no-in-bank-markazi-v-peterson/> accessed 22/09/2020.

³ *Kazemi v. Iran*, [2014] 3SCR 176

for the other jurisdictions in the absence of effective international convention in this regard.

The aim of this chapter is to ponder into these loose ends of the legal framework of foreign sovereign immunity in terms of cause of action, form of orders requested by the judgement creditors and granted by the court. It synthesizes the nature of jurisdictions, and the types of litigations commonly brought by the private judgment creditors and accepted by the courts for determination of rights and/or the execution of judgment or award against foreign sovereign. Therefore, the first discussion is made on the practices before international and national courts. This chapter poses the first question as to the approach of ICJ as an international court and the same of the domestic courts. Subsequently, the paper focused on the elasticity of the laws concerning foreign sovereign immunity. The final discussion in the conclusion brings the question of development of international law regarding the foreign sovereign immunity and the role of the domestic courts of the dominant forum states.

Jurisdictional verities

Before the emergence of principles of restrictive sovereign immunity for the *jure gestionis*, the private creditors or aggrieved individual had no direct access to court against the foreign sovereign. In such cases, the common practice was either to apply the diplomatic consultation to resolve the dispute or bring the case before the international forums for settlement. With the acceptance of restrictive sovereign immunity, the national courts open their door to the private litigants to initiate legal proceedings against the foreign sovereigns.

International Court of Justice (ICJ)

In addition to the domestic courts of various forum states, the ICJ also entertains some cases involving the questions of foreign sovereign immunity from execution. The first case regarding sovereign assets before the ICJ was the Monetary Gold Case (1954). The question in this case was about the entitlement of monetary gold of Albania between the contradictory claims of Italy and UK. However, the ICJ refused to determine the dispute in absence of the consent of Albania to the jurisdiction of the court.⁴ Although the court did not decide the case, it inferred that its door was open to such cases in presence of the consent of the concerned states. Subsequently, several other cases were brought before the ICJ regarding the commercial disputes between states and claims to be discharged out of sovereign assets.

⁴ The case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), Judgment of June 15th, 1954.

In the case concerning certain Norwegian Loans between France and Norway (1957), France brought the case before the ICJ for recovery of debts borrowed by Norway and two of its state instrumentalities by issuance of international bonds. Some of the bonds were at the hand of the French citizens. France brought the questions before the ICJ as to the determination of Norway's obligation to pay the debt and pass a judgment binding Norway to pay the debt in gold, whereas Norway argued the case as fall under its municipal law. In the declaration of France, it excluded the disputes within the national jurisdiction from the jurisdiction of the ICJ. The ICJ considered the declarations of both states as to the submission of disputes to the jurisdiction of the court. Relying on the jurisprudence of the Permanent Court of Justice in the Morocco Case,⁵ the ICJ accepted the narrower declaration of France than the same of Norway and thereby held that it had no jurisdiction to decide the dispute. *Albeit* the rejection of the ICJ in this case, it did not close the door concerning the commercial disputes between states in sovereign default in debt payment, where the debts were held by private citizens. The outcome could be a different one if the declaration of France were as liberal as the same of Norway.

Like the previous case, in the Barcelona Traction Case (1964), Belgium as a sovereign state brought the case, representing the interest of some Belgian citizens in Barcelona Traction company, registered in Canada, allegedly affected by the actions of Spain.⁶ The ICJ determined *inter alia* whether the shareholders in a company had a distinct right in international law against the actions of a foreign government causing damage to the company. This question in other words was in respect of the locus standi of Belgium before the ICJ. However, the ICJ avoided to pass verdict in this question as it involved "*interwoven strands of mixed law, fact and status.*"⁷

National jurisdictions

Gradually, the lenders' states instead of pursuing diplomatic channel of military recourse, opened their court rooms for these kinds of litigations, by recognizing the restrictive sovereign immunity.⁸ The international conventions are still inclined to grant immunity from execution whereas the domestic courts have contributed to the development of restrictive immunity in this regard. The Australian Law Commission proposed a distinct basic principle. It affirmed that the court having the jurisdiction to decide a case, must have the power to make necessary orders

⁵ The Morocco Case, judgment of June 14, 1938, PCIJ, series A/B No. 74, 22.

⁶ The Barcelona Traction Case (1964)

⁷ *Ibid.*, 46

⁸ Weidemaier W. M. C.: Sovereign Immunity and Sovereign Debt, University of Illinois Law Review, 2014. No 1:67-114, 68.

including interlocutory as well as final orders, the substantive and/or procedural orders to give the judgments into full effect.⁹ The Swiss court agreed with this proposition and argued the flow of power to order the MoCs against the foreign sovereign, from the power of adjudication.¹⁰ The Italian Court of Cassation followed the same principle by mentioning “*if immunity from jurisdiction does not apply to activities jure privatorum, (Private acts), the same must be true for immunity from execution of a judgment that has recognised a private claim, where the foreign state does not comply with that judgment...*”¹¹ The similar practice is visible in other jurisdictions such as France,¹² Germany,¹³ USA,¹⁴ UK¹⁵ etc.

In addition to the immunity from execution, the courts are more hesitant to permit prejudgment attachments than the final execution ones. The domestic courts are open to deny the defence on immunity from execution for final execution orders in case of commercial activities, waiver from immunity, consent to the proceedings etc. However, for the pre-judgment attachment orders, the courts take more stringent position than in final execution, such as for prejudgment attachment, express waiver is needed whereas for the final execution, waiver can be explicit or implied.¹⁶ Again, different practices are available at the different jurisdictions, for instances, the French court does not distinguish its power to grant pre and post execution orders.¹⁷ In another case, it also interpreted the mere consent to refer a dispute for arbitration as implied waiver from immunity from execution.¹⁸

Legal relationship between the foreign sovereign and the private judgment creditors

The national and international legal frameworks have left the room of interpretation of commercial activity to the court, to determine the cases to be accepted under the restrictive sovereign immunity principle. For instance, until 1992, the public debts

⁹ Australian Law Reform Commission Report no 24, Foreign State Immunity (1984) para 137.

¹⁰ UAR v. Mrs. X, Switzerland, (1960) 65 ILR 385, 391; Banque v. Weston, Switzerland, (1978) 65 ILR 417, 424-425, Ground 4d.

¹¹ Condor v. Ministry, Italy (1992) 101 ILR 394, 401, cited from Libya v. Rossbeton, Italy (1989) 87 ILR 63, 67.

¹² See Procureur v. SA Iptrade, France (1978) 65 ILR 75; Procureur v. LIAMCO, France (1979) 65 ILR 78. Societe Air v. Guathier, France (1984) 77 ILR 510.

¹³ Philippine Embassy Case, Germany (1977) 65 ILR 146, 167, 181, Ground C.1.5 and 6, 185, Ground C.II.3.

¹⁴ The FSIA 1976 (USA), section 1610

¹⁵ The SIA 1978 (UK), section 13.

¹⁶ Yang X., State Immunity in International Law. Cambridge University Press. UK, 2012. 387

¹⁷ Iran v. Societe Eurodif, France (1984) 77 ILR 513; Caisse v. Societe Midland, France (1983) 77 OLR 524, note.

¹⁸ Creighton v. Minister, France (2000) 127 ILR 154, 155.

were not explicitly taken as commercial activity.¹⁹ Thus, the legal relationship between the foreign sovereign and the private parties are still at the lose end in the law on foreign sovereign immunity and the courts maintain an inclusive list of the same. Followings are some instances of the common cases accepted as commercial in nature.

International investment disputes

The relationship between the host state and the foreign investor is governed by an international investment agreement between the home state of the investor and the host state. In some cases, there may be direct investment contract between the private investors and the foreign state such as concession agreements for extraction of minerals. In case of any dispute between the private investor and the host state, the bilateral investment treaty (BIT) between the home state and the host state act as the legal basis of their relations. Apart from the respective BITs, two other common international treaties regulating the enforcement of investment award against the foreign sovereign are the ICSID Convention and the New York Convention. Given the significant number of ratifications, these two instruments play the central role in enforcement cases.

The BITs suggest the form of dispute settlement. Upon getting the judgment or arbitral award in favor, the investors pursue the legal proceedings for the enforcement of awards when the host state does not voluntarily comply with the decisions. the awardee pursues the recognition and enforcement of the award whereas the losing party may proceed for annulment of the award.²⁰ Under the ICSID Convention, the annulment is available only by forming an ad hoc committee for this purpose. During the annulment proceeding before the ad hoc committee, the enforcement proceeding is stayed. To balance the interest of the awardee, the ad hoc committee sometimes requires the debtor to provide security as its commitment to honor the award if necessary.²¹ Apart from these exceptional cases, when the foreign investor receives an international investment award in his favor, he proceeds with the enforcement of the judgment before the third party state with the full panoply as existing in the domestic law of the forum state.²² The selection

¹⁹ Weidemaier, W. M. C.: i.m. 98

²⁰ Heiskanen V. – Halonen L., Post Award Remedies, Chapter 16, Litigating International Investment Disputes, ed by Chiara Giorgetti, 2014 (Brill: Nijhoff), 497

²¹ Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia, ICSID Case no ARB/07/15, Decision of the ad hoc Committee on the Stay of Enforcement of the Award, 44-45 (November 10, 2010); Repsol YPF Ecuador SA v. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador) ICSID Case no. ARB/01/10, Procedural Order no. 1, 9 (December 22, 2005).

²² Heiskanen V. – Halonen L.: i.m. 497

of the forum state depends on the location of the assets of the sovereign debtor, available for attachment.²³

Default in sovereign debt

Previously sovereign debt litigation was ineffective because of lack of enforcement mechanism and absolute sovereign immunity from execution. The lenders had few options, either impose informal restrictions on the sovereign debtor, in collaboration with other lenders or restructure the loan in new terms.²⁴ The lenders also used to invoke the diplomatic and military pressures on the borrower states to repay the debt as evidenced from the cases before the ICJ concerning the Norwegian loans (1957). Later, with the emergence of restrictive sovereign immunity from execution, the sovereign debt litigations have also increased.²⁵ For instance, the judgment in the case of *Republic of Argentina v. Weltover Inc*²⁶ opened the gate of US courts for the sovereign debt litigations as until that not many cases were brought to the US court for this public debt disputes.²⁷ In this case, the Supreme Court of USA declared the public debt as commercial activities of the foreign sovereign, thereby acts as an exception under the FSIA.

The modern sovereign debt instruments include the boilerplate clause of waiving immunity from suit and execution in all legal proceedings.²⁸ Moreover, following the restrictive sovereign immunity principle in the *lex fori*, the sovereign debtors do not enjoy immunity from jurisdiction and execution before the foreign court in any commercial litigations including sovereign debt litigations. Sovereign debt litigation are increasing over the period of time and risks associated with these litigations influence the government's intention to honor the debt.²⁹ Since, the mere waiver from immunity does not ensure the subsequent repayment honoring the judgment, another common contractual term in the sovereign debt contract is the earmark clause to ensure the repay of debt or at least honor the judgment after the default. Under this clause, the sovereign borrower allocates certain assets as pledge of the debt for repayment in case of default.

²³ Lamm C. B. - Hellbeck, E. R., the Enforcement of Awards, chapter 15, Litigating International Investment Disputes, ed by Chiara Giorgetti, 2014 (Brill: Nijhoff) 462

²⁴ Weidemaier W. M. C.: i.m. 68.

²⁵ Blackman J. I. - Mukhi R., the Evolution of Modern Sovereign Debt Litigation: Vultures, Alter Egos and Other Legal Fauna, Law and Contemporary Problems, Vol 73, No. 4, A Modern Legal History of Sovereign Debt, Fall 2010

²⁶ 112 S. Ct. 2160 (1992)

²⁷ Delaume, G. R., the Foreign Sovereign Immunities Act and Public Debt Litigation: Some Fifteen Years Later, the American Journal of International Law, Vol. 88, No. 2 (April 1994) 257-279, 257.

²⁸ Weidemaier, W. M. C.: i.m. 88.

²⁹ Schumacher, J. - Trebesch, C.- Enderlein, H., "Sovereign Defaults in Court" European Central Bank, Working Paper Series No 2135/February 2018.

Nevertheless, the actual intention of the sovereign debt lenders is not always to recover the debt from the attached or earmarked assets. Because by the decision of the court, the sovereign borrower can either remove the assets from the control of the forum state or the earmarked assets are not enough to discharge the judgment value. The attachment attempt by the private judgment creditors in sovereign debt litigations pursue these litigations to create extra-legal pressures on the foreign sovereign. The data shows, probability of market access drops by 16% when litigation is filed and by 23% if attachment attempt is made.³⁰ These litigations not only impair the internal economic functions of the state but also its access to international capital market. Another side effect of these litigation is the rise of the vulture fund litigations. The vultures attempt to take advantage of the distressed foreign sovereign by obtaining judgement against them pursuing the court to take expansive view of the exceptions of sovereign immunities and causing nuisance to the restructuring proceeding such as by way of injunction over payment to the bondholders.³¹

Breach in commercial contract

The state involvement in private acts makes it subjected to commercial disputes with private entities, litigated before foreign courts where the question of sovereign immunity arises. The commercial characterisation of the contract is the pre-requirement for the restrictive sovereign immunity from execution. Such contract may also include the guarantee or indemnity given by the state for any commercial transaction.³² Hence, the foreign state giving guarantees to any loan availed by its agency or instrumentality having separate personality, any commercial transaction or performance by any state agency, loses its immunity pursuant to the guarantee and undertakes the risk of being sued before any third state. The ILC Draft defined the ‘commercial transaction’ as including the sale of goods or services, financial agreements *inter alia* loan, guarantee, indemnity or similar obligations, and any other transactions of commercial, industrial, trading, or professional nature. It expressly excludes the contract of employment from the scope of the definition.³³ While deciding the transaction, it emphasized on the nature and listed the purpose secondarily at the option of the defendant state.³⁴ The commentary on the definition, elaborated its scope by interpreting “transaction” as inclusive of any non-contractual activities for instance, business negotiation.³⁵ In *Texas Trading & Miling*

³⁰ Ibid.

³¹ *Elliot Assocs L. P vs. Banco de La Nacion* 194 F.3d 363 (2d Cir. 1999)

³² The ILC Draft 1985

³³ The International Law Commission Forty-Third Session submitted to UNGA, 1991, A/46/10, article 2 (1) (c).

³⁴ The ILC Draft 1991, article 2 (2).

³⁵ The ILC Draft 1991, commentary on article 2 (1) (c).

Corp. v. Federal Republic of Nigeria,³⁶ the government contracted to buy cement from the private company which was held by the US court as commercial activity and Nigeria was held liable for the violation of the contract. The court considered the purpose of buying cement i.e. to build public infrastructure as irrelevant. Judge Kaufman emphasized that if the government made any contract which the private persons could also engage in, the former was not entitled to claim immunity for such contracts.³⁷

Employment matters

With the increase of international trade in services, the states are appointing more foreign nationals as advisors or technicians. Thereby the foreign sovereign in the employment contracts with its non-citizen employees can be sued by the employee in case of breach of employment contract. Question arises whether the foreign sovereign is entitled to sovereign immunity in such cases. Such cases are usually filed in the home state of the employee. The forum state needs to maintain the labor interest of its own nationals as well as the interest of diplomatic relations with the employer state. the situation gets severe when the violation occurs at the territory of the forum state which raises its obligation to remedy the breach, without hindering the sovereign feature of the employer. The thin line exists between these two, requiring the forum state to be conscious about not interfering over sensitive sovereign matters.³⁸ However, such cases get complex with the employment contracts in diplomatic missions of foreign state where a de facto as well de jure immunity exists for diplomatic and consular activities. The international comity in one hand and the economic activities of the foreign sovereign as an employer is be balanced. There is an inclining number of cases accepting these cases brought by private persons.³⁹

In deciding whether to grant cases for sovereign immunity, the court considers the *jure imperii* and the *jure gestionis* distinction following different approaches including the location of employment, the nature of employers, status of the employee etc. The consideration is given to the location of the employment, such as the employee appointed at the military base or an embassy, immunity is granted. On the other hand, the appointment in the foreign state-owned schools or trading corporation would result differently.⁴⁰ The nature of the employer such the sovereign agency or state instrumentalities etc. also holds significant role in this type case. Status of the employment contract for higher responsibility which puts the

³⁶ 454 US 1148, 102 S. Ct. 1012 (1982); 647 F.2d 300 (2d Cir. 1981).

³⁷ Texas Trading & Milling Corp. v, Federal Republic of Nigeria, 647 F.2d 509 (2d Cir. 1981).

³⁸ Garnett, R.: State Immunity in Employment Matters, The International and Comparative Law Quarterly, Vol 46, No. 1 (January 1997), pp. 81-124.

³⁹ Ibid. 86

⁴⁰ Ibid. 84.

employee in close connection with acts of state is more probable to receive immunity in comparison to the contract for routine or menial duties.⁴¹ Thirdly, the nexus is assessed among the aggrieved employee, the employment contract, and the forum state. Fourthly, the nature of the claim plays major role in permitting or denying the sovereign immunity defense as distinguishing the sovereignty of the foreign state and the commercial aspect of the employment relationship. The courts usually take the combination of these approaches to determine the employment disputes against foreign sovereign.

Tortious liability

The national legislation of the UK expressly enlisted the tortious liability of the foreign sovereign as an exception to sovereign immunity from adjudication.⁴² It mentions the liability of the foreign state for death, personal injury, damage, or loss to tangible property. However, it limits the scope of this provision within the territory of UK. In the US case of *Letelier* (1984), the US Court considered the liability of the foreign sovereign for non-commercial torts.⁴³ Despite the fact that the tortious liability does not fall within the exceptions of restrictive sovereign immunity from jurisdiction, the question of execution of compensation in a tort case against the assets of Chile was decided based on further questions of the commercial nature of the activity and the basis of the claim. The US court concluded, “*the fact that its (the Congress) intent to permit execution only on commercial assets used for commercial activities does not by itself demonstrate an intent to preclude from being available to satisfy claims grounded in torts, so long as the assets on which the judgment creditor seeks to execute were also used commercially in the activity giving rise to the claim.*”⁴⁴ The judgment further suggested that the foreign sovereign could have claimed immunity if it had not waived or taken insurance to avoid the liability arising out of its tortious acts.

Terrorism

The national legislation of UK does not have express provisions for terrorist activities. Such cases are covered under the same provisions as liability of foreign state for death and personal injury under section 5 of the SIA (1978). On the other hand, in 1996, the US Congress first introduced the terrorism as an exception to the foreign sovereign immunity rule in both adjudication and execution under its FSIA

⁴¹ Ibid. Relevant case: Switzerland, S v. Republic of India (1984) 82 ILR 13 (Swiss Federal Tribunal).

⁴² The SIA (1978) UK, section 5

⁴³ De Letelier v. Republic of Chile, 567 F. Supp. at 1493

⁴⁴ Ibid. 1499

(1976).⁴⁵ This provision was replaced by a provision with broader scope in 2008.⁴⁶ Under this provision, the private parties aggrieved from personal injury, or death caused by acts of torture while under the foreign sovereign's control, extra judicial killing, aircraft sabotage, hostage taking or any other act designated as act of terrorism could claim monetary claim.⁴⁷ Pursuant to the litigations brought by private aggrieved persons, the US Courts passed judgments against the foreign sovereigns under this exception and the private judgment creditors filed execution cases against the assets of the sovereign judgment debtor for levying the judgment value. Because of the greater immunity from execution than adjudication and scarce assets available for execution, the Congress modified the law allowing execution of these judgements against the assets of the state-owned corporation despite their independent and distinct legal personality.⁴⁸ Under the latest amendment to the FSIA in 2010, the new section 1605A included the “*officials, employee, agent of foreign sovereign while acting within the scope of his or her office, employment or agency.*”

The vast possibility of opening the flood gate for litigations from the private persons, the four layer safeguards have been introduced: the litigant to be US citizen or employee of US government acting within his course of employment, the defendant sovereign, previously designated as state sponsor of terrorism,⁴⁹ the defendant state given with reasonable opportunity for arbitration under international rules of arbitration, and the remedy limited to monetary claim.⁵⁰ Notwithstanding such limitations, the private litigants brought vigorous amount of cases under this terrorism exception.⁵¹ In the case of *Ben Rafael v. Iran* (2015), UK court permitted the enforcement of US judgement against the assets of Iran available in UK.⁵² In this case, the private judgment creditor obtained a judgment from US court against Iran in 2010 for the terrorist attack in Argentina which the US court held as funded by Iran.⁵³ In 2015, the Italian court passed a judgment stating the terrorism as a crime against humanity and thereby the state sponsoring

⁴⁵ The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (USA).

⁴⁶ The National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2008, Pub. L. No. 110-181, Div. A, 1083 (a) and (b) (2008), 122 Stat. 338, 341 (USA).

⁴⁷ The FSIA (1976) section 1605 (7), (USA)

⁴⁸ *Ibid.*: section 1605A, as amended in 2010.

⁴⁹ The State department of US makes the list of states sponsoring terrorism, as of 2020, there are four countries: North Korea, Iran, Sudan and Syria. <https://www.state.gov/state-sponsors-of-terrorism/#:~:text=Currently%20there%20are%20four%20countries,Iran%2C%20Sudan%2C%20and%20Syria.> Accessed 22/09/2020.

⁵⁰ Stewart, D. P.: *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center International Litigation Guide (2013) p. 64

⁵¹ *Foreign Relations law-Foreign Immunities Act Terrorism Exceptions- Second Circuit Holds that the Terrorism Risk Insurance Act, but Not the FSIA, Allows Recovery against US Companies Owned by State Sponsors of Terrorism* Harvard Law Review, 130, no. 4 (February 2017): 1257-1264.

⁵² *Be-Rafale v. Iran* (2015) EWHK 3203, Whipple J.

⁵³ *Ben Rafael v. Islamic Republic of Iran*, 718 F. Supp. 2d 25 (DDC, 2010)

the terrorism is not entitled immunity.⁵⁴ The Canadian court recognized terrorism as an independent exception to state immunity and held the violation of human rights as a separate category in the list of exceptions.⁵⁵

Cyber attack

The state enjoys sovereignty over its territory beneath and above. Arguably, it also entitles to its sovereignty over the cyber space. The reverse questions from the enjoyment of sovereignty of cyber space, whether the state is responsible to the breach of cyber security within its cyber space. Benjamin (2019) brought several incidents as illustrations such as when the Russian's cyber hacking and manipulation of the Facebook profiles in order to support the Trump's campaign and the second incident was about the Chinese cyber spies hacking the US governmental institutions in the Washington DC.⁵⁶ The Sony hack case by North Korea was the first case of cyber intrusion by a sovereign state as a measure of coercion in the US jurisdiction.⁵⁷

The foreign state may have several motives behind the cyber intrusion. Nevertheless, the focus of this paper is limited to the liability of the foreign state for its cyber intrusion and the remedy to the violation. The first US case regarding the breach of cyber security was against the Federal Democratic Republic of Ethiopia where the district court denied piercing the sovereign veil of Ethiopia relying on the sovereign immunity.⁵⁸ The plaintiff argued the case under the ambit of non-commercial tort, however the US District court rejected the claim as the FSIA attributed the non-commercial torts limited to the cause of action originated within the US territory and monetary remedies only. The executive bodies also asserted that the foreign state should not enjoy immunity for the cyber intrusion to any private or public computers and internets.⁵⁹ The Assistant Attorney General for National Security, John Carlin mentioned, "*State actors engaged in cyber espionage for*

⁵⁴Flatow v. Iran, Ritenuto in fatto, <http://www.salvisjuribus.it/wp-content/uploads/2015/11/Corte-di-Cassazione-sez.-Unite-Civili-28-ottobre-2015-n.-21946.pdf> accessed 22/09/2020.

⁵⁵ Kazemi v. Iran, [2014] 3SCR 176

⁵⁶ Timburg C.: "Chinese Cyberspie have hacked most Washington institutions, Experts say," the Washington Post, (February 20, 2013). https://www.washingtonpost.com/business/technology/chinese-cyberspies-have-hacked-most-washington-institutions-experts-say/2013/02/20/ae4d5120-7615-11e2-95e4-6148e45d7adb_story.html > accessed 22/10/2020.

⁵⁷ Haggard, S.: and Lindsay J. R.: North Korea and the Sony Hack: Exporting Instability Through Cyber Space, E.-W CTR (May 2015).

⁵⁸ Doe v. Federal Democratic Republic of Ethiopia, 189 F. Supp. 3d 6 (DDC 2016), affirmed in 851 F. 3d 7 (DC Cir. 2017).

⁵⁹ Press Release, US Department of Justice, US Charges five Chinese Military Hackers for Cyber Espionage against US Corporations and a Labor Organizations for Commercial Advantages, (May 19, 2014) <https://www.justice.gov/opa/pr/us-charges-five-chinese-military-hackers-cyber-espionage-against-us-corporations-and-labor> accessed 23/10/2020.

economic advantage are not immune from the law just because they hack under the shadow of their country's flag."⁶⁰ In this case, China as a foreign sovereign was not held responsible but its officials were prosecuted with criminal liability for cyber hacking. Following the same precedents, the US court has continued condemning the foreign state officials for cybercrimes ignoring the question of immunity.⁶¹ Hence, it is already established in US jurisdiction that the foreign state actors are not immune from their criminal liability for cyber hacking. On the other hand, the US literature are more inclined to pursue the question of civil liability of the foreign sovereign itself.⁶² The suggestions follow to introduce a new exception to the foreign sovereign immunity principles with retrospective effect, to open the court door to the private litigants to bring litigations against the foreign state in case of breach of their privacy over cyber space by hacking.⁶³

Tax liability

The multilateral international conventions such as the ECSI (1972), the UNCSI (2004) excluded the fiscal disputes out of their scope.⁶⁴ The ILC draft (1984) articulated a provisional term as "*Unless other agreed between the States concerned, the immunity of State cannot be invoked before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the fiscal obligations for which it may be liable under the law of the State of the forum...*"⁶⁵ The OECD Model Tax Convention also does not deal with the question of foreign sovereign immunity.⁶⁶ Thus, the question of foreign sovereign immunity in case of tax liability remained at the disposal of the forum state. The common practice in law of taxes is that the foreign sovereign enjoys tax exemption under the laws of the host state.⁶⁷ the UK SIA The Australian Law

⁶⁰ Press Release, US Department of Justice, May 19 2014.

⁶¹ Press Release, US Department of Justice, Chinese Military Personnel Charged with Computer Fraud, Economic Espionage and Wire Fraud for Hacking into Credit Reporting Agency Equifax (February 10, 2020), <https://www.justice.gov/opa/pr/chinese-military-personnel-charged-computer-fraud-economic-espionage-and-wire-fraud-hacking> accessed 22/10/2020.

⁶² Schultze S. J.: Hacking Immunity: Computer Attacks on United States Territory by Foreign Sovereign, *American Criminal Law Review* 53, no. 3 (Summer 2016): 861- [jij].

⁶³ Blumenthal D.: How to win a cyberwar with China", *Foreign Policy* (February 28, 2013). Kurland, B.: Sovereign Immunity in Cyber Space: Towards Defining a Cyber Intrusion Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act, *Journal of National Security Law and Policy* 10, no. 1, 2019, 255- [iv]; Anderson P. C.: Cyber Attack Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act, *Cornell Law Review* 102, no. 4 (May 2017): 1087-1114.

⁶⁴ The European Convention on State Immunity (1972), article 29; The United Nations Convention on State Immunity (2004) yet to be effective.

⁶⁵ Yearbook of the ILC (International Law Commission), Vol II, (part 2), p. 11 and n. 23 (article 16)

⁶⁶ The OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version, introduction para 3.

⁶⁷ Gaukrodger, D.: Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors, OECD Working Papers on International Investment, 2010/02, OECD Publishing.

Reform Commission left the question of state immunity in tax liability on the tax authorities to determine when the foreign sovereign enjoys tax exemption and when not, instead of applying the principles of sovereign immunity in general.⁶⁸

The issue of foreign sovereign immunity is still involved when dispute arises whether a particular type of income or property is taxed or not. In the case of *Permanent Mission of India to the United Nations v. New York* (2007),⁶⁹ the State of New York imposed tax on the part of a building which was used by the officials of the UN mission of India. India claimed immunity under the Vienna Convention of Diplomatic and Consular Relations. The US Supreme Court denied the immunity to India stating that the tax lien fell under the exception involving the rights in immoveable property within the territory of US. Similar restrictive practice is visible in Germany, Norway, Poland, and Switzerland.⁷⁰ Certain jurisdictions e.g. Australia, Canada and US follow the precedents and the interpretative notes from the tax authorities to grant tax exemptions for the non-commercial incomes such as income from administrative fees in the diplomatic missions.⁷¹ There are also states such as the UK, Japan, which exempts the foreign sovereign from any kind of fiscal liability.⁷² The above analysis infers that the question of state immunity in tax liability is still determined by the forum state and the dominant forum state governs the development of uniform practice.

Conclusion

Before the development of restrictive sovereign immunity, the home state used to bring the cases against the defendant state before the international courts. Subsequently, the national courts opened their door directly to the private litigants and accepted their suits against foreign sovereigns. Significant variance can be observed between the approach of the ICJ and the domestic courts while dealing with the similar cases. The international jurisdiction is more inclined to broader interpretation of sovereignty and therefore to grant immunity to the state acts whereas the national jurisdictions favor the application of restrictive sovereign immunity principle. It takes the laws on sovereign immunity as an elastic legislation to accommodate new cause of actions. The reasoning behind such differentiated

<http://dx.doi.org/10.1787/5km91p0ksqs7-en> accessed 30/11/2020.

⁶⁸ The Australia Law Reform Commission Report No. 24, Foreign State Immunity (1984) 112. "If a foreign state ought not to be taxed in a particular way, this should be reflected in the substantive taxation legislation rather than being achieved indirectly through a procedural immunity."

⁶⁹ 551 US 207 (2007)

⁷⁰ Gaukrodger, D.: i.m. 33

⁷¹ *Ibid.*, 34. Such as the US follows the precedent from *Permanent Mission of India to the United Nations v. New York* 551 US 207 (2007). The Australian court follows the interpretative note from the Australian Treasury, published on 20 August 2009.

⁷² *R v. Inland Revenue Commissions, es parte Camacq Corp.* (1989) 1 British Tax Cases 480, 103 ILR 327.

approach could be that where the international law approach values international order more than ensuring justice to aggrieved private persons. On the other hand, the national law approach emphasizes more to remedy the breach in its administration of justice than the international order.

The case reviews in part II of this paper illustrated the common grounds of those cases. After the wide acceptance of the restrictive sovereign immunity, the national courts accept most of these grounds, brought directly by the aggrieved private litigant. The domestic courts interpret the national legislations on foreign sovereign immunity with an inclusive approach and accept more cause of actions against the foreign state. The draft conventions on the foreign sovereign immunity permitted the private litigation against the foreign sovereign before a national court of a third state, only for the commercial contractual relationships. The domestic statutes of the forum states have taken it further and accepted the non-commercial contractual relationships as well as such as the non-commercial torts, committed to the nationals of the forum state and/or committed in the territory of the forum state as well as state-sponsored terrorism activities. Going ahead, the national courts of the forum states have introduced new grounds as acceptable cause of actions such as the defaults of the foreign sovereign in debt payment, tax liability of the foreign sovereign in the forum state for commercial activities. Moreover, where the international conventions as well as the drafts grant absolute immunity to the foreign sovereign from criminal liability, the domestic courts denied the immunity to the officials of the foreign sovereign in cyber intrusion cases. The absence of international conventions has made the dominant forum states as the pioneer of law on foreign sovereign immunity. Therefore, the national legislations of these dominant national jurisdictions and their precedents formulate the development of the laws in this regard.

Bibliography:

- ANDERSON P. C.: Cyber Attack Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act, *Cornell Law Review* 102, no. 4 (May 2017): 1087-1114.
- BLACKMAN J. I. - MUKHI R., the Evolution of Modern Sovereign Debt Litigation: Vultures, Alter Egos and Other Legal Fauna, *Law and Contemporary Problems*, Vol 73, No. 4, *A Modern Legal History of Sovereign Debt*, Fall 2010
- BLUMENTHAL D.: How to win a cyberwar with China”, *Foreign Policy* (February 28, 2013).
- DELAUME, G. R., the Foreign Sovereign Immunities Act and Public Debt Litigation: Some Fifteen Years Later, *the American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 2 (April 1994) 257-279.
- GARNETT, R.: State Immunity in Employment Matters, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol 46, No. 1 (January 1997), pp. 81-124.
- GAUKRODGER, D.: Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors, *OECD Working Papers on International Investment*, 2010/02, OECD Publishing.
- GRANDAUBERT, V.: Is There a Place for Sovereign Immunity in the Fight against Terrorism? The US Supreme Court says ‘No’ in *Bank Markazi v. Peterson*, *EJIL: Talk* (May 19, 2016)
- HAGGARD, S.: and Lindsay J. R.: North Korea and the Sony Hack: Exporting Instability Through Cyber Space, *E.-W CTR* (May 2015).
- HEISKANEN V. – HALONEN L., Post Award Remedies, Chapter 16, *Litigating International Investment Disputes*, ed by Chiara Giorgetti, 2014 (Brill: Nijhoff)
- KURLAND, B.: Sovereign Immunity in Cyber Space: Towards Defining a Cyber Intrusion Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act, *Journal of National Security Law and Policy* 10, no. 1, 2019, 255-[iv];
- LAMM C. B. - HELLBECK, E. R., the Enforcement of Awards, chapter 15, *Litigating International Investment Disputes*, ed by Chiara Giorgetti, 2014 (Brill: Nijhoff)
- SCHUMACHER, J. - TREBESCH, C.- ENDERLEIN, H., 'Sovereign Defaults in Court' *European Central Bank, Working Paper Series No 2135/February 2018*.
- SCHULTZE S. J.: Hacking Immunity: Computer Attacks on United States Territory by Foreign Sovereign, *American Criminal Law Review* 53, no. 3 (Summer 2016):
- STEWART, D. P.: *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center International Litigation Guide (2013)
- WEIDEMAIER W. M. C.: Sovereign Immunity and Sovereign Debt, *University of Illinois Law Review*, 2014. No 1:67-114
- YANG X., *State Immunity in International Law*. Cambridge University Press. UK, 2012. 387

GALÁNTAI RITA TÜNDE*

Kérdések a mesterséges intelligencia bírósági alkalmazása kapcsán

Absztrakt: A mesterséges intelligencia alkalmazása az igazságszolgáltatásban korunk egyik izgalmas kérdése. Számos dilemmával szembesít minket és sok jogelméleti kérdést vet fel. Mit várunk a mesterséges intelligenciától: támogassa vagy felváltsa a bírói munkát? Mi szükséges ahhoz, hogy a mesterséges intelligencia belépessen a bírói munkába? Algoritmizálható-e a bírói gondolkodás? Hogyan képezhető a mesterséges intelligencia a bírói munkára?

Kulcsszavak: bírói jogalkalmazás, bírói gondolkodás, mesterséges intelligencia, jogértelmezés, bírói tévedés

Abstract: The application of artificial intelligence in justice is one of the most exciting issues of our time. It confronts us with many dilemmas and raises many questions of legal theory. What do we expect from artificial intelligence: to support or replace the judges? What is needed for artificial intelligence to enter the judiciary? Can judicial thinking be algorithmized? How can artificial intelligence be trained for judicial work?

Keywords: judicial application of law, judicial thinking, artificial intelligence, legal interpretation, judicial error

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.87-104

A „bírói intelligencia” – mesterséges intelligencia

Az emberek évszázados vágya, hogy a bírói ítéletek előre láthatók, kiszámíthatók, objektívek és igazságosak legyenek. Talán éppen ennek a várákozásnak a közeli beteljesedését csillantotta fel sokakban a mesterséges intelligencia bírói ítélethozatalba való bevonásának lehetősége. Mivel a számítógépek „soha nem tévednek”, nincs rossz napjuk, nem feledkeznek meg adatokról, tényekről, nem elfogultak, személyiségük nem lévén, nem befolyásolják őket pszichológiai, politikai tényezők, ezért szükségszerűen jó és helyes ítéleteket hoznának. De vajon beteljesülnek, beteljesíthetők-e ezek a várákázások? A jelen tanulmány nem vállalkozik arra, hogy igennel vagy nemmel feleljen. Célja felhívni a figyelmet több olyan tényezőre, amely befolyással van a kérdés kimenetelére.

A mesterséges intelligencia jelentését nem könnyű meghatározni. A joggal kapcsolatos írásokban például olyan definíciókkal találkozunk, mint *„intelligens viselkedésre utaló rendszerek, amelyek konkrét célok eléréséhez elemzik a környezetüket és –*

* Galántai Rita Tünde, ELTE Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, ORCID szám: 0000-0002-2077-1174, témavezető: Dr. habil. Zsidai Ágnes, egyetemi docens, ELTE ÁJK Jog- és Társadalomelméleti Tanszék

*bizonyos mértékű autonómiával – intézkedéseket hajtanak végre*¹, vagy egy egyszerűbb meghatározás szerint „*alternatívák közötti választás képessége*”². Általánosan talán úgy lehetne megfogalmazni, hogy olyan gépi intelligencia, amely az emberi intelligencia által megvalósítható tevékenységeket képes elvégezni. Ez utóbbi meghatározás inkább tautológia, és semmit nem mond akkor, ha magát az emberi intelligenciát nem határozzuk meg pontosabban. Jelen írásban erre semmiképpen nem vállalkoznánk, a téma szempontjából elegendőnek tartjuk a bírói tevékenységhez szükséges intelligenciát megragadni, hiszen ezáltal eljutunk ahhoz, hogy mi mindenre kell(ene) képesnek lennie egy alkalmazásnak ahhoz, hogy a bíró helyébe lépjen.

Önmagában a bírói tevékenység leírása sem könnyű feladat, mivel a bírói munka nagyon összetett, és a mögötte álló „bírói gondolkodás” a különböző kognitív képességek széles skáláját fedi le. A bíró tevékenységébe beletartozik a peres eljárás résztvevőivel való kapcsolattartástól kezdve, bírói tanács esetén a tanács tagjaival való kommunikáción át, a beadványok kezelése, rendszerezése, a tárgyalások előkészítése, lefolytatása, a tárgyalás során a résztvevők, tanúk, szakértők meghallgatása, a tárgyalás résztvevőivel történő kommunikáció, sok esetben jegyzőkönyv vezetése; a bírói tevékenység kiemelkedő részének tekinthető jog és eset kapcsolatát kialakító művelet, amelynek nélkülözhetetlen részét képezi a bizonyítási eljárások lefolytatása, a bizonyítékok kezelése, értékelése, a történeti tényállás felállítása, és persze a jogértelmezés; a különböző közbenső végzések, majd végül a végső határozat – általában ítélet – meghozatala, kihirdetése, írásos formába öntése, beleértve az ítélet logikus lépésekben való levezetését, érvek és ellenérvek mentén történő megindokolását is. Azonban helytelen megközelítés lenne a bíró tevékenységét, illetve ennek hatókörét a bíróság falai közé szorítva leírni. Hiszen nem szabad megfeledkezni arról, hogy a bírói ítéletek az egyedi ügyekben hozott döntéseken túl más funkciót is elláthatnak. A bírói döntések kihatással vannak a társadalomra, „útmutatást” adnak arra nézve, hogy „mit szabad és mit nem”, formálják a társadalom jogról alkotott képét. Ronald Dworkin ezzel kapcsolatban úgy fogalmaz, hogy egy igazságtalan bírói ítélet sebet ejt a társadalom igazságérzetén.³ Arról sem szabad megfeledkezni, hogy a bírói ítéletek által a bíró jogfejlesztő szerepet is játszhat, például, kiterjesztheti a jogot olyan esetekre, amelyekre szűk értelemben talán nem is vonatkozott, vagy a jogot a szó szerinti értelemről elszakadva, például a jog megalkotása mögötti okokat figyelembe véve alkalmazza. Mindezekhez azt is meg kell említeni, hogy a bírói ítéletek jogforrásként

¹ Tóth A.: A mesterséges intelligencia hatása a bírászkodásra. In: A bírói hatalom gyakorlásáról szóló 1869. évi IV. törvénycikk megalkotásának 150. évfordulója – a Kúria ünnepi teljes ülése és tudományos konferenciája. Budapest: HVG-Orac Lap-és Könyvkiadó, 2019, 129-140.

² Lőrincz Gy.: A mesterséges intelligencia alkalmazásával hozott döntés jogi megítélésének egyes kérdései. *Gazdaság és Jog* 2019/27, 1-7.

³ Dworkin, R.: *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 1986. 1.

is szerepet játszhatnak – elsősorban, de nem kizárólagosan – a *common law* jogrendszerekben.

Ha a bíró előzőekben említett – közel sem teljeskörűen felsorolt – tevékenységei alapján megpróbáljuk megragadni a „bírói intelligencia” mibenlétét, mindenekelőtt az intelligencia sokféle formáját kell megemlítenünk. Howard Gardner többszörös intelligencia elmélete alapján⁴ vizsgálva, a bírói munkához az intelligencia különböző megjelenési formáinak alkalmazása szükséges. Ezek egyike a nyelvi intelligencia, amely a szövegértés – az írott és hallott szöveg értését egyaránt beleértve –, vagy a gondolatok szöveg formájában való megfogalmazásának készsége, a kommunikáció képessége⁵. Emellett a bírónak logikai intelligenciára is szüksége van ahhoz, hogy az eset és a jog egymáshoz való viszonyát kialakítsa – jogrendszerrel függően – a dedukció, illetve indukció által, az érvelések alapját képező okfejtések logikus sorozatát levezesse, a bizonyítékok logikus láncolatát felállítsa, a bizonyítékok értékelését elvégezze, ami által végső soron kialakul a bíróban a „bizonyítottságról” vagy „bizonyítatlanságról” való meggyőződés. Az intelligencia interperszonális formája nélkülözhetetlen a személyes meghallgatások, kommunikáció során, amikor a bíróban akár öntudatlanul is működnek a metakommunikációt „lefordító” képességek, amelyek nehezen megmagyarázható intuitív képességek által kialakítják azt, hogy elhisz vagy kételkedéssel fogad bizonyos állításokat. A vizuális intelligencia szintén fontos szerepet játszik a bírói munkában. A kommunikáció során valószínűleg akár öntudatlanul is megfigyel olyan arckifejezéseket, gesztusokat, az eljárásban résztvevő személyeken megjelenő egyéb fiziológiai jeleket, amelyeknek többlet jelentést tulajdoníthat, és amely képeket később is képes felidézni a döntési folyamat során, továbbá a képfelismerés képessége szükséges például a személyazonosításhoz is. Arról sem szabad megfeledkezni, hogy a bírónak az objektív döntés kialakításához rendelkeznie kell intraperszonális (egyfajta önismereti) intelligenciával is. Az intelligencia különböző megjelenési formáit tekintve egy másik megközelítés alapján azt is fontos megjegyezni, hogy a jó bírónak

⁴ Gardner többszörös intelligencia elméletében eredetileg az intelligencia nyolc területét írta körül: nyelvi (linguistic), logikai-matematikai (logical-mathematical), képi-térbeli (spatial), mozgási (bodily-kinesthetic), zenei (musical), természeti (naturalist), intra- és interperszonális (peronal intelligences) intelligencia. Az elméletéről és ennek fejlődéséről bővebben: Gardner, H.: The Frames of Mind. The Theory of Multiple Intelligences. New York: Basic Books, 2011.

⁵ A kommunikáció képessége különösen fontos a Alan Turing által 1950-ben kifejlesztett, később „Turing tesztként” említett próba miatt is. Turing ezt a tesztet még a mesterséges intelligencia elterjedése előtt találta ki annak meghatározására, hogy a számítógépet intelligensnek kell-e tekinteni. A teszt során egy ember szöveges üzenetek útján kommunikál egy ismeretlen emberrel, aki valójában egy szoftverprogram. Ha a szoftver képes válaszolni az emberi operátor üzeneteire úgy, hogy az operátor úgy véli, hogy a program egy másik ember, akkor a program megfelel a tesztnek. Bár a mai meghatározás szerint egy program teljesítheti ezt a tesztet, ám a mai szabványok szerint még mindig nem tekinthető mesterséges általános intelligenciának. (Wilkins, N.: Artificial Intelligence: A Comprehensive Guide to AI, Machine Learning, Internet of Things, Robotics, Deep Learning, Predictive Analytics, Neural Networks, Reinforcement Learning, and Our Future. Amazon Kindle Edition, 2019. 313.

az intellektuális intelligencia mellett érzelmi intelligenciával is rendelkeznie kell⁶. Emellett az erkölcsi érzék is elengedhetetlen a bíró munkájához, ami megint nehezen megfogalmazható képesség, továbbá a bírónak arra az intuitív készségre is szüksége van, amely által képes a saját döntéseinek jövőbeli következményeit előre látni, „megjósolni”.

Ez a – közel sem teljes – felsorolás után egyértelmű, hogy a mesterséges intelligencia bírói alkalmazásának lehetőségét vizsgálva többféle megközelítés is elképzelhető. Az egyik lehetséges modell a bírót „lecserélné” a mesterséges intelligenciára a bírói munkájának bizonyos vagy teljes területén. Egy másik lehetséges megközelítés szerint „munkamegosztás” kialakítása lenne célszerű az ember bíró és a mesterséges intelligencia között, azaz a mesterséges intelligencia átvenne a bírótól bizonyos részfeladatokat, egyfajta bírósági asszisztens szerepét betöltve⁷. E megközelítés kapcsán tovább lehet mélyíteni a kérdést abban a vonatkozásban, hogy mely funkciók adhatók át a mesterséges intelligenciának, és melyek nem.

Az emberi jogi gondolkodás, jogi problémamegoldás számítógépes modelljei

Szakértői rendszerek

A mesterséges intelligencia jog terén való alkalmazásának kezdeteit az 1970-es, 1980-as évekre szokták visszavezetni. A korai projektek arra irányultak, hogy a jogi gondolkodást átfogalmazzák a számítógép által „értelmezhető” lépésekre. Döntési fák és folyamatábrák formájában próbálták azokat a lépéseket végig vezetni, amelyeket a jogalkalmazás során a jogász műveletekként elvégez. Ezek az alkalmazások nem elsősorban a bírói területre összpontosítottak – bár ezzel kapcsolatban is találhatóak tanulmányok⁸, eredményeik azonban a bírói tevékenységre, illetve tágabb értelemben a vitarendezésre nézve is alkalmazhatók.

Az egyik jelentős területként a szakértői rendszerek létrehozását kell megemlíteni⁹. Ezek a rendszerek általában szűk jogterületekkel foglalkoznak. Valójában kezdeti formájukban nem tekinthetők mesterséges intelligencián alapuló

⁶ Sourdin, T. - Comes, R.: Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging. In: Sourdin, T. - Zariski, A. (szerk.) The Responsive Judge. International perspective. Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2018, 88.

⁷ Az ember és a gép együttműködésére a “cobotizáció” kifejezést használja Lőrincz György. Lőrincz Gy.: i.m. 3.

⁸ Például Thomas F. Gordon azt vizsgálta, hogy a bírói döntéshozatalra vonatkozó különböző jogelméleti megközelítéseket, mint például a német koncepcionizmus, vagy az amerikai realizmus hogyan lehetne leírni mesterséges intelligencia modellekkel. Gordon, T-F.: From Jhering to Alexy - Using Artificial Intelligence Models in Jurisprudence. <http://jurix.nl/pdf/j94-02.pdf> (letöltés dátuma: 2020.11.20.)

⁹ Kevin, A-D.: Artificial Intelligence and Legal Analytics. New tools for law practice in the digital edge. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 8-14.

rendszereknek, mert a „szabályokat” – tehát azokat a lépéseket, ahogyan egy jogi szakértő eljut egy kérdés megválaszolásához – nem maga a számítógép ismeri fel, hanem a sok esetben heurisztikus, „ökölszabályokat” úgy kapják, hogy számos emberi szakértőt kérnek meg egy adott probléma megoldására, majd megkérdezik tőlük, hogy milyen szabályokat alkalmaztak a probléma elemzésében és a megoldás létrehozásában. A szakértői rendszerek alkalmasak arra, hogy egy szűk tartományban kérdéseket tegyenek fel az ügyfeleknek a problémájukkal kapcsolatban, az ügyfelek válaszai alapján a válaszokat személyre szabják, és „elmagyarázzák” a válasz indokait. Ezek a rendszerek beszédfelismerő és hangzó beszédes választ adó mesterséges intelligencia alapú alkalmazásokkal kiegészítve felhasználhatók egyes szűk, jól algoritmizálható jogterületeken, bizonyos gyakran ismétlődő „sablon” döntések meghozásában bíró nélküli vagy másképp fogalmazva nem ember bíró általi államigazgatási ügyekben, vagy online vita rendezésében. Waterman ez utóbbi alkalmazási lehetőségre már 1981-ben utalt a termékfelelősségi szakértői rendszerekről írt munkájában azzal a szabályalapú számítógépes modellel kapcsolatban, amely az egyezés létrehozásához vezető alku- és döntéshozatali folyamat legfontosabb elemeit írta le „ha-akkor” típusú lépéseket tartalmazó döntési fákkal¹⁰. Napjainkban ilyen alkalmazás található például Észak-Írországból a kis értékű követelésekkel kapcsolatban, és a Kanadai Brit Kolumbiában¹¹.

A jogi érvelés számítógépes modelljei

A szakértői rendszerek nem érvelnek; ezek a beprogramozott statikus válaszok megadására képesek elsődlegesen, és ezt csak a rendszer ügyféllel való interakciójának módja láttathatja emberszerűnek, például hang alapú kommunikáció biztosításával. A szakértői rendszernél lényegesen összetettebb megközelítés a jogi érvelés modellezése, amely szintén az 1970-es 80-as évektől kezdődően intenzíven kutatott terület. A jogi érvelés leképezésére olyan modelleket próbálnak létrehozni, amelyek segítségével le lehet írni a jogi következtetések mibenlétét, a következtetések alátámasztására, bizonyítására felhasználható szabályok értelmezését, tények megtalálását, annak eldöntését, hogy egy szabály vonatkozik-e egy adott helyzetre¹², stb. Modellek készültek a jogi magyarázatok folyamatára, beleértve egy helyzet elemzését, egy jogi kérdés megválaszolását, az eredmény előrejelzését vagy egy jogi érv megfogalmazását, amelynek alapján ezek a számítógépes programok ténylegesen jogi elemzést végeznek. Bármely jogi

¹⁰ Waterman, D-A - Peterson, M-A.: Models of Legal Decision Making: Research Design and Methods. Rand Corporation, The Institute for Civil Justice. 1981. <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2007/R2717.pdf> (letöltés dátuma: 2020.12.02.)

¹¹ Sourdin, T. - Cornes, R.: i.m. 92-94.

¹² A különböző szabály- és esetalapú érvelési módszerek részletes ismertetése megtalálható: Kevin, A-D.: i.m. 2-3. fejezet

következtetés és a megfelelő érvelési sémák alapján a rendszer keresi és azonosítja a lehetséges ellenérveket. A modellek igyekeznek figyelembe venni, hogy a jogi érvelés nem monoton, a következtetések megváltozhatnak, ha egy újabb információ hozzáadódik az érveléshez vagy valamely eddig relevánsnak tűnő információ érvénytelenné válik. Figyelembe veszik a jogi érvelés olyan sajátosságait is, miszerint a jogi érveknek nem kell „igaznak” lenniük, csak egy adott bizonyítási szabványnak kell megfelelniük, így akár egy állítás és egy azzal ellentétes állítás is levezethető még akkor is, ha mindkét fél ugyanazon jogi szabályokból és tényekből indul ki¹³. A téma iránt nem csak a jogi kutatók, hanem a gyakorló jogászok, különösen az ügyvédek is nagy érdeklődést mutattak, mutatnak, hiszen az ilyen rendszerek segíthetnek különböző alternatívákhoz pro- és kontra érveket nyújtani, becsléseket adni arról, hogy mely érvek milyen súllyal játszhatnak szerepet az ügy végső kimenetelében.

Ezek a rendszerek sem tekinthetők kezdeti formájukban olyan értelemben „mesterségesen intelligensnek”, hogy önállóan lennének képesek az érvelés folyamatának meghatározására. Ezek a programok egyike sem foglalkozik közvetlenül a jogi szövegekkel. Az eseteket emberek készíti elő a program számára, a számítógépes modellekben alkalmazott anyagi jogi ismereteket manuálisan kell kinyerni a forrásként használt dokumentumokból, azaz azokból az esetekből, jogszabályokból, szerződésekből és egyéb szövegekből, amelyeket a jogi szakemberek ténylegesen használnak, vagyis az emberi szakértőknek el kell olvasniuk a jogi szövegeket, és tartalmuk releváns részeit ábrázolniuk kell olyan formában, amelyet a számítási modellek felhasználhatnak.

Az 1970-es évek elejétől kezdődően először a jogszabályon alapuló érvelésre vonatkozóan dolgoztak ki módszereket a jogszabályok nyelvi megfogalmazásából adódó bizonytalanságok, a mérlegelést igénylő nyitott jogi tényállások kezelésére¹⁴. Később az esetalapú érvelést modellező programok is megjelentek, amelyek arra kerestek megoldást, hogy hogyan lehet összehasonlítani az eseteket, meghatározni az eseteket közötti hasonlóságokat és különbségeket, értékelní egy eset relevanciáját. Később a felhasznált modellek ötvözésével szabály és esetalapú „hibrid” megközelítéssel is próbálták a jogszabályok értelmezését jobban elvégezni, ahol a kifejezések jelentését a korábbi bírósági ítéletek vizsgálatának segítségével is pontosították, ezzel egy modellben egyesítették az eset tényeit, az alkalmazandó jogot és az alapul szolgáló értékeket, annak érdekében, hogy amennyire lehetséges, meghatározzák a nyertes és a vesztes érveket. A későbbi fejlesztési irányok tükrében különösen előre mutatónak tekinthetők azok a programok, amelyek a jogi érvek „erősségének” jellemzésére különböző „dimenziókat” használnak.

¹³ A jogi érvelés, bizonyítás sajátosságairól ld. még Szabó M.: A jogdogmatika előkérdéseiről. Miskolc: Bíbor Kiadó, 1996. 273-275.

¹⁴ Rövid történeti áttekintés található például az 1970-es évek elejétől a 2000-es évek elejéig: Rissland, E.-L. - Ashley, K.-D. - Loui, R.-P.: AI and Law: A fruitful synergy. Artificial Intelligence 2003/150, 1-15. <https://core.ac.uk/download/pdf/82691469.pdf> (letöltés dátuma: 2020.11.30.)

A „kognitív számítástechnika”

A kognitív számítástechnika a nevével ellentétben nem olyan mesterséges intelligencián alapuló rendszerek kifejlesztéséről szól, amelyek úgy „gondolkodnak” vagy úgy végeznek kognitív feladatokat, mint az emberek. A kognitív számítástechnikában a számítógép és az ember együttműködnek a problémák megoldásában úgy, hogy mindkét fél a saját magasabb szintű készségeit hozza a partnerségbe. A gépek racionálisabbak és analitikusabbak, enciklopédikus memóriával és óriási számítási képességekkel rendelkeznek, az emberek pedig szakértelmet, megítélést, intuíciót, empátiát, erkölcsi irányítót és emberi kreativitást nyújtanak¹⁵.

Ebben a modellben a számítógépes technológia a korábban létrehozott szövegek intelligens feldolgozását végzi. Természetesen nem tudja a szövegeket abban az értelemben elolvasni, ahogy az emberek olvasnak, de olyan technikákkal rendelkezik, amelyek segítségével képes a szövegekben az adott probléma szempontjából releváns szövegelemek beazonosítására és a felhasználó számára megfelelő módon való prezentálására.

Az alkalmazások nem képesek, és valószínűleg nem is lesznek képesek kommentálni a kiválasztott jogi szövegek alapján az érvelés logikai szabályait vagy a szemantikai hálózatokat úgy, mint a jogi érvelés előbbiekben bemutatott számítógépes modelljei, de erre itt nincs is szükség, mivel a kognitív számítástechnikai paradigmában a tudást a szövegek halmaza tartalmazza, amelyből az emberi szakértő önállóan vonja le a következtetéseket. Itt tehát az a cél, hogy a számítógépes algoritmus képes legyen beazonosítani azokat a szövegrészeket, amelyek tartalmazzák a jogi szabályokat, a jogi megítéléseket és a ténymegállapításokat, a következtetéseket alátámasztó érveket és az indokolásokat, az egyes jogi és esetbeli tényezőket, annak érdekében, hogy ezáltal kapjon támogatást a felhasználó, és tudjon döntést hozni arra nézve, hogy a hasonló korábbi esetek érveit és indoklásait újra felhasználja-e, illetve adaptálja-e az új ügy érvelési igényeihez és tényeihez.

Mivel az érveléssel kapcsolatos információt itt egy korábban jogi szakértő által létrehozott szöveghalmaz tartalmazza, az alkalmazás feltétele, hogy létezzenek olyan dokumentumok, amelyekből kiolvashatók a pro vagy kontra érvek, magyarázatok a vizsgált kérdéssel, jogi problémával kapcsolatban.

A vizsgálatba vonható dokumentumok köre alkalmazástól függő, de általában elmondható, hogy rendkívül heterogén lehet, lehetnek korábbi bírói ítéletek, jogszabályok, jogi tanulmányok, de a keresés alapjául szolgálhat a peres eljárások

¹⁵ Kevin, A-D.: i.m. 13.

során készített dokumentumok összessége is, vagy weboldalak és akár internetes kommunikáció során keletkező szövegek is bevonhatók a vizsgálatba¹⁶.

Ezekben az alkalmazásokban a gépi tanulás fontos szerepet játszik. Jelenleg az alkalmazás „tréning” szakaszában szinte kizárólag emberi kommentátorok vonják ki a tesztadatokként alkalmazott dokumentumokból azokat a jellemzőket, amelyek elősegítik a releváns információ kiválasztását. A gépi tanuló algoritmusok meghatározzák a jellemzők mintáit a szövegekben, és segítenek a rendszereknek „megtanulni” a jellemzők súlyát, amelyek segítségével felmérhető később a vizsgált szövegeknek a kérdés megértésében, illetve a válaszban, magyarázatban vagy érvelésben mutatkozó hasznosságuk, illetve „erejük”.

Gépi tanulás – döntsön a mesterséges intelligencia a „saját belátása” szerint

Az előzőekben bemutatott modellektől eltérő megközelítést jelent, ha a cél nem az ember bíró gondolkodásának modellezése, hanem egy számítógépes algoritmus saját működése, matematikai-statisztikai modelljei, technikai sajátosságai alapján jut el egy adott ügyben a döntéshez. A „tréning” fázisában itt is szerepet játszanak az ember bírók által hozott korábbi ítéletek, hiszen az alkalmazás ebben a szakaszban az vizsgálja, hogy milyen összefüggés áll fenn a korábbi esetekben a kiindulási adatok és az ember bíró döntése között. A későbbiekben azonban az újabb, hasonló eseteknél már elszakad az alkalmazás az ember bíró döntéseitől, mivel ekkor már az alkalmazás az általa „megtanult” összefüggések alapján dönt, illetve ad előrejelzést a döntés kimenetelére nézve. Érdemes megjegyezni, hogy a „tanulás” szó használata az alkalmazás megnevezésében kicsit félrevezető, mivel az emberi tanulásra enged asszociálni, holott itt egy teljesen más természetű folyamatról van szó.

Fontos hangsúlyozni, hogy a gépi tanulás elnevezés egy gyűjtőfogalom, amelyet többféle matematikai-statisztikai-számítástechnikai megközelítésen alapuló algoritmusra használnak. Az alkalmazás által előállított eredmény nagymértékben függ a gépi tanulás során alkalmazott algoritmus típusától, továbbá függhet a használt adatok fajtájától is. A bírói jogalkalmazás esetében a predikációs technikák különféle típusú jellemzőket használnak fel a korábbi ügyekből, mint adatbázisokból. Az ilyen jellemzők jelentős mértékben különböznek egymástól abban, hogy milyen mértékben jelentenek érdemi információkat az ügy vonatkozásában. Nyilvánvalóan más aspektusból történő vizsgálatot jelent az, ha a bemeneti adatok között az ügyben eljáró bíró, a fél képviselőjében eljáró ügyvéd, ügyvédi iroda, az ügy témája szerepel, avagy az ügy érdemére, kimenetelére vonatkozóan nézve fontos jogi tények képezik a gépi tanuló alkalmazás számára a kiindulási adatokat. Ez utóbbi esetben különösen előremutató technikai megoldásnak tekinthető, ha ezeket a jogi tényezőket automatikusan vonják ki a

¹⁶ Zódi Zsolt: Big data a jogtudományban és a jogalkalmazásban. *Közjegyzők Közlönye*, 2019/23, 23-36.

korábbi esetek szövegéből¹⁷. Az elemzés lefutását követően a szoftverből kimeneteként olyan eredmények várhatók el, mint például az adott igény „jogos” vagy „jogtalan”, vagy a gyanúsított „bűnös” vagy „nem bűnös”, stb., továbbá az e kimenetekhez rendelhető valószínűségértékek.

Mivel egy gépi tanuláson alapuló algoritmus statisztikai törvényszerűségek alapján „tanul meg” adatok közötti összefüggéseket, találja meg az adatokban a különböző mintázatokat, a jogi szabályokról, összefüggésekről semmiféle „fogalma” nem lesz, tehát az algoritmus előrejelzései szükségszerűen adatközpontúak, adatalapúak. Bár ezek a gép indukálta szabályok pontos előrejelzésekhez vezethetnek, nem feltétlenül tűnnek észszerűnek a jogászok számára. De bármi is legyen a döntés vagy predikció kimenetele, ennél a módszernél a felhasználó nem kap információt arról, hogy miért vagy hogyan jutott a számítógépes alkalmazás az eredményre. Ez a „fekete doboz” effektus a gépi tanuláson alapuló eljárások bírói döntéshozatalba való bevonásánál az egyik legtöbbször említett hátrány, sőt többek szerint a gépi tanulási algoritmusok éppen ezen tulajdonságuk miatt alkalmatlanok a bírósági döntéshozatalban történő felhasználásra. Semmiképpen nem a probléma eljelentéktelenítése, inkább további megvilágítása miatt érdemes egy kicsit elgondolkodni azon, hogy az ember bírói döntéshozatala nem hordozza-e magán ezt a „fekete doboz” effektust. Jerome Frank szerint – néhány egyszerű esetet kivéve – nem igaz az a feltételezés, hogy a bíró valamilyen premisszákból indul ki, majd e premisszákat a tényekre alkalmazva jut el a döntéséhez. Jerome Frank szerint a bírósági ítéleteket a bírók „visszafelé” alakítják ki, azaz előbb meghozzák a döntést, és csak aztán keresnek indoklást ehhez a döntéshez¹⁸. Mindehhez még azt is hozzáteszi, hogy a bíró egyéni vonásai, hajlamai, beállítottsága és szokásai gyakran meghatározzák döntését a jog mibenlétéről, a tényleges gondolkodásában részt vesz az egész személyisége. A „fekete doboz” effektusnál azonban az ember bírói és a mesterséges intelligencia bírói alkalmazása között lényeges különbség, hogy az ember bírói etikai és erkölcsi érzeke akár öntudatlanul is szerepet játszik a döntés kialakításában, míg a számítógépes algoritmus esetén ilyen tényező nem fogja befolyásolni az ügy kimenetét. Különösen fontos a döntés levezethetősége, amikor a mesterséges intelligencia rendszereket az egészség, szabadság vagy más alapvető jogokat érintő kérdésekben alkalmazzák és felvetődik például a diszkrimináció tilalmának megsértése. Erre a problémára hívta fel a büntetőjog területén használt COMPAS¹⁹ elnevezésű alkalmazás kapcsán kialakult jogvita is. A probléma megoldását nehezíti, hogy ha a fejlesztő, aki általában nem a közszféra, hanem az üzleti élet egy szereplője, üzleti érdekei ellenére hajlandó is „megnyitni” a rendszert

¹⁷ Kevin, A-D.: i.m. 107.

¹⁸ Frank, J.: A jog és a modern értelem. In: Varga Cs. (szerk.) Modern polgári jogelméleti tanulmányok. Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete, 1977, 83-94.

¹⁹ Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) a Northpointe (jelenleg Equivant) által kifejlesztett ügykezelési és döntéstámogató eszköz, amelyet az Egyesült Államokban több államban használnak a bíróságok a bűnelkövetők visszaesővé válásának becslésére.

(ezzel betekintést biztosítani a forráskódba), akkor sem lesz mód – a fejlettebb mesterséges intelligencia alkalmazások technikai sajátosságaikból adódóan – arra, hogy a rendszer működésének mechanizmusa az adott ügyben feltárható legyen. Erre a problémára a világ különböző részein eltérő megoldások, ajánlások születtek. Argentínában, a később még részletesebben ismertetett Prometea rendszerénél az úgynevezett pártatlan validáló elveket alkalmazzák, amely egy háromfázisú, ellenőrzésből, validálásból és értékelésből álló folyamat jelent a mesterséges intelligencia-rendszer működésének elfogadhatóvá tételére²⁰. Ebben a validálási folyamatban azok a személyek, akik az intelligens algoritmusokat tervezték, képezték vagy fejlesztették, nem vehetnek részt. Ezenkívül elengedhetetlen, hogy az algoritmus döntéshozatali folyamata elérhető legyen, a hatóságok beavatkozhassanak az alkalmazás folyamatába, sőt, törvényileg kötelesek is legyenek erre.

A gyakorlatban a legtöbbször úgy alkalmazzák a gépi tanulási eljárásokat a bírói döntéshozatalban, hogy az alkalmazás által adott predikciókat egy ember bírónak felül kell vizsgálnia, jóvá kell hagynia. Ezzel kapcsolatban is azonban vannak kritikus hangok. Sokan felvetik azt a problémát, hogy akárhogy is történne a döntés kialakítása, a bírók egy része további megfontolás nélkül „automatikusan” elfogadná a mesterséges intelligencia döntését, mert ez lenne a kényelmesebb megoldás számukra. Ezzel az érveléssel kapcsolatban csak annyit érdemes megjegyezni, hogy azok a bírók, akik ilyen „kényelmesen” hoznának döntést, nem foglalkozva a döntésük súlyával, következményével, valószínűleg mesterséges intelligencia alkalmazása nélkül sem az „alapos” bírák közé tartoznának. Az ilyen jellegű bírói hanyagságot pedig a mesterséges intelligencia alkalmazásától függetlenül is kezelni kellene.

A gépi tanulás bírói döntésbe való bevonásával kapcsolatban a kevésbé hangsúlyozott problémák közé tartozik a rendszernek az a sajátossága, ami abból következik, hogy az algoritmus a tréning adatokból tanul, és ezért a tréning adatok tulajdonságai, milyensége hatással van a „tanulás” eredményére. Amennyiben a tréning adatokban van valamilyen hiba, akkor az a hiba „átöröklődhet” a későbbi döntésekbe is. Ez a jogi alkalmazásoknál azt jelenti, hogy ha olyan korábbi ítéletek is szerepelnek a tréning adatok között, amelyekben például bírói elfoglaltság, téves bírói jogalkalmazás történt, akkor ez befolyásolni fogja azt, hogy mit „tanul” meg a program. Érdemes utalni a hazai jogban a „bírósági jogkörben okozott kár” jogintézményére²¹, amely a károkozó bírói ítéletek kompenzálására szolgál, vagy említhetjük azokat a jogerős ítéleteket, amelyeket egy rendkívüli jogorvoslati

²⁰ Corvalán, J.-G.: Artificial Intelligence, Threats, Challenges and Opportunities Prometea, the First Predictive Artificial Intelligence at the Service of Justice. <https://ojs.imodev.org/index.php/RIDDN/article/view/256/417> (letöltés dátuma: 2020.12.02.)

²¹ Bővebben ld. Galántai R-T.: Evaluation of judicial error and compensation in the practice of Hungarian courts. In: European Legal Studied and Research. International Conference of PhD Students in Law. Timisoara: S.C. Universul Juridic S.R.L., 2020. 402-415.

eljárások eredményképpen hatályon kívül helyeztek, vagy alkotmányjogi panaszt következtében az Alkotmánybíróság által Alaptörvény-ellenesnek nyilvánítottak és megsemmisítettek. Ezek az ügyek mellett persze még számos olyan ügy is lehet, amely esetében a hibás ítélet feltáratlan marad, mivel az ügyfél egyéb okoknál fogva nem járt az ügy végére; továbbá arról sem lehet megfeledezni, hogy a fellebbviteli bíróságok is tévedhetnek. Ezek a problémák rávilágítanak arra, hogy a gépi tanuláson alapuló eljárások bíróságokon való alkalmazása során is valamilyen elv szerint szükséges lenne az adatbázis folyamatosan „tisztítására”. Ugyancsak problémát okozhatnak azok a korábbi esetek, amelyek bár témájukat tekintve a vizsgált jogi kérdéskörbe esnek, de már hatályon kívül helyezett jogszabályon alapulnak. Az adatbázist ezektől az esetektől is meg kellene „tisztítani”. Figyelemre méltó körülmény az is, hogy az újonnan hatályba lépő jogszabályok alkalmazására eleinte – akár évekig – sem biztos, hogy rendelkezésre áll elegendő számban feldolgozható ügy, illetve adat. Ez utóbbi probléma viszont felhívja a figyelmet arra, hogy egy gépi tanuláson alapuló döntéshozatali vagy döntést támogató rendszer nem használható megbízhatóan egy túlságosan változékony jogrendszerben.

Az esetszámhoz kapcsolódó további kérdés a gépi tanuló algoritmus alkalmazásához szükséges ideális adatszám meghatározása. Mivel a program által javasolt döntés (predikció) statisztikai összefüggéseken is alapul, azt lehetne gondolni, hogy annál jobb eredmény várható, minél több esetből tanulhat az alkalmazás. Ez azonban nem feltétlenül igaz, ugyanis minél nagyobb az összefüggések vizsgálatához használt adatbázis, annál nagyobb lehet a valószínűsége annak, hogy az alkalmazás nem jogilag releváns összefüggéseket talál, mivel olyan véletlenszerű minták jelenhetnek meg, amelyeket az algoritmikusan nem tud megkülönböztetni az ok-okozati összefüggéseket feltáró mintázatoktól²².

A következőkben egy olyan jellemzőről kell még említést tenni, amelynek az alkalmazása elengedhetetlen a gépi tanulási algoritmusok hatékonyságának mérésére, de a jog területén sajátos kérdéseket vet fel. A gépi tanuló algoritmusok „jószágát”, tehát prediktív teljesítményét úgy szokták jellemezni, hogy ismert kimenetelű adatsorra nézve végeztetnek predikciót, és megvizsgálják, hogy hány esetben egyezett meg a gépi tanuló algoritmus által adott predikció kimenetele a tényleges kimenetellel, majd a helyes és helytelen becslések számából különböző mérőszámokat számolnak ki. Ezt az eljárást alkalmazzák akkor is, ha az adatbázist jogesetek képezik. Korábbi jogeseteket vizsgálva akkor tekintik helyesnek a predikciót, ha az alkalmazás a bírói döntéssel megegyező kimenetelt jósol a jogeset kimenetelének. Álláspontunk szerint azonban nem biztos, hogy egy ilyen speciális adatbázison, mint a korábbi bírói ítéletek, ugyanúgy alkalmazhatók ezek a mérőszámok. Ez a megközelítés ugyanis azt feltételezi, hogy a bírói döntés helyes

²² European Commission For The Efficiency Of Justice (CEPEJ): European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment. Council of Europe, 2019. 35. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (letöltés dátuma: 2020.12.02.)

volt és hogy csak egy helyes döntés van. A jogerős bírói döntés helyességével kapcsolatos kérdésekre már korábban utaltunk, az „egy helyes döntés” létezésével kapcsolatban pedig meg kell jegyezni, hogy bár ez egy létező jogelméleti megközelítés, de semmiképpen nem megkérdőjelezhetetlen²³.

Egy másik dolog, amelyet figyelembe kell vennünk a modell teljesítményének mérésénél a vizsgált eset előfordulásának a gyakorisága. A nagyon ritkán előforduló eseteknél, ahol példaképpen tízezer eset közül csak két jogsértő ügylet van, ha ezt a két ügyletet is jogszerűnek találja a program, a modell pontossága 99,8 százalékknak adódik. Ebből a példából azt láthatjuk, hogy ritka események modellezésénél a pontosság helyett valamilyen alternatív megközelítést kell alkalmazni a predikció „jóságának” jellemzésére²⁴.

A mesterséges intelligencia felhasználása a bíróságokon napjainkban

Dél-Amerikában, Argentínában 2017-ben kezdték meg a *Prometea* elnevezésű mesterséges intelligencia-rendszer fejlesztését az igazságszolgáltatás modernizálása céljából. Jelenleg már több helyen is alkalmazzák Dél-Amerikában, a Buenos Aires-i igazságügyi rendszer mellett a Kolumbiai Alkotmánybíróságon és a Costa Ricában székelő Amerika-közi Emberi Jogok Bíróságán is bevezették. A *Prometea* egy sokfunkciós rendszer, amely sokféle mesterséges intelligencián alapuló alkalmazást foglal magában. A korábban tárgyalt módszerek mindegyikére található példa a rendszer különböző funkcióiban. A *Prometea* alkalmazás elsősorban a rutinszerű, ismétlődő vagy „mechanikus” feladatokban lép az emberek helyébe, a kreatívabb és összetettebb feladatokat továbbra is az emberek látják el, de ezekben a munkafolyamatokban is – fejlett irodai szoftverekhez hasonló funkciókkal – segítséget nyújt. A *Prometea* – bár egyszerűbb ügyekben gépi tanuláson alapuló döntéshozatal is képes ellátni – minden funkcióját emberi felügyelet mellett végzi, tehát annak a modellnek feleltethető meg, ahol a számítógépes alkalmazás kedvezőbb helyzetbe hozza az embereket, de a végső döntések meghozatala továbbra is az emberek feladata (az alkalmazás leírása a „kibővített emberi intelligencia” kifejezést használja)²⁵.

A *Prometea* egyrészt az ügyfelekkel való kapcsolattartásban a „társalgási ügynök” által segít, amellyel az ügyfél hangalapú kommunikációs csatornán értekezhet. A rendszer számos ügy intézésében nyújt támogatást az ügyfeleknek, többek között a nyomtatványok megtalálásában, beadványok kitöltésében.

²³ Szabó M.: i.m. 14-16.

²⁴ Hurley, R.: *Predictive Analytics: The Secret to Predicting Future Events Using Big Data and Data Science Techniques Such as Data Mining, Predictive Modelling, Statistics, Data Analysis, and Machine Learning*. Amazon, Kindle Edition, 2019, 948.

²⁵ Corvalán, J.: *Prometea: Artificial intelligence to transform justice and public organizations*. International Journal of digital and data law, 2019 https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2019/05/prometea_oea_ingles.pdf (letöltés dátuma: 2020.12.03.)

A bírókat és más hivatali alkalmazottakat egyrészt intelligens asszisztensként segíti a dokumentumok kezelésénél, beleértve az iktatástól kezdve, az ügyek határidejének nyomon követését, a dokumentumok elkészítését, a határozatok, különböző döntések alapjául szolgáló információk összegyűjtését. Különösen jelentős segítséget jelent az olyan ügyekben, amelyek nagy számban fordulnak elő és általában azonos döntést igényelnek, mint például a lakhatással, egészségüggyel, közfoglalkoztatással kapcsolatos eljárások, fizetési meghagyások, lefoglalások. A beérkező beadvány ügyszáma alapján a kapcsolódó ügyeket megkeresi Buenos Aires város legfelsőbb bíróságának webhelyén, felkutatja az aktuális ügghöz tartozó alapügyeket, a rendelkezésre álló hasonló ügyek adatait, szövegezteit, majd az dokumentumok elemzése alapján predikciót ad az ügy kimenetelére. A folyamatokat az emberi munkaerőnél sokkal nagyobb sebességgel végzi, és nagymértékben csökkenti a hibás eljárások számát.

A rendszer a személyes adatok védelmének biztosításával lett kialakítva, a korábban már említett három lépcsős ellenőrzési folyamat is biztosított a működés jogszerűségének ellenőrzésére. Az algoritmusokat a fejlesztők és a rendszert támogatók szerint a nyomon követhetőség, átláthatóság és az egyenlő bánásmód biztosítása jellemzi. A rendszer biztonsága tekintetében ugyanakkor vannak kételkedő hangok is, akik többek között adatvédelemmel kapcsolatos aggályokat vetnek fel, mivel álláspontjuk szerint a mesterséges intelligencia alkalmazások érzékeny adatokat tudnak nem érzékeny adatokból létrehozni és az adatgyűjtéssel kapcsolatban nem biztos, hogy mindig teljesül a célhoz kötöttség. Ezen túl az indokoláshoz való jog sérelmének problémáját vetik fel, ami a gépi algoritmusokkal kapcsolatban a korábbiakban már kifejtésre került. Hiányolják az arra vonatkozó szabályozást is, amely meghatározná az egyes ügytípusok betanításához szükséges adatok (ügyek) mennyiségét, felhívva a figyelmet arra, hogy az emberek és az ügyeik mégiscsak szükségszerűen különböznek²⁶, emiatt egyébként kétségbe vonható az egyes ügyek „típus ügyként” való kezelése is. Kérdésesnek tarták a szoftver fejlesztőjének felelősségre vonhatóságát, amennyiben hibásan működne a program. A rendszer kételyek ellenére nyilvánvaló sikere további aggályt vet fel a jogvédők szerint, félő, hogy a rendszer a jövőben szélesebb körben is alkalmazásra kerül, olyan ügyekben is, ahol a biztonsági klauzulák betartása már sokkal bonyolultabb lesz.

Az elmúlt években a mesterséges intelligencia sokfunkciós bírósági alkalmazása Kínában, a Shanghai Legfelsőbb Bíróságon is bevezetésre került²⁷. A „206 System” rendszer kifejlesztését és bevezetését 2016-tól kezdődően, igen rövid idő alatt vittek

²⁶ Giandana, F. - Morar, D.: Victor Frankenstein's responsibility? Determining AI legal liability in Latin America. Global Information Society Watch jelentése. 2019. <https://www.giswatch.org/node/6178> (letöltés dátuma: 2020.12.03.)

²⁷ Cui, Y.: Artificial intelligence and judicial modernization. China Shanghai: Springer Nature Singapore, 2020. Érdemes azt is megemlíteni, hogy az idézett könyvben megtalálható a Kínai Népköztársaság mesterséges intelligenciával kapcsolatos terve, amely nem kisebb célt tűz ki maga elé, mint hogy 2030-ra Kína legyen a mesterséges intelligencia terén a világ vezető hatalma.

véghez. A reformok szükségességét a büntető ügyekben született téves ítéletek viszonylag magas száma indokolta, amelyek háttérben elsősorban a bizonyítékok begyűjtése, rögzítése során a nyomozó hatóságok, majd a bíróságok által elkövetett hibák álltak. Ennek megfelelően „206 System” számos ponton segíti a büntető eljárást már a nyomozási szakasztól kezdődően, egészen a bírósági döntéshozatalig. A „206 System” is az embert segítő mesterséges intelligencia rendszerek közé sorolható.

A számos bírósági munkát támogató feladatok között érdemes megemlíteni a bíró támogatását az esethez kapcsolódó bizonyítékok áttekintésében, a bizonyítékok okszerű láncolatának ellenőrzésében, az ellentmondó vagy nem kellően megbízható bizonyítékok kimutatásában. Mindez azon alapszik, hogy a hasonló ügyek áttekintése során az alkalmazás milyen hasonlóságokat talál, mennyiben illeszkedik a bizonyítékok sora a korábbi hasonló ügyekhez, illetve hol van bizonyítatlanság vagy ellentmondás a felmerülő tények és állítások között. A szoftver képes arra, hogy a korábbi ügyek figyelembevételével a társadalmi károkozás veszélyét mérlegelje olyan esetekben, mint a letartóztatás elrendelése és a próbára bocsátás lehetősége, ebben a körben az ügyész munkáját is támogatva. A rendőri, ügyészi és bírósági szervezet közötti adatkommunikációban is jelentős szereppel rendelkezik az alkalmazás, amennyiben „egy kattintással” módszerrel képesek ezek a szervezetek adatokat küldeni egymásnak. Ez nagymértékben csökkenti az adatforgalom időigényét, hatékonyabbá téve a bűnüldözési tevékenységet. Az alkalmazás képes az emberi beszéd felismerésére és a beszédben közölt szöveg mélyelemzésére is, támogatva az ügyel foglalkozó szakembereket az ellentmondások felismerésében és kezelésében, de segíti a gyanúsítottakat is, amennyiben a video és hanganyag együttes elemzésével az esetleges befolyásolás esélyét csökkenti. A rendszer támogatást nyújt a gyanúsított- vagy tanúkihallgatás során, ellenőrző listát szolgáltat a kihallgatást végző személyeknek a felteendő kérdések tekintetében és a vallomásokban megjelenő ellentmondások feltárásában. A bíró ítélezési munkáját támogatja a rendszer, amikor a korábbi, hasonló ügyek ítéleteit áttekintve, az egyes esetek körülményeinek mérlegelésével és súlyozásával javaslatot tesz az ítélet mértékére, amelyet a bíró felülbírálhat, tehát végső soron maga szablya ki a az ítéletet.

2017-től kezdődően megkezdték „206 System” polgári- és közigazgatási ügyekben való alkalmazásának fejlesztését, amely már szintén működőképessé vált. A program képes többek között az ügy befogadhatóságának ellenőrzésére, a dokumentumok kezelésére, de a bizonyítékok vizsgálatára vonatkozó útmutató programot is kifejlesztettek, sőt a program képes akár az eljárási díjakkal kapcsolatos adminisztratív feladatok elvégzésére is. A programcsomag alkalmas a bírósági tárgyalást megelőző szakban a bizonyítékok hiányosságának, illetve teljességének vizsgálatára, a felek közötti vitás, illetve nem vitatott kérdések tisztázására. A bírósági tárgyaláson segíti a bírót a jogi tények, az eljárási kérdések tisztázásában, és a beszédfelismerésen alapuló program segítségével a tárgyalási jegyzőkönyvet is

elkészíti. A döntéshozatal előtt segíti a bírót a hasonló ügyek feltárásában, és a hasonló ügyekben hozott döntések megismerésében.

Az Európa Tanács igazságszolgáltatás hatékonyságának értékelésével foglalkozó bizottsága (CEPEJ) 2018-ban online felmérést végzett annak érdekében, hogy megismerje a tagállamok igazságszolgáltatási rendszereiben a mesterséges intelligencia alkalmazásának helyzetét. A válaszadók száma viszonylag alacsony volt, egyértelmű trendek azonosítására a vizsgálat nem adott lehetőséget, az azonban kiderült, hogy a közszférában csak elszórtan és csak bizonyos tagállamokban található bizonyos alkalmazások. Az alkalmazások fejlesztését a magánszektor részéről kezdeményezik a tagállamokban. A dokumentum említést tesz arról, hogy Franciaországban az igazságügyi Minisztérium kezdeményezésére két fellebbviteli bíróságon, Rennes-ben és Douai-ban teszteltek igazságszolgáltatási szoftvert. Online vitarendezés támogatására, alacsony értékű követelések körében az Egyesült Királyságban, Hollandiában és Lettországbban volt példa mesterséges intelligencia alapú alkalmazások bevezetésére a napi gyakorlatban.

Záró gondolatok

2016-ban sokan lelkesedtek, amikor egy kutatási projektben a természetes nyelv számítógépes feldolgozásán és gépi tanuláson alapuló program nagyon jó, átlagosan 79 százalékban helyesen becsülte meg az Emberi Jogok Európai Bírósága ítéletének várható eredményét a korábbi ítéleteinek kizárólag szöveges tartalma alapján²⁸. Kevésbé lelkes hangok – többek között a Kúria elnöke, Darák Péter – az ilyen próbálkozásokat a jog világnak leegyszerűsítésének találják. Darák Péter úgy látja, hogy a mesterséges intelligencia nem pótolhatja az olyan bírói képességeket, mint az erkölcsi, etikai ítélőképesség, amely képességek nélkül a robot bírók aligha tudják az ember bírók szerepét értékvesztés nélkül átvenni²⁹. Ezzel az állásponttal nem lehet vitatkozni, de annyit azért meg kell jegyezni, hogy a Darák Péter Salamon királyról vett példája egy olyan eset, amelynek megoldásához valóban a bíró kivételes bölcsessége kellett. Ugyanakkor számos olyan eset van, amely ilyen bírói kvalitást nem igényel.

Az említett tanulmány óta eltelt négy év azt mutatja, hogy a mesterséges intelligencia fejlesztésében inkább csak a meglévő irányokban történtek elmozdulások, de paradigmaváltásról nem lehet beszélni. A jelenlegi bírói alkalmazásokban a gépi tanulás központi szerepet játszik. Ennek megfelelően mindazok a korlátok, amelyek a módszerben jelen vannak, természetesen megjelennek a gépi tanuláson alapuló bírói alkalmazásokban is. Mindemellett a

²⁸ Aletas N. - Tsampatsanis, D. - Preoțiu-Pietro, D. - Lamos V.: Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. *PeerJ Computer Science*, 2016/2:e93 <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93> (letöltés dátuma: 2020.11.20.)

²⁹ Darák P.: (Mesterséges) bírói intelligencia? https://kuria-birosag.hu/sites/default/files/sajto/z_dr_darakpeter.pdf (letöltés dátuma: 2020.11.20.)

módszer jelenlegi képességei is nagy segítséget jelenthetnek a bírósági munkában, jelentősen csökkenthetik az egy ügyre fordított időt, és javíthatják az eljárások ügyvitelének minőségét is, csökkenthetik a bírói hibákat. Emiatt valószínűleg a mesterséges intelligencia legalább „segítőként” való alkalmazása hazánkban is megkerülhetetlen lesz. A bírósági ügyek magas száma, és a perek ésszerű időn belül való befejezésének kívánatos volta ezt szükségessé fogja tenni. Minden technikai fejlődési fázis idején felvetődik a kérdés, hogy valóban jót hoz-e az új alkalmazás. A válasz jellemzően is-is, hiszen minden eszközt lehet rossz célokra is használni. A mesterséges intelligencia bírósági gyakorlatban történő felhasználása jelentős mértékben segítené a jogszolgáltatás elérhetőségét, de egyben feltételezi azt is, hogy a társadalom az új technológia alkalmazására képes. El kell kerülni tehát a társadalmi egyenlőtlenségeket a technológia elérésében és alkalmazásában, és a jogi szabályozásnak is lépést kell tudnia tartani a fejlődéssel.

Felhasznált források

ALETRAS N. - TSARAPATSANIS, D. - PREOȚIUC-PIETRO, D. - LAMPOS V.: Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. *PeerJ Computer Science*, 2016/2:e93
<https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>

CORVALÁN, J.: Prometea: Artificial intelligence to transform justice and public organizations. *International Journal of digital and data law*, 2019

CORVALÁN, J-G.: Artificial Intelligence, Threats, Challenges and Opportunities Prometea, the First Predictive Artificial Intelligence at the Service of Justice.

CUI, Y.: *Artificial intelligence and judicial modernization*. China Shanghai: Springer Nature Singapore, 2020

DARÁK P.: *(Mesterséges) bírói intelligencia?*

DWORKIN, R.: *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 1986. 1.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ): European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment. Council of Europe, 2019. 35.

FRANK, J.: A jog és a modern értelem. In: VARGA Cs.(szerk.) *Modern polgári jogelméleti tanulmányok*. Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete, 1977, 83-94.

GALÁNTAI R-T.: Evaluation of judicial error and compensation in the practice of Hungarian courts. In: *European Legal Studied and Research*. International Conference of PhD Students in Law. Timisoara: S.C. Universul Juridic S.R.L., 2020. 402-415.

GARDNER, H.: *The Frames of Mind. The Theory of Multiple Intelligences*. New York: Basic Books, 2011

GIANDANA, F. - MORAR, D.: Victor Frankenstein's responsibility? Determining AI legal liability in Latin America. Global Information Society Watch jelentése. 2019.

GORDON, T-F.: From Jhering to Alexy - Using Artificial Intelligence Models in Jurisprudence.

HURLEY, R.: *Predictive Analytics: The Secret to Predicting Future Events Using Big Data and Data Science Techniques Such as Data Mining, Predictive Modelling, Statistics, Data Analysis, and Machine Learning*. Amazon, Kindle Edition, 2019, 948.

KEVIN, A-D.: *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New tools for law practice int the digital edge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 8-14.

- LŐRINCZ Gy.: A mesterséges intelligencia alkalmazásával hozott döntés jogi megítélésének egyes kérdései. *Gazdaság és Jog* 2019/27, 1-7.
- Rissland, E-L. - Ashley, K-D. - Loui, R-P.: AI and Law: A fruitful synergy. *Artificial Intelligence* 2003/150, 1-15.
- SOURDIN, T. - CORNES, R.: Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging. In: SOURDIN, T. - ZARISKI, A. (szerk.) *The Responsive Judge. International perspective*. Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2018, 87-119.
- SZABÓ M.: *A jogdogmatika előkérdéseiről*. Miskolc: Bíbor Kiadó, 1996.
- TÓTH A.: A mesterséges intelligencia hatása a bíráskodásra. In: *A bírói hatalom gyakorlásáról szóló 1869. évi IV. törvénycikk megalkotásának 150. évfordulója – a Kúria ünnepi teljes ülése és tudományos konferenciája*. Budapest: HVG-Orac Lap-és Könyvkiadó, 2019, 129-140.
- WATERMAN, D-A - PETERSON, M-A.: *Models of Legal Decision Making: Research Design and Methods*. Rand Corporation, The Institute for Civil Justice. 1981.
- WILKINS, N.: *Artificial Intelligence: A Comprehensive Guide to AI, Machine Learning, Internet of Things, Robotics, Deep Learning, Predictive Analytics, Neural Networks, Reinforcement Learning, and Our Future*. Amazon Kindle Edition, 2019. 313.
- ZÓDI Zsolt: Big data a jogtudományban és a jogalkalmazásban. *Közjegyzők Közlönye*, 2019/23, 23-36.

HASSAN AMNA*

*Comparative analysis of the Theoretical Legal Techniques (TLT)
between EU and Pakistan*

Abstract: This paper contributes towards the significance of adopting comparative contract law methodology between the European and Pakistani Contract law. The aim is to provide a comparative analysis of basic theoretical legal techniques between both the civil and common legal systems in order to find solutions to the lacunas existing in the Pakistani contract law, since its formulation in 1872. In the beginning, chalks out some of the basic theoretical legal techniques existing in both the legal systems in detail, including definition of contract, consideration, breach of contract and remedies, privity of contract, duty to perform and good faith etc. Furthermore, these existing theoretical legal techniques are then compared in such a manner as to find solutions for the existing problems in the Pakistani contract law. This is done by suggesting the method of import or incorporation of EU contract law interpretation to the same theoretical legal techniques. It is considered to be the need of time, as Pakistani contract law has never been updated or amended since its enforcement. In the end, the paper revisits the essence of the research by summarizing the aforementioned areas in a comprehensive manner.

Keywords: Theoretical Legal techniques; Comparative Analysis; European Contract Law; Pakistani Contract Law.

Abstract A tanulmány hozzájárul az európai és a pakisztáni szerződésjog közötti összehasonlító szerződési jogi módszertan elfogadásának jelentőségéhez. A cél az alapvető elméleti jogi technikák összehasonlító elemzése a polgári és a közös jogrendszer között annak érdekében, hogy megoldást találjunk a pakisztáni szerződési jogban annak 1872-es megfogalmazása óta fennálló hiányosságaira. Kezdetben néhány a mindkét jogrendszerben létező alapvető elméleti jogi technikák részletesen, beleértve a szerződés meghatározását, az ellenszolgáltatást, a szerződésszegést és a jogorvoslatokat, a szerződés elsőbbségét, a teljesítési kötelezettséget és a jóhiszeműséget stb. Ezen túlmenően ezeket a meglévő elméleti jogi technikákat összehasonlítjuk. oly módon, hogy megoldást találjanak a pakisztáni szerződési jog meglévő problémáira. Ez úgy valósul meg, hogy az EU-s szerződésjog-értelmezés behozatalának vagy beépítésének módszerét javasoljuk ugyanazon elméleti jogi technikákhoz. Úgy ítélik meg, hogy időre van szükség, mivel a pakisztáni szerződési jogot a hatályba lépése óta soha nem frissítették vagy módosították. A dolgozat végül a kutatás lényegét tekinti át az előbb említett területek átfogó történő összefoglalásával.

Keywords: Jogelméleti technikák; Összehasonlító elemzés; Európai szerződési jog; Pakisztáni szerződési jog

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.105-134

* Hassan Amna, PhD Student, Faculty of Law, University of Pécs, Hungary, Supervisor: Dr. Benke József, associate professor.

Introduction

There exist several distinctions between the EU civil legal system and Pakistan common legal system. It would be hard to make any attempt at giving preference to these differences on the basis of their significance¹. In this paper, the primary focus would be on the differences of key theoretical legal techniques between the contract law of the EU and Pakistan. While comparing the contract law of both the systems, it is witnessed that there exist treasure trove examples for the purpose of distinction. For instance, in the contract law of Pakistan, the concept of consideration is a must condition for the enforceability of a valid contract, that is something of value must be exchanged or bargained. Whereas, the EU contract law (especially the French contract law) does not recognize consideration as must condition. Rather the EU contract law recognizes the concept of cause in place of consideration for a valid contract, and the absence of consideration as in a gratuitous contract is not held void under the EU contract law². Moreover, under the English contract law, that Pakistan follows still to date, strictly prohibits the provision of damages on the ‘*cost of cure*’ basis in certain cases due to reasonableness requirement. Where, the ‘cost of cure’ means the cost of obtaining the exchanged or bargained for performance from a third party. This provision was established in the *Ruxley Electronics & Construction Ltd vs. Fryth*³ case, where the House of Lords pronounced a ruling against the promisee, stating that he could not claim the damages on cost of cure basis due to the requirement of reasonableness. The House of Lord did acknowledge the fact that the promisee’s swimming pool was not built according to specified depth in the contract, yet it held that it would be unreasonable to award damages of more than £21,000 keeping in view the fact that it depth did not affect its usage.

On the contrary, the concept of cost of cure damages in the EU contract law is not curtailed in the same way. Solène Rowan states that had the case of Ruxley been decided under the EU contract law, the scenario would have been different⁴ and the damages been awarded⁵. Not only these, but numerous other examples of differences between the contract law of the two legal systems exist, including differences relating to the definition of contracts, concept of mistake⁶, provision of

¹ Pejovic, Caslav: Civil Law And Common Law: Two Different Paths Leading To The Same Goal. In: VUWLR 32 (2001) 817-841, esp. 818.

² See French Civil Code: Articles 1105–1106. Also; Moor, A. De: Contract and Agreement in English and French Law. Oxford Journal of Legal Studies 6/2 (1986) 275, 281–282.

³ See 1996 AC 344.

⁴ Rowan, S.: Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance (Oxford: Oxford University Press, 2012) 117–118.

⁵ See case Civ 3e, 5 December 1979, JCP 1981, II, 19605. Also cited in Supra 53.

⁶ Valcke, C.: On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory. Journal of Comparative Law 4/1 (2009) 69.

damages⁷, enforceability of penalty clauses⁸, provision of specific performance⁹, and requirement to mitigate the loss by promisee¹⁰ etc.

Before proceeding to the analysis of the core areas of divergence between the EU and Pakistani contract law, some points must be made and clarified with caution¹¹. Firstly, the EU contract law is a reflection of the famous maxim known as the *'maxim pacta sunt servanda'* which gives the understanding that contract is regarded both a legal as well as a moral obligation¹². This obligation of moral sanctity of a contract demands the parties to abide by their contractual duties, which in fact complements the role of the State in the EU contract law. Secondly, the differences arising between the civil and common legal systems with regard to contractual law techniques are based on the distinctions of historical backgrounds and market demands. Thirdly, there exist potential complex and diverse traditions within civil and common law which account for their distinction.¹³ Nevertheless, all these afore-stated points must be regarded as approximations rather than an exact representations prevailing in any particular civil or common law jurisdiction. Lastly, there is a prevalent consensus relating to the mitigation of differences between the common and civil law regimes, as they both now seem to gradually converge with the passage of time¹⁴. This argument is with special regard to the contract law, because it is that area of law which makes cross-fertilization and common law borrowings of civilian institutions most noticeable¹⁵. Nonetheless, the existence of relative differences in the civil and common legal systems continues to marvel the scholars and lawyers dealing with the comparative law¹⁶, as they form the basis of comparative law studies¹⁷. Therefore, in the discussion that follows, I will aim at

⁷ Supra 53: Rowan, 121–128.

⁸ Miller, L.: Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study. In: *International and Comparative Law Quarterly* 53/1 (2004) 79.

⁹ Miller, L.: Specific Performance in the Common and Civil Law: Some Lessons for Harmonisation. In: Giliker, P.: *Re-examining Contract and Unjust Enrichment: Anglo-Canadian Perspectives*. (Leiden: Brill, 2007) 281, 287–288.

¹⁰ Supra 53: 142–155.

¹¹ Mariana, Pargendler: The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. In: *Yale Journal of International Law* 43/1 (2018) 143-190.

¹² Hyland, Richard: *Pacta Sunt Servanda: A Meditation*. In: *Virginia Journal of International Law* 34/2 (1994) 405, 406.

¹³ For comparative purposes, see; DiMatteo, Larry/ Hogg, Martin: *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. (Oxford: Oxford University Press, 2016) 2-5.

¹⁴ Spamann, Holger: *Contemporary Legal Transplants: Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law*. In: *BYU Law Review* (2009) 1813-1815.

¹⁵ Nicholas, Barry: *Rules and Terms-Civil Law and Common Law*. In: *TUL. Law Review* 48 (1974) 946, 946.

¹⁶ Moss, Giuditta Cordero: *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*. 1st Edition. (Cambridge: Cambridge University Press, 2011) 181-82.

¹⁷ Whitman, James Q.: *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*. In: *Yale Law Journal* 113/6 (2004) 1151, 1163.

addressing the key differences in the theoretical legal techniques persisting in each legal system – the civil legal system in the EU and common legal system in Pakistan.

Basic Theoretical Legal Techniques (TLT) existing in EU and Pakistan

Theories/Definitions of Contract

The definition of contract is found to be different in both the legal systems. The civil legal system in the EU defines ‘contract’ as an agreement among several people, comprising of a collective declaration of intent anticipated at regulating their rights and duties. This definition finds its parallel in many other civil codes justifying the notion of consent or understanding. In spirit, any legal act expresses the principle of will or autonomy, which comprises of the fact that the will of the people is taken into consideration while formulating the law. The ‘will’ is regarded as independent and autonomous, and therefore, it bears the power to give rise to such legal acts that conform to the individual will. According to the French Civil Code, a contract is defined ‘as an agreement between two or more persons intended to create, modify, transmit or extinguish obligations’¹⁸. The prevailing idea of will in the EU civil legal system is founded upon the dominance of internal will over external manifestation of the will. This concept of will or autonomy exists independent from the idea of promise, which is regarded as the basic ingredient of a valid contract. Hence, any act of legal exchange between people is generally understood as a convergence of the will. From a functional aspect, the contract is regarded as a tool for achievement of economic interests. But it remains a legal institution, enlightened by the expression of will or autonomy.

On the other hand, in Pakistan according to the common legal system, the definition of contract is quite different based on a general utilitarian concept. In Pakistan, the contract is considered as possessing legal value in virtue of being an economic instrument. This utilitarian perspective is a characteristic of common legal system and thus leads to the flourishing of the concept that the real value of a contract is embedded in its economic consequence. In a free market society, there exists individual economic freedom which is exercised by way of a contract only in order to maximize individual as well as social efficacy. As a result, the existence of an agreement is not sufficient enough to enter into a contract; other conditions are also required, including the accomplishment of the effects, realized in the form of traditional exchange. Therefore, the contract is regarded as a legal mechanism created solely for economic purposes. Conclusively, it can be said that any legal act under the common legal system emphasizes not on the formation of a contract, but on the implementation and effectiveness of a contract. Based on this analysis, the concept of will / autonomy found in the civil legal system is not considered valuable

¹⁸ See French Civil Code: Article 1101.

in the common legal system due to the fact that the enforcement of the contract matters more than its formation. The will / autonomy of the contractual parties surpasses in significance by the effects and pragmatic purposes sought after by a contract¹⁹.

Consideration

According to the contract law of Pakistan, a contract bears no binding legal effect unless it is supported by ‘consideration’, which essentially means that a contract must be supported by something of value, such as the promise of a party to provide goods or services, or a promise to pay for goods or services²⁰. Conversely in the EU, a contract without a lawful cause (*causa*) cannot exist²¹, where cause is defined as the reason behind a party’s intention to enter into a contract and to undertake contractual duties and liabilities. Here, it must be made clear that cause is distinct from consideration, as the reason behind entering into a contract cannot be equated with something in exchange²². For instance, if a party enters into a gratuitous contract, such party would then be legally bound to perform his part of the obligation, but without anything in return. A gratuitous contract is held void under the common law based contract law of Pakistan, as it lacks consideration because nothing is exchanged or given in return. While, a gratuitous contract is held valid under the civil law based EU due to the fact that consideration is not regarded as an essential condition for a entering into a contract.

Generally speaking, the traditional roots of common law do not recognize a promise legally binding unless it fulfils the requirement of carrying a consideration along. Where consideration means, ‘something of value given in return of the promise’. For the purposes of an entering into a binding promise, a promisee must offer or promise something of value in exchange. In other words, it can be said that the concept of consideration is based on the principle of reciprocity principle. Resultantly, a gratuitous promise falls short of the basic ingredient of a valid contract under common law system. According to the 2nd Restatement of Contracts, for a contract to bear consideration, ‘a performance or a return promise must be bargained for, adding that a performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise’. Hence, only this kind of a promise accompanied with consideration is endowed with a legal action under the traditional common legal system and in modern day Pakistan contract law.

¹⁹ Cabulea, Oana-Bianca: Voluntary Sources of Obligations: Comparative Perspective: Common Law and Civil Law Systems. In: *Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia* 21 (2018) 9-26.

²⁰ See Indian Contract Act, 1872: Section 2(d).

²¹ See French Civil Code: Article 1131.

²² Larroumet, C.: Detrimental Reliance and Promissory Estoppel as the Cause of Contracts in Louisiana and Comparative Law. In: *TUL. Law Review* 60 (1986) 1209.

Besides the common law perception about the significance of the concept of consideration, there exists no perfect correspondent in the EU civil legal system. The concept of consideration is regarded as a sign of seriousness and it forms the basis of a binding contract in Pakistan contract law. But nothing of the like is found in the continental perception about a contract, because the contract in the EU contract law is based upon the agreement of wills. Moreover, initially the courts were also reluctant in theorizing about the idea of consideration. Their major concern or emphasize was much more practical, that is to decide whether a certain promise in a specific case should be implemented or not. Where the courts saw an adequate reason for the implementation of a certain promise they implemented it, and where they did not find any practical reason for the implementation they did not do so. Thus, it seems likely that initially the courts also recognized the concept of consideration equivalent to the cause or reason behind a binding promise²³.

To continue about the significance of consideration, it can be seen that it is considered as a vital pre-requisite for the creation of a contract under Pakistani contract law in order to enforce the promises contained in the contract. This heightened significance provided to the concept of consideration is based on two common law aspects²⁴:

1) It is a *must* condition for a valid contract under common law as opposed to civil law, and

2) It is regarded as a sole product of judicial decisions and acumen developed as a result of untiring efforts of English common law judges, as opposed to the strict enforcement of Statutes, rules and regulations etc. There seldom arises any case where absence of consideration in a contract forms the basis of litigation, due to the simple reason that it is considered being routinely satisfied in the commercial transactions²⁵. Besides its significance, consideration differs interestingly from the concept of cause founded in the EU civil legal system. Both of these concepts reveal reluctance from the courts to enforce contracts based on their attempt to define rationally which one of the concepts deserves more of the courts attention²⁶.

According to the French Civil Code²⁷, there are four pre-requisites for a valid contract namely the consent, capacity, subject matter, and lawful cause²⁸. The last condition of 'lawful cause' is particular of civil legal systems in the EU, especially France. This concept originated in the Roman texts but was principally established in the Canon Law. The EU civil law concept is more challenging than the concept

²³ Supra 68.

²⁴ Calleros, Charles R.: Introducing Civil Law Students to Common Law Legal Method through Contract Law. In: Journal of Legal Education 60/4 (2011) 641-663.

²⁵ Dawson, John P.: The Oracles of the Law. Revised Edition. (California: Greenwood Press, 1978) 390-93.

²⁶ See Uniform Commercial Code (UCC), 2001: Sections 1-103.

²⁷ See French Civil Code: Article 1108.

²⁸ Calleros, Charles R.: Law School Exams: Preparing and Writing To Win. 2nd Edition. (US: Aspen Publishers, 2007) 36-41.

of consideration, as it acts a medium that guards various restrictions on enforceability of the contract. For instance, as provided in the French Civil Code, the cause must be 'licite' i.e. legal, accompanied with a definition of 'licite'²⁹. By 'licite', it means a limitation on the formation of contract that is based on violation of public policy and corresponds to the common law notions of mistake of fact or the other party's material breach³⁰. But in one particular instance, the EU civil law requirement of cause is less restraining than the common law requirement of consideration regarding the formation of contract. In contrast to the concept of consideration that is based on requirement of something in return or value, the EU civil law acknowledges the idea of gratuitous/ charitable contracts that states, "In addition to ones that contemplate an exchange, if the French concept of *cause* refers to a *reason* for entering into a contractual obligation, the required reason can be the promisor's intention *libirale*, i.e. his intention to confer a gratuitous benefit on the promisee". This relatively liberal interpretation of the idea of *cause* demonstrates the respect that the EU Civil Code holds for the independence, and free will of the parties along with the principle of morality³¹. Whereas, the idea of consideration was a product of common law writs that developed gradually out of a medieval system and therefore, it relied on a restrictive view of enforcing the contracts.

Speaking of consideration brings to mind the fact that consideration is not only about an exchange but it requires some reciprocal link between the things that are exchanged. According to this fact, the claimant does not have to prove the receiving of any kinds of benefits from the other party unless the promise or performance of such other party induces a genuine proof for the return consideration. That is, the concept of consideration is given and acknowledged in the contract as an inducement or motive for the promise made between the parties. This idea of reciprocal link between the things exchanged was enunciated by Justice Oliver W. Holmes Jr. in the 19th century, and since then this concept has been fortified in the US common law system³². Again, this concept can be considered in contrast to the EU concept of cause, as it provides the reason behind a party's act of entering into a legal relationship via the contract.³³ Nonetheless, the EU civil law notion of cause behind a gratuitous contract³⁴ cannot be equated with the provision of consideration in a contract on a charitable basis³⁵. To add support, Holmes also stated that even the slightest changes in the facts or factual inferences could draw the distinction

²⁹ Supra 76.

³⁰ Nicholas, Barry: *The French Law of Contract*. 2nd Edition. (Oxford: Clarendon Press, 1992) 120-22, 125-26.

³¹ Supra 80: 118.

³² Jr. Holmes, Oliver Wendell: *The Common Law*. (US: Dover Publications, 1991) 293-94.

³³ Supra 80: 15 & 118.

³⁴ Supra 80:124.

³⁵ See, e.g., *Kirksey v. Kirksey*, 8 Ala. 131 (1845).

between the two; gratuitous promises based on the requirement of cause in the EU and exchanges with reciprocal link under common law system (i.e. Pakistan)³⁶.

Contracts for the Benefit of Third Parties and the Doctrine of Privity of Contract

The doctrine of privity of contract is alien to the EU civil law. Therefore, parties to the contract may agree to confer their rights and duties in a contract to a third party. According to the German Civil Code³⁷, “*A contract may stipulate performance for the benefit of a third party, so that the third party acquires the right directly to demand performance*”³⁸. *The right, of course, cannot be forced upon the third party; if the third party rejects the right acquired under the contract, the right is deemed not to have been acquired*³⁹.” Whereas this concept of alienation of contractual rights and duties to third parties, is non-existent in Pakistani contract law based on common law, as it does not acknowledge any benefits to the third party. According to this doctrine, the rights and duties of third parties are curtailed and only parties to the contract can enforce their rights or duties entered upon during the contract formation, that is ‘only a person who is a party to a contract can sue on it’⁴⁰. However, like the EU contract law, the concept of privity of contract is not well recognized in Pakistani contract law due the increased emphasis on the concept of consideration, upon which the rights of both the contracting as well as the third party depend⁴¹. This concept of consideration provides the third party with the right to enforce its right over a contract⁴².

Apart from that, the courts in Pakistan have upheld the doctrine of privity of contract in several cases related to the rights of third parties to a contract with a few exceptions in the instances of trust, charge, marriage settlements, and partition and other family arrangements, acknowledgement, covenants running with land, collateral contract, agency and assignments. There are many cases in which the concept of privity of contract is upheld by the apex court in Pakistan. For instance, in the case of *Muhammad Raḡa vs. Haji Abdul Ghaffar and 6 others*⁴³, the petitioner was basically a constructor, who undertook the construction of two plots. He made an agreement to work for only one the two plots, without making any deal about the second plot. Based on the facts, the apex court denied the application of the petitioner stating that he possessed no prima facie right to demand compensation

³⁶ Supra 82: 292-293.

³⁷ See German Civil Code: Article 328.

³⁸ See French Civil Code: Article 1121, Italian Civil Code: Article 1411, Swiss Code of Obligations: Article 112(2), and Japanese Civil Code: Article 537.

³⁹ See German Civil Code: Article 333.

⁴⁰ See *Dunlop Pneumatic Tyre Co v Selfridge & Co.* case (1915 AC 847, 853).

⁴¹ Akbar, Muhammad Kamran: Legal Value of Third Party Right over a Valid Contract. In: *Journal of Applied Environmental and Biological Sciences* 7/7 (2017) 177.

⁴² Supra 91. Also, see PLD 1967 Dacca 152.

⁴³ See Pakistan Law Journal (PLJ) case; 1992 Karachi High Court 71.

or temporary injunction for restriction of construction work on the second plot. The argument of the court is based on the principle of privity of parties to sue, justifying that only the parties to the contract for the second plot had rights to sue one another, making it clear that the petitioner was a third party, who did not possess any rights in the agreement of second plot. In another case - *Fazal Dad (deceased) through L.R & Others v. Adnan Ali*⁴⁴, the court upheld the doctrine of privity and rejected the argument of third party over the contract. The Court held that only contracting parties can take benefits arising under the contract. One such case, titled *M/s Arrow Trading Company v. Hyosung Corporation, Seoul, Korea and two others*⁴⁵, the court dismissed the application and held that there is no privity of contract between plaintiff and defendant number one, therefore he is not entitled to sue for attachment of two L.C's.

However, according to the *Drugs Ltd v. Kuehne & Nagel*⁴⁶ case, the Supreme Court of Canada upheld the reforms introduced against the doctrine of privity stating that the due claims or rights of the third party could not be restricted in a contract. Similarly, there are several Pakistani contract law sections that also uphold the exceptional circumstances where third party rights and obligations are dealt with e.g. Section 41 (if a contracting party has received obligation from third party then that contracting party cannot enforce his claim against the other contracting party), Section 126 (third party rights in case of guarantee contract), and Section 136 (describes about the situation where a contract to give time to principal debtor is made by the creditor with a third person, and not with the principal debtor).

Duty to Perform and Good Faith

Generally, any contract entered into by the parties must be performed in accordance with the stipulated time or in a reasonable period of time. In the case of the EU civil legal system, if the performance is delayed, the claimant (creditor) can sue the defaulter (debtor) by putting up a notice of default. For instance, the German Civil Code⁴⁷ states that 'if after his obligation is due, the debtor does not perform after a warning from the creditor, he is in default because of the warning.' The basic aim behind the issuance of such notice is to warn the defaulter of his delayed performance and to fulfil his obligation within a reasonable period of time i.e. the grace period provided in the notice. In the said notice, the claimant gives a statement in which he makes it clear to the defaulter that his performance would not be accepted after the expiry of the grace period. But if the defaulter does not pay heed to the notice, then it would justify the claimants' claim for recovery of the damages⁴⁸.

⁴⁴ See PLJ case; 2014 SC (AJ&K) 64.

⁴⁵ See PLJ case; 1996.

⁴⁶ See *London Drugs Ltd v. Kuehne & Nagel case*, 1992 (3 S.C.R).

⁴⁷ See German Civil Code: Article 284.

⁴⁸ Schlesinger et al, R.B.: *Comparative Law*. (New York: Foundation Press, 1998) 493.

Whereas, in Pakistani contract law, there is no prerequisite of notice of default and the general rule is that performance is deemed due without any notice of default⁴⁹. The contract law of Pakistan sticks to the common law principle of performance of contract within reasonable time. According to the Sale of Goods Act 1979⁵⁰, 'where under the contract of sale the seller is bound to send the goods to the buyer, but no time for sending them is fixed, the seller is bound to send them within a reasonable time.'

Moreover, the concept of duty of faith is also helpful in understanding the divide between the EU and Pakistani contract law. Two of the renowned scholars - Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker - have chalked out an entire volume for the purposes of functional inquiry to investigate the scope of this concept in the EU, where there seems to appear a 'rather clear-cut civil law/common law divide'⁵¹. Whilst this concept of duty of good faith is employed for multiple functions in the contract law, however, my main concern would be to expound the technical difference of this concept within both the legal systems with a special regard to its role in establishing the meaning as well as the scope of contract *performance*. The main issue is whether and to what extent good faith functions as a basis for implied contractual duties of cooperation and collaboration besides those provided expressly in the contract⁵².

In broader sense, the notion of good faith is more widespread and common place in the EU civil legal systems. However, the application of the duty of good faith varies across different jurisdictions of the Member States of the EU. For example, in Germany the concept of duty of good faith functions as a 'judicial oak that overshadows the contractual relationship of private parties'⁵³. This high esteem to the ideal of good faith has paved the way for other EU countries to follow it with same spirit like France and outside EU like Brazil⁵⁴. Similarly, this ideal is found in existence in common law countries as well including the US, UK and Pakistan. The Pakistani contract law incorporates the duty of good faith in sales contract under its Sales of Goods Act, 1979. At the same time, the American Uniform Commercial Code (UCC) also provides for the duty of good faith in the performance and implementation of every contract⁵⁵. Nevertheless, the UCC applies this duty of good faith in contracts with much less fervour than do other civilian countries do.

⁴⁹ Trietel, G.H.: The Law of Contract. 9th Edition. (London: Sweet & Maxwell, 1995) 743.

⁵⁰ See Sales of Goods Act, 1979: Section 29 (3).

⁵¹ Zimmermann, Reinhard/Whittaker, Simon: Good Faith in European Contract Law. (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 15.

⁵² Kennedy, Duncan: Form and Substance in Private Law Adjudication. In: Harvard Law Review 89/8 (1976) 1685-1778.

⁵³ Ebke, Werner F./ Steinhauer, Bettina M.: The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. In: Beatson, Jack/Friedmann, Daniel: Good Faith and Fault in Contract Law. (Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012) 171.

⁵⁴ Supra 98: 39.

⁵⁵ See UCC: Sections 1-304.

Force Majeure / Frustration of contract

The concept of *force majeure* originated from the Roman law and was later adopted in the EU and other civil legal systems. It means any unforeseen and unexpected happening or event that is outside the contracting parties' control making the performance of the contract impossible. Consequently, it excludes the liability of the party from non performance of the contract. Initially, the Pakistani contract law based on common law principles did not allow for the impossibility of performance of a contract on the basis of this concept, as it pursued strict liability. That is, if any such event did occur during the performance of a contract, the parties were obliged to state such exemption from liability expressly while entering into the contract. It was later in the 19th century that the Pakistani contract law acknowledged the concept of frustration of contract – a similar concept to that of force majeure - on the basis of supervening impossibility of performance. In the aftermath of these impossible events, the common law established the legal terms of 'frustration' and 'hardship'. According to this concept, if a party fails to perform his duty due to the supervening impossible events that do not involve his fault, then such contract is considered to be terminated, without making any party liable for damages⁵⁶.

Furthermore, to resolve the conundrum of economic and financial crisis, the contracting parties are encouraged to principally facilitate suitable provisions i.e. 'hardship clauses' during the formation of their contract. In absence thereof, there must be a possibility to for the parties to either terminate or modify their contract by the provision of 'intervening clause' to the court. According to the common law system, initially the renegotiation of a contract was considered invalid as it lacked the requirement of consideration⁵⁷. The modern day concept of frustration of contract was adopted in 1863 during the Taylor v Caldwell⁵⁸ case and it operates in a narrow sense to date as well⁵⁹. Yet in another case, J. Lauritzen AS v Wijsmuller BV (The Super Servant Two), Bingham L. J. laid down five propositions that chalk out the basic framework of the concept of frustration: a) the doctrine of frustration has evolved to mitigate the rigor of the common law's insistence on literal performance of absolute promises; b) frustration operates to kill the contract and discharge the parties from further liability under it; c) frustration brings a contract to an end forthwith, without more and automatically; d) the essence of frustration is that it should not be due to the act or election of the party seeking to rely on it and it must be some outside event or extraneous change of situation; e) a frustrating

⁵⁶ Supra 51.

⁵⁷ See case; *Stilk v Myrick* [1809] EWHC KB J58.

⁵⁸ See case; *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B&S 826.

⁵⁹ Beale, H.G.: *Chitty on Contracts*. (London: Sweet&Maxwell, 2012) 1636.

event must take place without blame or fault on the side of the party seeking to rely on it⁶⁰.

The contract suffers from frustration eventually when it is established that the circumstances have become incapable of performance of a contract without the fault of either party, and thus, terminated⁶¹. It is the duty of the court to decide whether frustration is justified or not. For that purpose, the court seeks to analyze the data based on the terms and conditions of the contract read in consonance with the then existing circumstances, and the circumstances that happened later on. Any such event or happening is deemed as something that exists in the world of fact, and therefore to be found by the judge as a fact. But the effect that it has on the contract is deemed as a matter of law. A careful analysis of frustration must be conducted by the 'informed and experienced minds' in the courts of law to justify the impossibility of performance⁶².

There exist several examples of frustrating events that render the contract subject to termination, namely the subsequent changes in the law, supervening illegality, outbreak of war and restrictions, statutory enforcement etc⁶³. Moreover, other events like legal impossibility⁶⁴ physical impossibility (death, incapacity, destruction of subject matter, delay and hardship)⁶⁵ and impossibility of purpose⁶⁶ (the very basis on which the contract is formed as established in *Krell Vs Henry* case⁶⁷). The reason why it is termed as 'frustration' is that it refers to a later or subsequent impossibility of non-performance, in order to distinguish it from prior mistake of the parties or initial impossibility at the time of contract formation⁶⁸. When dealing with frustration, the courts adopt a multi-dimensional approach in relation to *'the terms of the contract, its context, parties' knowledge, expectations, assumptions, risks, the time of contract, and the nature of the supervening event, and the parties' reasonable and objectively ascertainable calculations as to the possibilities of future performance in the new circumstances'*⁶⁹. The courts view frustration as a last resort that they employ rarely

⁶⁰ See case; *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B.V.*, [1990] 1 Lloyd's L.Rep. 1.

⁶¹ See case; *Davis Contractos Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696.

⁶² See case; *Denny, Mott and Dickson Ltd v James Fraser & Co Ltd* [1944] Ac 265. In: FURMSTON, M. P.: *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*. (Oxford: Oxford University Press, 2007) 725.

⁶³ Murray, R.: *Contract Law - The Fundamentals*. (London: Sweet&Maxwell, 2011) 299- 304.

⁶⁴ Halson, R.: *Contract Law*. (London: Pearson Higher Education, 2013) 423-425.

⁶⁵ Koffman, L. & Macdonald, E.: *The Law of Contract*. (Oxford: Oxford University Press, 2010)514- 522.

⁶⁶ SMITH, S.A.: *Aliyah's Introduction to the Law of Contract*. (London: Clarendon Press, 2005) 184.

⁶⁷ See case; (1903) 2 k. B. 740. Also; Chen-Wishart, M.: *Contract Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2010) 318.

⁶⁸ Duxbury, R.: *Contract Law*. (London: Sweet&Maxwell, 2011) 241.

⁶⁹ See case; (2007) 2 Lloyd's Rep 517, [111]. Also; Mckendrick, E.: *Contract Law*. (London: Palgrave Macmillan, 2011) 256.

with caution⁷⁰; in short, the traditional principles of freedom and sanctity of contract still hold firm⁷¹.

The method of European countries or civil codes aiming at harmonizing EU civil code pictures a different scenario regarding the maintenance of balance in situations of discrepancies occurring after the contract is formed due to unforeseeable circumstances. According to the EU countries or their civil codes, where the parties have expressly provided for the insertion of force majeure or hardship clauses in the contract. Then under such circumstances, the courts should avoid any intervention and settle the case according to such provisions⁷². By the terms 'force majeure' and 'hardship clause', the former refers to future events outside the control of the parties rendering the contract suspended or terminated, while the latter refers to the prevention of any such unforeseen events that essentially lead to changes in the contract causing one of the parties difficulty in performing his part of the obligation, resulting in revision of such contract either by the parties or a third party⁷³. This approach of non-interference by the EU courts is based on two limitations: 1) To prevent any substantial changes in the contract, involving changes in its nature or redrafting it as whole; 2) To ensure that the losses are distributed in such a way that the contractual performance is made possible by the affected party.

Consequently, it can be witnessed through the French regulation that insists on the notion of *pacta sunt servanda*, stating that 'a judge cannot measure the effect of his judgments on the national economies; therefore, he is not entitled to alter the contract'.⁷⁴ Therefore, the French courts have denied any sorts of contractual revisions based on hardship. With only one exception in cases where there is supervening impossibility and contractual imbalance, the courts are allowed to intervene on the principle of good faith and fair dealing in order to renegotiate the contract⁷⁵. In case of other EU countries like the Netherland, Italy and Serbia, the issue of frustration is dealt in a slightly different way. In Netherland, a party under unjust obligation can urge the court to either modify or terminate such a contract. While in Italy and Serbia, a party can merely suggest the court to modify or terminate the contract if the completion of such a contract is onerous for that party. On the contrary, the German Civil Code⁷⁶ expressly provides the court with the opportunity to modify a contract which falls under the ambit of frustration or hardship. But if such a contract is impossible to modify, the party in disadvantage can call-off such

⁷⁰ Mulcahy, L.: Contract Law in Perspective. (London-New York: Routledge-Cavendish, 2008) 127.

⁷¹ Brownsword, R.: Smith & Thomas: A Casebook on Contract. (London: Sweet&Maxweel, 2009) 701.

⁷² Uribe, R.M.: The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts - Comparative perspectives. (Cambridge-Portland: Intersentia-Antwerpen, 2011) 14.

⁷³ Supra 118:14-15, 253.

⁷⁴ See French Civil Code: Articles 1148 & 1134.

⁷⁵ Supra 118: 46, 55, 57.

⁷⁶ See German Civil Code: Section 313 (stating the disturbance of the contractual basis).

contract i.e. rescind it. Similarly the provision of modification or termination is provided under various other laws too irrespective of the contractual risks, for instance under the Greek civil law, the DCFR⁷⁷, and the Romanian civil law⁷⁸. However, a different solution is provided under the Gandolfi Project of Contractual Civil Code⁷⁹, the PECL⁸⁰ and the Principles of International Commercial Contract⁸¹. According to these instruments, the parties are required to negotiate in relation to instances of hardship or frustration at the time of concluding the contract, but if the parties fail to do so within a reasonable period of time⁸² then they may urge for modification or termination from the court as a last resort.

Breach of Contract and Remedies

Generally speaking, breach of contract accrues similar kind of liability in both the EU civil law system and Pakistani common law system. However, there lie significant differences as to awarding of damages in both the legal systems. One of the basic differences is the requirement of fault in order to recover damages by establishing breach of contract under civil law system. While a common law system does not establish any requirement of fault to prove breach of contract in order to recover damages. The common law relies on the principle that contract law is founded upon a law of *strict liability*, which accompanies remedies irrespective of any requirement of fault⁸³. According to the Restatement (Second) of the Law of Contracts, “*When performance of a duty under a contract is due, any non-performance is breach*”⁸⁴. On the contrary, civil law system operates on the basic requirement of fault to justify the claims regarding the recovery of damages, which shall only be awarded if a contract is breached at least negligence⁸⁵. An evidence to this can be cited in the German Civil Code which states that “*the debtor is responsible for deliberate acts and negligence*”⁸⁶ and “*the debtor is not in default as long as the performance does not take place because of a circumstance for which he is not responsible*”⁸⁷. Therefore, it is clarified that a party is only responsible for paying the damages to other party when he is at fault either intentionally or negligently. But if such breach occurs due to unforeseen

⁷⁷ Supra 2.

⁷⁸ See Rumanian Civil Code: Article 1.271.

⁷⁹ See European Contract Code: Academy of European Private Lawyers, 2001. Articles 97., 157.

⁸⁰ See PECL, 1995-2002: Sections 6-111.

⁸¹ See Principles of International Commercial Contract: UNIDROIT Convention. (Rome, 2004). Sections 6.2.1., 6.2.2., 6.2.3.

⁸² The Civil Code of Gandolfi states the reasonable period of time as 3 or 6 months.

⁸³ Farnsworth, E.Allan: Contracts. 2nd Edition. (Boston: Little, Brown, 1982) 843.

⁸⁴ See Restatement (Second) of the Law of Contracts: Article 260 (2).

⁸⁵ Mehren, A.Von/ Gordley, J.: The Civil Law System. 2nd Edition. (Boston: Little, Brown and Company, 1977) 1106.

⁸⁶ See German Civil Code: Section 276.

⁸⁷ See German Civil Code: Section 285.

events or force majeure, then such party would not be liable to pay damages⁸⁸. Another example of existence of fault for liability is founded under French Civil Code in Article 1147, but it is subject to certain exceptions essential for establishing strict liability despite the fault.

Moreover, the concept of remedies is considered to be more of a common law principle than the EU civil law. The reason is simple that the EU did not acknowledge the idea of remedies until its adoption of the CISG. Since then, *damages* are regarded as prime legal remedies provided as compensation according to the EU as well as Pakistani contract law. It is a general principle that whoever caused a loss to any other person shall be liable to compensate by payment of damages to such other person. By loss, it shall be taken as any material loss. The US law provides subdivisions of damages specified under article 1773 of the CLA as, *“A loss is direct when it is the natural and essential result of an unlawful action or failure to act, indirect - when it was caused by a coincidence of specific circumstances or relations”*. In addition, the CLA also provides for another type of loss i.e. accidental loss, which need not be compensated by contracting party⁸⁹.

However, the contract law principle of compensation is not ideal in the economic sphere according to several common law scholars. The same is true for civil law, where problems relating to proof and causation exist. Therefore, the parties are encouraged to specify the amount of damages during the formation of contract under the head of ‘liquidated damages’. But to keep a check on the reasonableness of such provisions, the courts review the liquidated damages in the light of real or anticipated damages that occurred, and the degree of difficulty in proving them⁹⁰.³⁵ In case nothing of substance is found while ascertaining the liquidated damages; the court deems such provision as unenforceable.

Furthermore, the enforceability of remedies in the instances of breach is based on the role of the State. The State has a different role to play in different legal systems. If there is no State role, there would be no contract enforceability in such a state. In such a situation, the role of the State would be minimized due to the fact that it offers no remedies for breach of contract⁹¹. But in States with either common or civil law system, the State plays a different yet potential role in the enforceability of contracts and remedies for its breach. In civil legal systems like the EU, the government intervention is minimized leading to a stronger State role in providing effective contractual remedies. While in common legal systems like Pakistan, the

⁸⁸ Horn, N./ Kotz, H./Laser, H.G.: German Private and Commercial Law. (Oxford: Clarendon Press, 1982) 112.

⁸⁹ Torgans, Kalvis/Bushaw, Amy: Some Comparative Aspects of Contract Law in Civil and Common Law Systems. In: International Legal Perspectives 12 (2001-2002) 37-72.

⁹⁰ See UCC: Section 2-718.

⁹¹ Cohen, Morris R.: The Basis of Contract. In: Harvard Law Review 46 (1933) 553, 586.

government intervention is stronger giving rise to weaker State role in providing efficient contractual remedies⁹².

Comparing the Theoretical Legal Techniques (TLT) and finding *Solutions* to the existing issues with regard to TLT.

As aforementioned in chapter 1, teaching law in a comparative methodology has gained importance worldwide, especially in Europe. Many lawyers and professors are found quite fluent with comparative law thus acknowledging the fact that awareness of both common and civil law is now much more a commonplace phenomenon in the EU. The reason of this commonplace phenomenon is the reality that law has become transnational now. But unfortunately for Asia, especially Pakistan, the field of comparative law is still an exceptional one due to the reason that law is still regarded as domestic discipline. If the law colleges in Pakistan have provided for comparative law studies, the results would have been different today. The limited aspect of teaching comparative laws of only the UK and USA have led to a complete indifference with the world's largest legal system i.e. the civil legal system. Through the example of adoption of the CISG by the EU countries, Asian countries can be compelled into teaching comparative law approach in their teaching institutes; to understand the compromise reached between common and civil legal traditions, and to increase awareness of laws outside the realm of Asia. The awareness in the field of comparative law provides the lawyers with a better solution to the problem, who can then guide his/her clients in the best of their interests. Such kinds of lawyers are sought after by the firms all around the world who are well versed with the laws of different legal systems and know how to apply the best outcome to the benefit of their firm⁹³.

Harm part 3): ⁹⁴Moreover, it is evident that 'the differences that once seemed significant between the civil and the common law are becoming blurred or hazy⁹⁵ and both the legal systems are found to be synchronizing with regards to; sources of law, procedure, drafting techniques and judicial views⁹⁶. This harmonizing or synchronization has promoted the surge for common ground or solutions to common problems existing in differing legal systems. One factor leading to the harmonization is the fact that the common law countries, especially Pakistan, have begun relying on the codified laws by compelling the legislation to make reforms

⁹² Supra 60.

⁹³ Bell, Gary F.: Harmonisation of Contract Law in Asia - Harmonising Regionally or Adopting Global Harmonisations - The Example of the CISG. In: Singapore Journal of Legal Studies 2005/2 (2005) 362-372.

⁹⁴ Nestorovska, Diana. Influences of Roman Law and Civil Law on the Common Law. In: Hanse Law Review 1/1 (2005) 79-88.

⁹⁵ Merryman, J.H.: The Civil Law Tradition. (US: Stanford University Press, 1985) 28.

⁹⁶ Windeyer, W.J.V.: Lectures on Legal History. 2nd Edition. (Australia: Law Book Company, 1957) 47.

since the 19th century. Likewise the Civil Law nations, including France, bears uncodified public law which seems quite bizarre within its highly rational civil legal system and thus, calls for codification of the public law⁹⁷. Another factor is the enhanced judicial acknowledgement of the fact that it is the judges that lend hand in the making of laws, instead of abiding strictly with the precedents alone. This increased judicial acumen has also influenced the judges in France who have shifted their trend of following the strict codal provisions to the enforcement of precedents to help both the courts and lawyers⁹⁸. In addition, several scholars point out that the increased globalization has compelled harmonisation between both the systems. They argue that the rate of increase in international transactions has prompted integration among nations with similar socio-economic and political backgrounds. Furthermore, they posit that simple needs of human beings accompanied with the surge for advancement would show the way to under-developed legal systems to cope up with the developed ones⁹⁹. This would be achieved by way of legal transplants, which means a countries free will or choice to adopt and incorporate a foreign law¹⁰⁰. An example of such a legal transplant can be witnessed in the implementation of American-style constitutionalism in several parts of the world. Lastly, some scholars are of the view that keeping aside the differences of various legal rules; both systems generate outcomes that are similar in consequence, thereby justifying the claims that they are not contradictory.

Although there are several claims made in pursuance of harmonization of both legal systems, yet there are certain common law features that remain indifferent from peripheral changes still to date, for example basic structure, the role of legislation and precedent, its mode of reasoning and its underlying assumptions. They argue that the proponents of harmonization possess a limited understanding of the legal rules and concepts of both the systems¹⁰¹. According to Legrand, 'these two legal traditions reflect two modes of experiencing the world which simply cannot be reconciled. While they may have similar rules, concepts and outcomes, this is peripheral: the key features of the Common Law prevent intermingling on a deeper level'. With respect to the European civil law integration, one of the scholars has posited that the process of harmonization harmonisation is inconsistent as only partial harmonisation is sought after require due to the fact that the European legal system exists alongside the domestic legal systems.

⁹⁷ Pringsheim, F.: The Inner Relationship between English and Roman law. In: Cambridge Law Journal 5 (1933-1935) 347, 350.

⁹⁸ Supra 142.

⁹⁹ Merryman, J.H.: On the Convergence and Divergence of the Civil and the Common Law. In: Stanford Journal of International Law 17 (1981) 360-361.

¹⁰⁰ Brown, L.N.: The Two Legal Traditions: Antithesis or Synthesis. In: Journal of Common Market Studies 18/3 (1980) 249.

¹⁰¹ Supra 146: 252.

Besides the support for harmonization of common and civil legal systems, there exist vivid differences between both the systems with regards to their contract law. The subchapter '*Comparing the Legal Techniques in detail between Pakistan and EU or some specific EU countries*' provides ample proof for the existential differences between the theoretical legal techniques in the contract law of both the systems. These differences in the theoretical legal techniques can thus be used to find out solutions to existing problems in the Pakistani common law based country, where answers to certain legal techniques are found to be absurd and inefficient. The solutions provided by the contract law in Pakistan do contain inconsistencies and demand up to date techniques to resolve matters. Therefore, the contract law of the EU or a specific EU country can be of help. The solutions existing under the EU contract law can be employed or incorporated into the Pakistani contract law through amendment process, which in fact is considered to be a need of the time, as the legislature has never heeded towards the need to keep the contract law up to date. After a thorough examination of the differences and solutions provided for the theoretical legal techniques of both the Pakistan and the EU contract law, the contractual problems of Pakistan can be resolved by employing the EU contract law concepts and solutions into the Pakistani contract law, and even vice versa may be true. Let us see the outcome of this legal transplant or incorporation in detail below.

Definition of Contract

As explained above under sub-chapter 2.1., the meaning of contract is different in both the civil and common legal systems. The EU contract law emphasizes on free will or autonomy of the contracting party forms the basis of a valid contract. The idea of freedom also exists in the common law based Pakistani contract law but this freedom is not related to the free will of the parties, instead it is linked with the freedom of forming a contract alone. The notion of free will of the parties is set aside focusing more on maintaining the economic aspect of a contract. Thus justifying the consent on the basis of objective theory, where only the external will of the parties in the making a contract is taken into consideration, while ignoring their internal will. The heightened utilitarian aspect of contract under Pakistani contract law can be reduced to a lesser level by emphasizing on the need to give privilege to the free will of the parties. In order to ensure that contract is made keeping in mind the autonomy and free consent of the parties, which is otherwise abandoned in an unconventional manner stretching beyond the basic concept of the contract i.e. the *promise*. It is provided expressly in the Second Restatement of Contracts¹⁰² stating, 'the contract is a *promise* or set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way

¹⁰² Available online at <https://www.trans-lex.org/450300/> /american-restatement-2nd-of-the-law-of-contracts/. [Last Accessed 09-01-2020].

recognizes as a duty'. Here again, the significance is given to the promise or set of promises, despite the free will. For making Pakistani contract law more fair and promising, the concept of parties autonomy must be introduced in the contract law.

Consideration

As a matter of fact, the PECL regulated contracts do not require any specific form or proof for evaluating the validity, effectiveness or free will of the parties to substantiate the formation of a contract. Therefore, a contract can be made between the parties either orally or by writing, in addition with electronic correspondence¹⁰³. According to the PECL, *"A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses"*¹⁰⁴. This notion of contractual freedom as to the form of a contract is a commonplace in the EU contract law in contrast with Pakistani contract law, where this requirement is a rare incident. However, recently the trends have changed and slight shifts towards less strict requirements as to the form of contracts are in operation, including the ones related to the sales contracts. The Article 2:101 of the PECL states that the freedom of contract as to its form reduces the strict requirement of a specific form of a contract in such a manner that a contract is deemed valid and effective if the parties intend to remain legally bound after reaching an agreement without any further requirements¹⁰⁵. Thus it can be inferred that a valid contract can be made between the parties without the need of any specific form as required under the Pakistani contract law i.e. the necessity of consideration for a valid contract¹⁰⁶, and under the EU contract law i.e. the requirement of cause¹⁰⁷ for a valid contract. With the changing needs of the market economies, both the system need to incorporate the PECL notion of contractual freedom as to the form a contract in order to make way for easier conclusion of contracts.

Moreover, the strict requirement of consideration in the Pakistani contract law has been under debate as it is no more considered consecrated. In fact this stringent requirement gave rise to problems that hindered the contract formation, which would otherwise be considered as valid agreements. For that purpose, a comparative analysis of consideration and cause has been undertaken above. From that comparison, it can be seen that both of them reflect different ideas as consideration cannot be equated as the cause behind a legally binding contract and therefore, both of them may result in differing solutions for a given problem at times. However, at

¹⁰³ See PECL: Article 1:301.

¹⁰⁴ See PECL: Article 2:101.

¹⁰⁵ Lando, Ole/Beale, Hugh (eds.): Principles Of European Contract Law, Part I And Ii Combined And Revised. (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 561.

¹⁰⁶ See Restatement (Second) of Contracts: Sections 17, 71, 79.

¹⁰⁷ See PECL: Chapter 2.

other times, consideration can be replaced with the concept of cause to help find suitable solution for problems arising under Pakistani contract law based on the relatively liberal interpretation of the idea of *cause* that demonstrates the respect that the EU Contract law holds for the independence, and free will of the parties along with the principle of morality¹⁰⁸.

Furthermore, with the passage of time the compulsory requirement of consideration for a valid contract in the Pakistani contract was steadily softened. The prior requirement of consideration as a must condition in a valid contract has been mitigated over the time, providing that the consideration is deemed to be fulfilled in cases where a promisor aims at gaining some benefit or avoiding any loss. Traditionally speaking, any contract made without consideration between the parties was not considered to have a legal force, i.e. it was not regarded as a valid contract. One such example includes, ‘the promise to maintain an offer for a period of time, unless it is complied with the necessary formalities and if the offeree did not provide Consideration’¹⁰⁹.

The stipulation and effectiveness of the requirement of consideration in the valid contracts have been debatable. In their struggle to deal with modern theories and redress unfairness, the courts have erased the concept of negotiated exchange and benefit from the contracts. In fact, the courts struggled to implement such agreements that met all the requirements of a binding contract, besides the element of consideration. From this, the courts concluded that formal prescription of this requirement is sufficient to conclude a valid contract, even though there exist no actual exchange or benefit between the parties. At present, the requirement of consideration is regarded as a mere proof of the intent of the parties to stay legally bound by their contract, that is to say, consideration has lost its essential value in both the commercial as well as written contracts¹¹⁰. As it is regarded as an element that proves the validity of a legally binding contract, it seems to have been replaced by the element of *intention of the parties* to be legally bound. This requirement is represented in the cases referred to in written form. Thus, if the promisor makes a promise with the intention to be legally bound, and this creates a legitimate expectation in meeting the promise, the act will be considered formally binding. It is irrelevant whether the promisor had any claim from the promisee or if he did promise considering a benefit from it.

Privity of Contract

The concept of privity of contract was originally established under the common law regime as it centers more on the core issue determining the party suited to file for

¹⁰⁸ Supra 79:118.

¹⁰⁹ English Law Revision Committee: The Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration, 1937 (Cmd 5449) 24.

¹¹⁰ See Rann v Hughes, 1778 (7 TR 350).

damages, instead of determining the rights of parties under a contract. However, this concept has raised concerns and issues over the last few decades causing inconvenience to the market practice. Resultantly, many common law countries have adopted legislation acknowledging the rights and benefits of the third parties¹¹¹. On 11 November 1999, the Contracts (Rights of Third Parties) Act received the Royal Assent thus removing the doctrine of the privity¹¹². This Act aimed at introducing contracts for the benefit of third parties into the common law.

With the passage of time, the rigidity in this stringent concept of privity of contract diminished. This led the courts in Pakistan to give rights to third party so that the contracting party may protect themselves from any unnecessary litigation. A deeper analysis of several case laws made it even clearer that besides the increased recognition of the concept of privity of contract, efforts were in process for protection of third party rights. These efforts towards recognition of the rights of the third parties were imported from the EU civil law system. The courts in Pakistan and other common law countries have already intentionally acknowledged the rights and benefits of the third party under certain exceptional circumstances. Both the precedents and Statutes favored the idea of conferring the rights to third party in instances where its interest is directly involved. This recent enhanced acknowledgement of the rights of third parties by the Pakistani contract law spares the courts from numerous unnecessary litigations on a day-to-day basis.

Duty to Perform and Good faith

As aforementioned, the performance of a contract must be done within the stipulated time or within a reasonable time. The issue however arises with the Pakistani contract law when the performance is deemed to be done within a reasonable time. It is the duty of the court to declare the reasonability of performance in case a party fails to do so. In such matters, instead of seeking the courts help, it is worthwhile to endorse the idea of the EU contract law. By EU contract law, the parties are bound to perform the contract within the stipulated time period or otherwise they face a ‘notice of default’ which provides a particular grace period in which performance must be done. The inclusion of the concept of ‘notice of default’ within the Pakistani contract law can help clarify the period of performance, resulting in better achievement of contractual goals. Moreover, the idea of importing the duty of good faith from the EU contract law into the Pakistani contract law is open to debate. As Pakistan follows the English law, it can be seen that historically common law was more antagonistic to the ideal of good faith in contracts i.e. ‘adamantly refusing to recognize any such duty of

¹¹¹ For instance: New Zealand has Contracts Privity Act 1982.

¹¹² Dean, M.: Removing a Blot on the Landscape - The Reform of the Doctrine of Privity. In: Journal of Business Law (2000) 143-152.

good faith whatsoever¹¹³. As a matter of fact, England was a rare common law jurisdiction found in the EU prior to the Brexit. Therefore, it was not difficult to understand the import of this concept into the English legal system¹¹⁴. However, there was reluctance in the complete adoption of this in England earlier, but recent decisions passed by the English courts suggest that it is becoming friendlier to the concept and application of the duty of good faith in contract law¹¹⁵. The same ideal of good faith is applied in Pakistani contract law by the courts by providing the parties with such terms which they would have not otherwise foreseen¹¹⁶.

Force Majeure / Frustration of contract

The courts in Pakistan do not possess the authority to either alter or modify the contract under changing circumstances as provided to the courts in the EU civil legal countries. Unlike the EU contract law, the common law based Pakistani contract law also bears no clear or definite meaning of the term 'force majeure'. Therefore, when the parties enter into a contract in Pakistan, they have to clearly specify such events that account for force majeure in the contract excluding their accountability for non-performance. This leads to extensive and lengthy force majeure clauses in the Pakistani contracts, as the parties aim to include all such force majeure events in the contract as possible. In the event of force majeure, the contract between the parties is regulated according to the already stipulated force majeure clauses in the contract or otherwise the issue is settled by the court that either modifies or terminate the contract, as it deems fit.

While, the EU contract law applies a totally different connotation to the concept of force majeure, which is only applicable in situations of substantial impossibility of contractual performance. In that sense, the EU contract law concept *force majeure* is different from that of the Pakistani contract law concept of *frustration*. In addition, the EU contract law does not recognize a long list of force majeure events, and thus the contracts in the EU are comparatively less extensive than the Pakistani contracts. Where there is a substantial change in the economic conditions, the EU contract law applies the doctrine of changed circumstances i.e. *clausula rebus sic stantibus*. It means that the EU contract law functions independently of any party agreement in cases of force majeure, thereby protecting the parties from any loss even if there is no force majeure clause in the contract. As the EU contract law is based on the ideal of fault for determining liability, the force majeure events would lead to exemption from performance to the party in question. Whereas the Pakistani contract law does

¹¹³ Farnsworth, E. Allan: A Common Lawyer's View of His Civilian Colleagues. In: Louisiana Law Review 57/1 (1996) 235.

¹¹⁴ The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, 1994.

¹¹⁵ See Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation, 2013. EWHC (QB) 111.

¹¹⁶ Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R.: Contract and Fiduciary Duty. In: Journal of Law and Economics 36/1 (1993) 425.

not recognize the concept of fault for liability, therefore the whole contract would be terminated without excusing any party for non-performance¹¹⁷.

In order to find a resolve to the instances of *frustration* under Pakistani contract law, the doctrine of *force majeure* from the EU contract law can be employed. This incorporation can help the parties in Pakistan to conclude contracts entailing less lengthy details for force majeure clauses, along with the facilitation of such clauses through courts in case the parties forgot to mention them at the time of concluding the contract. Moreover, if the Pakistani contract law replaces its concept of frustration with that of force majeure, it would save the parties from facing termination of the whole contract in such events. Resulting in the exoneration of liability of the party required to perform the contract and if the parties so desire, they may continue the same contract once the events of force majeure are removed.

The replacement of the frustration clause by force majeure clause in the Pakistani contract law bears multiple benefits. Firstly, this clause entails the idea of suspension of the contract for a limited period of time on the happening of a force majeure event¹¹⁸. Secondly, it provides the parties with the opportunity to flee from the restrictive view of the concept of frustration. Thirdly, it possesses remedial flexibility i.e. the parties to the contract are provided with the opportunity to decide what would happen in cases of force majeure events¹¹⁹. Similarly, the incorporation of hardship clauses¹²⁰ in the contracts at the time of conclusion also gives parties the advantage to continue their contractual relationship based on different terms and conditions, which the traditional Pakistani contract law (specifically common law) does not allow, as the courts in Pakistan possess no authority to alter the contracts with the changing circumstances¹²¹. Moreover, the intervener clause also reflects much similarity to the hardship clause with the exception that it authorizes a third party e.g. an arbitrator to decide the matter between parties to the dispute. The decision of the arbitrator is considered final and authoritative; in case the parties fail to come up with a mutually agreed solution¹²².

Moreover, there have been attempts to harmonize the rules related to force majeure within the Member States of the EU. According to the European Commission “*force majeure is not limited to absolute impossibility but must be understood in the sense of unusual circumstances, outside the control of the trader, the consequences of which, in spite*

¹¹⁷ Mulcahy, L.: Contract Law in Perspective. (London, Routledge, 2008) 127.

¹¹⁸ Supra 163: 133.

¹¹⁹ CARTWRIGHT, J.: Contract Law - An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer. (Oxford: Hart Publishing, 2013) 260.

¹²⁰ Supra 163: 136.

¹²¹ Mckendrick, E.: Contract Law, Text, Cases and Materials. (Oxford: Oxford University Press, 2012) 402.

¹²² Papp, Tekla: Frustration and Hardship in Contract Law from Comparative Perspective. In: Acta Juridica et Politica 7 (2014) 421-430.

of exercise of all due care could not have been avoided except at the cost of excessive sacrifice"¹²³. However, the Commission makes clear that the concept of force majeure in European law may not be the same as that in the national laws of the member states.

Breach of Contract and Remedies

The stringent concept of strict liability in the Pakistani contract law for the breach of contract has recently been mitigated. This alleviation has been witnessed in the instances of unforeseeable circumstances at the time of the formation of a contract and due to the EU contract law ideals of requirement of fault for liability. The German Civil Code states that "the debtor is responsible for deliberate acts and negligence"¹²⁴ and that "the debtor is not in default as long as the performance does not take place because of a circumstance for which he is not responsible"¹²⁵. This condition of fault to justify liability for breach of contract seems to be reasonable and should be incorporated in the Pakistani contract law to minimize strict liability and promote rational basis for enforcing liability clauses.

Moreover, the difference between liquidated damages and penalties in the Pakistani contract law also creates confusion and interpretation issues. Whilst the liquidated damages signify genuine estimation of the harm suffered by a party, the penalties stand for extravagant and excessive amount in contrast with the loss that could have happened by the contract breach¹²⁶. In consequence thereof, the courts are reluctant in enforcing penalties and allow liquidated damages as suitable remedy to the affected party from breach. The Pakistani contract law can employ the EU contract law methodology in handling with the issue of breach of contract. The EU law, especially the French law, uses the term 'clause penale'¹²⁷ which specifies the amount of money that the creditor secures from the debtor in case he fails to perform his part of the contract. This amount should be in accordance with the estimated loss endured by the aggrieved party¹²⁸, and can be mitigated by the court under such circumstances as it deems fit or where such amount stands in sheer contrast with the notion of good faith¹²⁹.

¹²³ See Notice 88/C259/07; OJ C259/11. Also the European Court of Justice has established rules on force majeure in these cases 284/82 Bussoni, ECJ 1984 557 and 209/83 Valsabbia ECR 1984 3089.

¹²⁴ See German Civil Code: Section 276.

¹²⁵ See German Civil Code: Section 285.

¹²⁶ Beale, Hugh: Chitty on Contracts. 25th Edition. (London: Sweet & Maxwell, 1983) 958.

¹²⁷ Schlesinger et al, R.B.: Comparative Law. (New York: The Foundation Press, 1998) 681.

¹²⁸ Benjamin, Peter: Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law. In: The International and Comparative Law Quarterly 9/4 (1960) 600.

¹²⁹ Zimmermann, R./Whittaker, S.: Good Faith in European Contract Law. (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 8-16.

Summary

In the end, let's review the paper in brief. It can be said that while studying or analyzing the law in a comparative aspect, there may arise situations in which a same legal term gives rise to multiple meanings or several different legal terms result in same legal effect. Such situations may lead to confusion for the law practitioners or their clients. The reason for this confusion is the fact when either a civil lawyer faces common law issues or vice versa. Although certain problems find similar solutions in both the legal systems, yet it cannot be denied that both systems differ from each other in their legal structure, classification, fundamental concepts, or terminology etc. All these differences cannot be addressed in any single piece of research work, or even books¹³⁰ of comparative law. Moreover, any attempt to give superiority based on their significance to these differences between both the legal systems would be an uphill task. Hence, this chapter offers a coordinated account of differences among the various theoretical legal techniques between the contract law of the common and civil legal systems e.g. definition of contract, consideration, doctrine of privity of contract, duty to perform and good-faith, frustration of contract/force majeure, breach of contract and remedies. While reflecting upon these differences, it becomes clear that these conceptual differences give rise to a similar pattern in certain situations. In other situations, the differences can be employed or imported into the legal systems of one-another to find a better solution to the existing issues. To be specific, examination of two systems of contract law - Pakistan and the EU - reveals several differences based on the fact that the two different legal systems possess different histories and traditions. Yet the significance of these differences depends, most likely, on their potential to pave way for solutions to the existing problems. Sometimes these differences are not so obvious to the Pakistani or the EU lawyer. They may be shocked when they realize that their legal systems do not provide same meaning for certain fundamental terms like the definition of a contract, as aforementioned. However, the existence of these differences pave the way for finding common solutions or common ground for harmonizing the laws among different legal jurisdictions. Such efforts account valuable for many reasons. Firstly, such efforts provide a platform for the lawyers and academics to understand the difference of legal language through debates or consultation in order to remove any confusions or misunderstandings. Secondly, these efforts bring the lawyers and academia into contact with new ways of dealing with a common issue and finding a common solution to that issue. Thirdly and finally, these efforts point towards the ultimate goal of convergence of these two different legal systems in certain aspects¹³¹.

¹³⁰ See, for example: Zweigert, K./Kotz, H.: Introduction to Comparative Law. Third Edition. (Oxford: Clarendon Press, 1998).

¹³¹ Supra 135.

References

- Pejovic, Caslav: Civil Law And Common Law: Two Different Paths Leading To The Same Goal. In: *VUWLR* 32 (2001) 817-841, esp. 818.
- Moor, A. De: Contract and Agreement in English and French Law. In: *Oxford Journal of Legal Studies* 6/2 (1986) 275, 281–282.
- Rowan, S.: Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance (Oxford: Oxford University Press, 2012) 117–118.
- Valcke, C.: On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory. In: *Journal of Comparative Law* 4/1 (2009) 69.
- Miller, L.: Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study. In: *International and Comparative Law Quarterly* 53/1 (2004) 79.
- Miller, L.: Specific Performance in the Common and Civil Law: Some Lessons for Harmonisation. In: Giliker, P.: *Re-examining Contract and Unjust Enrichment: Anglo-Canadian Perspectives*. (Leiden: Brill, 2007) 281, 287–288.
- Mariana, Pargendler: The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. In: *Yale Journal of International Law* 43/1 (2018) 143-190.
- Hyland, Richard: Pacta Sunt Servanda: A Meditation. In: *Virginia Journal of International Law* 34/2 (1994) 405, 406.
- DiMatteo, Larry/ Hogg, Martin: *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. (Oxford: Oxford University Press, 2016) 2-5.
- Spamann, Holger: Contemporary Legal Transplants: Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law. In: *BYU Law Review* (2009) 1813-1815.
- Nicholas, Barry: Rules and Terms-Civil Law and Common Law. In: *TUL. Law Review* 48 (1974) 946, 946.
- Moss, Giuditta Cordero: *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*. 1st Edition. (Cambridge: Cambridge University Press, 2011) 181-82.
- Whitman, James Q.: The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. In: *Yale Law Journal* 113/6 (2004) 1151, 1163.
- Cabulea, Oana-Bianca: Voluntary Sources of Obligations: Comparative Perspective: Common Law and Civil Law Systems. In: *Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia* 21 (2018) 9-26.
- Larroumet, C.: Detrimental Reliance and Promissory Estoppel as the Cause of Contracts in Louisiana and Comparative Law. In: *TUL. Law Review* 60 (1986) 1209.
- Calleros, Charles R.: Introducing Civil Law Students to Common Law Legal Method through Contract Law. In: *Journal of Legal Education* 60/4 (2011) 641-663.

- Dawson, John P.: *The Oracles of the Law*. Revised Edition. (California: Greenwood Press, 1978) 390-93.
- Calleros, Charles R.: *Law School Exams: Preparing and Writing To Win*. 2nd Edition. (US: Aspen Publishers, 2007) 36-41.
- Nicholas, Barry: *The French Law of Contract*. 2nd Edition. (Oxford: Clarendon Press, 1992) 120-22, 125-26.
- Jr. Holmes, Oliver Wendell: *The Common Law*. (US: Dover Publications, 1991) 293-94.
- Akbar, Muhammad Kamran: *Legal Value of Third Party Right over a Valid Contract*. In: *Journal of Applied Environmental and Biological Sciences* 7/7 (2017) 177.
- Schlesinger et al, R.B.: *Comparative Law*. (New York: Foundation Press, 1998) 493.
- Trietel, G.H.: *The Law of Contract*. 9th Edition. (London: Sweet & Maxwell, 1995) 743.
- Zimmermann, Reinhard/Whittaker, Simon: *Good Faith in European Contract Law*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 15.
- Kennedy, Duncan: *Form and Substance in Private Law Adjudication*. In: *Harvard Law Review* 89/8 (1976) 1685-1778.
- Ebke, Werner F./ Steinhauer, Bettina M.: *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*. In: *Beaton, Jack/Friedmann, Daniel: Good Faith and Fault in Contract Law*. (Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012) 171.
- Beale, H.G.: *Chitty on Contracts*. (London: Sweet&Maxwell, 2012) 1636.
- Denny, Mott and Dickson Ltd v James Fraser & Co Ltd [1944] Ac 265. In: *FURMSTON, M. P.: Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*. (Oxford: Oxford University Press, 2007) 725.
- Murray, R.: *Contract Law - The Fundamentals*. (London: Sweet&Maxwell, 2011) 299- 304.
- Halson, R.: *Contract Law*. (London: Pearson Higher Education, 2013) 423-425.
- Koffman, L. & Macdonald, E.: *The Law of Contract*. (Oxford: Oxford University Press, 2010) 514-522.
- SMITH, S.A.: *Aliyah's Introduction to the Law of Contract*. (London: Clarendon Press, 2005) 184.
- Chen-Wishart, M.: *Contract Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2010) 318.
- Duxburry, R.: *Contract Law*. (London: Sweet&Maxwell, 2011) 241.
- Mckendrick, E.: *Contract Law*. (London: Palgrave Macmillan, 2011) 256.

Mulcahy, L.: *Contract Law in Perspective*. (London-New York: Routledge-Cavendish, 2008) 127. Brownsword, R.: *Smith & Thomas: A Casebook on Contract*. (London:

Sweet&Maxweel, 2009) 701.

Uribe, R.M.: *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts - Comparative perspectives*. (Cambridge-Portland: Intersentia-Antwerpen, 2011) 14.

Farnsworth, E.Allan: *Contracts*. 2nd Edition. (Boston: Little, Brown, 1982) 843.

Mehren, A.Von/ Gordley, J.: *The Civil Law System*. 2nd Edition. (Boston: Little, Brown and Company, 1977) 1106.

Horn, N./ Kotz, H./Leser, H.G.: *German Private and Commercial Law*. (Oxford: Clarendon Press, 1982) 112.

Torgans, Kalvis/Bushaw, Amy: *Some Comparative Aspects of Contract Law in Civil and Common Law Systems*. In: *International Legal Perspectives* 12 (2001-2002) 37-72.

Cohen, Morris R.: *The Basis of Contract*. In: *Harvard Law Review* 46 (1933) 553, 586.

Bell, Gary F.: *Harmonisation of Contract Law in Asia - Harmonising Regionally or Adopting Global Harmonisations - The Example of the CISG*. In: *Singapore Journal of Legal Studies* 2005/2 (2005) 362-372.

Nestorovska, Diana. *Influences of Roman Law and Civil Law on the Common Law*. In: *Hanse Law Review* 1/1 (2005) 79-88.

Merryman, J.H.: *The Civil Law Tradition*. (US: Stanford University Press, 1985) 28.

Windeyer, W.J.V.: *Lectures on Legal History*. 2nd Edition. (Australia: Law Book Company, 1957) 47.

Pringsheim, F.: *The Inner Relationship between English and Roman law*. In: *Cambridge Law Journal* 5 (1933-1935) 347, 350.

Merryman, J.H.: *On the Convergence and Divergence of the Civil and the Common Law*. In: *Stanford Journal of International Law* 17 (1981) 360-361.

Brown, L.N.: *The Two Legal Traditions: Antithesis or Synthesis*. In: *Journal of Common Market Studies* 18/3 (1980) 249.

Lando, Ole/Beale, Hugh (eds.): *Principles Of European Contract Law, Part I And Ii Combined And Revised*. (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 561.

English Law Revision Committee: *The Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration, 1937 (Cmd 5449)* 24.

Dean, M.: *Removing a Blot on the Landscape - The Reform of the Doctrine of Privity*. In: *Journal of Business Law* (2000) 143-152. ¹ Farnsworth, E. Allan: *A*

- Common Lawyer's View of His Civilian Colleagues. In: *Louisiana Law Review* 57/1 (1996) 235.
- Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R.: Contract and Fiduciary Duty. In: *Journal of Law and Economics* 36/1 (1993) 425.
- Mulcahy, L.: *Contract Law in Perspective*. (London:Routledge, 2008) 127. ¹
- CARTWRIGHT, J.: *Contract Law - An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*. (Oxford: Hart Publishing, 2013) 260.
- Mckendrick, E.: *Contract Law, Text, Cases and Materials*. (Oxford: Oxford University Press, 2012) 402.
- Papp, Tekla: Frustration and Hardship in Contract Law from Comparative Perspective. In: *Acta Juridica et Politica* 7 (2014) 421-430.
- Beale, Hugh: *Chitty on Contracts*. 25th Edition. (London: Sweet & Maxwell, 1983) 958.
- Schlesinger et al, R.B.: *Comparative Law*. (New York: The Foundation Press, 1998) 681.
- Benjamin, Peter: Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law. In: *The International and Comparative Law Quarterly* 9/4 (1960) 600.
- Zimmermann, R./Whittaker, S.: *Good Faith in European Contract Law*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 8-16.
- International Institute for the Unification of Private Law: *UNIDROIT - Principles of International Commercial Contracts*, 1994.
- Zweigert, K./Kotz, H.: *Introduction to Comparative Law*. Third Edition. (Oxford: Clarendon Press, 1998).

Hassan Amna

Comparative analysis of the Theoretical Legal Techniques (TLT) between EU and Pakistan

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.105-134

MAKÁCS ADRIENN*

*The codification of Hungarian private law on the turn of the 20th century:
the first text of the Szászy-Schwarz Gusztáv inheritance law draft*

Abstract: During at the beginning of the 20th century, the codes regulating private law relations came into force one after the other in the developed European countries, after the failure of previous attempts, Hungary still did not have a unified civil code at this time, some areas of private law were regulated by different legal acts. With the aim of codifying the entire private law, the Hungarian Minister of Justice appointed a committee to draft the Civil Code, the inheritance law part of which was entrusted to Gusztáv Szászy-Schwarz professor. This dissertation deals with the first text of the inheritance law part of the forthcoming Civil Code, developed by Gusztáv Szászy-Schwarz, highlighting certain defining stages of the reserved portion.

Keywords: Civil Code, legal history, 20th century, inheritance law, reserved portion.

Absztrakt: Mialatt a XX. század elején a fejlett európai országokban sorra léptek hatályba a magánjogi viszonyokat rendező kódexek, a korábbi próbálkozások kudarcba fulladása után Magyarországnak ezidőtájt még mindig nem volt egységes polgári törvénykönyve, a magánjog egyes területeit különböző jogszabályok rendezték. A magyar igazságügyminiszter célba véve a teljes magánjog kodifikációját bizottságot nevezett ki a polgári törvénykönyv megszerkesztésére, amelynek öröklési jogi részével Szászy-Schwarz Gusztáv egyetemi tanárt bízta meg. Ez a dolgozat a készülő polgári törvénykönyv Szászy-Schwarz Gusztáv által kidolgozott öröklési jogi részének legelső szövegével foglalkozik, kiemelve a kötelelesrészre való jogosultság egyes meghatározó szakaszait.

Kulcsszavak: Polgári Törvénykönyv, jogtörténet, XX. század, öröklési jog, kötelelesrész

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.135-156

Introduction

Two months after Szilágyi Dezső, Minister of the Interior, in his budget speech held on 5 February 1890, related to the codification works ordered as a guideline to avoid the separate establishment of inheritance law and family law, he commissioned Grossschmid Béni, Králik Lajos, Sipőcz László, as well as Győri Elek to elaborate the complete family law, as a consequence of which works the articles on Matrimonial Law, Children's Religion and the Keeping of State Registers entered

* dr. Makács Adrienn Deputy public notary public, Doctoral Student, University of Miskolc, Ferenc Deák Doctoral School of Law, Institution of Civil Law Sciences, Department of Civil Law, Supervisor: Prof. Dr. Barzó Tímea, full professor, adrienn.m9@gmail.com.

into force,¹ however, the complete family law draft never became effective. After the failure of the partial codification, the newly appointed Minister of Justice – Erdély Sándor – targeting the codification of the complete private law, appointed a new committee to edit the Civil Code. The legislation process started on 16 October 1895² with the participation of Grossschmid, Sipőcz László, Imling Konrád, Thirring Lajos and Szászy-Schwarz Gusztáv – the latter responsible for the inheritance law part. At this phase of the codification of private law, it is worth inspecting more closely the first published version of the Szászy-Schwarz Gusztáv draft, whose recognition was well deserved, paying special attention to its reception.

Intestate succession and reserved portion in the first text of the inheritance law draft of the Hungarian general Civil Code

As a result of the committee's work, the first complete draft of the codex was published already in 1900, with the title: 'The draft of the Hungarian general Civil Code, First Text'.³ Inheritance law got its place in the last, fifth part of the draft in Sections 1794-2043. Following this, Szászy-Schwarz Gusztáv published his justification written to the inheritance law part in 1902 in a unitary work about the lineal succession and together with his works about the criticism of the 1894 draft of matrimonial law.⁴

The 249 Sections of the inheritance law part do not seem a lot, however, the draft besides being easy to understand, it words clearly and unambiguously, providing a comprehensive legislation. Szászy-Schwarz Gusztáv's inheritance law draft shows that its author prepared it based on a serious research, with his progressive spirit taking into consideration both the contemporary European legislation and the legislation system of Hungarian inheritance law developed so far and its practice as well.⁵ As opposed to Teleszky, he would have preserved lineal succession and dower in legislation, somehow differently from the dispositions of the effective law (the ITSZ, that is, Temporary Legislative Rules). The German BGB entering into force on 1 January 1900 had a tangible influence on Szászy-Schwarz'

¹ Article XXXI of 1894 on Matrimonial Law, Article XXXII of 1894 on Children's Religion, Article XXXIII of 1894 on State Registers.

² MOSCOWITZ I.: A magyar általános polgári törvénykönyv tervezete. A jog, 1900/45,321.

³ A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezete. Első szöveg. Budapest, Grill Károly Cs. és Kir. Udv. könyvkereskedése, 1900.

⁴ Schwarz G.: Codificationalis dolgozatok. Budapest, Grill Károly cs. és kir. udvari könyvkereskedése, 1902.

⁵ He himself declared that the good national codification is which '(...) we create based on our already existing law, in accordance with the pace of our own needs, with our best powers. Where our existing law is not suitable for our needs, we have to modify it, and if it cannot be done this way, it has to be rejected; and in this case, if our needs are identical with those of the foreigners', let us take the best of the foreign example. (...)'

See: Schwarz G: Ujabb magánjogi fejtegetések. Politzer Zsigmond és fia kiadása, Budapest, 1901, 177.

draft, one visible sign of this can be recognised in the settlement of the institutions of unworthiness and disinheriting. Szászy-Schwarz prepared the intestate succession, or as the draft says, 'lawful succession'⁶ in accordance with the ITSZ. According to the draft, the testator's inheritors were primarily his/her children in equal proportions among themselves based on the principle of substitution (Section 1804), while in the absence of descendants, the widow would have inherited the complete estate after giving out the burden of the lineal succession. In the absence of a surviving spouse the testator's parents would have been entitled to the half of the inheritance each based on the principle of substitution, in addition, if not even greatgreat-grandparents descendant had been left, then the state treasury would have inherited (Sections 1806-1810).

The dower would have been due to the surviving spouse who was living in a legitimate marriage with the testator, and the suit to separate from bed and table had not been initiated at the moment of the death (Section 1817); and its extent was the usufruct on half of the complete inheritance. It is important to highlight that although the text of the draft does not emphasize, but the usufruct inheritable with the dower would have been due only to the widow – as it was up to that time – that is, widowers in case of descendants would not have inherited from the deceased woman's estate according to the draft.⁷ According to the ITSZ, the widow was entitled to usufruct on the complete estate, Szászy-Schwarz also thought of introducing this in his first draft, which he later modified in order to avoid the exaggerated inheritance of the spouse.⁸

As opposed to the German BGB, Szászy-Schwarz saw it more favourable if the additional support to the widow was materialised not in estate in property, but in usufruct. According to his opinion, in countries similar to ours, with smaller capital income, the property provided as dower would be insufficient for the surviving spouse to properly cover her own and her children's outgoings and to continue the lifestyle they are used to, providing usufruct of a greater extent seems to be much more suitable for this purpose. As a further advantage, he mentioned that by providing property in assets the estate accumulated by the testator would get into the hands of strangers – that is to the possession of the wife's family – which no

⁶ Because 'he regards the word legal the opposite of illegal.' See: SCHWARZ G.: *Codificationalis dolgozatok*...413.

Misner Ignác did not approve the use of the expression lawful instead of legal. According to his supportable opinion, there is no reason neither grammatically, nor considering the legal practice because of which the expression legal should be rejected; as opposed to this, lawful could lay the foundation for contradictions in the future. See: MISNER I.: *A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének a házastársi és özvegyi öröklést tárgyozó rendelkezései. Ügyvédek lapja, 1901/2,5.*

⁷ Lásd: *A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Ötödik füzet. Kiadja a Jogtudományi közlöny szerkesztősége, Budapest, Franklin-társulat, 1899, 7-8. és Schwarz G.: Codificationalis dolgozatok... 449.*

⁸ *A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Ötödik füzet. 8.*

one could wish for.⁹ Szászy-Schwarz remarked that it has to be born in mind that lineal succession and the dower go together if we wish to preserve lineal succession, thus if the estate consisted completely or in majority of the lineal estate, in case of providing property the widow would not inherit anything after her husband, while if the legislator provides usufruct as dower, this could not happen. One can fully agree with the reasoning, it is indeed true that there is a connectivity between lineal succession and the dower, but only if we consider the institution of lineal succession to be maintained in any case. In the absence of lineal succession the form of the dower would be completely all the same, however, we have to insist by all means that the estate gained from the testator's family should return, then the usufruct is more appropriate than providing property.

Szászy-Schwarz would have modified the rules of lineal succession so that the grandparents could not have validated their lineal claims if the testator had parents or descendants (Section 1812), as well as the value that came to the possession of the testator 32 years before his/her death could not have been demandable on account of lineal succession (Section 1815).

Szászy-Schwarz would have kept the legal institution of the reserved portion, because 'it would be an exaggeration to let the testator's will completely free and to allow that short-sightedness or malice completely take away the inheritance from the people who, according to the general feeling, are entitled to it.'¹⁰ He tried to shape the legislation of the legal institution after the model of the contemporary foreigner private law codices and he would have provided the reserved portion to the testator's descendants, parents and similarly to Teleszky, to the surviving spouse.

The descendants' reserved portion was determined as the half of their intestate portion (Section 1953). In order to provide testamentary freedom and to protect children's interests, Szászy-Schwarz thought that it is better to share the assets between two interests so that the parents can dispose of the half, and the legislator can dispose of the other half according to his will.¹¹

The parents' reserved portion was also determined based on this reasoning, namely the half of the lineal assets that passed from them or from their ancestor thirty-two years prior to the testator's death made up their due reserved portion. (Section 1955). This would have meant that if the majority of the estate was acquired or did not contain any lineal assets, then according to Szászy-Schwarz, the testator's parents would not have had a reserved portion.

The legislation of the surviving spouse's reserved portion had been undergoing significant changes starting from its constant committee sessions to its first text. Szászy-Schwarz divided the surviving spouse's reserved portion into two parts: on the one hand, the matrimonial reserved portion, which would have been due to the

⁹ Schwarz G.: Ujabb magánjogi fejtegetések... 193-194.

¹⁰ A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Ötödik füzet. 15.

¹¹ Schwarz G.: Codificationalis dolgozatok... 681.

spouse in the absence of descendants, on the other hand, the reserved portion of the widowed, to which they would have been entitled with descendants. Originally, Szászy-Schwarz would have like to have provided property as reserved portion to the testator's spouse who deceased without descendants – as he/she inherited that in the absence of descendants –, namely half of his/her due portion, while he would have provided a decent maintenance to the widow who had descendants.¹² The idea was not fully supported regarding the matrimonial reserved portion on the 51th session of the committee held on 23 September 1898. Vavrik Béla for example pointed out that where the testator did not make his will in the spouse's favour, there the family relationship assumedly had broken up and it would not be fair to force the testator 'to give a share to the unworthy spouse against his decency or to drag the hidden secrets of the family to the public eye in the form of disinheriting.'¹³ Instead of property, Vavrik found it more appropriate to provide usufruct after a certain percentage of the inheritance to the widowed; in addition, he agreed with the widow's usufruct to be provided for the widow.

Grosschmid again would have found the division based on the origin of the testator's assets more appropriate regarding the legislation of testamentary rights and the reserved portion; in addition, he would have found the decent maintenance of the widow sufficient.

Similarly to Vavrik, Thirring Lajos also considered a lifelong usufruct provided after a certain portion of the inheritance as the good solution, but he highlighted that men and women should equally be entitled to it, Lányi Bertalan, as the presiding chairman of the session, also joined this opinion.¹⁴ The final agreement among the participants – including the presenting Szászy-Schwarz – was that the spouse's reserved portion was determined in lifelong usufruct besides what he/she would have inherited without a will, in addition, the widow could claim a decent maintenance on the basis of the dower.¹⁵ We find something different in the text of the draft published a year later, according to which the testator's spouse, if according to the intestate succession she would be the inheritor, is entitled to the usufruct after the half of the complete estate (Section 1954), in addition, the widow would be entitled to a decent maintenance if she were not entitled to the matrimonial reserved portion during her widowhood with the provision that she would be entitled to it together with the parents' reserved portion (Section 1958). The above mentioned meant that the widow could continue her usual way of life

¹² A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Ötödik füzet. 20.

¹³ A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Ötödik füzet. 23.

¹⁴ A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Ötödik füzet. 25-26.

¹⁵ A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Ötödik füzet. 27.

both with children and if there were no descendants and the estate consisted mainly of lineal assets.

The settlement of disinheriting and unworthiness in the first Szászy-Schwarz draft

Szászy-Schwarz ordered to regulate unworthiness and disinheriting as separated, differently from the effective ITSZ, referring back to the dispositions of the Tripartitum, allowed the exclusion of descendants and parents from their legal portion and which reasons for exclusion were the mixed legal institutions of unworthiness and disinheriting. Szászy-Schwarz mentions in the justification of the draft¹⁶ that despite the fact that the effective legislation does not know unworthiness, the legal institution is not unknown in Hungarian law, because the practice introduced it by means of analogue law application. The legislation of unworthiness in the draft and the commentary attached to are equally clear, understandable for everyone. Szászy-Schwarz highlighted that the separate legislation of disinheriting and unworthiness is necessary, because there are cases deemed serious by society in which the unworthy persons' inheriting would cause a real 'public scandal',¹⁷ while in the cases belonging to the circle of disinheriting, the testator can decide how much the given act had hurt his/her piety. According to Szászy-Schwarz, it would be a mistake to preserve only one or the other institution exclusively, because it would not give a satisfactory solution along the division of acts belonging to their circle of legislation, as unworthiness attitudes aim against public interests, while disinheriting attitudes aim against private interests.

Taking the above mentioned into account, he qualified the committers of the following cases as unworthy of inheriting:

'Section 1795 Unworthy of inheriting is:

- 1. who had sought the testator's life;*
 - 2. who had deliberately made the testator perpetually unable to, or by threat or deceit he/she persuaded the testator illegally or prevented him/her to make or withdraw a disposition of property upon death;*
 - 3. who, related to the testator's disposition of property upon death, had committed some crime conflicting Sections 391-406 of Article V of 1878.*
- He/she who has been forgiven by the testator is not unworthy.'*

Apparently, all three circles of unworthiness are specifically matched with committing a crime. The first point referring back to implemented or attempted murder, the second one referring back to physical assault, the third one referring

¹⁶ Schwarz G.: Codificationalis dolgozatok... 401.

¹⁷ Schwarz G.: Codificationalis dolgozatok... 404.

back to the dispositions of the then effective Csemegi Codex¹⁸ based on the forgery of private and public documents regulated the legal institution of unworthiness. The difference between the second and the third point is that while the acts written in the second point could be realised with the use of violence or threat paralysing the will directly between the unworthy inheritor and the testator; in the cases belonging to the circle of the third point unworthiness could be established indirectly – via the application of a false or falsified authentic instrument, that is, without violence or threat.

Actually just by committing the above-mentioned acts, inherent with unworthiness, serious crimes would have been realised, thus it is true that the public interest would be seriously hurt. Szászy-Schwarz – as Teleszky too – would have included in the text of the law that ‘Unworthiness ex officio is not to be taken into account’ (Section 1796), which meets the requirements of legal security much more than the effective, or our civil codices effective since 1959, which state who and when has the right to refer to unworthiness, and not directly stating the fact that the court (notary public) ex officio cannot take it into consideration. These latter solutions do not highlight the important element of unworthiness that the legal institution does not prevail ipso iure.

Szászy-Schwarz regulated the disinheriting attitudes separated in cases of descendants, parents and spouses.

He would have ordered the legislation concerning descendants as follows:

’Section 1976 The reserved portion can be taken away from the offspring:

- 1. if he/ she had sought the testator’s life or his/ her offspring’s or spouse’s or parent’s life, or had committed any other crime or serious misdemeanour of other nature against them;*
- 2. if he/ had violently physically assaulted the testator;*
- 3. if he/ she had seriously violated his/ her obligation to look after the testator; or*
- 4. if he/ she obstinately pursues a way of life contrary to morality.’*

The justification of the draft attached to disinheriting is largely incomplete; it only gives certain guidance concerning the disinheriting of the spouse.

In the first point of disinheriting descendants, Szászy-Schwarz left it to the testator’s consideration to sanction the attempted murder against the testator, as well as the attempted or completed murder of the defied family members with disinheriting. An overlap can be seen between the first point of unworthiness reasons and this first point, as the testator – as well as other inheritor too – could refer to the act against the testator’s life that was left in attempted phase – marked

¹⁸ 1878. évi V. törvénycikk XXXII. Fejezet. Okirat hamisítás. Lásd: A magyar büntető törvénykönyv a büntettekről és vétségekről. 1878 -ki V. törvénycikk, betűrendes tárgymutatóval. A hivatalos törvényvár hű másolata. Tettey Nándor és társa, Budapest, 1878, 97-100.

as a reason for disinheriting during the probate. The other crimes and misdemeanours committed against the defied circle of subject are also objective enough, because the cases classified this by the Csemegi Codex and by courts could be considered here. The question related to it is whether the completeness of these crimes, serious misdemeanours by the inheritor had to be established by a criminal court in a final judgement or whether committing them was enough too. The commentary does not give an answer to this either.

In the circle of the second point, physical assaults could be considered; however, if it entailed such health-damaging effects that as a consequence, the testator could not make, alter or withdraw a disposition of property upon death, then others could refer to it as a reason of unworthiness too. According to the commentary prepared for the draft,¹⁹ unworthiness and disinheriting are in the less in the more relation, and the above mentioned three cases of unworthiness are to be meant in the first point of the disinheriting attitudes; this is a statement one cannot argue with, as they all belong to the crimes that can be committed to the detriment of the testator. In accordance with the above mentioned, the testator and others interested in inheriting could refer to the creation of the disposition of property upon death through forgery of an authentic instrument or that of a private document. Szászy-Schwarz did not clarify the details concerning the circle of violating the obligation of care, thus neither the draft nor its justification determined, for instance whether it has to have a result and what kind of, in addition, whether its establishment is tied to a court verdict or not, furthermore the limits of the attitude contrary to morality.

According to Szászy-Schwarz' draft, the testator could only have deprived his/her spouse of the inheritance including the reserved portion, because of which the divorce could have been requested (Section 1977).²⁰ The disinheritability of the spouse therefore is the least strict in Szászy-Schwarz' draft, that is, in comparison with the drafts or legislation negotiated so far, because the spouse could not have been disinherited with other reasons, for example not for physical assault or any other crime targeting the testator, or not by referring to attitudes contrary to morality either, but not even for attempted murder of the testator – or his/her children, parents. Thus only the unworthiness and the reasons for the divorce lawsuit referred to the spouse. Szászy-Schwarz²¹ highlighted that the divorce proceedings did not have to be started, it was enough if an act could be established on account of which the divorce lawsuit could have been requested; it is not rare that without a divorce the spouses make up their mind only to actually live separately.

Szászy-Schwarz determined the deprivation of the reserved portion from the parents in Points 1-3 of disinheriting descendants (Section 1978), thus the parent

¹⁹ Schwarz G.: *Codificationalis dolgozatok...* 404.

²⁰ Sections 76-80 of the Article XXXI of the Act About Matrimonial Law of 1894.

²¹ Schwarz G.: *Codificationalis dolgozatok...* 725.

implementing an act contrary to morality was not disinheritable by referring to it. This provision is similar to the contemporary codices, for example to the legislation of the German BGB.

Szászy-Schwarz' draft also contained the legal institution of forgiving as an effect annulling and invalidating the disinheriting (Section 1979).

Comparing the text of the draft and the commentary attached to it, Szászy-Schwarz excellently pointed out the difference between the legal institutions of disinheriting and unworthiness and their delimiting points. Indeed, unworthiness relates to disinheriting as nullity to voidability, or acts to be persecuted ex officio to ones to be punished via private motion, and one cannot argue with the statement that the cases of unworthiness are nothing more than the aggravated disinheriting reasons.

The reception of the first inheritance draft in the circle of contemporary lawyer society

Following the publication of Szászy-Schwarz' draft then its justification, several publications appeared in the contemporary legal literature analysing its dispositions, the proposals, making comments.

Weimann Fülöp, royal notary public, praised the conciseness of the legislation concerning the reserved portion, and at the same time its comprehensible and clear nature. In addition, he highlighted that according to him, the legislation in the draft concerning the parental reserved portion is contrary to the general sentiment of right, which would by all means give half of the lineal assets as reserved portion, and nothing from the acquired assets. Indeed, one may agree with Weimann from the direction that the parental reserved portion is unduly little if there is no surviving spouse, as the testator could transfer the complete acquired and half of the lineal assets to another – even to a stranger as well – person.

Weimann also criticised the part of the draft regulating the spouse's reserved portion. According to him, the reserved portion of the spouse is missing from Hungarian legislation not by accident, as there is no demand for it and there was no demand for it earlier either. According to Weimann, the concept of the draft is incorrect, because the definition of the legal institution desired to be introduced is 'insufficient and wide',²² frequently it would not even provide any advantage for the spouse, as it is the parental reserved portion that primarily has to be given out from the estate and the widowed person would have the usufruct on the remaining part as reserved portion. One cannot agree with the statement, because the draft really states (Section 1957) that in case the spouse's and the parental reserved portion encounter, the widowed person's reserved portion is the usufruct of the half

²² Weinmann F.: A köteles rész a magyar általános polgári törvénykönyv tervezete szerint. Jogtudományi közlöny, 1900/46, 328.

what is left after the parental reserved portion has been deducted, but also states that if with the two rights encountering the usufruct of the spouse did not reach the extent of the decent maintenance, it has to be supplemented, even to the expense of the parental reserved portion (Section 1958).

Weimann raised the question in relation to the disinheriting from the reserved portion whether the disposition of the draft, according to which the reason for disinheriting has to be named in the will is specifically necessary, since in his opinion it is not justified that the internal relations of the family become public in this way. This point of view cannot be shared considering that in case of contesting the will, proving questions come up, there is no possibility to clarify later, therefore it is indispensable to circumscribe the reason as accurately as possible and the concrete specification of the attitude implementing disinheriting in order to be able to decide whether that act had been committed or not.

Kelemen Ernő, district judge of Kisvárd, criticised the dispositions of the draft determining the dower;²³ in his opinion, with the descendants' inheriting, the widowed person should be entitled to usufruct after the complete estate, namely till the adult age of the children or until the obligation to keep them expires. Comparing Kelemen's proposal and the disposition of the draft, the widowed would have been better off with applying the rule in the draft, as Szász-Schwarz would have allowed the usufruct of the estate during the widowed period, that is, even until her death.

According to Kelemen, regarding the reserved portion of the widowed, its restriction, that its content, the decent keep can extend only to the half of the estate, should be rejected. According to Kelemen's point of view, the extent of the decent maintenance may differ in cases and if the given case justifies, it should extend to the usufruct of the complete estate as well. One can fully agree with this reasoning, the extent of decent maintenance is a subjective concept anyway, but there might be cases that the testator's complete estate at the time of his death would be insufficient for the decent maintenance of the widow.

According to the lawyer of Budapest, Misner Ignác, one cannot really object to the wording of the inheritance rules of the draft, its dispositions are short, clear, accurate and the reserved portion of the spouse without descendants is a welcomed novelty of the draft, as the effective ITSZ does not provide reserved portion for the childless widow.²⁴

In addition, Misner did not consider enough to provide usufruct on half of the estate as reserved portion, because it was not in proportion with the intestate portion of the spouse – to be specific with the fact that according to the draft, in the absence of descendants, the widowed would inherit the complete assets of the estate with the exception of the lineal estate. Misner remarks that in case of intestate succession the spouse would get a considerable part of the estate and in many cases

²³ Kelemen E.: Észrevételek a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez. A jog. 1901/25, 196.

²⁴ Misner I. op. cit. 5.

the whole estate as property. One cannot argue with this point of view because it is really true that the reserved portion the draft intends to provide seems unduly little in case of large acquired estate; but in cases where the estate consists of little – or no – acquired estate, the spouse who would inherit nothing or hardly anything with the usufruct on the estate from intestate succession would be rather in an advantageous position than in a disadvantageous one.

As Weinmann, Misner also adds to the above mentioned that in case of the spouse's and parent's reserved portion encounter it is possible that in accordance with the draft, there would be nothing given to the spouse as reserved portion if the complete estate consists of inherited estate. Misner suggested that instead of the solution of the draft the German BGB model is adopted, which established the reserved portion as half of the intestate succession portion for all the persons entitled to the reserved portion. In connection with this statement of Misner's, only what Weinmann elaborated can be taken as a foundation: indeed, the extent of the decent keep cannot be equal with providing property of a high value. Misner's proposal would be true only if the estate contains valuable acquired assets as well. If it consisted completely or mainly of lineal estate, then the decent maintenance would have been more profitable for the widow than the certain possession of a small-valued estate divided into several parts.

Finally, Misner pointed at a mistake of the draft, namely that according to the draft, only the widow is entitled to the dower, thus the surviving husband is not entitled either to the dower or the reserved portion related to it, which, according to Misner, is unfair and he suggested that the dower and the reserved portion should be extended to the husband as well.²⁵

Raffay Ferenc, university lecturer, besides suggesting the use of the expression widowed instead of widow, 'because by widowed the Hungarian language means both the widow and the widower';²⁶ he also proposed that it would be more accurate to apply the text of legislation to demonstrate the content of the dower that the widow remains during her widowhood in his husband's estate as well as in the lineal value. According to Raffay, with all this it could be demonstrated more unambiguously that after the husband's death it is not the inheritor who can take possession of the estate, and the part regarding the dower, but the widowed, who can collect the profit of the estate immediately after the death and this taking into possession and profit collection does not depend on any validation of interests. It is true that Raffay did not propose the extension of the dower to the widower, but his clarification can definitely be supported, because they would have made the text of the draft more unambiguous. Mángold Ármin, lawyer, welcomed the separated settlement of disinheriting and unworthiness reasons; in addition, he proposed the settlement of disinheriting attitudes in one chapter. Placing the disinheriting reasons

²⁵ Misner I. op. cit. 6.

²⁶ Raffay F.: Megjegyzések a Tervezet öröklési jogához. *Ügyvédek lapja*. 1902/38, 3.

regulated by the draft under scrutiny, Mángold made several observations, with his proposals noticeably supporting the adjustment to the disinheriting dispositions of the German BGB. Among others, he found the complete first point of disinheriting descendants objectionable, because in his opinion that is obscure and contradictory. First of all, according to Mángold, the expression ‘seek one’s life’ involves the preparation for the acts against life as well, however, presenting it together with other crimes obscures the extension to the nature of preparation for murder. Secondly, besides this, – taking into consideration that the Criminal Code does not know the classification of serious and not serious misdemeanours, – the disinheriting point contains subjective elements, because on the one hand, because the testator seeking for a disinheriting reason can see a guilty act in any of his/her inheritor’s attitude causing an injury, on the basis of which, referring to this point he/she can disinherit him/her; on the other hand the serious injury caused by the act is relative, therefore the courts deciding about it may judge it differently, thus the testator has no security that his disposition of property upon death will not be rebuttable. Taking everything into consideration, Mángold had the opinion that the first point would launch a series of lawsuits based on the above mentioned things, therefore it would be more appropriate to use instead of the expression ‘serious misdemeanour’ the concept ‘willful misdemeanour’, or to taxatively list the willful misdemeanours implementing disinheriting. Mángold’s observation is on the one hand correct, because the then effective Csemegi Codex indeed did not know the serious and slight nature of misdemeanours, so it would have been more fortunate for Szászy-Schwarz to use instead of ‘serious misdemeanour’ the concept ‘willful misdemeanour’ – at least written in the commentary – even if he was evidently aiming at this, that is why this did not strike any other expert forming an opinion about the dispositions of the draft. The part of Mángold’s point of view, according to which the application of the first point can cause uncertainty for the testator, can come from the deficiency of the justification attached to the draft that it did not clarify the very important question whether the completeness of the implementation of the disinheriting reason had to be stated by the final verdict of the court, or whether committing it was sufficient. It is certain that listing the willful misdemeanours one by one among the disinheriting reasons is to be avoided, because it would make the dispositions unclear, on the other hand, their change and this way the frequent modification of disinheriting dispositions would have resulted in legal uncertainty. One cannot agree with Mángold’s observation either, namely that the crime of preparation for murder is obscured by using them together with other crimes and misdemeanours, because the disposition is quite obvious, it is clear for everyone that it involves the preparation for murder and its attempt – implicitly, the completed act can only be unworthiness reason.

Similarly to the German BGB, Mángold suggested to include among the disinheriting reasons the violent physical assault committed against the spouse, because in his opinion, the committed assault in both cases is judged by a serious

measurement: on the one hand, the inheritor aims against his/her other descendant; on the other hand, the testator feels the harm committed against his/her spouse 'as seriously as if he/she had suffered it himself/herself'.²⁷ One cannot disagree with the proposal, because the spouse is not necessarily the other ancestor of the inheritor, but even in this case the other parent would have the possibility to disinherit his/her descendant referring to this point; on the other hand, the misdemeanour or the crime of assault against the spouse can be found in the first point of the disinheriting attitudes. Moreover, the contemporary effective German BGB allowed the disinheriting because of assaulting a spouse if the descendant was from the assaulted spouse. In addition, Mángold suggested that the parent's disinheritability because of his/her attitude contrary to morality should be included; in his opinion the parent who forgetting about himself/herself and about his/her family pursues an immoral lifestyle deserves being disinherited from the estate and because of this cannot complain about the lack of the respect he/she is entitled to. Mángold also proposed to include the clause of conflicting the testator's will in the public morality category, because if the way of life contrary to morality is suitable for the testator, then later this cannot be the reason for disinheriting. It really can be supported that it should not be an obligation to give reserved portion to the parent showing abnormally social immoral attitude, but its general stating is perhaps exaggerated. To the parent who for example leads a drinking, gambling lifestyle, that is a lifestyle wasting the assets, it is indeed not advisable to give assets, as he/she would probably use it for this purpose; however, it is only probable, what is more, according to the draft, the parent's reserved portion would have been the half of the assets, of the assets that came from this particular parent or from his/her family to the possession of the testator who intends to disinherit him/her. It is interesting that in relation to this disinheriting reason, Mángold approved not the dispositions of the German BGB, as the effective German BGB did not allow the disinheriting of the parent referring to his/her immoral way of life. Mángold's proposal, namely that being against the testator's will should have been set as a condition, can be supported by all means; for that matter, the German BGB had disposed in the same way.

Regarding the disinheritability of the spouse, again encouraging turning to the German BGB, Mángold presented that the German Civil Code marks reason for divorce as disinheriting reason in case of which the existence of the disinheriting reason can be stated without doubt, while Szászy-Schwarz's draft listed all the reasons for divorce as disinheriting reason. According to Mángold, point a-d) of Section 80 of Article XXXI of 1894²⁸ are relative, the court determines their existence or non-existence in each case.

²⁷ Mángold A.: A kötelesrész elvonása és korlátozása a magyar polgári törvénykönyv tervezetében. *Jogtudományi közlöny*, 1903/19, 159.

²⁸ 'Section 80 The marriage can be dissolved for the request of one of the spouses if the other spouse:

It has to be added to this that in the contemporarily effective German BGB five reasons for dissolving a marriage were listed, and only referring to the last one could not someone disinherit a spouse – namely if the spouse became insane during the marriage, it lasted for minimum three years and because of this, the spiritual tie between the parties ceased to exist, for the remedy of which there was no hope. On the basis of this latter reason for dissolving the marriage the disinheriting reason could also have been established, because that is quite objective, the existence of the illness could be certified by a medical document; it is another issue that the German legislator, out of fairness, did not allow the disinheriting of the diseased spouse considering that the spouse needed care. Thus, this proposal for solution was also an encouragement to take a route towards the German Civil Code.

The official summaries of the criticism material concerning the first draft of the Hungarian Civil Code – the so-called Main Presentation

Following the publication of the first completed codification work, paying attention to the significance of private law codification and the stir in the professional literature, the head of the committee decided²⁹ that encouraging the discussion and criticism in the possibly widest circle, he allows making proposals either in the form of motions sent directly to the Ministry of Justice, or in the form of literary publications.

With respect to the considerable number of observations and theoretical questions, the committee published their standpoints, views given to the questions and proposals emerging during the critical data collection in a commentary-like study – in the so-called Main Presentation – consisting of nine volumes between 1904 and 1906. The main presentation collected their answers and solutions given to the theoretical questions related to the inheritance law part of the draft, as well

-
- a) in addition to the cases of Sections 76-78, seriously violates the marital obligations with his/her deliberate attitude
 - b) persuades or tries to persuade the child belonging to the spouse's family to commit a serious crime or to live an immoral way of life;
 - c) she obstinately pursues a way of life contrary to morality;
 - d) following the wedding was sentenced to an imprisonment of shorter than five years in a penitentiary or in a prison, or was sentenced to imprisonment in a detention centre because of greed.

In these cases the marriage can be dissolved only if the judge taking into careful consideration the personalities and life conditions of the spouses made sure that: as a consequence of one of the listed reasons the marriage is so destroyed that regarding the person requesting the dissolution the further cohabitation has become unbearable.'

<https://net.jogtar.hu/ezer-ev-torveny?docid=89400031.TV&searchUrl=/ezer-ev-torvenyei%3Fpagenum%3D34> (date of download: 26.10. 2020.)

²⁹ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főelőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az igazságügyminisiteriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. I. kötet. Budapest, Grill Károly cs. és kir. udvari könyvkereskedése, 1904, 1-2.

as the professional remarks that arrived following the publication of the draft in Volumes VIII and IX published in 1906.³⁰

The questions, proposals, comments covered the complete inheritance law, for example numerous observations arrived in relation to intestate succession, the content of the lineal succession and the dower, the effectiveness of unworthiness, the formal and content elements of the will, its voidability and invalidity, the execution of the will, the joint will and the institution of the agreement as to succession, the legislation of the reserved portion, certain issues of accepting and rejecting the inheritance, as well as the relationship between inheritors and inheritance creditors, and between joint inheritors.

The Main Presentation regarding unworthiness

As a consequence of a proposal coming up related to unworthiness, the committee altered the legislation of the legal institution in the draft. According to the proposal, it is not appropriate that, based on the draft, anyone could refer to unworthiness without a time limit, because it would provide the basis for anomalies, legal uncertainty and unfairness. For anomalies, because in this case even the inheritor could avoid the claims of inheritance creditors, if he/she refers to unworthiness against himself/herself; for legal uncertainty and unfairness because the unworthy possession of the assets would 'be placed under the sword of Damocles' the lack of the time limit.³¹ The proposal suggested considering the solution of the German BGB, according to which only a certain persons and within a limited timeframe could refer to the existence of unworthiness in front of a court. Having considered the proposal, the committee decided that the person unworthy of inheriting should lose the inheritance only if the person directly interested in this loss fights this with a lawsuit. The committee set a subjective and an objective deadline for initiating the proceedings to the model of wills, therefore the lawsuit could be initiated only within a year starting from getting information of the unworthiness, but maximum within thirty-two years after the testator's death.

In relation to the unworthiness reasons, Barna Ignác, Szladits Károly, Illés József and Kiss Géza, compiled numerous theoretical questions and comments, which comments the committee discussed and summarised during committee meetings. It emerged as a claim that the obscure expression 'who sought the testator's life' used in the text of the draft at the definition of the first unworthiness reason, should be replaced by the phrase 'who commits or attempts to commit a crime against the testator's life' which is much more accurate and much more

³⁰ The accumulated criticism material was organised in Volume I on Personal Rights, Volumes II and III on Family Law, Volumes IV and V on Property Rights, Volumes VI and VII on Contract Law.

³¹ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminisztériumban szervezett állandó bizottság vezetősége. VIII. kötet. Budapest, Grill Károly könyvkiadó vállalata, 1906, 3.

suitable for the criminal Code. As opposed to this, it was mentioned that ‘seeking one’s life’ is known in private law; therefore, it would not be correct to include the concepts, explanations of criminal law in the private law institution of unworthiness.³² The suggestion is incomprehensible, because attempting to take away one’s life was really used for example by the contemporary matrimonial law too,³³ but its meaning can be unambiguous for everybody: attack against life. Indeed, there is some truth in it that it would have been more advisable to define an unworthiness reason belonging to the criminal law category with a criminal law concept – as the committee themselves acknowledged that it is about a serious harm committed against the testator’s person³⁴ –, but one can hardly agree with the notion that the murder in criminal law and seeking one’s life must not be united, as there is no criminal law and private law interpretation of the attack against life, it can only mean one act. On the other hand, both the effective and our civil codices effective since 1959 use the concept of seeking one’s life in this category of unworthiness. In addition, it was proposed that murders committed during diminished accountability (murder of passion, murdering a child during labour or directly afterwards) should not belong to the unworthiness reason regulated in this first point. Regarding the latter, however, the committee found it anomalous that the mother would inherit after the child she had murdered. It was proposed that killing for the wish of the killed person, as well as the death caused during a duel should not be reasons establishing unworthiness, as both involves the testator’s consent and forgiving in advance; besides, the duel also involves self-defence. The proposal highlighted that the duel in which the rules were disrespected and the American duel – encouraging each other for suicide with random selection – should be exceptions, counted as unworthiness. It was proposed that killing in legitimate self-defence and in battle, as well as executing capital punishment should not make one unworthy of inheriting either.

There was a motion that the attempt of murder should not implement unworthiness, because if mutilation – as a serious act against the testator’s physical integrity – does not establish the testator’s unworthiness, the attempt with an

³² A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főelőadomány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. VIII. kötet... 33.

³³ Article XXXXI of Act 1894 on Marital Law ‘Section 13 Those cannot get married to each other if one of the two agreeing with the other sought his/her own spouse’s life.’

‘Section 78 The spouse can request the dissolution of marriage whose spouse sought his/her life, or whom his/her spouse deliberately seriously assaulted in a way that endangered his/her physical integrity or health.’

<https://net.jogtar.hu/ezer-ev-torveny?docid=89400031.TV&searchUrl=/ezer-ev-torvenyei%3Fpagenum%3D34>

(date of download: 15.11.2020.)

³⁴ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főelőadomány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. VIII. kötet... 32.

unsuitable tool or the remote attempt should not be punishable with this either; in addition, qualifying the attempts of murder as unworthiness would increase the number of lawsuits.³⁵ One cannot agree with this motion, because even in case of intention to kill with an unsuitable tool the purpose is also terminating human life, or in case of remote attempts, the absence of results does not depend on the committer, as the perpetrator's intention is aimed at implementing the crime of the complete statutory definition. The crime committed against the testator's physical integrity, for that matter, was defied as a disinheriting reason in the draft; therefore, it could entail the disinheriting from the reserved portion as well. One of the motions remarked that the preparation for murder could be included in the obscure concept of seeking one's life; however, it would not be desirable to sanction it with unworthiness. Indeed, it cannot be decided about the preparation for murder whether it fits into the category of seeking one's life, the draft evidently left it to the practice, as the seriousness of the preparation, the threat to the protected legal object can be established from case to case.

Regarding the second point of unworthiness reasons it was proposed that bribery or threat to make or withdraw a disposition of property upon death should not make someone unworthy of inheriting, because it can be prevented by fighting the will as well;³⁶ it is unnecessary to parallelly establish unworthiness too. According to the explanation of the draft, in case of making a disposition of property upon death, once the testator is freed from the coercion, can disinherit the perpetrator, and if he/she was not able to disinherit him/her, then the case would anyway belong to the unworthiness case of making someone incapable of making a will. According to the proposal, the will made due to deception can also be invalidated by fighting the will from realising the deception.

However, according to the committee, it is only possible to defend attacks against the testator's testamentary freedom by maintaining the possibilities of unworthiness for inheriting, that is, if the inheritor loses all his due portion from the estate through his/her act, not only from what he/she had forced from the testator; therefore, in this respect, it is more appropriate to remain at the unworthiness. It is true, indeed, that the draft would have provided the opportunity to fight the will in case of deception and threat to everyone who is indirectly interested in invalidating the given disposition (Section 1915). One can agree with the committee in this, because on the one hand, the given inheritor with his/her act is unworthy of receiving any asset allocation, he/she does not deserve this; on the

³⁵ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. VIII. kötet... 34.

³⁶ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. VIII. kötet... 35-36.

other hand, the preventative effect of unworthiness against these undeserving acts cannot be disputed either.

In addition, it was proposed that if the testator's inheritor put him/her in a state incapable of making a disposition of property upon death, only the intention aiming at it should make someone unworthy. According to the proposal, the generalising solution of the draft is incorrect, as in case of causing the above mentioned state it is not always about an attack against testamentary freedom, 'and thus we would establish a merely penalising rule, without a basic inheritance law concept.'³⁷ The proposal remarked that although no special intention is highlighted at extinguishing the testator's life, but murdering the testator causes an unauthorised change of persons in the order of succession; while the deprivation of making a disposition of property upon death does not cause this effect, only records the order of succession at the moment of deprivation. According to the proposal, in this latter case if the perpetrator did not wish to provide himself/herself an advantage in inheritance directly, it is not necessary to deprive him/her of inheriting. One cannot agree with the proposal, because the above-mentioned act also aims at the testator's testamentary freedom, completely depriving the testator of it, who will be unable to make either a disinheriting or a disposition of property upon death containing the asset allocation in the future; in addition, the legislator cannot predict the testator's future intention. A motion was also made so that the attack against testamentary freedom does not count as unworthiness if the disposition of property upon death is ineffective or not applicable for some reason (e.g. the testator tears up the will later or the inheritor implementing the breach dies earlier than the testator).

The committee did not support this motion either, because according to their opinion, there was the same argument against it as against the above-mentioned motion.

The Main Presentation regarding the reserved portion

The observations related to the legislation of the reserved portion in the draft aimed at its essence and *raison d'être*, but again, the question of distinguishing ancestral and acquired estate came up. Based on the above mentioned, it came up as a theoretical question³⁸ whether the testator should be allowed to make a disposition of property upon death to the benefit of one of his descendants, thus excluding the other descendants from their reserved portion and related to it, the descendants'

³⁷ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. VIII. kötet... 38.

³⁸ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet. Budapest, Grill Károly könyvkiadó vállalata, 1906, 182.

right to fight it could not extend to the other descendants, only to the subjects outside the circle of descendants.

The argument expressed several times during the justification of the question arose again whether the institution of the reserved portion fragments the family estate by dividing it among the children, which, especially in case of small and middle-sized estates leads to harmful economic results at trading enterprises. In addition, as a base to refer to, the often-cited argument also arouse that the reserved portion decreases the parental authority, it reduces the individual industriousness and probity, but it enhances sloth, what is more, it provides secure funds for accumulating debts. According to the committee's answer to the question, however, it is an important legislative purpose that each child gains a secure basis for living through the equally given reserved portion; in addition, the protection of parental authority is sufficiently expressed in the institution of restricting the inheritance part to the reserved portion and disinheriting.

The motion, namely that the testator's testamentary right regarding the ancestral (lineal) estate should be more restricted, the committee distinctly rejected, referring not only to the fact that it would mean the approximation of inheritance law to the principles related to the ancestral estate, but also to the practical difficulties of estate acquisition; in addition, by referring to the fact that if the vast majority of – or even the complete – the estate consisted of lineal estate, testamentary right would get completely empty.

Two opposing motions were proposed in relation to what should constitute the parental reserved portion. According to one of them, it would be enough to provide the testator's parent the usufruct restricted to the decent maintenance instead of the property; while the aim of the other motion was that the parent should be entitled not only to the property from the lineal estate, but from the acquired estate as well. The committee did not see it correct to restrict the parents only to usufruct; in this circle they referred to fact that the our legal life is used to the parents' reserved portion in assets and the legal opinion would feel it anomalous, if the child could completely exclude the parent from the estate that he gained from the parent or through his/her family.³⁹

In addition, according to the Main Presentation, it would not be fair to give a share from the acquisition to the parent in the form of reserved portion, because the spouse precedes him/her in the intestate succession concerning the acquisition, and thus it would be anomalous if the parent, who is father back in intestate succession, were entitled to reserved portion in property, to which the spouse, whose turn is sooner, is not entitled.

³⁹ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminisiteriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet... 190.

The committee's assessment of the observation that proposed to provide the grandparental reserved portion had a very interesting turn. According to the committee's Main Presentation, the grandparental reserved portion is, on the one hand, justified by reciprocity – as in case of the parents' falling out, the grandchild is entitled to the reserved portion from the grandparental estate –; on the other hand, the grandparents mostly belong to the family circle of the emotional community, 'and in which they are surrounded by respect and piety, similarly to that of the parents';⁴⁰ in addition, the grandparent frequently substitutes the place of the parent for his/her orphaned grandchild, therefore it is appropriate if the parent takes the consequences of the situation to the benefit of the grandparent as well.

Because of the above mentioned, the committee altering the dispositions of the draft stated that the grandparent is also entitled to the reserved portion, namely one third of the estate in property due in case of intestate succession.⁴¹

The committee rejected the motion, which, contrary to the dispositions of the draft, suggested for consideration that reserved portion should be provided for the testator's parents, possibly grandparent's offspring. Regarding this, the committee referred to it in the Main Presentation that this solution would unjustifiably fragment the estate and because of this the maintenance of the estate suffer harmful effects, but besides this, the above written aspect of piety, which would lay the foundation for providing the reserved portion cannot be seen either.

It was discussed again what constitutes the spouse's reserved portion, when it came up as a theoretical question whether it would not be better if the widow too got property instead of the usufruct. The committee clarified that the spouse's reserved portion can only be possible if the testator has no descendants, as the widow is not entitled to inherit property with the child, then her reserved portion cannot be set as property, as this would generate the contradiction that regarding the reserved portion, the spouse would have stronger right than in intestacy. In addition, the committee ruled that, paying attention to the fact that in the absence of descendants, the spouse, as a legitimate inheritor, is entitled to inherit property in accordance with the draft, therefore it is justified that the widow is entitled to property as the reserved portion instead of the usufruct. It is a curiosity that according to the committee, the usufruct of the widow the draft intended to give e would provide much less the decent living of the survival spouse than the estate property, because she would use it for her needs according to her consideration.

The committee highlighted that what is most against the widowed spouse's reserved portion of property is that the testator would not be able to prevent the

⁴⁰ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyministeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet... 195.

⁴¹ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyministeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet... 196.

transfer of half of his acquired estate to the spouse's family even in a will and this way the husband would earn all his life for the brothers-in-law. In addition to stating the above argument, the committee also referred to the fact that as opposed to this, that the further fate of the estate cannot be considered while setting the reserved portion, but only the personal interests of the person entitled to the reserved portion count and in from this point of view, the spouse is worth at least as much, if not more, protection as the parent.

Following the above mentioned, the committee stated as a proposal for solution that the spouse in the absence of descendants should be entitled to the property of half of the acquisition as reserved portion,⁴² (as the lineal estate had to be given to the persons entitled to it.)

In relation to the disinheritability of the spouse, a very interesting theoretical motion arose that the reserved portion of the spouse should be distracted without starting the divorce. The committee generally stated that the reserved portion of the spouse depends on the institution of marriage and it is lost only in the cases determined by law – either in the form of reasons for dissolving a marriage stated by law, or in the form of disinheriting expressed by the testator –, which serve as a reason for terminating the marriage. After stating this, the committee pronounced the content of the justification of the draft worrisome, according to which spouses can disinherit each other if the reasons for the dissolution of the marriage exist, but the lawsuit was not started. According to the committee, the purpose of the draft, namely by which it intends to avoid the publication of the family's internal relationships inherent in naming the disinheriting reason, indeed is to be respected, however, the notion provides opportunities for misuse. As it would not be fair if the spouses kept each other within the marital ties preventing the other from remarrying, in addition, following their deaths, they could still take away the means of living from each other when the disinheriting party's innocence is not a precondition of disinheriting a spouse. Very correctly, thus the committee ruled that the reserved portion of the spouse could not be taken away without initiating the lawsuit to dissolve the marriage.⁴³

Following the analysis of motions and the summaries of standpoints the committee provided to them, related to the legal institution of disinheriting, it was recorded during the meetings of the committee management that it is more correct to indicate deliberately committed misdemeanour instead of serious misdemeanour

⁴² A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyministeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet... 202.

⁴³ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyministeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet... 226.

in the first disinheriting point;⁴⁴ and in case of the third disinheriting attitude regulating the serious violation of maintenance obligation only maintenances based on law can count, the ones based on a contract cannot; in addition, instead of serious violation the use of the expression malevolently would be more correct, because it would express the intention more appropriately. One can agree with both rectifications; with the first one because it would have adjusted to the Csemegi Codex, with the other because actually, it is worth approaching the disinheriting from the inheritor's side, from the side whether he/she really intended to violate the maintenance obligation. In relation to the fourth point, namely the obstinate pursue of scandalous lifestyle contrary to morality, the committee called the attention to interesting and valuable details. Compared to the corresponding passage of the German BGB, the Szászy-Schwarz draft does not list dishonest lifestyle among the disinheriting reasons, only the ones contrary to morality, which, in the committee's opinion, would result in the injustice that only prostitution could be included in this fourth disinheriting point. According to the committee, the concept of dishonest lifestyle includes drunkenness, gambling, loitering, usury activity, which at the same time, do not mean contrary to morality. The body referred to the fact that the German Civil Code also uses the concepts dishonest and immoral separately named in the disinheriting point in question. Indeed, the contemporary effective German BGB named the two attitudes separately, but it had no legislative basis, as the German Criminal Code (StGB) did not know immoral or dishonest lifestyle either as a misdemeanour or as a crime, as didn't the Csemegi Codex. The committee were right that the disinheriting reasons 'are to be explained tightly',⁴⁵ indeed, Szászy-Schwarz should have detailed the content of this disinheriting reason in the commentary of the draft, because leaving it without an explanation leads to legal insecurity; but one cannot agree with the statement that the subjective categories of lifestyles contrary to morality or dishonest are to be handled separately, because the acts belonging to dishonest lifestyle are formed by the current society, not by the letter of the law. The committee mentioned that from the expression 'lifestyle' one cannot conclude to the very important factor whether the attitude has to be continuous or whether the disinheriting reason is realised by implementing on one occasion. Taking into consideration that the draft used the sentence 'obstinately pursues a scandalous lifestyle contrary to morality, the committee's remark is not correct, because it seems obvious even from the use of the expression lifestyle that the attitude has to be a part of the way of life, while the pursues criterion means continuity. In addition to all this, the committee proposed to include the in the circle

⁴⁴ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet... 286.

⁴⁵ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet... 288.

of disinheriting attitudes that only the lifestyle carried on against the testator's will and still at the time of the testator's death could constitute the object of disinheriting.

The committee rejected⁴⁶ the child's disinheritability referring to the fact that he/she got married without parental consent, because on the one hand, matrimonial law in case of a juvenile child provides sufficient protection for preserving the parental authority; in case of adult children its application would be harmful, because it would hinder the parent-child's reconciliation later and such extension of parental influence would conflict with individual freedom, as well as the parent abusing this right would also require a complex investigation from case to case.

In relation to disinheriting parents, the committee remarked that the application of the second point of disinheriting in their case is incorrect, because if the parent beat the child with disciplining intention when he/she was little, later the child, who has grown into an adult, could disinherit him/her later.

Summary

Szászy-Schwarz prepared his draft on a high standard of European legal development; its dispositions were accurate, concrete and logical, taking into consideration the dispositions of the contemporarily created significant European legal codices as well. The contemporary legal society, which, understandably, was longing for the first Hungarian Civil Code, also received the draft apparently favourably. With the compilation of the main Presentation, the debate of the draft took place on an unprecedentedly wide forum, which, as is known, despite its positive reception, never entered into force.

⁴⁶ A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyminiszeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet... 290-291.

Bibliography

A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezete. Első szöveg. Budapest, Grill Károly Cs. és Kir. Udvar. könyvkereskedése, 1900.

A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az igazságügyministeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. I. kötet. Budapest, Grill Károly cs. és kir. udvari könyvkereskedése, 1904.

A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyministeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. VIII. kötet. Budapest, Grill Károly könyvkiadó vállalata, 1906.

A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének további tárgyalását előkészítő főlőadmány és a tervezetre vonatkozó bírálati anyag. Előterjeszti az Igazságügyministeriumban szervezett állandó bizottság vezetősége. IX. kötet. Budapest, Grill Károly könyvkiadó vállalata, 1906.

A Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Ötödik füzet. Kiadja a Jogtudományi közlöny szerkesztősége, Budapest, Franklin-társulat, 1899.

A magyar büntetőtörvénykönyv a büntettekéről és vétségekről. 1878 -ki V. törvényzárkék, betűrendes tárgymutatóval. A hivatalos törvénytár hű másolata. Tettey Nándor és társa, Budapest, 1878.

KELEMEN E.: Észrevételek a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez. *A jog.* 1901/25.

MÁNGOLD A.: A kötelesrész elvonása és korlátozása a magyar polgári törvénykönyv tervezetében. *Jogtudományi közlöny,* 1903/19.

MISNER I.: A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének a házastársi és özvegyi öröklést tárgyzó rendelkezései. *Ügyvédek lapja,* 1901/2.

MOSCOVITZ I.: A magyar általános polgári törvénykönyv tervezete. *A jog,* 1900/45.

RAFFAY F.: Megjegyzések a Tervezet öröklési jogához. *Ügyvédek lapja.* 1902/38.

SCHWARZ G.: *Codificationalis dolgozatok.* Budapest, Grill Károly cs. és kir. udvari könyvkereskedése, 1902.

SCHWARZ G.: *Ujabb magánjogi fejtegetések.* Politzer Zsigmond és fia kiadása, Budapest, 1901.

WEINMANN F.: A köteles rész a magyar általános polgári törvénykönyv tervezete szerint. *Jogtudományi közlöny,* 1900/46.

MÉSZÁROS PÁL EMIL*

A tárgyaláson teljesítendő eljárás cselekmények problematikája az elektronikus ügyintézésrel kapcsolatban

Absztrakt: Az elektronikus ügyintézés szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvényt a jogalkotó az elektronikus ügyintézés széles körű elterjedése, az eljárások gyorsítása érdekében alkotta meg. A törvény az elektronikus ügyintézt az ügyfelet megillető jogként nevesíti, ugyanakkor a felek kötelezettségévé teszi, hogy jogaik gyakorlása és kötelezettségeik teljesítése során a jóhiszeműség, tisztesség és kölcsönös együttműködés követelményének megfelelően járjanak el. Kérdésként merül fel, hogy mely esetekben merül fel vagy épp nem merül fel az elektronikus kapcsolattartás lehetősége.

Kulcsszavak: elektronikus eljárás, tárgyalás, polgári peres eljárás, eljárás cselekmények

Abstract: The Act CXXII of 2015 on the General Rules for Trust Services and Electronic Transactions was created to facilitate electronic procedures for administrative purposes to speed up transactions. The Act stipulates the clients have the right to transact matters before a body providing e-governance services electronically, however, it is also prescribed that they shall act in good faith in accordance with the principle of fair dealing and mutual cooperation in exercising their rights and fulfilling their duties and obligations. The question arises under which circumstances is there a possibility of electronic communication?

Keywords: electronic procedure, trial, civil procedure, proceedings

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.159-172

Az új jogszabályi környezet és a bírósági eljárások elhúzódásának megakadályozása közösen alapozták meg az új jogszabály megalkotását, mivel ezek az indokok összefüggnek, tekintettel arra, hogy amennyiben az egyes joganyagok szervesen kapcsolódnak a polgári perrendtartáshoz, akkor azok megfelelően tudják a bírósági eljárás helyett más eljárásokra utalni az esetlegesen felmerülő jogi konfliktusokat, amelynek köszönhetően a bíróságok ügyterhe is csökken.

A 2016. évi CXXX. (Továbbiakban: Pp.) törvény elfogadásával a törvényhozó több koncepcionális változást is eszközölt az 1952. évi III. Törvényhez (Továbbiakban: régi Pp.) képest, mint például a professzionális per, a perkonzentráció elve vagy például az osztott perszerkezet. Itt kell megemlítenünk, hogy a szocialista perjog értelmében az osztott perszerkezet az eljárásokat csak lassította, mivel formalizmusával és bonyolultságával a peres eljárás hatékonyságát

* dr. Mészáros Pál Emil, doktorjelölt, tanársegéd, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Büntető- és Polgári Eljárásjogi Tanszék, Témavezető: dr. Nochtá Tibor egyetem tanár

csökkentette.¹ Az osztott perszerkezet újbóli bevezetését a jog által szabályozott életviszonyok drasztikus megváltozása és az elmúlt évtizedben megfigyelhető peres eljárások meghosszabbodása indokolta, mivel az eljárások egyes szakaszainak formális lezárása a perelhúzás „taktikáját” ellehetetleníti.

Az új polgári perrendtartás a gyakorlat által kimunkált elveket, illetve megoldásokat is törvényi szintre emel. Fontos megemlítenünk, hogy az új polgári perrendtartás mindamelllett, hogy mintaként tekint a német, az osztrák, vagy a 2008-ban kodifikált és 2011-ben hatályba lépett svájci törvénykönyvre, a magyar perjogi hagyományok mentén készült el. Ezek a törvénykönyvek és azoknak módosításai is a megváltozott életviszonyokra adott válasz, amellyel elérhető, hogy az adott eljárás jog gyorsabbá, hatékonyabbá váljon.² A jogalkotó nem titkolt célja továbbá az, hogy a peres eljárás során az elektronikus kapcsolattartást kiszélesítse. A törvény elfogadását követően a jogalkotó több mint egy évet biztosított arra, hogy a jogalkalmazás felkészüljön a polgári peres eljárást szabályozó jogszabály megváltozására, amellyel kapcsolatosan lehet vitákat generálni, hogy ez az idő elegendő-e a felkészülésre, hiszen a korábbi olyan jogszabályok, amelyek az általuk szabályozott viszonyokat nagymértékben megváltoztatták csak szakaszosan kerültek bevezetésre. Ezzel kapcsolatban megjegyezném, hogy véleményem szerint a törvény bevezetését nem kellett volna elhalasztani, hiszen manapság a jogalkalmazók nem a kinyomtatott törvényeket olvassák át órákon keresztül, hanem sokkal gyorsabban egyszerűbben tudnak keresni az elektronikus felületeken. Ez megalapozhatja azt a követelményt velük szemben, hogy egyes új törvények elfogadása esetében, azokat gyorsabban elsajátítsák.

A polgári peres eljárással kapcsolatban az elmúlt években több gyakorlati probléma is felmerült, mint például a kereset visszautasítása, keresetváltogatás, keresethalmazat. Ezen problémakörökön kívül az elektronikus eljárás viszonylatában is felmerültek kérdések. Az elektronikus kapcsolattartás, mint követelmény mikor, kivel szemben merül fel, tehetjük fel a kérdést. A természetes személyek továbbra is eljárhatnak úgy, hogy a bírósággal papír alapon tartják a kapcsolatot, azonban ez a részleges ügyvédkényszer miatt, kizárólag a Járásbíróság előtt lehetséges. Az eljárási cselekmények tekintetében felmerülő elektronikus kötelezettség természetes személyek esetében akkor merülhet fel, mint kérdés, ha a természetes személy jogi képviselőt alkalmaz. A meghatalmazásra tekintettel jelen tanulmány röviden a meghatalmazással is foglalkozik az elektronikus kapcsolattartás egyes kérdésein kívül.

A meghatalmazás illetve perbeli képviselet meghatározása esetén először is azt kell megállapítanunk, hogy pontosan mi is az a perbeli képviselet, az mire terjedhet ki, kik között jön létre. Általánosságban elmondható, hogy a perbeli képviselet során

¹ Szilbereky Jenő: A Polgári Eljárás Funkciója és Hatékonysága, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1977., 238-239 o.

² Walter H. Rechberger, Aktuelle Entwicklungen im Zivilprozess des 21. Jahrhunderts, Polgári Eljárás jog a XXI. században, Tanulmányok Farkas József emlékére, Dialóg Campus Kiadó, Pécs, 2002., 47-52 o.

egy előre meghatározott harmadik személy a képviselt személy helyett tesz meg hatályos jognyilatkozatokat, úgy hogy annak hatálya közvetlenül a képviselt fél felé beáll. Ez azt jelenti, hogy a képviselt fél részéről semminemű elfogadó nyilatkozat nem szükségeltetik arra vonatkozóan, hogy a képviselő által tett nyilatkozatok hatályosuljanak. Tekinthetjük ezt úgy is mintha a fél személyesen tenne nyilatkozatokat, mintha saját maga járna el és ebből kifolyólag a bíróság jogosult arra, hogy a képviselővel szemben joghatályosan megtegye perbeli cselekményeit, ami szintűgy közvetlenül hatályos lesz a képviselt félle szemben.³

A fél képviselője a fél helyett, azonban a fél érdekében és nevében cselekszik, ezért mindenfajta jogosultság amit szerez, vagy mindenfajta kötelezettség amely terheli, valójában a képviselt felet fogja jogosítani vagy terhelni. A 20. századi polgári eljárásokban illetve hatályos jogunkban ez egy általános elv, amellyel szemben sem a joggyakorlat, sem pedig a jogirodalom részéről nincs ellenvetés.

A meghatalmazást írásba kell foglalni vagy jegyzőkönyve kell mondani, így ennek megfelelően az írásbeli meghatalmazás eredeti példányát vagy annak hitelesített másolatát a bíróság részére címzett első beadványhoz csatolni kell. Ez alól kivételt enged a 67. § (3) bekezdése, miszerint az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. Törvény (Továbbiakban: e-ügyintézési törvény) alapján a meghatalmazó nyilatkozatot és annak elfogadását is elégséges a hivatkozott törvényben meghatározott nyilvántartásba rögzíteni.

A Pp. tartalmában nem tartja fenn a régi Pp. szabályozását, amelynek 69. § (5) bekezdése szerint „*az ügyvédnek adott meghatalmazásból, ha azt a fél saját kezűleg írta alá, tanúk alkalmazása nem szükséges; az ügyvédi meghatalmazásra egyebekben az erre vonatkozó külön jogszabályok irányadók*”. Ezen bekezdés a polgári eljárást szabályozó törvényben való elhelyezése felesleges, mivel azt már az ügyvédi tevékenységről szóló 2017. évi LXXVIII. törvény (Továbbiakban: Ütv.) külön meghatározza, így annak részleges megismétlésétől a Pp. indoklása szerint is eltekinthetünk.⁴ Az ügyvédi tevékenységről szóló törvényben többletkövetelmény a polgári törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény meghatalmazásra vonatkozó rendelkezéseire képest, hogy a meghatalmazást a meghatalmazott ügyvédnek is alá kell írnia és mivel az így kiállított okirat teljes bizonyító erejű magánokiratnak minősül, ezért tanú aláírása nem szükséges. Ezt a szabályt véleményem szerint nem szükséges még egyszer a Pp.-ben is elhelyezni, hiszen az ügyvédi meghatalmazásra az Ütv. lesz az irányadó.

Főszabály szerint a meghatalmazás kiterjed a perrel kapcsolatos minden nyilatkozatra és cselekményre, azonban lehetséges a meghatalmazás korlátozása is meghatározott perbeli cselekményekre, ennek azonban a meghatalmazásból egyértelműen ki kell tűnnie. Amennyiben a meghatalmazó fél a per vitelére szóló

³ Magyary Géza: Magyar Polgári Perjog, Franklin-Társulat Magyar Irod. Intézet és Könyvnyomda, Budapest 1913., 268.

⁴ 2016. évi CXXX. Törvény 67. § Indoklása

meghatalmazást ad a meghatalmazottnak, akkor az kiterjed a perrel kapcsolatos minden nyilatkozatra és cselekményre továbbá a biztosítási intézkedéseket és az esetlegesen felmerülő végrehajtási eljárást is magában foglalja valamint a meghatalmazott jogosult lesz bármelyik eljárásban a felmerülő pénzeszközöket vagy dolgokat átvenni.⁵

A Pp. indoklásában és magyarázatában is megtalálható, miszerint a jogalkotó azon jogi előírásokat helyezte el a polgári eljárásjog területén, amely kifejezetten a bírósági eljárásra vonatkozik. Erre a megoldásra azért volt szükség, mert az elektronikus ügyintézés, ugyanúgy mint bármely más jogterület, amely az informatikával kapcsolatos gyorsan változó jogterületnek minősül és a folyamatosan mozgásban lévő, változó élethelyzetek megfelelő szabályozása megkívánja azt, hogy ezen jogterületeket szabályozó joganyagokat felülvizsgálják, módosítsák és ha szükséges hatályon kívül helyezték és helyette új jogszabályt alkossanak.

Amennyiben azt szeretnénk, hogy a Pp. egy időtálló és hatékonyan működő törvény legyen, úgy ezen részletszabályokat célszerű más jogszabályokban elhelyezni, amely kívánalomnak a jogalkotó eleget is tett, hiszen csak azok a jogszabályok találhatóak a Pp.-ben, amelyek eltérő eljárásrendet illetve speciális szabályokat állítanak fel az e-ügyintézési törvénnyel szemben.

Az elektronikus kapcsolattartás – mint lehetőség – már 2013. január 1. napja óta biztosított a törvényszék előtti eljárásokban, illetve 2015. január 1. napja óta valamennyi bíróságon, amely lehetőséggel azonban csekély számú jogalkalmazó élt.⁶ Ennek oka, hogy a jogalkalmazó réteg tartózkodott az elektronikus eljárástól, mivel azt nem kellően biztonságosnak ítélték meg valamint az ahhoz kapcsolódó eljárásrendet annak alkalmazását nem ismerték, bonyolultnak találták. Álláspontom szerint ezen félelmek alaptalanok voltak, hiszen az elektronikus beadványok benyújtása gyors, kényelmes és minősített elektronikus aláírással van ellátva, amely kizárja annak lehetőségét, hogy a beadványt egy ismeretlen „harmadik személy” módosítsa, törölje illetve kiegészítse.

Megállapítható, hogy egyszerre van jelen az elektronikus eljárás és a hagyományos papír alapú eljárás, mivel nem minden jogkereső személy köteles arra, hogy az elektronikus utat vegye igénybe. Amíg az e-ügyintézési törvény nem teszi kötelezővé valamennyi személy részére azt, hogy ügyeit elektronikusan intézze addig ez a kettősség megmarad a Pp.-ben, azonban álláspontom szerint ezen kettősségnek meg is kell maradnia, hiszen nem várható el illetve nem kötelezhető arra senki sem, hogy hozzon létre elektronikus ügyintézési ablakot magának, mivel az a magánautonómia igen súlyos megsértését jelentené. Nem érhet senkit sem abból kifolyólag joghátrány, hogy az elektronikus eszközök igénybevételét elutasítja. Amennyiben a kötelező elektronikus kapcsolattartást írni elő a jogalkotó úgy

⁵ Kengyel Miklós: Magyar Polgári Eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, 2013., 156.

⁶ Grébecz Kristóf Balázs: Az elektronikus kapcsolattartás szabályai egyes bírósági eljárásokban, Adóvilág, 2017. évf., 5. szám., 37.

véleményem szerint a jogkereső állampolgárok bírósághoz fordulás jogát nagymértékben sértené illetve veszélyeztetné.

A korábbi szabályozástól a jogalkotó nem tért el, ami azt jelenti, hogy a fél - amennyiben nem kötelezett arra, hogy elektronikus úton tartsa a kapcsolatot a bírósággal – dönthet úgy, hogy elektronikusan tartja a kapcsolatot az ügyben eljáró bírósággal. A Pp. nem ír elő különleges eljárási rendet az elektronikus kapcsolattartásra és így az általános szabályokat kell alkalmazni az elektronikus kapcsolattartásra vonatkozó fejezetben található eltérésekkel. Fontos azonban kiemelnünk, hogy a Pp. mellet az e-ügyintézési törvényt valamint annak végrehajtási rendeletét is alkalmazni kell az elektronikus eljárás során.

Az eljárás bármely szakában dönthet úgy az elektronikus eljárásra nem kötelezett fél, hogy a továbbiakban az elektronikus utat választja és ezt megteheti úgy is, hogy az eljárásban soron következő beadványát elektronikusan nyújtja be a bíróság részére. Az így benyújtott beadvány alapján a bíróság vélelmezi, hogy az eljáró fél a továbbiakban elektronikus úton kívánja a kapcsolatot fenntartani. A döntés meghozatalakor a félnek körültekintően kell eljárnia, hiszen a bíróság csak méltányolható esetben külön kérelemre engedélyezi azt a félnek, hogy az elektronikus eljárásról a hagyományos papír alapú eljárásra térjen vissza. Ennek oka az, hogy ne lehessen az eljárást elhúzni illetve akadályozni az eljárási rend folyamatos változtatásával, ami nem csak az eljárás elhúzódását jelentheti, hanem az eljáró bíróság oldalán többletköltséget is keletkeztet. Az elektronikus kapcsolattartás választásától kezdve a fél beadványait hatályosan csak elektronikusan küldheti meg a bíróság részére továbbá a bíróság a féllel elektronikusan tartja a kapcsolatot.

Amennyiben az eljárás „vegyes” eljárást eredményez, tehát az egyik fél papír alapon tarja a kapcsolatot a bírósággal, míg a másik elektronikus úton tartja a kapcsolatot, akkor a bíróság az elektronikusan érkezett iratokat papír alapon, postai úton kézbesíti annak a félnek, aki a hagyományos, papír alapú eljárási rendet választotta míg az ő általa papíron benyújtott beadványokat a bíróság digitalizálja és elektronikus úton kézbesíti a másik elektronikus eljárást választó félnek.⁷

Amennyiben a fél vagy a fél jogi képviselőnek nem minősülő képviselője a korábbiakban vállalta azt, hogy a bírósággal elektronikus úton tartja a kapcsolatot, azonban olyan körülmény következett be, amely miatt tőle többet nem várható el, hogy a bírósággal elektronikus úton tartsa a kapcsolatot, akkor papír alapon beadott beadványában kérelmezheti a bíróságtól, hogy a papír alapú eljárásra történő áttérést engedélyezze részére a bíróság. A félnek a kérelemben valószínűsíteni kell az okot, amely megalapozza a kérelmének alaposságát, miszerint körülményeiben olyan változás állt be, amely miatt az elektronikus eljárás a továbbiakban aránytalan megterhelést jelentene a számára. A bíróság nem hoz külön végzést arról, hogy a fél számára engedélyezi az áttérést, azonban az elutasító döntését végzésbe foglalja.

⁷ Wopera Zsuzsa: A polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény magyarázata, Wolters Kluwer Kft, Budapest, 2017., 680-681.

A benyújtott papír alapú kérelmével együtt benyújtott beadványát a bíróság abban az esetben is figyelembe veszi és hatályos nyilatkozatnak tekinti, ha magát az áttérésre irányuló kérelmét a bíróság végzésben visszautasítja. A visszautasító végzéssel szemben a fél fellebbezéssel élhet, amelyet akár papír alapon is benyújthat. Abban az esetben, ha a fél ismételt alaptalan áttérés iránti kérelmet nyújt be és azzal egyidejűleg egyéb beadványt is benyújt, akkor azt már a bíróság nem foglya figyelembe venni és hatálytalan nyilatkozatnak tekinti. Ennek indoka az, hogy a folyamatosan alaptalanul benyújtott kérelemmel egyidejűleg ne tudjon a fél hatályos nyilatkozatot tenni. Ha a jogi képviselő nélkül eljáró fél kérelme nyilvánvalóan alaptalan, akkor a bíróság akár pénzbírság fizetésére is kötelezheti a felet.

Amennyiben az eljárásban jogutódlás következik be, úgy az kihathat a kapcsolattartásra abban az esetben, ha a jogutód fél elektronikus kapcsolattartásra nem kötelezett. Ebben az esetben a jogelőd vállalása a jogutódot nem köti, amely azt jelenti, hogy a jogutód választhatja a papír alapú kapcsolattartást akkor is, ha a jogelőd az elektronikus kapcsolattartást vállalta. Abban az esetben ha a jogutód az elektronikus kapcsolattartást vállalja, úgy a későbbiekben a papír alapú kapcsolattartásra történő áttéresi kérelmet terjeszthet be, attól függetlenül, hogy jogelődje ilyen kérelmet már a korábbiakban előterjesztett.⁸

A Pp. 608. § határozza meg azon személyek körét, akik kötelesek elektronikusan a bírósággal kapcsolatot tartani. Ez a szabály azonban az e-ügyintézési törvényre utal, mint azon jogszabályra, amely meghatározza az elektronikus kapcsolattartásra kötelezetteket valamint az elektronikus kapcsolattartás rendjét. Az e-ügyintézési törvény 9. § alapján elektronikus kapcsolattartásra kötelezett a gazdálkodó szervezet⁹, állam, önkormányzat, költségvetési szerv, ügyész, jegyző, köztisztviselő, egyéb közigazgatási hatóság, valamint az ügyfél jogi képviselője. A polgári peres eljárásokban nagy többségben félként szerepel természetes személy, gazdálkodó szervezet illetve a felek képviselőjeként a jogi képviselő, így jelen írásban ezen kör pontos meghatározására szorítokozom.

Az e-ügyintézési törvény a gazdálkodó szervezetek esetében visszautal a Pp. gazdálkodó szervezetre vonatkozó fogalomhasználatára, azzal az eltéréssel, hogy

⁸ Wopera Zsuzsa: A polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény magyarázata, Wolters Kluwer Kft., Budapest 2017., 682.

⁹ 2016. évi CXXX. törvény 7. § 6. pont szerint: gazdálkodó szervezet: a gazdasági társaság, az európai részvénytársaság, az egyesülés, az európai gazdasági egyesülés, az európai területi társulás, a szövetkezet, a lakásszövetkezet, az európai szövötkezet, a vízgazdálkodási társulat, az erdőbirtokossági társulat, a külföldi székhelyű vállalat magyarországi fióktelepe, az állami vállalat, az egyéb állami gazdálkodó szerv, az egyes jogi személyek vállalata, a közös vállalat, a végrehajtói iroda, a közjegyzői iroda, az ügyvédi iroda, a szabadalmi ügyvivői iroda, az önkéntes kölcsönös biztosító pénztár, a magánnyugdíjpénztár, az egyéni cég, továbbá az egyéni vállalkozó, emellett gazdálkodó tevékenységével összefüggő polgári jogi kapcsolataiban az állam, a helyi önkormányzat, a költségvetési szerv, jogszabály alapján a költségvetési szervek gazdálkodására vonatkozó szabályokat alkalmazó egyéb jogi személy, az egyesület, a köztisztviselő, valamint az alapítvány illetve az e-ügyintézési törvény kiterjesztése szerinti szervezet

gazdálkodó szervezetnek minősíti a belföldi székhelyű, jogi személyiséggel nem rendelkező gazdasági tevékenységet folytató szervezeteket. Jogi képviselőnek kell tekinteni az elektronikus kapcsolattartás szempontjából az ügyvédet és az ügyvédi irodát, a kamarai jogtanácsost, az ügyvédi tevékenységről szóló törvényben meghatározott körben, a jogi személy bíróság képviselőjére jogosult bírót és bírósági titkárt, a Legfőbb Ügyészség képviselőjére jogosult ügyészt, valamint a Pp. 606. § szerint az ügyvédjelöltet, jogi előadót és a törvényben meghatározott egyéb személyeket is.¹⁰¹¹

A Pp. egyik jelentős újítása, hogy a gazdálkodó szervezetek, ügyvédek, ügyvédi irodák illetve az E-ügyintézési törvény 9. § (1) bekezdésében meghatározott személyek kötelesek a bírósággal elektronikusan kapcsolatot tartani. Az informatikai fejlesztés folyamatában létrejött az ügyfélkapu illetve a cégkapu. Ezzel kapcsolatosan pedig kérdésként merült fel, hogy amennyiben a gazdálkodó szervezet, ügyvéd vagy ügyvédi iroda nem a cégkapuján keresztül küldi meg az elektronikus iratot, akkor vajon sérti-e a Pp. illetve az E-ügyintézési törvény rendelkezéseit. Jogszabály nem írja elő, hogy a gazdálkodó szervezet csak cégkapu használatával nyújthatja be a bíróságra a feltételeknek egyébként mindenben megfelelő beadványát. Jogszabály kötelező rendelkezésének hiányában pedig a cégkapu használatát a jogszabályok által meghatározott elektronikus benyújtási módnak nem része, szabályszerű benyújtás teljesüléséhez nem kell vizsgálni a bíróságnak azt, hogy mely tárhelyről érkezett a beadvány.¹²¹³Az elektronikus kapcsolattartással összefüggő kérdés merülhet fel a

¹⁰ 2016. évi CXXX. törvény 75. § (1) bekezdés

¹¹ 2016. évi CXXX. törvény 608. § (2) bekezdés

¹² BDT2019. 4104.

¹³ BDT2019. 4104. számú döntés Indokolásának releváns rendelkezése: A fentiekből következőn a beadvány elektronikus úton történő szabályszerű benyújtásának nem feltétele, hogy a beadványt az ügyfelet képviselő ügyvédi iroda a saját cégkapuján keresztül küldje el a bíróságnak. Az elsőfokú bíróság által hivatkozott E-ügyintézési törvény 14. § (1) bekezdése csupán azt rögzíti, hogy cégkapu a gazdálkodó szervezet ügyfél elektronikus kapcsolattartásra szolgáló elérhetősége, míg a Vhr. 89. § (1) bekezdése ezt pontosítja, e szerint pedig a cégkapu nem más, mint a kézbesítési szolgáltatáshoz kötődő, biztonságos kézbesítési szolgáltatási címnek minősülő, kijelölt szolgáltató által a gazdálkodó szervezetek számára biztosított tárhely. Az ügyvédi irodának, mint gazdálkodó szervezetnek természetesen kell rendelkeznie cégkapuval, az E-ügyintézési törvény 14. § (1) bekezdése erre vonatkozóan bejelentési kötelezettséget is előír, és miután a gazdálkodó szervezet az E-ügyintézési törvény 9. § (1) bekezdés aa) pontja szerint elektronikus ügyintézésre köteles, a bíróságnak, egyéb hatóságnak az eljárásában az iratokat e tárhelyre kell kézbesítenie. A cégkapu elsődleges funkciója a Vhr. 82. § (1) bekezdése folytán tehát az, hogy a gazdálkodó szervezet számára érkező elektronikus nyilatkozatot átvegye, továbbítsa a címzettnak, tárolja. A Vhr. 89. § (1) bekezdése a cégkaput kifejezetten „kézbesítési szolgáltatási címnek” nevesíti. Az idézett rendelkezések egyike sem írja azonban elő azt, hogy a gazdálkodó szervezet csak e tárhely használatával nyújthatja be a bíróságra az egyébként a fenti feltételeknek mindenben megfelelő beadványát. A cégkapu használata az E-ügyintézési törvényben és végrehajtási rendeleteiben meghatározott elektronikus benyújtási módnak nem része, ezért a Pp. 608. § (1) bekezdésben foglaltak teljesüléséhez nem kell vizsgálni, hogy mely tárhelyről érkezett a beadvány.

tárgyaláson teljesítendő cselekményekkel, valamint a jogi képviselő meghatalmazásának kapcsolatban is.

Az E-ügyintézési tv. a jogalkotó – a törvény preambulumból kitűnően – az elektronikus ügyintézés széles körű elterjedése, az eljárások gyorsítása, az adminisztratív terhek csökkentése érdekében alkotta meg. A törvény rögzíti az elektronikus ügyintézés alapelveit. A 3. § (1) bekezdése az elektronikus ügyintézés az ügyfelet megillető jogként nevesíti, ugyanakkor a felek kötelezettségévé teszi, hogy jogaik gyakorlása és kötelezettségeik teljesítése során a jóhiszeműség, tisztesség és kölcsönös együttműködés követelményének megfelelően járjanak el. A törvény 13. § (1) bekezdése szerint elektronikus a kapcsolattartás, ha az ügyfél a nyilatkozatát, vagy az elektronikus ügyintézését biztosító szerv a nyilatkozatát vagy döntését elektronikus úton teszi meg.

Az elektronikus kapcsolattartás az ügyfél és az elektronikus kapcsolattartást biztosító szerv közti kapcsolattartás egyszerűsítését és az eljárások gyorsítását szolgálja, célja, hogy az ügyfélnek a nyilatkozatételhez ne kelljen a hatóság előtt személyesen megjelennie, és a hatósághoz benyújtandó iratát ne kelljen papír alapon postára adnia. Nem lehet célja a törvénynek, hogy a fél helyzetét megnehezítse, ügyintézését bonyolítsa, a bírósági eljárások elhúzódását, a tárgyalások szükségleten és indokolatlan halasztását eredményezze, ezért minden olyan jogértelmezés, amely ez utóbbi eredményre vezet, ellentétes a törvény preambulumban és alapelveiben rögzítettekkel.¹⁴ Az E-ügyintézési törvény 8. § (4) bekezdése szerint: „*Nincs helye elektronikus ügyintézésnek olyan eljárási cselekmény esetében, ahol ez nem értelmezhető.*”

A fentiekből következően bármely eljárásban, így a bírósági eljárásban is minden esetben azt kell elsődlegesen eldönteni, hogy az adott eljárási cselekmény esetén az elektronikus kapcsolattartás értelmezhető-e. Ha nem értelmezhető, akkor az elvégzendő perbeli cselekményekre a törvény tárgyi hatálya nem terjed ki, és nem alkalmazhatóak az E-ügyintézési törvényben, annak végrehajtási rendeletében és a Pp.-ben rögzített, az elektronikus kapcsolattartásra vonatkozó rendelkezések sem. Az elektronikus ügyintézés szabályai nem értelmezhetőek az egyes tárgyalási cselekményeknél, hiszem ezen esetekben az elektronikus ügyintézés teljesen felesleges lenne és nem segítené a perkoncentráció elvének megvalósulását. A tárgyalási cselekményeket a felek és képviselőik általánosságban szóban, közvetlenség elvének megfelelően tehetik meg, Vannak olyan esetek azonban, amikor lehetséges vagy inkább célszerű a papír alapú tárgyalási cselekmények lefolytatása. Ezen tárgyalási cselekményekkel kapcsolatos gyakorlati problémák azok, amelyek valójában a lényegi kérdéseket felvetik az elektronikus kapcsolattartással összefüggésben.

Az elektronikus kapcsolattartás szabályainak alkalmazásának problémája érzékeltethető azzal, hogy a kötelező elektronikus kapcsolattartással összefüggésben kérdésként merült fel az, hogy keresetváltoztatásra van-e lehetőség szóban a

¹⁴ Pécsi Ítéltábla Polgári Kollégiumának 2/2019. (III. 27.) számú kollégiumi ajánlása

tárgyaláson. Annak lehetősége, hogy felmerült az a kérdés, miszerint a keresetet a tárgyaláson szóban nem lehet változtatni, mutatja meg számunkra az elektronikus kapcsolattartás szabályainak alkalmazásával kapcsolatos gondokat. Ezen gondok – véleményem szerint – a jogalkalmazók magatartásával kapcsolható össze, nem pedig a törvénnyel. Minden esetben a törvény szakaszait az egész törvénnyel illetve az Alaptörvénnyel, egyéb jogi alapelvekkel összefüggésben kell értelmezni. Amennyiben túlságosan is a törvény betűinek egyszerű értelmezésénél maradunk, akkor fordulhat elő, hogy jogalkalmazói anomáliák keletkeznek és így az adott törvény az egyes jogalkotók által kitűzött célokat nem tudja elérni. Álláspontom szerint az elektronikus kapcsolattartás szabályaival összefüggésben is ez volt megfigyelhető.

A Pp. rendelkezik a perfelvételi tárgyalás menetéről és ott kifejezetten előírja illetve lehetőséget biztosít a feleknek illetve képviselőiknek, hogy hatályos nyilatkozatokat tegyenek. Ezen nyilatkozatok esetében lehetőség van bizonyítási indítvány megtételére. A perfelvételi szakban késedelmesen előterjesztett bizonyítási eszköz vagy bizonyítási indítvány - önmagában a késedelem miatt, függetlenül a pénzbírság kiszabásától - nem hatálytalan, az figyelembe vehető, ha egyébként annak benyújtására a törvény keretei között, a perfelvételt lezáró végzés meghozataláig került sor. A törvényi kereteket ugyanakkor a Pp. 203. § (1) bekezdése adja meg, amely szerint a fél perfelvételi iratot akkor terjeszthet elő, ha arra a bíróság felhívta, vagy azt törvény lehetővé teszi. Az ennek megsértésével előterjesztett irat - e törvény eltérő rendelkezése hiányában - hatálytalan. Ez utóbbi hatálytalanság azonban nem a késedelem következménye. A késedelmesen csatolt bizonyítási eszköz, illetve a késedelmesen előterjesztett bizonyítási indítvány a perfelvételi szakban a Pp. 183. § (5) bekezdése alapján kiszabott pénzbírságtól függetlenül figyelembe vehető, ha a fél azt a perfelvételt lezáró végzés meghozataláig, a törvény keretei között nyújtotta be.¹⁵

Ahogy látjuk az állásfoglalás említi a bizonyítási eszközöket. A bizonyítási eszközök fogalma alatt azonban megtalálható az okirat illetve a tárgyi bizonyítási eszköz is. Ezen fogalomból kiindulva már ennél a törvényi szakasznál is felmerülhet a kérdés, hogy akkor mégiscsak lehetséges a tárgyaláson jogi képviselő számára is az egyes bizonyítási eszközök csatolása avagy sem. A törvény nem említi a bizonyítási eszközöket, mint fogalmak, azonban a bizonyítékot már említi. Ezzel kapcsolatban a törvény alapján a fél vagy jogi képviselő a bizonyítékkal kapcsolatban hatályos nyilatkozatot tehet. Az iratcsatolással összefüggésben – amelyről később lesz szó – merül fel a kérdés már itt is, ezen szabállyal összefüggésben, hogy csak indítványokat tehet-e meg a fél vagy magát a papír alapon meglévő okiratot, tárgyi bizonyítási eszközt is csatolhatja a per irataihoz. Véleményem szerint ezen jogszabályhelyből nem következethető le és nem tartható azon álláspont, miszerint a jogi képviselő – aki elektronikus eljárásra van kötelezve – az okiratokat valamint a tárgyi bizonyítási

¹⁵ Az új Pp. Konzultációs Testület 71. számú állásfoglalása

eszközöket csatolhatná. Erre kizárólag a jogi képviselő nélkül eljáró félnek van lehetősége.

A tárgyaláson azonban nem csupán szóbeli nyilatkozatok hangoznak el, sor kerülhet - az eljárási szabályok keretei közt – a fél részéről iratok benyújtására, illetve a bíróság részéről iratok kézbesítésére. A Pp. viszonylag szűk körben nem csak lehetővé, hanem kötelezővé is teszi a félnek az irat csatolását, a bíróságnak pedig a fél részére történő kézbesítést. Kötelező rendelkezést tartalmaz a félre a Pp. 67. §-a, amely előírja, hogy a meghatalmazott köteles az eredeti meghatalmazását vagy annak hitelesített másolatát az első beadványához mellékelni, vagy, ha erre előbb kerül sor, az első bírósági jelentkezése alkalmával az iratokhoz csatolni. A bíróságnál történő első bejelentkezéssel kapcsolatban felmerülhet a kérdés, hogy a jogi képviselő korábban meghatalmazását nem küldte meg a bíróság részére, akkor azt a tárgyaláson hogyan is teheti meg.

A meghatalmazást papír alapon nem csatolhatja, azonban annak felmutatása meghatalmazotti minőségének igazolását jelenti. Ez az igazolás azonban a pp. szabályainak nem felel meg, így ebben az esetben a bíróság rövid határidő tűzésével hiánypótlásra utasítja a jogi képviselőt a meghatalmazás elektronikus megküldése érdekében.¹⁶ Ha tehát a meghatalmazott első ízben a tárgyaláson jelentkezik a bíróságon, meghatalmazását a tárgyaláson csatolnia kell, e kötelezettség pedig csak papír alapon teljesíthető, az „elektronikus iratovábbítás” nem értelmezhető. Felmerülhet a tárgyaláson okirati bizonyíték csatolásának lehetősége és kötelezettsége is. Ha ugyanis a fél a keresetét a perfelvételi tárgyaláson – adott esetben éppen a bíróság anyagi pervezetésének eredményeként – megváltoztatja és a megváltoztatott kereset alapjául okirati bizonyítékra hivatkozik - ha az a tárgyaláson rendelkezésre áll – csatolnia is kell.¹⁷

Előfordulhat olyan eset is, amikor az irat papír alapú csatolásának tilalma kifejezetten hátrányt okozna a félnek. A Pp. 81. §-a értelmében a jogi képviselővel eljáró fél perköltséget kizárólag költségjegyzék benyújtásával számíthat fel. A gyakorlatban két álláspont alakult ki. Az egyik álláspont szerint lehetőség van a tárgyaláson szóban előadni a költségigényt, míg a másik álláspont szerint kizárólag elektronikus úton lehet a felszámítást jogi képviselő esetén benyújtani.¹⁸ Ezen két álláspontból az első az, amelyet el lehet fogadni. Ebből kifolyólag lehetőség van arra, hogy a jogi képviselővel eljáró fél a tárgyalás berekesztésére vonatkozó figyelmeztetés után az adott tárgyalási napon felmerült költségeit az általa korábban elektronikus úton beadott nyomtatvány mellékleteként papír alapon is előterjesztheti vagy jegyzőkönyvbe mondhatja.¹⁹ A Pp. módosítása²⁰ szerint a továbbiakban jogi képviselőnek sem kötelező a jogszabály által meghatározott

¹⁶ Civilisztikai Kollégiumvezetők 2018. június 20-21-ei Országos Tanácskozásának 3. állásfoglalása

¹⁷ Pécsi Ítéltábla Polgári Kollégiumának 2/2019. (III. 27.) kollégiumi ajánlása

¹⁸ Új Pp. Konzultációs Testület állásfoglalás 46. száma

¹⁹ Új Pp. Konzultációs Testület állásfoglalás 46. száma

²⁰ 2020. évi CXIX. törvény 6. §

formanyomtatványon költségigényét előterjeszteni. A formanyomtatvány használata a továbbiakban lehetőség és nem kötelezettség. Ez alapján pedig a jogi képviselő által a tárgyalásra magával hozott papír alapú és „saját készítésű” költségigényt tartalmazó irat is előterjeszthető a bíróság számára.

Kifejezetten lehetővé teszi a Pp. a bíróság számára az iratkézbésítést a tárgyaláson a 213. § (4) bekezdésében is, a perfelvételre utóbb alkalmassá vált viszontkereset-levél és beszámítást tartalmazó irat tekintetében, melyek kézbesítése a tárgyaláson szintén csak papír alapon értelmezhető. A tárgyaláson történő iratszatolás, illetve a bíróság részéről a félnek a tárgyaláson történő iratkézbésítés tekintetében tehát nem értelmezhető az elektronikus kapcsolattartás, az iratot sem a tárgyalóteremben jelenlévő félnek, sem a bíróságnak nem lehet „elektronikusan továbbítani”, a tárgyaláson történő iratszatolás és kézbesítés csak papír alapon teljesíthető.

Az a jogértelmezés, mely szerint a tárgyalást el kell halasztani pusztán azért, hogy a fél a tárgyaláson rendelkezésre álló meghatalmazást vagy egyéb okiratot elektronikusan nyújtsa be, azaz „továbbítsa”, nem csak az E-ügyintézési törvény, hanem az Alaptörvény 28. §-ában megfogalmazott „józan ész” követelményével és a Pp. Preambulumában megfogalmazott jogalkotói céllal – mely szerint a jogalkotó a Polgári Perrendtartást a polgárok szolgálatát biztosító, a közjónak és a józan észnek megfelelő jogalkalmazás eszméjétől vezérelve alkotta meg – is ellentétes volna. Az elektronikus kapcsolattartás ez esetben nem szolgálna az E-ügyintézési törvényben megfogalmazott célokat: az a kapcsolattartást megkönnyítő eszköz-szerepből céllá s így öncélúvá válna.²¹ A Pp. egyik kommentárja is ezt az álláspontot tette megáévá és a Pécsi Ítéltábla által alkotott ajánlást használta fel, mivel az alábbiakat tartalmazza: „*A peres eljárásban a fél - ideértve az elektronikus kapcsolattartásra köteles jogi képviselőt vagy egyéb szervezetet is - perfelvételi nyilatkozatot (ideértendő a bizonyítási eszköz rendelkezésre bocsátása) a Pp. 183. § (1) bekezdése alapján perfelvételi tárgyaláson vagy tárgyaláson kívül perfelvételi iratban tehet. A perfelvételi tárgyaláson a fél megjelenése kötelező (ellenkező esetben mulaszt), ott kell a perfelvételi nyilatkozatait előadni. jelen lévők között a perselekmények teljesítése nyilatkozat esetén szóban történik, okirat esetén becsatolással. A félnek - különösen, ha nem kapott perfelvételi irat benyújtására felbívást - a törvény e speciális rendelkezése alapján a tárgyaláson kötelessége és van lehetősége perfelvételi nyilatkozatát, köztük a bizonyítékait előadni. Ez az E-ügyintézési tv. 8. § (2) bekezdése szerinti olyan személyes jelenléttel teljesíthető törvényi rendelkezésnek tekinthető, amelynél nincs helye elektronikus kapcsolattartásnak. Emellett az is kimondható, hogy az E-ügyintézési tv. 8. § (4) bekezdése szerint a tárgyaláson személyesen jelen lévők vonatkozásában az elektronikus kapcsolattartás nem értelmezhető. Az E-ügyintézési tv. céljával ellentétesen az ügyintézés nem egyszerűsíti és gyorsítja, hanem szükségtelenül bonyolítja, de a józan észsel is ellentétes az a gyakorlat, amely a tárgyaláson megjelenő, átadható bizonyítékok becsatolása és adott esetben a perfelvétel lezárása, sőt ítélet meghozhatósága ellenére a tárgyalást elhalasztja az elektronikus benyújtás érdekében. Hasonló*

²¹ Pécsi Ítéltábla Polgári Kollégiuma 2/2019. (III. 27.) kollégiumi ajánlás

*következtetésre jutott a Pécsi Ítéltábla Polgári Kollégiuma is a 2/2019. (III. 27.) számú kollégiumi ajánlásában.*²²

A fentebb említett okiratcsatolással összefüggésben meg kell említenünk a Pp. 183. § (3) bekezdését is. A bizonyítási indítványokat illetve a bizonyítékokat a perfelvételi iratok fogalma alá vonja be a Pp, nem pedig az egyszerű iratok alá. Ez a gyakorlat szempontjából nem okoz különösebb bonyodalmat az elektronikus kapcsolattartás relációjában, hiszen bármifajta iratot, nyilatkozatot az elektronikus kapcsolattartásra köteles fél elektronikusan kell, hogy megtegyen. Ettől függetlenül érdekes az, hogy a jogalkotó a bizonyítékokat a perfelvételi nyilatkozatok fogalma alá vonja.

A törvény az elektronikus kapcsolattartás széleskörű és jogi képviselővel eljáró felek számára kötelező alkalmazásából kifolyólag a bíróság belátásra bízva, hogy a kérelem tárgyában való döntés során a felek nyilatkozatait milyen módon szerzi be, különös tekintettel arra, hogy az ideiglenes intézkedés éppen az a jogintézmény, ahol a felek szóbeli meghallgatásával, idézésével együtt járó késedelem kifejezetten kerülendő.²³

Véleményem szerint a már említett „józanész” Alaptörvényi kritériumára figyelemmel, valamint a Pp. perkoncentráció elvében megtestesült azon kíváncs, miszerint a lehető leggyorsabban be kellene fejezni az eljárást csak egy eredményre vezethet. Ez pedig az, hogy az eljáró bíróságnak lehetővé kell tennie azt, hogy a felek nyilatkozataikat a tárgyaláson szóban, akár saját maguk vagy pedig jogi képviselőik útján megtehessek.

Ez a probléma – természetesen – csak abban az esetben állhat fenn, ha magát az ideiglenes intézkedés iránti kérelmet a fél vagy az érdekében eljáró jogi képviselő a tárgyaláson terjeszti elő. Ebben az esetben a bíróságnak a másik felet is meg kell hallgatnia, azonban a fél – ha nem képes a tárgyaláson választ adni, amely azonban nehezen képzelhető el – kérelmezheti, hogy a bíróság egy bizonyos határidőt biztosítson a számára nyilatkozata előterjesztése érdekében. Amennyiben a fél nyilatkozatát tárgyalást megelőzően kívánja beszerezni a bíróság és a fél jogi képviselővel rendelkezik, úgy az elektronikus kapcsolattartás nem nélkülözhető. Ez a kérdéskör és annak megválaszolása jelen cikk keretein túlmutat, de valójában a válasz az előző mondatban található, továbbá ezen kérdés valójában nem minősül problémának, mivel annak megválaszolása egyszerű és véleményem szerint egyértelmű.

²² Aszódi László, Boreczki Szabolcs, Boros Zsuzsa, Cserbáné Nagy Andrea, Dombi-Nyárádi Gabriella, Kovács Helga Mariann, Drexlemé Karcub Edit, Dzsula Marianna, Gyamathy Judit, Gyimesi Tamás Ferenc, Kormos Erzsébet, Martonovics Bernadett, Molnár Judit, Nagy Adrienn, Pribula László, Somogyi Dávid, Szabó Imre, Szalay Róbert, Tóth Barbara, Udvary Sándor, Vitvindicics Mária, Wallacher Lajos, Wopera Zsuzsa, Zsitva Ágnes: Kommentár a polgári perrendtartásról szóló 2015. évi CXXX. Törvényhez, Wolters Kluwer Kft., Budapest, 2019., 524.

²³ 2016. évi CXXX. Törvény 105. §-nak Indokolása

A Pp. módosításával²⁴ a fentebb jelzett problémákra a jogalkotó reagált, hiszen a Pp. 605. –s 608. §-t is módosította. A Pp. 605. §. (3) bekezdése az alábbiakra módosul: *Az (1) bekezdés szerinti elektronikus út választása esetén az eljárás folyamán - ideértve az eljárás minden szakaszát és a rendkívüli perorvoslatot is - a fél, illetve képviselője köteles a bírósággal a kapcsolatot elektronikus úton tartani és a bíróság is valamennyi bírósági iratot elektronikusan kézbesít a részére, kivéve a tárgyaláson csatolt vagy kézbesíthető iratot, illetve határozatot.* A Pp. 608. § (1) bekezdése pedig az alábbiak szerint változik meg 2021. január 1. napjától: *Az E-ügyintézési tv. alapján elektronikus úton történő kapcsolattartásra kötelezett minden beadványt kizárólag elektronikusan - az E-ügyintézési tv.-ben és végrehajtási rendeleteiben meghatározott módon - nyújthat be a bírósághoz, és a bíróság is elektronikusan kézbesít a részére, kivéve a tárgyaláson csatolt vagy kézbesíthető iratot, illetve határozatot.* Ezzel a módosítással véleményem szerint a jogalkotó kissé lazított a törvény betűin és egyértelművé tette a fentebb már megfogalmazott „józanész” kritériumát. A módosítás által használt a „részére, kivéve a tárgyaláson csatolt vagy kézbesíthető iratot, illetve határozatot” szöveg alapján kijelenthető, hogy már törvényi szinten sem értelmezhető az elektronikus kapcsolattartás bizonyos – iratkézbesítés, meghatalmazás, költségfelszámítás – tárgyalási cselekmények vonatkozásában. Álláspontom szerint a jogalkotó általi módosítás indokolt volt és az a Pp.-t megfelelő a gyakorlat által kimunkált válaszok szerint alakította. Ez a „kicsiny” módosítás az eddigi kérdésekre megfelelő választ ad, hiszen, így az eddigi kérdésekre, úgy adja meg a választ, hogy valójában az elektronikus kapcsolattartás szabályait bizonyos esetekben mellőzni rendeli.

A tanulmány során egy összképet kívántam adni az olvasónak, ami alapján az egész elektronikus eljárást, annak a Pp.-vel kapcsolatos fontosabb fogalmát, illetve a Pp. rendelkezéseit képes megismerni. Az elektronikus kapcsolattartással összefüggő problémák köre szűk, azonban korántsem elhanyagolható kérdés, hiszen amennyiben nem megfelelően szabályozzuk a tárgyalási cselekményeket, illetve magát az elektronikus kapcsolattartást, úgy a felek érdekei sérülhetnek és hátrányosabb pozícióba kerülhetnek egy adott peres eljárás alatt. Az általam vizsgált iratísmertetés és csatolás, meghatalmazás bemutatása, perfelvételi nyilatkozatok megtétele, költségjegyzék becsatolása, illetve az ideiglenes intézkedéssel kapcsolatos tárgyalási cselekmény is releváns az elektronikus kapcsolattartással összefüggésben.

Véleményem szerint - ahogy azt már fentebb említettem – minden esetben szem előtt kell tartani a „józanész” kritériumát, továbbá a Pp. sajátos alapelvét a perkoncentráció elvét. Amennyiben ezen alapelvekre figyelemmel vagyunk és az adott szakasz értelmezése során az alapelvekkel összefüggésben is értelmezzük a kéréseket, úgy nem juthatunk másra, minthogy az elektronikus kapcsolattartás szabályait rugalmasan kezeljük és amikor annak értelmezhetetlensége megnyilvánul, úgy a papír alapú csatolásnak, illetve szóbeli előadásnak teret engedünk.

²⁴ 2020. évi CXIX. törvény

Felhasznált források:

ASZÓDI LÁSZLÓ - BORECZKI SZABOLCS - BOROS ZSUZSA - CSERBÁNÉ NAGY ANDREA - DOMBI-NYÁRÁDI GABRIELLA - KOVÁCS HELGA MARIANN - DREXLERNÉ KARCUB EDIT - DZSULA MARIANNA - GYARMATHY JUDIT - GYIMESI TAMÁS FERENC - KORMOS ERZSÉBET - MARTONOVICS BERNADETT - MOLNÁR JUDIT - NAGY ADRIENN - PRIBULA LÁSZLÓ - SOMOGYI DÁVID - SZABÓ IMRE - SZALAY RÓBERT - TÓTH BARBARA - UDVARY SÁNDOR - VITVINDICS MÁRIA - WALLACHER LAJOS - WOPERA ZSUZSA - ZSITVA ÁGNES: *Kommentár a polgári perrendtartásról szóló 2015. évi CXXX. Törvényhez*, Wolters Kluwer Kft., Budapest, 2019.

GRÉBECZ KRISTÓF BALÁZS: *Az elektronikus kapcsolattartás szabályai egyes bírósági eljárásokban*, Adóvilág, 2017. évf., 5. szám.

KENGYEL MIKLÓS: *Magyar Polgári Eljárásjog*, Osiris Kiadó, Budapest, 2013.

MAGYARY GÉZA: *Magyar Polgári Perjog*, Franklin-Társulat Magyar Irod. Intézet és Könyvnyomda, Budapest 1913.

SZILBEREKY JENŐ: *A Polgári Eljárás Funkciója és Hatékonysága*, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1977.

WALTER H. RECHBERGER: *Aktuelle Entwicklungen im Zivilprozess des 21. Jahrhunderts*, Polgári Eljárásjog a XXI. században, Tanulmányok Farkas József emlékére, Dialóg Campus Kiadó, Pécs, 2002.

WOPERA ZSUZSA: *A polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény magyarázata*, Wolters Kluwer Kft, Budapest, 2017.

2016. évi CXXX. Törvény

2020. évi CXIX. törvény

BDT2019. 4104.

Az új Pp. Konzultációs Testület 71. számú állásfoglalása

Civilisztikai Kollégiumvezetők 2018. június 20-21-ei Országos Tanácskozásának 3. állásfoglalása

Új Pp. Konzultációs Testület állásfoglalás 46. száma

Pécsi Ítéltábla Polgári Kollégiumának 2/2019. (III. 27.) számú kollégiumi ajánlása

NOVÁK ISTVÁN*

A polgári és egyházi házasság jogelvei a XIX-XX. század fordulóján

Absztrakt: Mint az közismert, a jogelvek olyan általános normák, amelyekkel a jogelmélet és a jogtörténet számos szempont alapján foglalkozik. A polgári házasság 19. század végi hazai bevezetése és ezzel párhuzamosan az egyházi házasságjog fejlődése számos jogelv alapján értelmezhető. Tanulmányomban az alábbi jogelveket vizsgálom a címben megfogalmazottak alapján:

1. Jog az, amit a nép parancsol, vagy megerősít. (lex est, quod populus iubet atque constituit).
2. A jog szabályai a társadalom egyetértését fejezik ki (consensus facit legem).
3. Jogi aktusból nem károsodhat senki (actus legis nemini damnosus).
4. A köz érdeke megelőzi a magánérdeket (necessitas publica maior est quam privata).
5. A későbbi törvény érvényteleníti a korábbi (lex posterior derogat legi priori).
6. A törvény különös szabálya lerontja általános szabályait: ha különös szabály van, nem kell az általános szabályt alkalmazni (lex specialis derogat legi generali).

Kulcsszavak: jogelvek, polgári házasság, egyházi házasság, norma fejlődés

Abstract: As it is well known, legal principles are general norms that legal theory and legal history deal with on many aspects. The introduction of civil marriage in Hungary at the end of the 19th century and, in parallel, the development of ecclesiastical marriage law can be interpreted on the basis of a number of legal principles. In my study, I examine the following legal principles based on as set forth in the title.

- 1 Law is what the people command or affirm. (lex est, quod populus iubet atque constituit).
- 2 The rules of law express the consent of society. (consensus facit legem).
- 3 No one may be harmed by a legal act. (actus legis nemini damnosus).
- 4 The public interest precedes the private interest. (necessitas publica maior est quam privata).
- 5 The later law invalidates the former. (lex posterior derogat legi priori).
- 6 A special rule of law degrades its general rules: if there is a special rule, the general rule does not have to be applied. (lex specialis derogat legi generali).

Keywords: principles of law, civil marriage, church marriage, norm development

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.173-180

* Dr. Novák István, abszolutóriumot szerzett PhD hallgató. Miskolci Egyetem, Állam-és Jogtudományi Kar, Jogtörténeti és Jogelméleti Intézet, Római Jogi Intézeti Tanszék. Témavezető: Prof. Dr. Sály Pál, egyetemi tanár.

Bevezetés

A jogelvek olyan formában adnak útmutatást egy-egy kor jogrendszeréről, amelyeket alkalmazva tanulhat egy későbbi társadalom jogásza és a jogfejlődést a jogtörténet eszközrendszerével előmozdíthatja. Ezek az elvek nem konkrétan jelennek meg általában, hanem egy-egy jogszabály tartalmában fedezhetjük fel.¹ A polgári házasság 19. század végi hazai bevezetése és ezzel párhuzamosan az egyházi házasságjog fejlődése számos jogelv alapján értelmezhető. Tanulmányomban arra törekszem, hogy bemutassam az 1894. évi XXXI. törvénycikk valamint az 1917. évi Codex Iuris Canonici egyházi törvénykönyv házasságjogának egyes elveit és abból néhány megfontolást tegyek a jogváltozásra és jogfejlődésre tekintettel.

Az 1894. évi XXXI. törvénycikk² (Ht.) a házasság fogalmát nem határozza meg kifejezetten. A törvénycikk szövege³ és a hozzákapcsolódó indokolás⁴ egyes helyeit figyelembe véve azért sem került definiálásra, mert a 19. század végén az egyházi és más állami rendszerekben „elterjedt volt” az egy férfi és egy nő szövetsége, a gyermekek vállalása; ezek lényegi elemeket képeztek a házasság esetében és nem volt szükséges a nyilvánvalóan közmegegyezés tárgyát képező elemeket fogalommal formálni.

Jog az, amit a nép parancsol, vagy megerősít

Ez a jogelv a jogalkotásnak a társadalom felől érkező igényére mutat rá. Mint azt tudjuk, a jog egy olyan rendszer, amelyet megelőző általában a szokásjog és az erkölcsi elvek. Legalábbis számos jogszabály esetében, mielőtt rögzítésre kerülne, létezik egy erkölcsi parancs, majd ebből szokásjog és ezt követően egy rögzített jogszabály. Sok esetben nem az uralkodó, hanem a társadalom igénye jelenik meg a jogalkotásban,

¹ Vö. Tamás András: Jogelvek. Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica XLIX. 1996/1. 599-605. http://acta.bibl.u-szeged.hu/6902/1/juridpol_049_599-605.pdf (2020.12.01.)

² A jogszabály létrejöttének okairól a következőt olvashatjuk: „A 19. századi hazai szabadelvű gondolkodók szerint a polgári házasság eszménye az egyetlen lehetőség arra, hogy a különböző vallású vagy akár vallási szempontból nem elkötelezett felek olyan módon kössenek házasságot, hogy az egyikük lelkiismereti meggyőződését se sértse. A polgári házasság a házasság felbontása tekintetében lehetővé teszi, hogy a felek akarata ideológiai kényszer nélkül érvényesüljön. A szabadelvű kormányzatnak az egyik fő törekvése éppen a házassági jog kodifikálása, és ennek keretében a kánoni és az állami házasság szétválasztása volt. Az egyik legfontosabb indokként az ország felekezeti sokszínűségét jelölték meg, amely miatt sok fajta házassági jogi szabály érvényesült.” Vö. Szabó Edit Édua: A házasság intézménye és a gyermekvédelem fejlődése Magyarországon, Budapest 2012. 17. o. https://www.parlament.hu/biz39/isb/tan/hazassag_intezmenye.pdf (2020.03.28.)

³ Vö. 1894. évi XXXI. törvénycikk a házassági jogról. (Ht.)

<https://net.jogtar.hu/getpdf?docid=89400031.TV&targetdate=&printTitle=1894.+%C3%A9vi+XXXI.+t%C3%B6rv%C3%A9ny+cikk&referer=1000ev> (2020.03.28.)

⁴ Vö. 1894. évi XXXI. törvénycikk indokolása a házassági jogról. (Ht. indoklás)

<https://net.jogtar.hu/ezet-ev-torveny?docid=89400031.TVI&searchUrl=/ezet-ev-torvenyei%3Fpagnum%3D44> (2020.03.27.)

ezt legalábbis a demokráciákban és az újkori polgári társadalmakban így kell, hogy működjön. A polgári házasság igénye társadalmi igényként is felfogható a 19. század végi magyar társadalomban. A szekularizáció előkészítette ennek a terepét és ebből a korábbi egyházi társadalmi kép változása során már egyre inkább belefért a házasság felekezeti szintről állami szintre emelése.

A CIC 1917-ben⁵ egyfajta válaszként rögzítette, de ugyanakkor pontosította is a kodifikált jogban, azon belül a házasságjogban azokat az elvárásokat, amelyeket a katolikus egyház és az őt követő tagok gondoltak a házasságról, annak jogi aktusáról és egyedi, a katolikus egyházban szentségi jellegéről.

Igy a 20. század elejére a nép, ha úgy tetszik, megkapta a polgári házasság mindenkire vonatkozó szabályrendszerét és az egyházi tagok pedig megőrizhették a saját felekezetük jogrendszerét, igaz, a házasság állami elismeréséhez szükséges volt az állami házasságkötés is.⁶

A jog szabályai a társadalom egyetértését fejezik ki

Vajon a polgári házasságkötés a társadalom részéről elfogadásra került és egyetértés alakult ki? Azt látjuk, hogy ez manapság is aktuális kérdés, főként az EU házasságjogi és családjogi elméleti alapok és gyakorlati megjelenése miatt. A 19. század végére már a házasságjogi helyzet eléggé kaotikus volt. A felekezeti egyházjogi különbségek, a még nem kodifikált jog természetesen azt eredményezte, hogy megfogalmazódott az igény a házasságjog egyszerűsítése, vagy inkább egységessé tétele iránt. Természetesen itt már láthatunk olyan szellemi harcot, amely a szekularizáció és a klerikalizmus között húzódik meg, de azt is látni kell, hogy a század végén még nem létező kodifikációs folyamatot a katolikus egyházban ez a helyzet is felgyorsította.

⁵ Vö. Codex Iuris Canonici Pii X pontificis maximis maximi iussu digestus, Benedicti Apape XV auctoritate promulgatus, in AAS 9 (1917-II), (CIC1917). Codex Iuris Canonici (CIC 1917).

1917-ben elkészült és a következő évben hatályba lépett első kodifikált katolikus egyházi törvénykönyv, amely 1983-ig volt hatályban. Ebben a házasságról a következő fogalom született: „A házasság első célja a gyermeknemzés és nevelés, második célja az egymásnak nyújtandó kölcsönös segítség s a nemi ösztön kielégítése. A házasság lényeges tulajdonságai az egység és felbonthatatlanság, mely a keresztény házasságban a szentség révén nyer különös erősséget.” CIC 1917, 1013. kánon.

⁶ A házasság létrejötte cím alatt a ma hatályos Ptk. Családjogi könyvében a házasság fogalma impliciten megjelenik, vagyis egy férfi és egy nő anyakönyvvezető előtt jelenti ki a szándékát a házasság megkötésére mindennemű feltétel nélkül. Mindezt rögzítenie kell az anyakönyvvezetőnek az erre a célra rendszeresített anyakönyvben. Ma hazánkban polgári jog szempontjából csak ez számít házasságnak, az egyházi házasság nem létező az állam előtt. Érdemes elolvasni az alábbi cikket: „...a legnagyobb kormánypart egyenrangúvá szeretné tenni a polgári és az egyházi esküvőt. Répássy Róbert, a Fidesz frakcióvezetője szerint az esküvő olyan családi esemény, amely során mindenkinek jogában áll eldönteni, hogy polgári vagy egyházi esküvőt akar. A Magyar Katolikus Egyház szívesen fogadja a Fidesz javaslatát az egyházi házasságkötés polgári érvényességének bevezetésére, de fontosnak tartja a felvetődő problémák jogi rendezését – nyilatkozta Csordás Eörs, az Esztergom-budapesti Főegyházmegegye irodavezetője az MTI-nek. Szerinte az elképzelés megvalósításához konkordátum, vagyis az Apostoli Szentszék beleegyezése szükséges.” Jezsó Ákos: Államilag elismert egyházi esküvő? Magyar Nemzet, 2001. május 17. https://mno.hu/migr_1834/allamilag-elmert-egyhazi-eskuvo-837535 (2018. 06. 07.)

A Ht. indoklásában a következőt láthatjuk: „A jelen törvényjavaslat célja a házassági jog rendezése. E rendezés három alapelven épült fel. Ezek az alapelvek: minden állampolgárt egyaránt kötelező egységes állami jog, állami bírászkodás és a házasságok megkötésének kötelező polgári alakja. A házassági jog reformját szükségessé teszi már azok az egyházpolitikai törvényjavaslatok, melyek, mint a kormány részéről ajánlott politikának alkotó elemei a törvényhozás elé vannak terjesztve.”⁷

Jogi aktusból nem károsodhat senki

Az egyik legalapvetőbb jogi aktus a házasság megkötése. Értelme az emberek párkapcsolatának jogi rangra emelése. A katolikus egyház 1917-es kódexe szerződésnek és szentségnek nevezi a házasságot. A házasság a kódex megfogalmazása szerint olyan szövetség és olyan szerződés, amelyből nem károsodhat senki.⁸ Ebből következik, hogy a házasság mint jogi aktus elsősorban jogok szerzésére és köteleességek keletkeztetésére szolgál, mint általában egy polgári jogi aktus, azonban ebből a kötelemből (sem) származhat károsodás sem a két fél sem bizonyos külső szereplők tekintetében.

A fenti általános jogelvet a polgári házasság abban mutatja meg, hogy a férfi és a nő szövetségében és szerződésében nem teszi lehetővé hátrányok származását, sőt például a női különjogok tekintetében bizonyos pozitív diszkriminációt is alkalmazott a dualizmus korának rendszere. Az egyházi, azon belül is a katolikus házasságjog pedig éppen a rendszerbe foglalt kodifikáció miatt végre rendezte a régóta felmerült igényt: ahhoz, hogy egységes legyen az egyházi házasságok megítélése a világban, ahhoz egységes törvénykönyvre van szükség, így elkerülhető az egyes országok eltérő házassági és állami jogi rendszerének a kollíziója valamint az egyes előnyök keresése és károk jóváhagyása.

A köz érdeke megelőzi a magánérdeket

A házassági jog két személy, két önálló jogalany egybehangzó döntése alapján egy olyan állapotot idéz elő, amelyből már egy tágabb közösség is profitál. A köz érdeke az, hogy egy adott nemzet, ország, földrész; vagy éppen az egyház nemzetek átívelő szervezete „tagokkal” rendelkezzen: család, gyermekek, egyháztagok. Ez a közérdek.

⁷ Vö. Ht. Indoklás, Általános indoklás I.

⁸ „A CIC 1917 a kánonjog történeti hagyományok alapján három célt emelt ki az egyházi házasság tárgyalásakor: a gyermek javát (bonum prolis); a hit javát (bonum fidei); és a szentség javát (bonum sacramentum). Ezen belül is külön hangsúlyozza – XIII. Leó pápa (1878–1903) enciklikája nyomán – a gyermekáldás fontosságát, és a megszületet gyermekek nevelését. A házasság létrejöttéhez mindkét fél részéről elengedhetetlen a házassági képesség, a házassági akarat, és végül – a megkereszteltet között – a házassági forma.” Vö. Szuromi Szabolcs Anzelm: Az egyházi házasságra vonatkozó kánoni előírások történetének vázlata. *Iustum Aequum Salutare* IV. 2008/3. 44-45.

<http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20083sz/03.pdf>

A magánérdek pedig az, hogy az ember ne magányos Robinsonként és ne csupán „csak ügy” együtt a másikkal éljen, hanem hogy joga legyen, (de ne kötelessége), házasságot kötni, azzal, akivel akar. Ebben az esetben a magánérdek és a közérdek csak néhány szempont alapján szabályozandó: életkor, beleegyezési képesség, vagyis olyan okok és indokok alapján, amit a jogrendszerek például érvényesség, érvénytelenség, semmisség, nem létező házasság fogalma alatt aposztrofálnak.

A későbbi törvény érvényteleníti a korábbi

Talán az egyik legismertebb jogelv szerepel tanulmányom ötödik pontjában. Tudjuk, hogy ez arra utal, hogy az ugyanabban a tárgyban ugyanattól a jogalkotótól származó jogszabályok közül a későbbi lesz az érvényes és hatályos, legalábbis általánosságban ez helytálló kijelentés. Itt most azonban a házasságjog esetében egy tágabb kitekintést kívánok röviden tenni.

A 19. század végén a polgári házasságjog bevezette a polgári válás intézményét.⁹ Ez a lehetőség ismert volt a keresztény felekezetek többségénél is, de nem a katolikusoknál. A 19. század végén például a katolikus egyház azért is lépett fel a polgári házasság kötelező és államig egyetlen érvényes fajtája ellen, mert attól félt, hogy az elindít egy olyan folyamatot, amelynek a végén a házasság egyházi fogalmának életre szóló kifejezése érvényét veszíti. Azonban a fenti jogelv alapján hosszú idő után, de a katolikus is egyház is szembe kellett, hogy nézzen azzal, hogy egy későbbi jogi intézkedés elindít olyan folyamatot, amelynek egyik állomása lesz egy új jogelv.

Az egyházi házasságok érvénytelenségének ex tunc hatállyal való kimondása már korábban is létezett, azonban az eljárásnak a pontos rögzítése itt indul útjára, másrészt szintén elindul egy olyan folyamat is, amely ugyan csak napjainkra, de elvezet ahhoz a kérdéshez, vajon minden körülmények között létezik és/vagy érvényes és/vagy nem „megszüntethető” az egyházi házasság? Erre a kérdésre az egyház „új teológiája” és az *Amoris laetitia* kezdetű körlevele ad eligazítást. Ami fontos, hogy ma úgy tűnik, hogy bár a kezdettől kialakult házasságjogi egyházi rendszer szilárd alapokon gránitszilárdságú, mégis lehet olyan későbbi intézkedés, amely lerontja a korábbi érvényét és először a teológia területén, majd az egyházjogi közbeszédben uralkodó téma lesz. A házasság érvénytelenségének kimondása egyrészt egyszerűbb és főként gyorsabb lett Ferenc pápa munkássága nyomán,

⁹ „A szekularizáció, illetve a házasság felbontása, mint jogi aktus 19. századi „felemelkedése” – polgári kódexekbe foglalása – egy sor „rivális” jogi tradíciót szoríthatott ki. Emellett még a polgári jogrendek is több, később eltűnő alternatív lehetőséget tarthattak fenn. Olive Anderson példászerűen mutatja be, hogy a 19. századi angol válások száma nem csupán a kétségtelenül fennálló jogi nehézségek miatt lehetett alacsony, hanem azért is, mert a házastársak nagy többsége, ha nem is véglegesen, egyéb legális úton-módon ugyancsak megszabadulhatott egymástól. A korabeli jog tehát már a felállított alternatívákon keresztül is befolyásolhatta a válások számának alakulását és a jogintézmény használatát.” Vö. Nagy Sándor: A házasság felbontása Budapesten (Pest-Budán) a 19. században. PhD tézisfüzet. ELTE, Budapest 2012. <http://doktori.btk.elte.hu/hist/nagysandor/tezis.pdf> (2020.11.04.)

másrészt, amennyiben mégsem lehet a házasság érvénytelenségét megállapítani, akkor is lehetővé válik megszorításokkal ugyan a szentségekhez való járulás.¹⁰ Ez utóbbi kritikát váltott ki bizonyos egyházi körökben. Végeredményben úgy vélem, hogy ebben az esetben arról van szó, hogy a lex-nek, vagyis az írott kánonjognak rendeljük alá az emberi és erkölcsi értékeket, vagy tovább lépünk és mivel számos korábbi döntés meggyőzött bennünket arról, hogy erkölcsileg nem helyeselhető a szentségtől való elzárással büntetés életfogytiglan, azért a kánonjog értelmezésének új dimenziójára lépünk át és ezzel számos esetet meg lehet oldani. Itt is érzékelhetjük, hogy egy későbbi megnyilatkozás átértékeli a régebbit, legalábbis elviekben.

Visszatérve a 19. század végére: látni kell, hogy az egyházi házasságjog esetében a 19. század végén az állam részéről azt érzékelték, hogy a számos új jogi helyzettel nem tud mit kezdeni, például a felekezetek közötti megegyezés hiányának következtében és a jog köbe véssett elvének egyelőre változhatatlansága miatt. Ezért a Ht. indoklása ezt fogalmazta meg: „Ha kétségtelen az, hogy a fennálló jogszabályok egyházi jogi természetüknél fogva sem nem módosíthatók, sem részletesen el nem törölhetők, anélkül, hogy az állam és egyház természetellenes összeköttetését ne eredményezné: akkor egyúttal meg van jelölve az a mód és meghatározva az az alap, amelyet a törvényhozásnak el kell fogadnia, ha a különböző jogrendszerekből az egységes jogrendszerre kíván átmenni.”¹¹

A törvény különös szabálya lerontja általános szabályait: ha különös szabály van, nem kell az általános szabályt alkalmazni

Az utolsó jogelv arra vonatkozik, hogy számos jogágban és jogterületen léteznek speciális szabályok. Ezek azonban felül is írják az általánost. Az én olvasatomban a polgári házasság kötelező bevezetése egy speciális szabályt jelentett a katolikus egyházi házasságot kötni akaró személyek esetében. Az egyházi jog az ő közösségük számára az érvényes és igaz, bár mint állampolgárok, nekik is meg kell adni az államhatalomnak az engedelmesség szellemét, hiszen nem lehet kiemelni a házasságra készülők halmazából azokat, akik az egyházi jog és azon belül az egyházi házasságjog szerint akarják rendezni életüket.

¹⁰ „...az újraházasodott elváltakkal kapcsolatban mégis jelentős újdonságot fogalmaz meg, jelesül azt, hogy bizonyos esetekben ők is járulhatnak a bűnbocsánat és az eucharisztia szentségéhez (ld. 5. kritérium). A teljes önmegtartóztatást sem teszi kizárólagosan kötelezővé az új kapcsolatban (ld. 6. kritérium); mindehhez fontos hangsúlyozni, hogy minden egyes személy helyzetét külön kell megvizsgálni, nem lehetséges általánosítás, nincsenek automatizmusok; bölcs, ha adott esetben a szentség kiszolgáltatás nem nyilvánosan történik, a hívők közösségét pedig folytonosan képezni kell: nevelni a befogadás szellemére és tanítani a házasság felbonthatatlanságról.” Vö. Tözsér Endre: Ferenc pápa tanítóhivatali megnyilatkozása az Amoris laetitia VIII. fejezetéről.

<https://www.magyarokurir.hu/hirek/ferenc-papa-tanitohivatali-megnyilatkozasa-az-amoris-laetitia-viii-fejezeterol> (2020.12.06.)

¹¹ Vö. Ht. Indoklás, Általános indoklás III.

Úgy ítélem meg, hogy a fent említett jogelvet értelmezhetjük a házasságjog esetében úgy, hogy annak polgári jogi kötelező bevezetésével egy olyan speciális szabállyá vált a katolikusok számára, amelynek ugyan számukra nincs (elvileg) egyházi jogi hatása, azonban a számukra általános jognak mondható egyházi házasságjogot viszont nem ismeri el államilag kötelező hatást kiváltóvá az államhatalom. Éppen azért lett egy speciális *lex* a polgári házasság, hogy a vallásos paradigmában gondolkodók is az államot tekintsék elsődlegesnek és majd ezt kövesse a számukra kötelező egyházi (katolikus) házasság.

A Ht. bevezetése előtt egyébként a katolikus egyház megfogalmazta azokat a javaslatokat, amely általánossá tette volna a polgári házasságot, de a katolikusok esetében a speciális jog az egyházi jog lett volna.¹²

Ezt úgy értékelem, hogy egyfajta kompromisszumra törekvés volt megfigyelhető, azonban ezt a polgári házasság törvényének javaslatakor számos, most nem vizsgálendő ok miatt nem vették figyelembe a jogalkotók.

Összegzés

A jogelvek a házasságjog területén olyan alapokat fogalmaznak meg, amelyek némiképp érthetővé teszik a polgári és egyházi házasság közötti hasonlóságokat, megértetik azt a társadalmi helyzetet, amelyben az első polgári házasság bevezetéséről szóló törvénycikk rendelkezett. Látható, hogy a problémák alapvetően a kodifikáció hiányából és a számos felekezeti házasságjog rendelkezéseinek eltéréséből fakadt. Tanulmányomban röviden rámutattam azokra az elvekre és megjelenésekre, amelyeket doktori értekezésemben bővebben is bemutatok.

Befejezésül álljon itt Wlassics Gyula gondolata, aki a polgári házasságkötés bevezetésével nem egyház elleni támadást, hanem az egyházak erősödését várta: „A vallás az embernek legegényibb java... Nézzünk bárhová, ahol a vallásszabadság fénye világít és melegít, mindenütt fokozódik a vallásos érzület... Azt hiszem, hogy ha ebben a hazában ez a törvényjavaslat törvényerőre emelkedik, és ha az egyház férfiai sem összetett kezekkel várják az államnak kényszerítő védelmét, hanem maguk dolgoznak és lelkük egész odaadásával, vallási ihletettséggel hozzálatnak

¹² „Az általános indokolás keretében nem hagyható figyelmen kívül a házassági jog reformjának az a módja sem, a mely a római katolikus egyház főpapjai részéről meg lőn jelölve. E mód három pontban foglalható össze:

a) Érvényben hagyása az egyházi jognak, az egyházi jurisdictionnak a római és görög-katolikusok és keletiek számára, egységes állami jog és bírskodás behozatala a többi állampolgárokra vonatkozólag.

b) Módosítása az 1868:LIII. tc. 8. §-ának és kimondása annak, hogy a katolikus felek közt kötött házasság, még akkor is, ha egyik vagy másik fél áttér, a kánonjog és az egyházi székek által ítélandó meg. Ugyanez állana arra a házasságra, aki a házasság megkötésekor katolikus volt és vegyes házasságra lépett, de a megkötés után áttért.” Vö. Ht. Indoklás, Általános indoklás III.

legnemesebb hivatásuk komoly és nagy munkájához, akkor Magyarországon is nemzeti erény és becsületbe vágó dolog lesz a vallásosság.¹³

Az egykori miniszter szavait ma úgy értelmezhetjük, hogy továbbra is két rendszer él, a polgári, mint szükséges állam előtti aktus, és egy egyházi, amely továbbra is őrzi szerződési és szentségi évszázados jellegét.

Irodalomjegyzék

1894. évi XXXI. törvénycikk a házassági jogról. (Ht.)

1894. évi XXXI. törvénycikk indokolása a házassági jogról. (Ht. indoklás)

Codex Iuris Canonici Pii X pontificis maximis maximi iussu digetus, Benedicti Apape XV auctoritate promulgatus, in AAS 9 (1917-II), (CIC1917). Codex Iuris Canonici (CIC 1917).

JEZSÓ ÁKOS: Államilag elismert egyházi esküvő? Magyar Nemzet, 2001. május 17.

NAGY SÁNDOR: A házasság felbontása Budapesten (Pest-Budán) a 19. században. PhD tézisfüzet. ELTE, Budapest 2012.

SZABÓ EDIT ÉDUA: A házasság intézménye és a gyermekvédelem fejlődése Magyarországon, Budapest 2012.

SZUROMI SZABOLCS ANZELM: Az egyházi házasságra vonatkozó kánoni előírások történetének vázlatja. Iustum Aequum Salutare IV. 2008/3. 44-45.

TAMÁS ANDRÁS: Jogelvek. In Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica XLIX. 1996/1. 599-605

¹³ Az ember, aki keresztülvitte a polgári házasságot.
<http://www.origo.hu/tudomany/20010531azember.html>

RICZU ZSÓFIA*

Új jogviszony bevezetésének kérdései a hazai egészségügyben

Absztrakt:

A SARS-COV19 mindamelllett, hogy az egészségügyre hatalmas terhet rótt, gazdaságunkra is hatással volt és van. A munkakörülmények megváltozásának következtében jogszabályváltozások következtek be. A pandémia során világossá vált, hogy a korábbi munkajogi szabályozás nem képes teljes körűen lefedni azt a rendkívüli helyzetet, amelyet a járvány teremtett, ezért nem csupán a távmunka szabályozásának kérdésköre került napirendre a törvényhozásban, hanem az egészségügyben dolgozók munkaviszonyának átalakítása is. A 2020. évi C. törvényt egészségügyi intézet munkaerő-gazdálkodási osztályának dolgozójaként és PhD hallgatóként vizsgálok, összevetve a gyakorlati megvalósíthatóság alternatíváival.

Kulcsszavak: pandémia, egészségügyi dolgozók, egészségügyben dolgozók, jogállásváltozás

Abstract: SARS-COV19, in addition to placing a huge burden on health, has had and continues to have an impact on our economy. Changes in working conditions have led to changes in legislation. During the pandemic, it became clear that the previous labour law regulations could not fully cover the emergency situation created by the epidemic, so not only the issue of regulating telework was on the agenda in the legislature, but also the transformation of employment in health care workers. I examine Act C of 2020 as an employee of the labour management department of a health institute and a PhD student, comparing it with the alternatives of practical feasibility.

Keywords: pandemic, health workers, workers in health care, change of status

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.181-198

Bevezetés

A hazai munkajogban rendszerváltást követően alakult ki a hármas tagoltság az 1992. évi XXII. törvény (Mt.), az 1992. évi XXIII. Törvény (Ktv.) és az 1992. évi XXXIII. törvény (Kjt.) triambulumaival. A Kjt. megalkotásakor még nem merült fel opcióként, hogy bizonyos közintézmények, kikerülhetnek e törvény hatálya alól, erre utal az is, hogy nem tartalmazott a

Kjt. erre nézve rendelkezést, illetve, hogy a versenyszférára és a közszférára is külön törvény vonatkozott.¹A munkavállalók jogainak jogutódlás esetén való

*Riczu Zsófia, PhD hallgató, Miskolci Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, témavezető: Dr. Mélypataki Gábor. jogriczu@uni-miskolc.hu

¹ Horváth István: Félve boncolás – a közalkalmazotti törvény fokozatos hatályvesztéséről, Munkajog, 2020/3. 32-39.

fenntartásáról szóló 77/187/EGK és a későbbi 2003/23EK irányelv átültetése hozta létre a munkáltatói jogutódlás intézményrendszerét. A jogviszonyok közötti átjárhatóság lehetővé tette a jogviszonyváltás lehetőségének igényét, melyet az Mt. 2003. évi XX. törvénnyel történő módosítása validált.² A Kjt. 25/A§-a is rendelkezett a jogviszonyváltás kérdéséről amelyet a jogalkotó a nagyon hasonlóan rendezett a Ktv.-re vonatkozóan is.³ Kiss György álláspontja alapján a fenti szabályozás tükrében gyakorlatilag törvényi elismerést nyert a közszolgálati jogviszonyainak és egyes funkcióinak kiszervezése.⁴ Ez megjelenik az állam azon szolgáltatói oldalán is, amely az egészségügyet képviseli, tehát ahol nem feltétlenül hatósági feladat elvégzéséről beszélünk.

A 2020 márciusában Magyarországon kialakult járványügyi helyzet hatalmas terhet rótt az egészségügyre és a gazdaságra, az állami terhek megemelkedtek és az állam mögöttes felelősségére is nagyobb hangsúly helyeződött. A munkakörülmények megváltozásának következtében jogszabályváltozások következtek be. A pandémia során világossá vált, hogy a korábbi munkajogi szabályozás nem képes teljes körűen lefedni azt a rendkívüli helyzetet, amelyet a járvány teremtett, ezért nem csupán a távmunka és home-office szabályozásának kérdésköre került napirendre a törvényhozásban, hanem az egyes kulturális intézményekben foglalkoztatottak közalkalmazotti jogviszonyának munkaviszonyná alakulása, valamint az egészségügyben dolgozók munkaviszonyának átalakítása is kitűzésre került.⁵

2020 októberében az Országgyűlés által elfogadásra került a T/13174. számú törvénytervezet, amelynek rendelkezései a hazai egészségügyi struktúra átalakítására irányulnak. A törvénytervezet alapján elfogadott 2020. évi C. törvény mindemellett, hogy a paraszolvencia kivezetésére irányuló szabályokat tartalmaz, érinti az egészségügyi dolgozók és az egészségügyben dolgozók jogviszonyainak átalakulását is. A törvényjavaslat munkajogi aspektusból megosztotta az egészségügyi szakma szakértőit, a szakszervezeteket és a Magyar Orvosi Kamara is markáns véleményt fogalmazott meg erre vonatkozóan. Egészségügyi intézmény munkaerő gazdálkodási osztályán dolgozóként a szakdolgozók és a technikai személyzet szemszögéből kívánom elemezni az elfogadott törvényt az egészségügyi szolgálati jogviszonyról, egybevetve a tisztelt Orvosi Kamara, Magyar Egészségügyi Szakdolgozói Kamara és a Független Egészségügyi Szakszervezet álláspontjaival. A

² 2003. évi XX. törvény 14. §

³ 2003. évi XX. törvény a Munka Törvénykönyvéről szóló 1992. évi XXII. törvény, valamint az ezzel összefüggő törvények jogharmonizációs célú módosításáról

⁴ Kiss György: Közszolgálati életpályák jogi szabályozása. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. 139.

⁵ Lásd: 2020. évi XXXII. törvény a kulturális intézményekben foglalkoztatottak közalkalmazotti jogviszonyának átalakulásáról, valamint egyes kulturális tárgyú törvények módosításáról, mely érinti a 1995. évi LXVI. törvényt (Ltv), 1997. évi CXL. törvényt (Kultv.) 2008. évi XCIX. törvényt (Emtv.), a felsorolt törvények hatálya alá tartozók közalkalmazotti jogviszonya 2020. november 1-ével átalakult 2012. évi I. törvény szerinti munkaviszonyá, 2020. július 1-jétől új közalkalmazotti jogviszony ezen intézményekben már nem is létesíthető.

törvény számos kérdést vet fel és hagy nyitva, munkajogi szempontból tisztázandó és vitát generáló rendelkezéseivel.

2020. évi C. törvény az egészségügyi szolgálati jogviszonyról

Bizonyára mindannyian értesültünk az új egészségügyi szolgálati jogviszonyra vonatkozó törvényről, ha más nem, a médiában megjelenő visszhang révén. A törvény már első olvasatra is meglehetősen rövidnek tűnik, mindössze 22 cikkben foglalja össze az egészségügyi szolgálati jogviszonyra vonatkozó szabályokat. Mindez arra enged következtetni, hogy a jelen törvényben nem szabályozott, vagy időközben felmerülő jogi helyzetekre vonatkozóan több végrehajtási rendelet kerül majd kiadásra.

Az új jogviszony számos kérdést vet fel a szakdolgozók és technikai személyzet részéről. Az Országgyűlés a törvény preambulumban elismeri a magyar orvosok helyzetét a pandémia alatt. Sokak számára már a preambulumban is kérdéseket vet fel, tekintve, hogy csupán az orvosok munkáját ismeri el, mellőzve a szakdolgozók méltatását. Hivatkozik továbbá arra, hogy a törvény megalkotására a Magyar Orvosi Kamara javaslatának figyelembevételével került sor, illetve, hogy a szakdolgozók (ápolók, segédápolók és asszisztensek) bérrendezése jelenleg is folyamatban van. Meghatározza továbbá, hogy a gyógyítás közszolgálati tevékenység, és hogy az új szolgálati jogviszony kialakítására az egészségügyi ellátórendszer fejlesztése és a dolgozók szolgálatának magasabb színvonalú anyagi elismerése érdekében került sor.⁶ A Magyar Orvosi Kamara kiegészíti ezt azzal, hogy az egészségügyi közszolgáltatási dominanciája mellett az egészségügy részének tekinti a magán egészségügyi szolgáltatást is.⁷

A törvény értelmében 2021. január 1-ével azon közalkalmazottak jogviszonya, akik egészségügyi szolgáltató foglalkoztatásában állnak, átalakul egészségügyi szolgálati jogviszonnyá. A törvény a személyi hatályt érintően az (1) bekezdésben tág értelmezést ad és bár a (3) bekezdés a személyi kör tekintetében pontosításra törekszik, segítségül hívva az 2003. évi LXXXIV. Törvény 4 § felsorolását, mégis úgy gondolom, taxatív felsorolása lenne szükség, akár a törvényen belül, akár kormányrendeletben. Rögzítésre kerül, hogy a jövőben kizárólag e jogviszony keretein belül lehet tevékenységet végezni, kivételként említve a közreműködő, valamint az önkéntes segítő eseteit, alkívételként rögzíti a személyes közreműködő alkalmazását. A Kamara álláspontja alapján már a személyi hatály kérdésköre komoly ellátási zavarok okozója lehet.⁸ Korábban már Barzó Tímea és Prugberger Tamás is

⁶ Magyar Közlöny 2020. évi C. törvény

⁷ A MOK hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről <https://mok.hu/hirek/mokhitek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalmati-jogviszony-torvenyrol> (Letöltés dátuma: 2020.november 5.)

⁸ A MOK hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről.

rávilágított arra, hogy az egészségügyi tevékenység többféle jogviszonyban létesíthető, melyek a 2003. évi LXXXIV. törvényben (Eütev.) taxatív felsorolásra kerültek.⁹ Nebehaj Csilla szakdolgozatában szintén az egészségügyben alkalmazható jogviszonyok széles skáláját vizsgálta, a munkaviszony és közalkalmazotti jogviszonyok mellett érintve a nyugdíjas foglalkoztatást illetve az atipikus foglalkoztatási lehetőségeket is.

Mint munkaügyi előadó, a jogviszonyok egységesítése tekintetében aggályaimat fejezem ki, tekintve, hogy közreműködői szerződések száma intézetüknél jelentős, ezen személyek szerződéseinek módosítása várhatóan nem vitelezhető ki az új jogviszonyok életbe lépéséig, tekintve hogy a dolgozók új jogviszonnal kapcsolatos tájékoztatását 2020.november 30-ig az átmeneti rendelkezések értelmében el kell végeznünk, amelyhez kapcsolódóan iránymutatást, végrehajtási rendeletet a tanulmány elkészültéig nem kaptunk.

Munkaviszony létrejötte, munkaszerződés és próbaidő kérdése

Az egészségügyi szolgálati jogviszony egészségügyi szolgálati munkaszerződéssel jön létre, amely változást jelent az eddig alkalmazott kinevezéssel és annak elfogadásával szemben. Már maga a munkaszerződés kifejezés is változás a jelenlegi közalkalmazotti jogviszony kinevezéséhez képest. A törvény kizárja a szolgálati jogviszony létesítéséből azon személyeket, akik állam elleni, igazságszolgáltatás elleni, korrupciós, hivatali, közbizalom elleni bűncselekmény miatt indult büntetőeljárás hatálya alatt állnak, illetve akit végrehajtandó vagy felfüggesztett szabadságvesztésre ítélték, valamint akire bűncselekmény miatt közérdekű munkát vagy pénzbüntetést szabtak ki.

A törvény 3 hónapos próbaidő kikötését rendeli el kötelezően, kérdés, hogy a jogállás változás esetére is vonatkozik-e a próbaidő kikötése. A Közalkalmazottak jogállásáról szóló törvény 25/B § (3) bekezdés rögzíti, hogy „*Határozatlan időtartamú közalkalmazotti jogviszony esetén - eltérő törvényi rendelkezés hiányában - az átvevő munkáltatónál határozatlan időtartamú jogviszonyt kell létesíteni. Teljes munkaidőben történő foglalkoztatás esetén az átvevő munkáltatónál teljes munkaidős jogviszonyt kell létesíteni. Az átvevő munkáltatónál létesítendő jogviszony tekintetében próbaidő nem köthető ki*”¹⁰, tény, hogy a rendelkezés nem kifejezetten a jogállásváltozásra irányul, próbaidő kikötése formalitás, ugyanakkor visszaélésekre adhat okot, és a dolgozók bizonytalanok a próbaidő kikötését illetően, tekintettel arra, hogy a 2020. évi C. törvény a próbaidőt illetően a Kjt. alkalmazására nem hivatkozik.

<https://mok.hu/hirek/mokhitek/a-mok-hivatalos-velemenye-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (Letöltés dátuma: 2020.november 5.)

⁹ Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. Prugberger Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1

¹⁰ Kjt 25/B (3)

2020. november 28-án a Magyar Közlönyben megjelent, a Kormány 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelete az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló 2020. évi C. törvény végrehajtásáról. Számos kérdést rendez a kiadott rendelet, többek között rögzíti, hogy az egészségügyi szolgálati jogviszony létesítése a munkáltató egyedi döntése vagy meghívásos eljárás alapján történhet, a meghívásos eljárás esetén háromtagú előkészítő bizottság hozható létre¹¹.

A fiatalok munkavállalását érintve a rendelet lehetővé teszi tizennyolcadik életévét be nem töltött személlyel egészségügyi szolgálati jogviszony létesítését, azzal a feltétellel, hogy az érintett az előírt szakképzettség, szakképesítés megszerzésére irányuló képzésben vesz részt¹². Ezen túlmenően rögzíti az egészségügyi szolgálati munkaszerződés tartalmi elemeit, a munkáltató ezzel kapcsolatos tájékoztatási és értesítési kötelezettségét¹³, valamint megnevezi a további jogviszony létesítésére vonatkozó engedély megadására jogosult szervet¹⁴.

Összeférhetlenség

Az egészségügyi szolgálati jogviszonyban álló személy az őt foglalkoztató egészségügyi szolgáltató székhelyén vagy telephelyén nem végezhet olyan egészségügyi tevékenységet, amire az egészségügyi szolgálati jogviszonya nem terjed ki, e személy további munkavégzésre irányuló jogviszonyt, ideértve más keresőfoglalkoztatást, valamint díjazás ellenében folytatott tevékenységet is (olyan kivételekkel, mint például a tudományos, oktatói munka) csak a Kormány által kijelölt szerv előzetes engedélyével létesíthet. Az összeférhetlenség tekintetében aggályos a rendelkezésekben foglalt engedély megjelölése, másrészt az, hogy nyitva hagyja az engedélyezésre jogosult szerv kérdését, kvázi felhatalmazást ad egy nem ismert szerv számára egy igen jelentős kérdésben. Meglátásom szerint az összeférhetlenséggel kapcsolatos korlátozások feltételeit a törvényben szükséges taxatív módon felsorolni amellet, hogy indokolt lenne nevesíteni az engedélyező szervet. A 528/2020. számon kiadott Kormányrendelet értelmében az engedélyező szerv jellemzően az egészségügyi szolgáltató vezetője, az irányító megyei intézmény vezetője, a klinikai központ elnöke, az egyházi jogi személy tulajdonában álló vagy fenntartásában működő egészségügyi szolgáltató esetében az egyházi tulajdonos vagy fenntartó.

Az összeférhetlenség kapcsán vizsgálhatjuk a törvény azon rendelkezését is, mely megtiltja a szolgáltató intézmény vezetőjének a gyógyító tevékenység végzését.¹⁵ Gyakorlatban az egészségügyi szolgáltató intézet vezetője nem praktizálhat, nem folytathat ambuláns rendelést. Párhuzamot vonhatnánk az Mt.

¹¹ 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelet 3. §

¹² 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelet 4. §

¹³ 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelet 6. §

¹⁴ 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelet 7. §

¹⁵ 2020. évi C. törvény 4. § (10) bekezdés

vezető állású munkavállalóra vonatkozó rendelkezéseivel, noha utóbbi esetben (többek között) más jogviszony létesítésének korlátozására vonatkozik a tiltó rendelkezés, míg az intézet vezetője esetében (azon esetek kivételével amikor megbízott vezető áll az intézet élén) eddig egy közalkalmazotti jogviszony keretén belül látta el mind a vezetői, mind pedig gyógyító tevékenységet. Vezető illetve magasabb beosztású vezető esetében 10. § értelmében az egészségügyi szolgálati munkaszerződésnek tartalmaznia kell, hogy a magasabb vezetői, illetve vezetői megbízás a munkáltató részéről egyoldalúan visszavonható.

Munkaidő

A törvény az egészségügyi szolgálati jogviszonyban álló személy munkaidejére az Mt.-t az Eütev.-ben megállapított eltérésekkel rendeli alkalmazni azzal a kitételrel, hogy a munkaközi szünet a munkaidő részét képezi. A 2012. évi I. törvény meghatározza a munkaidő mértékét: ez teljes munkaidőben történő foglalkoztatás esetén napi 8 óra, amely készenléti jellegű munkakörben 12 órára emelhető az Mt. 92. §-a alapján. Ezt kiegészítve érvényesül az egészségügyben egy sajátos jogintézmény, az önként vállalt többletmunka jogintézménye, mely az Eütev. törvényben került szabályozásra.¹⁶ Ahogy Pugberger Tamás és Barzó Tímea is rögzítette: az egészségügyi dolgozó többletmunka vállalására nem kényszeríthető, és ehhez kapcsolódóan tilos hátrányos megkülönböztetés alkalmazása a dolgozóval szemben.¹⁷ A november végén kiadott végrehajtási rendelet kiegészíti a törvény rendelkezéseit a munkaidő és pihenőidő kérdései tekintetében, rögzítve a 3 havi munkaidőkeret alkalmazását.

Pihenőidő

Mivel mind a törvénytervezet, mind pedig az elfogadott törvény az egészségügyi szolgálati jogviszonyban álló személy munkaidejére az Mt.-t az Eütev.-ben megállapított eltérésekkel rendeli alkalmazni, értelmezésem szerint a dolgozó napi, heti pihenőideje vonatkozásában, a továbbiakban is az Eütev lesz az irányadó. A szabadság tekintetében a törvény az Kjt-t alapul véve alakította ki a szabályozást. Emellett rögzíti, hogy szabadság halmozódásának, valamint szabadság pénzbeli megváltásának tilalmát – a jogviszony megszűnésének kivételével. Ez a Kjt-hez képest újítást jelent és a jelenlegi járványügyi helyzetre való tekintettel (kormányrendelet hiányában) további kérdéseket vet fel. A törvény lehetőséget nyújt a 2020. december 31-ig felhalmozott és ki nem vett szabadságok felhasználására, mentesítve ez alól az intézményeket a szabadságok pénzbeli megváltása alól.

¹⁶ 2003. évi LXXXIV. Törvény 12/B. §

¹⁷ Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. Pugberger Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1 p.26

Minősítési eljárás

A minősítésre vonatkozó eljárásra vonatkozóan a törvény kormányrendeletben jelöli meg az egyes minősítési eljárások szabályait. Úgy gondolom, a visszaélések elkerülése érdekében a minősítés objektív kritériumait a Kjt. mintáját alapul véve a törvényben kellene rögzíteni.

A minősítésre vonatkozóan is tartalmaz szabályokat a november végén kiadott kormányrendelet, a mellékletben található minősítési lap érinti többek között a szakmai-gyakorlati munkát, problémamegoldást, betegvisszajelzést, műhibákat, reoperációkat, munkaidő gazdálkodást, etikus magatartást, döntésképességet.

Illetmény és besorolás

Az illetmény és a fizetési fokozatba való besorolást illetően további magyarázatok szükségesek. A törvény taxatív felsorolja azon jogviszonyokat, amelyek a fizetési fokozatba való besorolásnál figyelembe vehetők. A felsorolásból többszöri olvasatra is hiányolom a nem egészségügyi intézménynél, illetve a nem közszolgálati jogszabályok hatálya alá tartozó foglalkoztatónál eltöltött munkaviszonyt. Számomra kérdéses a besorolás, mert egy egészségügyi szolgáltatónál műszaki-gazdasági területen dolgozó munkavállaló esetében, ha korábbi munkavégzési időszakok során kizárólag Mt. hatálya alá tartozott, milyen fizetési fokozatba történik a besorolása?

Mindemellett a törvény 1. sz. mellékletében megjelölt illetménytábla mellőzi az alacsonyabb képzettséget igénylő, jellemzően nem szakdolgozói munkakörök illetményének fokozatait.¹⁸ Továbbá aggodalomra ad okot az a tény, hogy amennyiben a minősítés alapján a dolgozó nem fogadja el az illetményt, a munkáltató a jogviszonyt felmondhatja.¹⁹

Az előzőekben az illetménnyel és a besorolással kapcsolatos dilemmák arra engednek következtetni, hogy az illetmény alakulása a dolgozó és az egészségügyi szolgáltató alkujának fényében alakulhat – erre utal az a tény is, hogy az önként vállalt többletmunka díjazására az Eütev. nem alkalmazható.²⁰

További kérdésként merül fel az illetményhez kapcsolódóan, hogy amennyiben az egészségügyi dolgozó kikerül a Kjt. hatálya alól, az új jogviszony elfogadása esetén jár-e a dolgozónak az az 50%-os utazási kedvezmény, amelyre a korábbi jogviszonyában jogosulttá vált, illetve az utazási költségtérítés mértéke hogyan alakul a továbbiakban? A közalkalmazotti státusz esetében nyújtható egyéb juttatásként albérltet támogatás lehetősége is kétséges.

¹⁸ 2020. évi C. törvény 1. sz. melléklet

¹⁹ 2020. évi C. törvény 8 § (12) bek.

²⁰ 2020. évi C. törvény 8 § (13) bek.

Illetményhez kapcsolódóan kormányrendeletben rögzítésre került, hogy az országos kórház-főigazgató állapítja meg az illetményen felül járó további díjakat, azok feltételeit és mértékét, némi rugalmasságot biztosítva az ügyletek, a készenlét illetve a helyettesítési díj kifizetéséhez. Rögzíti továbbá, hogy visszatérítendő és vissza nem térítendő támogatások adhatók, mely feltételeit és mértékét az egészségügyi szolgáltató fenntartója, illetve tulajdonosa határozza meg, biztosítva a lehetőséget a lakhatási támogatás, a munkába járás költségének támogatására, ugyanakkor továbbra sem érinti a közalkalmazottak 50%-os utazási kedvezményének kérdését.

Munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatás

Az egészségügyi dolgozók körében a legnagyobb visszhang kétségtelenül a munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatás lehetőségéhez társítható. A pandémiára való tekintettel a jogalkotó célja nyilván annak a kritériumnak a teljesítése volt, hogy az egészségügyi ellátás fennakadások nélkül üzemeljen egy esetleges járvány esetén. Ugyanakkor az erre vonatkozó rendelkezések részletszabályok hiányában meglehetősen egyoldalú szabályozás született, amelyek az egészségügyi dolgozók oldaláról fenntartásokat eredményez. A MOK álláspontja alapján a rendelkezés nem összeegyeztethető befolyást gyakorol az orvosok munkájára, és magánéletére egyaránt, hozzátevé, hogy ennél szigorúbb, egyúttal egyértelműbb szabályokra lenne szükség.²¹ Kormányrendelet és részletszabályok hiányában kérdéses a kirendeléssel járó anyagi terhek és többletköltségek (pl szállás, utazás) megtérítése is.

Míg az Mt. szerint foglalkoztatott munkavállalók esetén a munkáltató egyoldalú döntése alapján munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatás keretében a munkavállaló naptári évenként 44 beosztás szerinti munkanapra vagy 352 órára irányítható át átmenetileg a munkaszerződéstől eltérő munkakörbe, munkahelyre illetőleg más munkáltatóhoz, valamint a felek megállapodása alapján lehetséges a munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatás, addig a új szolgálati jogviszonyra vonatkozó törvény a munkáltató egyoldalú döntése alapján az egészségügyi szolgálati jogviszonyban álló személy határozott időre kirendelhető másik egészségügyi szolgáltatóhoz, azzal a kitételrel, hogy e kirendelés időtartama nem haladhatja meg az egy évet, amely egy alkalommal, legfeljebb egy évvel meghosszabbítható. Látható, hogy míg az Mt a felek megállapodását helyezi előtérbe, az új jogviszony a munkáltató egyoldalú döntésére bízva a kirendelés elrendelését. A jogalkotó célja nyilvánvalóan az egészségügyi ellátás színvonalának egységes fenntartása, mégis úgy gondolom, az 1+1 év időtartamára vonatkozó

²¹A MOK hivatalos véleménye az egészségügyi szolgálati jogviszony törvényről.<https://mok.hu/hirek/mokhitek/a-mok-hivatalos-velemeny-e-az-egeszseguyi-szolgalati-jogviszony-torvenyrol> (Letöltés dátuma: 2020.november 5.)

kirendelés aránytalan sérelemmel jár a szakdolgozó számára, tekintve, hogy nem rendezi az ily módon kirendelt dolgozó elszállásolására vonatkozó kérdéseket sem.

A végrehajtási rendelet pontosítja a munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatás szabályait: a veszélyhelyzetten kívüli kirendelés lehetőségét a 2012. évi I. törvény modelljét alkalmazva 44 napban jelöli a meg kirendelés időtartamát. Kiegészíteném azt azzal, hogy a Belügyminiszter és a Magyar Orvosi Kamara konzultációja alapján a pandémia által indokolt veszélyhelyzet idejéig ez a rendelkezés nem érinti.²² Rendezi a rendelet továbbá az áthelyezés esetében felmerült kérdést: áthelyezés esetén az Eszjtv. 12. § (2) bekezdésében meghatározott feltételeket minden esetben háromoldalú megállapodásban kell rögzíteni.²³

Jogviszony megszüntetése

A jogviszony megszüntetésére az Mt-t rendeli mögöttes joganyagként a törvény, kiegészítve azzal, hogy a jogviszony áthelyezéssel is megszüntethető. Az áthelyezésről megállapodás szükséges, ugyanakkor a törvény azt már nem részletezi, hogy ennek a megállapodásnak mely felek között kell létrejönnie – a szakdolgozó és munkáltató, vagy a két munkáltató között. Utóbbi esetben aggodalomra ad okot, hogy a szakdolgozó bejegyzését mellőzve kerülhet sor az áthelyezésre. Továbbá a fenntartó is kezdeményezheti a határozatlan időre szóló áthelyezést, így az áthelyezés, mint jogviszony megszüntető jogintézmény kerül megjelölésre, hasonlóan a Kjt rendelkezéséhez:

„25. § (2) *A közalkalmazotti jogviszony megszüntethető:*

1. *az e törvény, valamint*
2. *e törvény és a közszolgálati tisztviselőkről szóló törvény,*
3. *e törvény és a honvédelmi alkalmazottak jogállásáról szóló törvény*
4. *és a hivatásos, továbbá a szerződéses szolgálati jogviszonyt szabályozó jogszabályok, hatálya alá tartozó munkáltatók között”²⁴*

Jogértelmezési kérdéseket vet fel a „határozatlan idejű áthelyezés”: egyrészt, mert határozatlan idő megjelölése nem végleges áthelyezésre utal, másrészt pedig maga a jogviszony megszüntető mivolta miatt.

A jogviszony megszüntetéséhez kapcsolódóan érintenünk szükséges a törvény 13 §-ában részletezett végkielégítés kérdéskörét is. Az (1) bekezdés alapján: „*A végkielégítés összegét az egészségügyi szolgálati jogviszonyban töltött idő alapján kell megállapítani azzal, hogy a Kormány rendeletében az Mt. 77. §-ában foglaltaktól az egészségügyi szolgálati jogviszonyban álló személyre kedvezőbb szabályokat állapíthat meg*”.

²² Pintér Sándor belügyminiszter levele az egészségügyi jogszabályok tervezetéről

https://mok.hu/hirek/mokhirek/pinter-sandor-belugyminiszter-levele-az-egeszsegugyi-jogszabalyok-tervezeterol?fbclid=IwAR3kGc8TBrA4t1vcJ6aerz3PPHeSoPh8_rc7heOXNvKoK4moj2QDwp4ZwZ
A (Letöltés dátuma: 2020.november 30.)

²³ 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelet 9. §

²⁴ 1992. évi XXXIII. törvény Kjt.25§

A törvény a végkielégítés mértékét az egészségügyi szolgálati jogviszonyban eltöltött idő függvényében határozza meg, azzal, hogy egészségügyi szolgálati jogviszonyban töltött időnek kell tekinteni jogutódlás esetén a jogelődnél töltött időt, a munkáltató egészségének vagy egy részének átadása esetén az átadó munkáltatónál munkaviszonyban vagy közalkalmazotti jogviszonyban töltött időt, illetve a kormányzati szolgálati jogviszony tartamát, amennyiben az egészségügyi szolgálati jogviszonyban álló személy a 2018. évi CXXV. törvény szerinti kormányzati szolgálati jogviszonyának megszűnését vagy megszüntetését követő 30 napon belül első jogviszonyként egészségügyi szolgálati jogviszonyt létesít. Látható, hogy a Kjt. végkielégítésre vonatkozó szabályaihoz képest hátrányosabb rendelkezést tartalmaz az új jogviszonyra vonatkozó szabályozás.

Egészségügyi dolgozók alapnyilvántartása

A törvény külön cikkben rendelkezik az egészségügyi dolgozók alapnyilvántartásáról. Ennek fényében a munkáltató és a vele egészségügyi szolgálati jogviszonyban álló dolgozó adatairól nyilvántartást vezet. Kérdéses, hogy az eddig Eütev.-ben szabályozott nyilvántartás mellett, vagy az Állami Egészségügyi Ellátó Központ nyilvántartása helyett kerül bevezetésre a törvényben jelölt alapnyilvántartás.

Munkaügyi kapcsolatok

A törvény az Egészségügyi Szolgálati Érdekegyeztető Fórumot jelöli ki az egészségügyi szolgálati jogviszonnyal kapcsolatos kérdések rendezésére, a fórum keretein belül a Kormány az országos szakszervezeti szövetségek és országos önkormányzati érdekképviseleti szervezetek képviselőivel egyeztet. Nem mehetünk el emellett a lényeges tétel mellett, hogy a jogállásra vonatkozó törvény hatálya alá tartozó egészségügyi szolgáltatónál kollektív szerződés nem köthető. Aggudalomra adhat okot a kollektív munkajog ilyen fokú csorbítása annak fényében, hogy indoklást egyáltalán nem tartalmaz a jogszabály.

Jelenlegi formájában az elfogadott törvény az ILO 154. számú Egyezményének hatálya alól kikerül, annak ellenére, hogy az Egyezmény adott állam fegyveres erőire és rendfenntartó szerveit jelöli meg kivételként, a közszolgálatot illetően különös szabályokat állapíthatnak meg. Jelen formájában, az egészségügyi jogviszony, mint közalkalmazotti jogviszony a közszolgálat körébe sorolható, erre való tekintettel a kollektív alku lehetősége nem korlátozható.

A kollektív szerződés mellőzősének aggályait tovább fokozza a 15. § (10) bekezdése, miszerint: „*Az állami fenntartású egészségügyi szolgáltatónál a Kormány és az érintett szakszervezetek megállapodásában rögzített sajátos szabályok mellett gyakorolható a sztrájk joga*”. Láthatjuk, hogy a jogszabály meglehetősen rövid cikkben részletezi a

kollektív munkajogi elemeket az új jogviszonnyal kapcsolatosan, szinte csak futólag említi meg azokat, mellőzve a participáció szerepének megjelölését is.

Felhatalmazó rendelkezések

A törvény jelen stádiumában számos kérdést nyitva hagy, jelentős joghézagot eredményezve, amelyre a tanulmány megírásakor még bírói joggyakorlat illetve jogértelmezés lehetősége sem adott. A törvény felhatalmazó rendelkezéseiből kiderül, hogy a nyitott kérdéseket későbbiekben kormányrendelettel kívánja rendezni a jogalkotó, mint a további jogviszony létesítésének kérdéseit, az engedélyező szerv kilétét, a minősítés részletszabályait. Erre vonatkozóan november végén kormányrendeletben kívánta rendezni a jogalkotót az egyes, törvényben nem szabályozott kérdéseket.

Az új szolgálati jogviszony a magán egészségügyi szolgáltatók meglátása szerint

Az egészségügyi ellátás állami ellátórendszerén kívül a magánpraxisokat is érinti az új jogviszony bevezetése, a törvény 4. § -ában, Összeférhetetlenség címszó alatt rendelkezik kérdéssről. Ennek értelmében a Kormány által kijelöl szerv engedélyének birtokában lehetséges további keresőtevékenységet folytatni, tehát az egészségügyi dolgozó magán egészségügyi ellátó intézménynél történő további foglalkoztatása épp oly bizonytalanná vált, mint az engedélyező szerv kiléte, amelyet tanulmányomban már korábban érintettem. A magán szolgáltatók és dolgozók szempontjából a kirendelésre vonatkozó szabályok mellet ez a második legkritikusabb kitétel. A jogalkotót az orvosok leterheltségének redukálásával magyarázza a szabály létrehozásának okát, ugyanakkor a magánszolgáltatókat egyesítő Primus Egyesület elnöke, Leitner György álláspontja alapján: *„nincs két szektorra elegendő egészségügyi személyzet, itt valamelyik, vagy mindkét, az állami és a magánszektor is rosszul fog járni egy merev diktátummal”*.²⁵

Az új szolgálati jogviszony a Független Egészségügyi Szakszervezet (FESZ) álláspontja alapján

A Független Egészségügyi Szakszervezet a Magyar Orvosi Kamarával szinte azonos állásponton van. Üdvözli a bérrendezés lehetőségének bevezetését, ugyanakkor jelzi, hogy bár az egészségügyi szakdolgozók bérrendezése jelenleg folyamatban van, az orvosi bérek rendezéséhez képest jelentős elmaradásban lesz. E mellett

²⁵ Időzített bomba lehet az új egészségügyi törvény a magánszolgáltatóknak. <https://piacesprofit.hu/gazdasag/idozített-bomba-lehet-az-uj-egeszsegugyi-torveny-a-maganszolgáltatóknak/> (Letöltés dátuma: 2020. november 10.)

keresetvesztés érí a dolgozókat a végkielégítés csökkentése okán is. Számos dolgozó, ápolók, asszisztensek vállalnak rész munkaidőben mellékállást anyagi kényszerből a magán ellátó rendszerben, számukra is bizonytalanságot teremt az engedélyezés kérdése. A jövedelemkiesést fokozza a nagyszámú, jellemzően munkahelyen történő fertőződés, amely betegállomány igénybevételére kényszeríti a dolgozókat. A FESZ továbbá felhívja a kormány figyelmét arra, hogy előzetes felméréseik alapján a pályaelhagyásra jelentős mértékben lehet számítani, amihez további impulzusként jelentkeznek a növekvő munkahelyi terheléssel járó stressz. A Független Egészségügyi Szakszervezet által kiadott nyilatkozat bárki számára elérhető a szervezet honlapján, amelyen a dolgozó előzetesen nyilatkozhat arról, hogy nem írja alá az új jogviszonyt létrehozó munkaszerződését, amennyiben a törvény nem kerül bizonyos pontokban módosításra.

Az új szolgálati jogviszony a HR dolgozó aspektusából

A lehetőségekhez képest szerencsének mondhatom a helyzetem, PhD hallgatóként és egészségügyi intézmény munkáügyekkel foglalkozó gazdasági egységének (még!) közalkalmazottjaként két szemszögből is vizsgálhatom az elfogadott törvényt.

PhD hallgatóként izgalmas kutatási területet képez az új jogviszony bevezetése, bár választott kutatási területemhez nem kapcsolódik szorosan, mégis úgy gondolom, a jövőben kiváló összehasonlító elemzésre ad lehetőséget. Mindehhez természetesen szükséges a felhatalmazó rendelkezésekben jelölt kormányrendeletek által nyitott kérdések lezárása, álláspontom szerint csak ezen információk birtokában lehetséges átfogó képet adni a jogszabály elméleti szemszögéből, amelyet a későbbiekben a joggyakorlat tesz majd teljessé.

A másik vizsgálati szemszögből kevésbé tekintek optimistán a helyzetre és az új szolgálati jogviszonyra. Kezdve azzal, hogy az intézetben dolgozó munkatársak új, egészségügyi szolgálati jogviszonyával kapcsolatos tájékoztatását 2020.november 30-ig az átmeneti rendelkezések értelmében el kell végeznünk, amelyhez, mint fentebb már érintettem, utasítást, iránymutatást, végrehajtási rendeletet a tanulmány elkészültéig nem kaptunk. Utasítás és tájékoztatás hiányában érdemi információ kiadására nincs lehetőségünk, amely tapasztalataim szerint jelentősen növeli a szakdolgozók bizonytalanságát, bizalmatlanságát és frusztrációját az új jogviszonyukkal szemben. Munkatársaink napi szinten próbálnak tájékozódni jövőjükkel kapcsolatosan, amelyre a hiányos jogszabályi háttérre hivatkozva nem tudunk válaszolni.

Munkáügyi dolgozóként aggasztóak a meglehetősen szűken szabott határidők. A tanulmány megírásakor sem a besorolásról, sem az illetményről, sem az új munkaszerződésről, sem a minősítés folyamatáról nincs tudomásunk. A helyzet jelen állapotában az év végi elszámolások határidejéhez közeledve számunka jelentős többletmunkával fog járnai, amennyiben tartani szeretnénk a törvényben

megjelölt átsorolások elvégzésének terminusát. Ebből az aspektusból a január 1-ei hatálybalépés jelentős kockázatot hordoz.

Tekintettel arra, hogy már a 2011. évi CXCV. törvény (Kttv.) is rendelkezik a jognyilatkozatok elektronikus formájáról, hiányolom a törvény rendelkezései közül a jognyilatkozatok megtételének módozatait és a digitális eszközök nyújtotta lehetőségek kihasználását. Az új jogszabály meglátásom szerint a közszolgálati és munkajogi szabályok határait elmossa, erre utal már az is, hogy az egészségügyi szolgálati jogviszony az egészségügyi szolgálati munkaszerződéssel jön létre, nem pedig a Kjt. vagy a Kit. szerinti kinevezéssel és annak elfogadásával. Úgy vélem, hogy a XXI. században egy új munkavégzésre irányuló jogviszony szabályozásának kialakításakor tekintettel kell lennünk a technológiai innovációk nyújtotta előnyökre és alternatívákra, álláspontom alapján a jogalkotó rendelkezhetett volna a Kttv.-hez hasonlóan az a jognyilatkozatok megtételének elektronikus formájáról.

Továbbiakban a már versenyszférában sikeresen alkalmazott HR portál kialakítása nagyfokú rugalmasságot nyújtana dolgozónak és munkáltatói jogkör gyakorlónak egyaránt. Erre, a járvány árnyékában még nagyobb hangsúlyt fektetnék. Egy személyügyi platform kialakítása a HR dolgozók számára is egyszerűbbé, gyorsabbá, és nyomon követhetővé tenné a munkavégzést, redukálná a személyes kontaktust, amely a vírus terjedésének egyik legoptimálisabb eszköze. Akár egy SAP rendszerhez hasonló felületen vezethető lenne a szabadságnyilvántartás, bérjegyzék megtekintés és egyéb munka- és bérügyi dokumentáció. Minderre az elektronikus kommunikáció okán a papíralapú dokumentációk mellőzése, a kommunikáció gyorsítása, valamint a bürokrácia csökkentése érdekében lenne szükség, míg a minősítési folyamatokat, illetve az előmeneteli rendszer kialakítására és monitoringra egy SuccesFactors applikációhoz hasonló platform nyújthatna alapot.

További javaslatom az E-vények lehetőségére hivatkozva a betegállomány igazolására vonatkozó táppénzes igazolások digitális formában, háziorvos által való kitöltése, és az EESZT rendszerben való elérhetővé tétele lenne, amelyhez az egészségügyi intézmények munkaügyi osztálya, illetve akár a tényleges számfejtést végző Magyar Államkincstár is hozzáférhetne. Mindez hozzájárulhat a fertőzés csökkentéséhez és a gyorsabb ügyintézés kivitelezéséhez is.

Összegzés

Úgy vélem, az új, egészségügyi szolgálati jogviszony szabályozása a tanulmány megírásakor meglehetősen labilis, homályos megfogalmazásokat tartalmaz, mellőzve a magyarázatokat, kiegészítéseket és részletszabályokat. A végrehajtási rendletek Magyar Közlönyben történő megjelenéséig érdemi előkészítéssel sem tudunk szolgálni.

A Magyar Orvosi Kamara az orvostársadalom képviselőjében határozott álláspontot képvisel. *“A törvény előkészítés és egyeztetés nélküli erőszakos bevezetése lerontja annak a hatalmas lépésnek az orvostársadalom belüli fogadtatását, amit a vágyott, és az itthon-*

*és közszolgálatban tartó bér megadása és a hálapénz tiltás jelent*²⁶ Honlapjukon elérhető visszaszámlláló alkalmazás alapján a hatálybalépés napjáig, 2020. november 18-ig hátralévő napokat számolta, kiegészítve azzal, hogy a rendeletek kidolgozásába a kamarát még nem vonta be kormány.²⁷ A Kamara a jogviszonyok tisztázása érdekében a hatálybalépés 2021 márciusára történő elhalasztását javasolja. Egyetértek álláspontjukkal, tekintve, hogy a törvény jelen formájában számos új kérdést vet fel, melyek megválaszolása még várat magára.

A Kamara továbbá levélben jelezte a Belügyminisztérium felé az új jogviszonnyal kapcsolatos felméréseinek eredményeit, cáfolva a kormány azon kommunikációját, miszerint a Kamarát bevonta és bevonja a törvény és a végrehajtási rendeletek kidolgozásába. Amennyiben a törvény hatálybalépése nem kerül elhalasztásra, érdemi konzultációra aligha lesz lehetősége az orvostársadalom képviselőinek.²⁸

Az új szolgálati jogviszony a meghirdetett egészségügyi reform egyik pillére. Azt nem vitatom, hogy az egészségügy reformjára szükség van, ugyanakkor a szakdolgozók által is rugalmasabb fogadtatásra találna az új jogviszony, ha megismerhetnék az átalakítási folyamat teljes modelljét, ennek hiányában az ismeretlen finanszírozási és pénzügyi kérdések további anomáliákat generálnak. A hazai egészségügyi ellátórendszer napjainkban olyan terhelésnek van kitéve, amelyre aligha találhatunk precedenst az elmúlt időszakot vizsgálva, erre tekintettel nem tartom célszerűnek az ellátórendszer dolgozói bizonytalanságát fokozni, meglátásom szerint elsődleges prioritásként a stabilitást kellene megjelölni.

A MOK és a FESZ előzetes felmérései alapján az egészségügyi pályaelhagyás prognosztizálható, orvosok és szakdolgozók körében egyaránt.²⁹ Ezt fokozza a járvány során növekedő terhelés, kétségbeesés, szorongás és a dolgozói fertőzés impressziója. Hasonló aggályokat fogalmaz meg a Magyar Egészségügyi Szakdolgozói Kamara (MESZK) is, sérelmezi a véleményezésre biztosított rövid határidőt, hiányolja a szakdolgozói arányos bérrendezést, továbbá méltánytalannak tartja a jogszabályban foglalt feltételeket, ezért tagi körben aláírásgyűjtést indítottak a rendelkezés felülvizsgálata és annak módosítása érdekében.³⁰ A törvény hiányos, számos kérdést rendezetlenül hagyott mivelta számomra arra enged következtetni,

²⁶A Magyar Orvosi Kamara nekiment az orvosok béremeléséről szóló törvénynek <https://24.hu/belfold/2020/10/13/orvosi-beremeles-hiba-mok/> (Letöltés dátuma: 2020. november 10.)

²⁷Magyar Orvosi Kamara honlapja <https://mok.hu/> (Letöltés dátuma: 2020. november 12.)

²⁸Magyar Orvosi Kamara: Levél a Belügyminiszternek <https://mok.hu/hirek/mokhitek/level-a-belugyminiszternek> (Letöltés dátuma: 2020. november 12.)

²⁹Független Egészségügyi Szakszervezet: Levél a képviselőknek a 2020. évi C. törvényről <https://feszu.hu/hirek/level-a-kepviseloknek-a-2020-evi-c-torvenyrol> (Letöltés dátuma: 2020. november 13.)

³⁰Magyar Egészségügyi Szakdolgozói Kamara: Aláírásgyűjtés az egészségügyi szolgálati jogviszonnyal szóló 2020. évi C. törvény módosítása céljából <http://www.meszk.hu/hirek.aspx?nid=101593&cid=32> (Letöltés dátuma: 2020. november 14.)

hogy az egészségügyi szolgálati jogviszonnyal kapcsolatos szabályozás elhamarkodottan került beiktatásra, rávilágít erre az is, hogy a tervezet minimális mértékben tér el az elfogadott törvényi szövegtől, valamint az is, hogy a kapcsolódó kormányrendelet engedményt nyújt bizonyos kérdésekben. Továbbá munkajogi aspektusból a törvényjavaslat több rendelkezésével jelentősen és az ILO egyezményeibe ütközően korlátozza a szakszervezetek jogosítványait és a munkaügyi kapcsolatok lehetőségét.

A törvény rendelkezik a paraszolvencia kérdéséről is. A jogalkotó álláspontjával ebben a kérdésben egyetértek, ahogy azt az álláspontját is támogatom, hogy az állami egészségügyi ellátórendszert tehermentesítsék a sokszor magánpraxis keretein belül, de társadalombiztosítás terhére elvégzett vizsgálatok költségeitől.

Tény, hogy a törvény jelen állapotában kiszolgáltatottságot eredményez, és a szakdolgozók körében elutasításra talál, ami a pandémia árnyékában labilissá teszi a hazai egészségügyet. Úgy vélem, a jogalkotó célja az új jogviszony bevezetésével a Kjt kiürítése, annak hatálya alól való kikerülés, amelyre láthattunk már precedenst a közelmúltban: a kulturális intézményben dolgozók esetében. Látható, hogy a pandémia kitűnő alkalmat adott a jogviszonyváltások levezénylésére, tekintve, hogy a dolgozói tiltakozások (sztrájk és gyülekezés egyéb formái), és megmozdulások szervezése jelenleg is tilalom alatt áll, ezáltal az intézkedések ellen érdemi fellépési lehetőség korlátozott.

Kérdés, érdemes-e a SARS-COV19 árnyékában ilyen fajsúlyú jogviszonyra vonatkozó szabály bevezetésére fordítani az erőforrásokat, amely jól láthatóan a betegellátás stabilitását veszélyeztetheti, eddig is labilis egyensúlyát meg inkább megingatja. A járvány csúcsának közelében egy, az egészségügyi dolgozók jogállásának módosítását nem tartom időszerűnek, kérdéses számomra, mennyire szolgálja a jogbiztonságot egy pandémia helyzetében behozott státuszmodosítás. A tanulmány az előbbieken a törvény 2020.11.10-i stádiumával foglalkozott, azonban a kifejtetteken túl további alkalmazási kérdések és anomáliák merülhetnek fel a gyakorlati alkalmazása előtt vagy közben.

2020. november 17-én számos hírportál utalt egy végrehajtási-rendelet tervezetre, amely nem nyilvános, így eredeti dokumentum hiányában a Medical Online egészségügyi dolgozóknak szóló portál által nyújtott adatok alapján a Kormány néhány jelentős kérdésben módosítaná az új szolgálati jogviszony alkalmazását. Többek között a további jogviszony létesítéséhez szükséges engedélykérés jogintézménye 2023. január 1-étől lépne életbe, ehhez kapcsolódóan 2022. december 31-ig élnek a közreműködői szerződések. Lényeges módosítás, hogy az említett végrehajtási rendelet a kiküldetés időtartamát 100 napon maximalizálná, szemben a törvényben elfogadott 1+1 év intervallummal, amelyet a tanulmányban már érintettünk (később a kiadott rendelet ezt az Mt-hez hasonlóan 44 napon jelölte meg). Fontos kitétel a kirendelés kapcsán az is, hogy szűkítette a kirendelhető dolgozók körét (2012. évi I. törvény munkaszerződéstől eltérő foglalkoztatásra vonatkozó szabály mintájára), ennek értelmében kirendelés nem

alkalmazható a várandós és nagycsaládos orvosok, azon személyek esetén sem, akik gyermeküket egyedül nevelik, vagy hozzátartozójuk tartós gondozására szorul.³¹ A Magyar Orvosi Kamara a honlapján közzétett információk alapján Alkotmánybírósághoz fordul beadvány, alkotmányjogi panasz illetve utólagos normakontroll előterjesztése érdekében, valamint összegezi álláspontját a nem hivatalos végrehajtási rendelet tervezetével kapcsolatosan is.³²

A Belügyminiszter levelében rögzítette, hogy a Kormány elfogadta, hogy az új jogviszonnyal kapcsolatosan, a munkavállalók tájékoztatását a veszélyhelyzet megszűnését követően kell megadni, mely érinti a munkaszerződés megkötésének időpontját is. Ugyanakkor leszögezi, hogy az anyagi hátrányok elkerülése érdekében az új bértáblát 2021. január 1-étől kell alkalmazni. Ennek értelmében az átsorolások megtörténnek a jelenlegi közalkalmazotti jogviszonyban, új munkaszerződés megkötése nélkül.

Bár a kiadott 528/2020 számú kormányrendelet kétségkívül, számos, a tanulmányban már korábban jelölt kérdést rendez, még mindig találhatunk hiányosságokat a végrehajtásra vonatkozóan. Mi fog történni azokkal a dolgozókkal, akik esetleg nem fognak megfelelni az új szerződéskötés előfeltételeinek? A jogalkotó nyitva hagyta azt a fontos kérdést is, hogy mely törvény fog vonatkozni az egészségügyi intézmények technikai dolgozóinak jogállására? Mivel az új egészségügyi szolgálati jogviszony túlnyomó részt az orvosok munkaviszonyát rendezi, kérdéses 2021. január 1-től a kiszolgáló személyzetre (intézményfenntartó és üzemeltetési területen dolgozókra), vonatkozó szabály. A törvény szövege az 1. § (4) bekezdésében rögzítette, hogy az egészségügyi szolgáltatónál – az (5) bekezdésben foglalt kivétellel – csak egészségügyi szolgálati jogviszony keretében lehet egészségügyi tevékenységet és az egészségügyi szolgáltató működőképességének, illetve az egészségügyi szolgáltatások üzemeltetésének biztosítására irányuló tevékenységet végezni. Az egészségügyi szolgáltató működőképességének, illetve az egészségügyi szolgáltatások üzemeltetésének biztosítására irányuló tevékenységek szabályait Kormány rendeletben határozza meg. A megjelent Kormányrendelet az 1. számú melléklet értelmében: „Az egészségügyi szolgáltató működőképességének, illetve az egészségügyi szolgáltatások üzemeltetésének biztosítására irányuló tevékenységek köre különösen: 1. Informatika 2. Ügynit (humán erőforrás-gazdálkodás, irattározás, jogi tevékenység, kontrolling, közbeszerzés,

³¹ Tarcza Orsolya: Jogállási törvény: visszavonulót fűjt a kormány http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/jogallasi_torveny_visszavonulot_fujt_a_kormany/ (Letöltés dátuma: 2020. november 17.)

³² Lásd: MOK: Most akkor mi van az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló törvénnyel? <https://mok.hu/hirek/mokhirek/most-akkor-mi-van-az-egeszsegugyi-szolgalati-jogviszonyrol-szolo-torvennyel> (Letöltés dátuma: 2020. november 24.) és Magyar Orvosi Kamara pályázatot hirdet ügyvédek részére: <https://mok.hu/hirek/allasajanlat/a-magyar-orvosi-kamara-palyazatot-hirdet-ugyvedek-reszere/> (Letöltés dátuma: 2020. november 24.)

munkaijgy, pénzügy-számvitel)³³ A melléklet bár rendezi a humánerőforrás, az egyéb gazdasági illetve informatikai területen dolgozók jogállását, mellőzi a műszaki-karbantartó, belső szállítók, az élelmezésben dolgozók jogviszonyának rendezését.

Vajon lesz-e lehetőség a közalkalmazotti jogviszony fenntartására, vagy jogviszonyuk számos, közalkalmazotti státusszal járó előnyt mellőzve átalakul munkajogviszonnyá? Úgy vélem, nem túl etikus megoldás az, hogy jelen labilis gazdasági helyzetben a dolgozók nem kapnak kellő időben megfelelő tájékoztatást a foglalkoztatásuk további feltételeiről. Ebben a kérdésben racionális döntéshozatal, átgondolt, konzekvens szabályozás szükséges.

Az új egészségügyi szolgálati jogviszony bevezetése láthatóan szűkíti a közalkalmazottak körét. Az új jogállás már nem feltétlenül érinti a közszférát, mögöttes joganyagként a 2012. évi I. törvényt rendeli alkalmazni, a 2003. évi LXXXIV. törvénnyel egyetemben, mellőzve a Kjt. rendelkezéseit. Mindez szemben áll Hobbes Leviatán című művével, amelyre Christoph Demmke is utal *The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century* című tanulmányában. Hobbes felfogásában elképzelhetetlen volt, hogy a közszféra alkalmazottait összehasonlíthassák más alkalmazottakkal, Demmke viszont rámutatott arra, hogy a XXI. században több államban is megszüntették a hagyományos közszolgálati rendszert, tekintve, hogy az élet- és munkakörülmények is megváltoztak, ezért közszolgálat rugalmasabb és sokszínűbb modellt igényel, ezáltal azonban kevésbé különül el az általános munkaviszonytól.³⁴

Úgy vélem, az új jogszabály bevezetése a közszféra határainak gyengítéséhez vezet (a közszolgálat nem fog teljesen eltűnni), ugyanakkor ellentmondást vélek felfedezni az állami és magánegészségügyi ellátórendszer éles elkülönítése (az összeférhetetlenség) kapcsán: úgy gondolom, egy magánkórházban dolgozó egészségügyi szakember ugyanolyan fontos szerepet tölt be, mint egy eddig közalkalmazotti jogviszonyban, ezen túl egészségügyi szolgálati jogviszonyban dolgozó szakdolgozó.

Nyilván Demmke vizsgálatának középpontjában a hagyományos közszolgálati és nem az egészségügyi munkamodell áll, ugyanakkor a hazai jogállásváltozás kapcsán bízom benne, hogy a jelenlegi kormány célja is egy rugalmasabb, sokszínűbb, a gazdasági igényeknek megfelelő jogviszony létrehozása lesz.

³³ Kormány 528/2020. (XI. 28.) Korm. rendelete az egészségügyi szolgálati jogviszonyról szóló 2020. évi C. törvény végrehajtásáról 1. sz. melléklet

³⁴ Christoph Demmke: *The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century* DOI: 10.1093/acrefore/9780190228637.013.982

Felhasznált források

1992. évi XXXIII. törvény Kjt.

2003. évi LXXXIV. törvény

2003. évi XX. törvény a Munka Törvénykönyvéről szóló 1992. évi XXII. törvény, valamint az ezzel összefüggő törvények jogharmonizációs célú módosításáról

2020. évi C törvény

2020. évi C. törvény 1. sz. melléklet

2020. évi XXXII. törvény a kulturális intézményekben foglalkoztatottak közalkalmazotti jogviszonyának átalakulásáról

Christoph Demmke: The Legitimacy of Civil Services in the 21st Century DOI: 10.1093/acrefore/9780190228637.013.982

Dr. Barzó Tímea – Prof. Emeritus Dr. Prugberger Tamás: Munkaidő szervezés az egészségügyben az uniós és hazai szabályozás tükrében, Új Magyar Közigazgatás, 2015/1

Horváth István: Félve boncolás – a közalkalmazotti törvény fokozatos hatályvesztéséről Munkajog, 2020/3. Lapszám, p32-39.

Kiss György: Közszolgálati életpályák jogi szabályozása Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. P.139.

SZÉL NAPSUGÁR ÁGNES*

*A gyermekek jogairól szóló New Yorkban 1989. november 20-án kelt
Egyezmény 12. cikkének jelentősége a polgári perrendtartásban
érvényesülő gyermekközpontú igazságszolgáltatásban*

Absztrakt: A gyermekek számtalan módon találkozhatnak a jogrendszerrel. Véleménynyilvánítási joguk gyakorlását és véleményük figyelembevételét a bírósági eljárások során a Gyermekek jogairól szóló 1989. november 20. napján elfogadott New York-i egyezmény 12. cikkében deklarált meghallgatáshoz való jog, mint egyéni részvételi jog biztosítja. A gyermekjogok fejlődése során a gyermekek eljárásjogi jogai rendszerbe szerveződtek. A fejlődés egyik lépéseként az Európa Tanács 2010-ben megalkotta a gyermekbarát igazságszolgáltatásra vonatkozó iránymutatását, egyúttal meghatározta a gyermekbarát igazságszolgáltatás fogalmát. A gyermekek eljárási jogainak érvényesülését biztosító e két legfontosabb összetevő a civilisztika területén értelemszerűen a polgári perrendtartásban egyesül. Szeretném bemutatni a 12. cikket, a gyermekközpontú/gyermekbarát igazságszolgáltatás mibenlétét és azt, hogy melyek a polgári perrendtartás vonatkozó szabályai.

Kulcsszavak: Gyermekek jogairól szóló egyezmény, a véleménynyilvánítás joga, gyermekközpontú igazságszolgáltatás

Abstract: Children come into contact with the justice system in many different ways. The CRC Article 12 provides that children have the human right to have opinion and for these opinions to be heard and taken seriously. The Council of Europe created guidelines and standards in the field of child -friendly justice. The Article 12 is one of the most important element of child -friendly justice. These two major component joins in the Code of Civil Procedure (CCP). This paper sets two aims: briefly introduces the Art 12 of CRC and the meaning of child -friendly justice, secondly outlines the corresponding rules in the Code of Civil Procedure.

Keywords: UNCRC, Art 12, child-friendly justice, right to be heard

DOI: 10.46942/SIDM.2021.1.199-211

Bevezetés

A gyermekek jogainak meghatározására már az I. világháborút követően volt törekvés. Ezen kezdeményezések közé sorolható az 1989-es a gyermekek jogairól szóló New York-i egyezményt is inspiráló brit Eglantyne Jebb¹ által a Gyermekek Jogainak Deklarációja² néven kidolgozott és később a Népszövetség közgyűlése által

* Szél Napsugár Ágnes, negyedéves hallgató Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola témavezető; Dr. habil. Osztovitcs András tanszékvezető egyetemi docens

¹ <https://www.savethechildren.org/us/about-us/why-save-the-children/eglantyne-jebb>

² https://en.wikipedia.org/wiki/Declaration_of_the_Rights_of_the_Child (2020.01.16.)

1924.szeptember 24.napján elfogadott ún. Genfi Nyilatkozat.³ A Deklaráció a gyermekek jogait katalógusszerűen mindössze öt pontban foglalja össze. A gyermek hangjának hallatásának joga még nem jelenik meg, főként a gyermek jóllétére koncentrálnak a jogok. A dokumentumot Franciaországban olyan irányadónak tekintették, hogy elrendelték minden iskolában a kifüggesztését.

Volt azonban egy elkötelezett gyermekjogi harcos, akit az egyezmény tartalma elégedetlenné tett. Amennyiben az ENSZ Gyermekjogi Egyezménynek szellemi atyját keressük nem feledkezhetünk el a lengyel származású Janusz Korczak-ról, akinek gyermekjogi felfogása talán a legnagyobb hatással volt a Gyermekjogi Egyezmény megalkotására. Döntő hatása nem véletlen, az egyezmény előkészítése során a lengyel küldöttek jelentős szerepet játszottak. Janusz Korczak rendhagyó módon nem jogász volt, hanem orvos és ahogy ő saját maga fogalmazott: "véletlenszerűen vált pedagógussá és szükségből pszichológussá". Korát jóval megelőzően modern elveket vallott a gyermekek integritását illetően is, leszögezte, hogy joguk van a titkaikhoz, a saját tulajdontárgyaikhoz, saját pénztárcához és mindezeket tiszteletben kell tartani. A gyermekek egyenlőségét, szeretetét, tiszteletben tartását hirdette, elítélve a velük szemben alkalmazott atyáskodó magatartást.⁴

Haladó szellemiségét az mutatja legjobban, hogy kifejezetten csalódott volt a Genfi Nyilatkozat elfogadásakor, mivel valódi jogokat akart a gyermekeknek, nem pedig jótékonykodást, és a jelenben, nem a távoli jövőben.

A második Genfi Nyilatkozat 1959-ban az idők szavát követve már szélesebb körben⁵ rendelkezik, azonban a gyermek igazságszolgáltatásban való részvételének lehetősége, nyilatkoztatása nem kerül megemlítésre.

A New York-i Egyezmény

A fenti előzményeket követően született meg az első globális⁶ és kétségtelenül a mai napig legnagyobb hatású nemzetközi dokumentum az ENSZ által 1989.november 20.napján elfogadott a gyermekek jogairól szóló egyezmény. Az egyezmény egyértelműen meghatározza a gyermek fogalmát, a részletesen és nemcsak a jóléti jogokra kiterjedően meghatározza a gyermek jogait, továbbá az a 12. cikkben megteremt a gyermekeket érintő bírósági eljárásokban - az igazságszolgáltatásban - való részvételi jog alapját is. „Az egyezmény mellett a fiatalkorúak igazságszolgáltatásban elfoglalt helyzetét rendezik az 1985-ben elfogadott Pekingi Szabályok, 1990-ben elfogadott Havannai Szabályok, a Rijádi Iránymutatások és a

³ <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> (2020.12.04.)

⁴ https://rm.coe.int/janusz-korczak-the-child-s-right-to-respect/16807ba985_5.oldal, 7-8. (2020.12.04.)

⁵ https://www.umpod.cz/fileadmin/user_upload/Pravni_predpisy_AJ/declaration_child1959.pdf (2020.12.07.)

⁶ Az egyezményt az Egyesült Államok 1995-ben Bill Clinton elnöksége idején aláírta, azonban a mai napig nem ratifikálta, egy ideig Szomália és Dél-Szudán maradt ki hasonló módon a szerződésből.

Tokiói szabályok. Összességében e rendelkezések alkotják az ENSZ fiatalokúak igazságszolgáltatására vonatkozó szabályrendszerének négy pillérét.”⁷ Annak ellenére, hogy a fiatalokúak igazságszolgáltatási eljárásokban elfoglalt helyzetének tisztázására irányulnak a szabályok, egyik sem definiálja azt, hogy a fiatalokúak igazságszolgáltatása más, speciálisabb elvek mentén szerveződő és így egy egységes rendszert alkotó, fiatalokúak érdekeit központban tartó igazságszolgáltatás. Az ENSZ rendelkezései tehát e szempontból megmaradtak egyes, főleg büntetőjogi érintettségű részterületeket rendező szabályozásoknak.

A 12.cikk, mint a bírósági eljárásokban való részvételi jog alapja

Az Egyezmény 12. cikke deklarálta azt, hogy „1.az egyezményben részes államok az ítéletképesége birtokában lévő gyermek számára biztosítják azt a jogot, hogy minden őt érintő kérdésben szabadon kinyilváníthassa véleményét, a gyermek véleményét, figyelemmel korára és érettségi fokára, kellően tekintetbe kell venni. 2.Ebből a célból nevezetesen lehetőséget kell adni a gyermeknek arra, hogy bármely olyan bírói vagy közigazgatási eljárásban, amelyben érdekelt, közvetlenül vagy képviselője, illetőleg arra alkalmas szerv útján, a hazai jogszabályokban foglalt eljárási szabályoknak megfelelően meghallgatását.”

A Gyermekjogi Bizottság által ⁸ 2009.júniusában elfogadott 12.cikkhez fűzött 12.számú Általános Kommentár (a továbbiakban: Kommentár) leszögezi azt, hogy a 12.cikk egyike a négy általános alapelvnek a Gyermekjogi Egyezmény alapelvei közül (2.cikk a diszkrimináció tilalma,6.cikk jog az élethez és a fejlődéshez, valamint 3.cikk a gyermek legfőbb érdeke mellett).

A Kommentár rámutat arra, hogy a 12.cikkben rögzített alapelv azért fontos, mivel nem kizárólag önálló jogként értelmezendő és alkalmazandó, hanem figyelembe kell venni az összes többi jog értelmezése és nemzeti jogba implementálása során.⁹

Amennyiben 12. cikket elemezzük jól átható az, hogy a cikk első pontja nem kizárólag az igazságszolgáltatási, közigazgatási eljárásokban biztosítja a gyermek meghallgatáshoz való jogát, hanem minden őt érintő kérdésben. A jog e tekintetben megilleti gyermekek egy csoportját is, azonban az igazságszolgáltatás kapcsán kétségtelenül az egyes gyermeket az adott ügyben megillető részvételi jogról beszélhetünk.

Az igazságszolgáltatásban való részvételi jog alapja tehát adott, azonban nem elhanyagolható az sem, hogy a gyermekek milyen jogszabályi, személyi és tárgyi

⁷<https://jogaszvilag.hu/szakma/a-gyermekbarat-igazsagszolgáltatasi-kialakulasa-es-fejlodesa-a-nemzetkozi-jogalkotasban/> (2020.01.16.)

⁸ Nemzetközi szerv, amely azt ellenőrzi, hogy a kormányok miként ültetik át a nemzeti jogba a gyermekjogi egyezmény rendelkezéseit.

⁹ <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf> I/2.pont (2020.10.25.)

környezetben vesznek részt az eljárásban. E feltételeket rendezi, szabályozza a gyermekközponitú igazságszolgáltatás. Egyik feltétel sem elhanyagolható, a feltételek összessége a záloga a gyermek meghallgatása szempontjából is sikeres eljárásnak. Azt, hogy e feltételeknek mekkora jelentősége van alátámasztja az Európai Unió Alapjogi Ügynöksége által 2019-ben a New York-i Gyermejjogi Egyezmény 30. évfordulóján és az Alapjogi Karta 10. évfordulóján közzétett tájékoztatás. A lényegre törő ismertető szerint minden évben megközelítőleg 2,5 millió gyermek vesz részt valamilyen őt érintő jogi eljárásban. Az adatok alapján ezen gyermekek kétharmada nem kap megfelelő tájékoztatást az eljárás alatt. Ritkán ellenőrzik azt is, hogy a jogaikat, illetve magát az eljárást a gyermekek egyáltalán megértették-e. Az Ügynökség rámutatott arra is, hogy az eljárásban részt vevő jogászok magatartása az eljárások során nagyban befolyásolja a gyermekek biztonság és kényelemérzetét, így értelemszerűen a gyermekek szempontjából az egész eljárás eredményességét.

Szükséges mindenképpen hangsúlyozni, hogy a 12. cikk alapján a gyermek részvétele az eljárásban számára nem kötelezettség, hanem lehetőség.

A gyermekközponitú igazságszolgáltatás kialakulás az Európai Unió területén

A Gyermejjogi Egyezmény létrejöttét követően a kontinensek közül Európában kezdődött el legdinamikusabban a gyermeki jogok fejlődése.¹⁰ 1996-ban került elfogadásra az Európa Tanács egyezménye, mely már rögzíti a gyermekek eljárásjogi jogosultságait is.¹¹ A 3. cikk a gyermek meghallgatáshoz való jogát összeköti a gyermek tájékoztatáshoz való jogával. A cikk kinyilvánítja, hogy a bírósági eljárásban a belső jog szerint ítéldőképesége birtokában lévő gyermeknek minden szükséges információt meg kell kapnia, konzultálhat, kifejezheti nézeteit és tájékoztatni kell a vélemény-nyilvánításának lehetséges következményeiről, illetve minden más őt érintő lehetséges döntésről is. A jogalkalmazóknak ezeket a rendelkezéseket és iránymutatásokat a belső joggal összhangban kell alkalmaznia. Az egyezmény II. fejezet B. pontja a 6.- 9. cikkben rendelkezik a bíróságok szerepéről az eljárásokban. A 6. cikkben kifejezetten rögzíti, hogy meghatározott esetekben a bíróság meghallgatja a gyermeket, lehetőség szerint elkülönítve, személyesen, vagy képviselője útján, a gyermek megértésének megfelelő módon, kivéve ez alól azt az eset, amikor ez a gyermek a legfőbb érdekével ellentétes lenne. A bíróság engedi a gyermeket, hogy véleményt nyilvánítson és kinyilvánított véleménynek megfelelő

¹⁰ Afrikában is született hasonló regionális dokumentum, mint Európában gondolok itt a Gyermekek jogairól és jólétéről szóló 1990-ben elfogadott és 1999-ben hatályba lépett kartát. Azonban az amerikai kontinens tekintetében például az 1948-ban elfogadott Bogotai Konvenció, mely az 1978-ban hatályba lépett Emberi Jogok Amerikai Egyezményének előképe, nem tartalmaz külön rendelkezést a gyermekek vonatkozásában és a gyermekeket érintően külön egyezmény sem született.

¹¹<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000168007cdaf> (2020.12.07.)

súlyt tulajdonít. Láthatjuk, hogy a New York-i egyezmény 12. cikke úgymond visszatér, a gyermek jogait a bíróság oldaláról kötelezettségként megfogalmazva.

A 7. cikk a bíróság mielőbbi cselekvési kötelezettségét mondja ki, melynek része az is, hogy a bíróságnak tartózkodni kell minden szükségtelen késedelemtől. A 8. cikk a bíróság hivatalbóli cselekvési kötelezettségét szorgalmazza azokban az esetekben, amikor a belső jog szerint a gyermek jólétét komoly veszély fenyegeti. A 9. cikk arra kötelezi a bíróságot, hogy szükség esetén a gyermek részére képviselőt rendeljen. Ezen rendelkezések lényege egyértelműen visszaköszön a gyermekközpontú igazságszolgáltatás fogalmában.

Az európai fejlődési folyamat egyik lényeges lépése az Európai Unió Nizzában 2000-ben kihirdetett Alapjogi Chartája volt. Az Alapjogi Charta 24.cikkének (1) bekezdése szerint a gyermekeknek joguk van a jólétükhöz szükséges védelemhez és gondoskodáshoz. A gyermekek véleményüket szabadon kifejezhetik. Az őket érintő ügyekben véleményüket életkoruknak és érettségüknek megfelelően figyelembe kell venni. A (2) bekezdés alapján hatóságok és a magánintézmények gyermekekkel kapcsolatos tevékenységében a gyermek mindenek fölött álló érdekének kell az elsődleges szempontnak lennie. A (3) bekezdés szerint minden gyermeknek joga van ahhoz, hogy mindkét szülőjével rendszeres, személyes és közvetlen kapcsolatot tartson fenn, kivéve, ha ez az érdekeivel ellentétes¹².

Látható az, hogy az alapjogi charta összhangban a New York-i Egyezménnyel rögzíti a gyermekek elidegeníthetetlen jogaként azt, hogy az őket érintő ügyekben legyen az polgári, büntető, avagy közigazgatási eljárás- véleményüket életkoruknak és érettségüknek megfelelően figyelembe vegyék. Ugyanakkor az eljáró hatóságok kapcsán megjelenik a gyermek mindenek felett álló érdekének figyelembevételének kötelezettsége, éppúgy, mint a New York-i Egyezményben. A Charta 24.cikke részben tömöríti a New York-i Egyezmény alapelveit. Azonban még mindig nem találkoztunk a gyermekközpontú igazságszolgáltatás fogalmával.

Az Alapjogi Chartára utal vissza a Bizottság 2006.július 4.napján kiadott „Az EU gyermekjogi stratégiája felé” című közleménye is.¹³ A közlemény szerint a célok közé tartozik a gyermekek bevonása a döntéshozatali eljárásba, továbbá a gyermekek jogaival kapcsolatos tájékoztatói stratégia kidolgozása, mely lebetűve teszi azt, hogy a szülők és gyermekek jobban ismerjék ezeket a jogokat. 2007.december 10.napján fogadta el az Európai Unió Tanácsa a gyermekek jogainak előmozdítására és védelmére vonatkozó uniós iránymutatásokat.¹⁴ A végrehajtás a gyermekjogok előmozdítását és védelmét célzó jogszabályi reform előmozdítása révén valósulna meg az iránymutatás szerint: „különösen a nemzeti jogszabályok meghozatalának és felülvizsgálatának ösztönzése és támogatása, a jogszabályoknak a gyermek jogok előmozdítására és védelmére vonatkozó nemzetközi szabályoknak és előírásoknak – különösen a gyermek jogairól szóló egyezményeknek és az egyezmény fakultatív jegyzőkönyveinek – való megfelelése érdekében,

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar12555> (2020.01.16.)

¹³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar12555> (2020.01.16.)

¹⁴ <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=HU&f=ST%2016031%202007%20INIT> (2020.01.16.)

továbbá a gyermek jogok megsértése elleni küzdelem és a jogsértéstől való elrettentés,.... a gyermek jogok megsértésének megelőzését célzó, jogszabályi, közgazdasági, igazságszolgáltatási és egyéb intézkedések meghozatala állami hatáskörben, valamint az említett jogszérmek büntetlensége elleni küzdelem."

Hazánkban a 2007.évi CLVIII.törvénnyel került kihirdetésre a 2007. december 13. napján aláírt és 2009. december 1. napján hatályba lépett Lisszaboni szerződés. A szerződés 3.cikkének (3) bekezdése értelmében az Unió küzd a társadalmi kirekesztés és megkülönböztetés ellen, és előmozdítja a társadalmi igazságosságot és védelmet, a nők és férfiak közötti egyenlőséget, a nemzedékek közötti szolidaritást és a gyermekek jogainak védelmét. Az EU kifejezetten a legfontosabb céljai közé sorolja a gyermekek jogainak védelmét.

Látható az, hogy az Európai Unió aktívan foglalkozott a gyermekek jogaival és ezen belül is a gyermekeket az igazságszolgáltatás során megillető jogokkal, azonban maga a gyermekközpontú igazságszolgáltatás fogalma ahogy arra Gyurkó Szilvia is rámutat¹⁵ mégsem az EU gyermekjogi dokumentumai egyikében jelent meg, a fogalmat az Európa Tanács egyik iránymutatása vezette be.

Az Iránymutatás nem előzmény nélküli.¹⁶ Az európai igazságügy-miniszterek Lanzarote-ban 2007.október 25-26.napján tartott 28. konferenciájának két célja volt: a migráció és menekültügy, valamint a gyermekek igazságszolgáltatáshoz való hozzáférése, beleértve azon gyermekeket, akik konfliktusba kerülnek a törvénnyel.¹⁷ A konferencián megvittatták a gyermekek igazságszolgáltatáshoz való hozzáféréseinek lehetőségeit, valamint az igazságszolgáltatás gyermekbarát dimenzióját. A szókapcsolat tehát már megjelenik.

A találkozó eredményeként 47 tagállam igazságügy-miniszterei elfogadták azt a 2.számú szándéknyilatkozatot, melyben deklarálták: elkezdik az európai gyermekbarát igazságszolgáltatás irányelveinek az előkészítését. A gyermekközpontú igazságszolgáltatás fogalmának vizsgálata szempontjából kiemelendő a szándéknyilatkozat 9.pontja, melyben kinyilvánították azt a meggyőződésüket, hogy „a gyermek részvétele, amennyiben szükséges az őt érintő bírósági eljárásokban, lényeges része a modern és igazságos bírósági rendszernek, amelyben a gyermekek nézeteit, szükségleteit, aggodalmait ténylegesen figyelembe veszik."

A 10. pontban hangot adtak abban való bizonyosságuknak is, hogy „szükséges olyan rendelkezések meghozatala, amely csökkenti a bírósági eljárások negatív hatásait, illetve megvédi a gyermekeket attól, hogy a bírósági eljárásban sérelmet szenvedjenek el. A 12.pontban azt az álláspontjukat is hangoztatták, hogy" a bírósági eljárásokkal érintett gyermekek vonatkozásában a biztonságos és barátságos környezet, a speciálisan képzett személyek és a hatásos eljárások csökkentik a gyermekek sérüléseit és növelik az igazságszolgáltatás hatékonyságát."

¹⁵ http://www.okri.hu/images/stories/KT/KT_49_2012/007_gyurko.pdf (2020.01.16.)

¹⁶ http://www.okri.hu/images/stories/KT/KT_49_2012/007_gyurko.pdf (2020.01.16.)

¹⁷ <https://rm.coe.int/1680694596> (2020.01.17.)

A 2007-ben útjára indított munka eredményeként az Európa Tanács Miniszteri Bizottsága 2010. november 17. napján tartott ülésén fogadta el a gyermekbarát igazságszolgáltatásról szóló Iránymutatást.¹⁸

Az Iránymutatás határozottan és egyértelműen foglalt állást a célja tekintetében: „A gyermekbarát igazságszolgáltatásról szóló iránymutatás elfogadásával az Európa Tanács kimondottan azt kívánja elérni, hogy az igazságszolgáltatás mindig gyermekközpontú legyen...”

Az Iránymutatás a gyermekek jogairól szóló New York-i egyezményhez hasonlóan fogalommeghatározással indít, melyet a II. pontja tartalmaz. A New York-i Egyezményvel szemben azonban nem kizárólag a gyermek fogalmát rögzíti, hanem három alapvető fogalmat tisztáz. A gyermek fogalmát: minden 18 évesnél fiatalabb személy. E meghatározás összhangban van a gyermek jogairól szóló ENSZ-egyezmény 1. cikkében foglalt fogalommal. A szülő fogalmát: a nemzeti jog szerint szülői felelősséggel bíró személy(ek). Amennyiben a szülő(k) nincs(enek) jelen vagy nem visel(nek) tovább szülői felelősséget, a szülő szerepét betöltheti gyám vagy kijelölt jogi képviselő.

Továbbá *először* fogalmazza meg a gyermekbarát igazságszolgáltatás definícióját: „*olyan igazságszolgáltatási rendszer, amely az elérhető legmagasabb szinten biztosítja a gyermekek jogainak tiszteletben tartását és hatékony érvényesítését, figyelembe véve az alábbiakban felsorolt elveket, megfelelően tekintetbe véve a gyermek érettségét, értelmi szintjét és az ügy körülményeit. Olyan igazságszolgáltatás, amely hozzáférhető, az életkornak megfelelő, gyors, gondos, a gyermekek jogaihoz és szükségleteihez igazodó és azokra koncentrált, tiszteletben tartja a gyermekek jogait, beleértve a tisztességes eljárásból való jogot, az eljárásban való részvétel és az eljárás megértésének jogát, a magánélet, a családi élet, az integritás és a méltóság tiszteletben tartásához fűződő jogot.*”

Amennyiben megvizsgáljuk a fogalmat részleteiben, azt láthatjuk, hogy maga a definíció a gyermekbarát igazságszolgáltatás alapvető elveinek összesége, mely elvek mind a büntető, mind a polgári igazságszolgáltatásban az eljárás előtt, alatt és utána is hatnak.

Az Iránymutatást követően a fogalom széles körben elfogadottá vált, a terminológia megjelenik az EU gyermekjogi ütemtervében is, melyet ¹⁹ 2011. február 15-én hirdetett ki az Európai Bizottság. A gyermekjogok érvényesítésére vonatkozó uniós ütemterv szerint: „*az igazságszolgáltatás gyermekbarát jellegének erősítése az egyik legfontosabb intézkedés az ütemterv keretén belül. Ez komoly gyakorlati jelentőséggel bíró terület, ahol az Unió a Szerződésnek alapján hatáskörrel rendelkezik arra, hogy uniós jogszabályok segítségével valóra váltsa a gyermekek jogait.*” Gyurkó Szilvia az ütemterv lényegét akként összegezte, hogy: „*az unió valódi hozzáadott értékének tekinti... a gyermekbarát igazságszolgáltatás ügyét.*”²⁰

¹⁸<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806a4541> (2020.01.16.)

¹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0060:FIN:hu:PDF> (2020.01.16.)

²⁰http://www.okri.hu/images/stories/KT/KT_49_2012/007_gyurko.pdf (2020.01.16.)

Az ütemterv szerint: „*a gyermekek sokféleképpen kerülhetnek kapcsolatba az igazságszolgáltatással, például, ha a szülei elválnak vagy nem tudnak megegyezni a gyermek-elhelyezésről, amennyiben bűnselekményt követnek el vagy annak tanúivá, illetve áldozatává válnak, vagy ha menedéket kérnek. Ha a gyermekek olyan igazságszolgáltatással kerülnek kapcsolatba, amely nem gyermekbarát, a jogukat számos korlátozás vagy sérelem érheti. A gyermekek akadályokba ütközhetnek jogi képviselőik vagy bírósági meghallgatásuk tekintetében. Hasonlóképpen az is előfordulhat, hogy a gyermekek és képviselőik nem kapnak megfelelő tájékoztatást ahhoz, hogy élbessenek a jogjaikkal, vagy megvédhessék érdekeiket a bírósági eljárás során. Felnőttként bánhatnak velük, anélkül, hogy minden esetben megadnák számukra a szükségleteiknek és sebezhetőségüknek megfelelő biztosítékokat, és megtörténhet, hogy a gyermekek nehezen tudják feldolgozni ezt a helyzetet. A gyermekek jogi érdekeinek magas szintű védelme szempontjából alapvető követelmény, hogy ténylegesen hozzájárjenek az igazságszolgáltatáshoz, és részt vegyenek a közigazgatási és a bírósági eljárásokban.*”

Az ütemterv a gyermekbarát igazságszolgáltatás fogalmának meghatározásakor az Iránymutatással szemben negatív megközelítést alkalmaz: „*Ha a gyermekek olyan igazságszolgáltatással kerülnek kapcsolatba, amely nem gyermekbarát, a jogukat számos korlátozás vagy sérelem érheti... A gyermekek akadályokba ütközhetnek ... nem kapnak megfelelő tájékoztatás... felnőttként bánhatnak velük.*” Azaz a contrario értelmezve a meghatározást: gyermekbarát az az igazságszolgáltatás, amelyben a gyermekek jogait sérelem és korlátozás nem éri, megfelelő tájékoztatást kap, nem felnőttként bánnak velük. Az ütemterv az Irányelvhez hasonlóan az elveket összefoglalva határozza meg a gyermekbarát igazságszolgáltatás fogalmát.

A gyermekközpontú igazságszolgáltatás szabályai a polgári perrendtartásban

Az Európai Bizottság az ütemterv részeként 2012.esztendőt a gyermekbarát igazságszolgáltatás évének nyilvánította Európában. Magától értetődik, hogy mint tagállam Magyarország is részt vett az ütemterv céljainak megvalósításában.

Az igazi átfogó reform azzal kezdődött, hogy a Kormány összhangban az EU Bizottság ütemtervével a 2012-es évet a Gyermekközpontú Igazságszolgáltatás évének hirdette meg: ennek jegyében megindult a jogalkotás, továbbá ombudsman-i vizsgálatra is sor került.²¹

A jogalkotás során a child-friendly²² igazságszolgáltatás hazai jogba való átültetése a gyermekbarát igazságszolgáltatás megvalósulásához kapcsolódó egyes törvények módosításáról szóló 2012.évi LXII. törvénnyel történt meg. Az eljárásjogi kódexeket módosító salátatörvényhez fűzött törvényi indokolás szerint: „*Az utóbbi időben számos nemzetközi jogi dokumentum született, amely arra vonatkozóan ad iránymutatást*

²¹<http://www.aibh.hu/documents/10180/129110/AJBH+Besz%C3%A1mol%C3%B3%202012/9215dc04-4031-451e-b79c-eff2e2e63925?version=1.1> 111-139. (2020.01.16.)

²² <https://eur-lex.europa.eu/1exUriServ/1exUriServ.do?uri=COM:2011:0060:FIN:hu:PDF> 2.1. pont magyar fordítása a gyermekbarát kifejezést alkalmazza. (2019.05. 30.)

az államok kormányainak, hogy hogyan tudnák gyermekebarátí formálni igazságszolgáltatásukat. A törvény ezen cél eljárásjogi alapjainak megteremtését szolgálta.”²³

A módosítással a polgári perrendtartásról szóló 1952.évi III. törvény különbséget tett a kiskorú, mint érdekelt és mint tanú meghallgatása/kihallgatása²⁴ között.

A módosítás a rPp.65/A. §-sal szabályozta a kiskorú, mint érdekelt meghallgatását a szülői felügyelettel, a gyermek harmadik személynél történő elhelyezésével vagy az elhelyezés megváltoztatásával kapcsolatos perben. Biztosította a bíróság részére a mérlegelési jogot a tekintetben, hogy indokolt esetben egyidejűleg a kiskorú részére ügygondnokot rendeljen, illetve a kiskorút a felek és a felek képviselői távollétében hallgassa meg. Egyúttal rendelkezik a kiskorú személy idézésének módjáról is.

A rPp.65/B. § -ának (1) bekezdése ennél is tovább ment: részletesen szabályozta, hogy a kiskorú meghallgatásának megfelelő légkörben, a gyermek számára érthető módon kell megtörténnie. Előírja azt is, hogy a meghallgatás kezdetén a kiskorútól - a korától és érettségétől függően - meg kell kérdezni a nevét, születési helyét, idejét, anyja nevét, lakóhelyét, majd tájékoztatni kell arról, hogy a meghallgatás során a valóságnak megfelelő előadásokat kell tenni és arról, hogy a nyilatkozattételt, illetve az egyes kérdésekre a válaszadást megtagadhatja. Ha a bíróság a kiskorú részére ügygondnokot rendelt, tájékoztatást ad a kiskorúnak az ügygondnok eljárásban betöltött szerepéről, jogairól, kötelezettségeiről. A tájékoztatásokat és

²³ A gyermekközponitú igazságszolgáltatás fogalmával egy külön tanulmányban foglalkoztam, azonban jelen tanulmány érthetősége miatt szükségét érzem annak, hogy rávilágítsak a gyermekbarát és gyermekközponitú fogalmak hazai használatára. Magyarországon a fogalmat a bírói kar értelmezte és módosította: az értelmezés során a gyermekbarát jelzőt felváltotta a gyermekközponitú jelző. Az Országos Bírósági Hivatal a Gyermek-közponitú Igazságszolgáltatás bírósági koncepciója című 2012-ben készült munkája szerint „a pártatlan ítélezési tevékenységet ellátó bíróság nem lehet sem egy terhel, sem egy sértett, de még egy tanú barátja sem életkorától és életállapotától függetlenül. Mindazonáltal a gyermekek egészséges fejlődése olyan prioritást jelent, ami a fokozott odafigyelést, és akár az eljárás többi résztvevői eljárási jogainak korlátozását is indokolhatja. A gyermekközponitú [child-focus] igazságszolgáltatás lényege ezen prioritások fel- és elismerése.”

²⁴ A kiskorú tanú védelmét a Pp.167/A.§-a biztosítja 167/A. §-a szabályozza, melynek (1) bekezdése szerint a tizennegyedik életévét be nem töltött kiskorút csak akkor lehet tanúként kihallgatni, ha a vallomásától várható bizonyíték másként nem pótolható A (2) bekezdés szerint a kiskorú tanú kihallgatásánál a törvényes képviselője jelen lehet. A kihallgatáskor a figyelmeztetéseket és tájékoztatásokat a kiskorú tanú korára, érettségére figyelemmel, számára érthető módon kell közölni. A kihallgatásnak megfelelő légkörben, a kiskorú számára érthető módon kell megtörténnie A (3) bekezdés szerint a tizennegyedik életévét be nem töltött kiskorú kihallgatása esetén a hamis tanúzás következményeire való figyelmeztetést mellőzni kell, helyette az igazmondás követelményéről kell tájékoztatást adni a tanú korára és érettségére figyelemmel, számára érthető módon. A tizennegyedik életévét be nem töltött kiskorú tanú esetében a személyi adatainak zártan kezeléséről, valamint a vallomástétel megtagadásáról a nyilatkozatot a törvényes képviselője teszi meg, valamint a vallomástételre kötelező határozat elleni fellebbezési jogot a törvényes képviselő gyakorolja. A (4) bekezdés alapján, ha a kiskorú tanú és a törvényes képviselője között érdekellentét van, a bíróság megkeresésére a gyámhatóság által kirendelt eseti gyám gyakorolja a (2) és (3) bekezdésben meghatározott jogokat.

figyelmeztetéseket a kiskorú korára és érettségére figyelemmel, számára érthető módon kell közölni.

A kiskorú meghallgatása során a hozzá közvetlenül vagy a felek és képviselőik távollétben a felek, képviselőik vagy a saját ügygondnoka által intézett kérdéseknek a gyermek védelme érdekében a tanács elnökének (egyesbíró) szűrőjén kell átmenniük. A meghallgatás végén, még a kiskorú jelenlétében a jegyzőkönyvbe vett vallomást fel kell olvasni vagy, ha a jegyzőkönyv hangfelvétel útján készül, azt a kiskorú jelenlétében kell hangszalagra rögzíteni. Ennek megtörténtét vagy mellőzését a jegyzőkönyvben fel kell tüntetni. A felolvasáskor, illetve a rögzítéskor a kiskorú az általa elmondottakat kiigazíthatja vagy kiegészítheti. Ha a kiskorú meghallgatására a felek távollétben kerül sor, az elnök a felekkel ismerteti a meghallgatásról készült jegyzőkönyvet.

A polgári perrendtartásról szóló 2016.CXXX. törvény (a továbbiakban Pp.) az az új Pp. megtartotta a régi Pp. szerinti státusz bontást: a kiskorú vagy egyéb érdekelt vagy tanú²⁵ lehet az eljárásban, a meghallgatására vonatkozó szabályok tartalmilag megegyeznek a korábbi szabályozással, azonban a részletes meghallgatásra vonatkozó rendelkezések - a Pp.473.§-a - a XXXV. fejezetben a szülői felügyelettel kapcsolatos perek közös szabályainál kaptak helyet, a korábbival szemben, amikor a jogalkotó a Pp. felekre és más perbeli személyekre vonatkozó szabályok között helyezte el.²⁶

²⁵ A Pp. 298.§-ának (1) bekezdése szerint a tizennegyedik életévét be nem töltött kiskorút csak akkor lehet tanúként meghallgatni, ha a vallomásától várható bizonyíték másként nem pótolható.

(2) A kiskorú tanú meghallgatásánál a törvényes képviselője jelen lehet. A meghallgatáskor a figyelmeztetéseket és tájékoztatásokat a kiskorú tanú korára, érettségére figyelemmel, számára érthető módon kell közölni. A meghallgatásnak megfelelő légkörben, a kiskorú számára érthető módon kell megtörténnie.

(3) A tizennegyedik életévét be nem töltött kiskorú meghallgatása esetén a hamis tanúzás következményeire történő figyelmeztetés helyett az igazmondás követelményéről kell tájékoztatást adni a tanú korára és érettségére figyelemmel, számára érthető módon. A tizennegyedik életévét be nem töltött kiskorú tanú esetén a személyi adatainak zártan kezeléséről, valamint a vallomástétel megtagadásáról a nyilatkozatot a törvényes képviselője teszi meg, valamint a vallomástételre kötelező határozat elleni fellebbezési jogot a törvényes képviselő gyakorolja.

(4) Ha a kiskorú tanú és a törvényes képviselője között érdekellentét van, a bíróság megkeresésére a gyámhatóság által kirendelt eseti gyám gyakorolja a (2) és (3) bekezdésben meghatározott jogokat.

²⁶ Pp.473. § [A kiskorú gyermek meghallgatása]

(1) Ha a bíróság a perben a kiskorú gyermek mint érdekelt meghallgatásáról dönt, indokolt esetben egyidejűleg a kiskorú részére hivatalból ügygondnokot rendel. A bíróság a kiskorút a felek és a felek képviselői távollétében is meghallgathatja.

(2) A bíróság a tizennegyedik életévét be nem töltött kiskorút a törvényes képviselője útján idézi meg azzal a felhívással, hogy a megjelenéséről gondoskodik. A tizennegyedik életévét betöltött kiskorú idézéséről akkor is külön értesíti a bíróság a törvényes képviselőt, ha őt is idézte a tárgyalásra

(3) A kiskorú meghallgatásának megfelelő légkörben, a gyermek korára és érettségére figyelemmel, számára érthető módon kell megtörténnie. A meghallgatás kezdetén a kiskorútól meg kell kérdezni a nevét, születési helyét, idejét, anyja nevét, lakóhelyét, majd tájékoztatni kell arról, hogy a meghallgatás során a valóságnak megfelelő előadásokat kell tenni és arról, hogy a nyilatkozattételt, illetve az egyes kérdésekre a válaszadást megtagadhatja. Ha a bíróság a kiskorú részére ügygondnokot rendelt, a

Megítélésem szerint a magyar szabályozás megfelel a célkitűzésnek, azonban egy kiemelkedően fontos terület rendezése még elengedhetetlen lenne, mivel a gyermek tájékoztatáshoz való jogának érvényesítése nem kellően kimunkált a polgári perrendtartásban. Nem tudjuk, hogy a gyermek az őt érintő eljárásról, véleménynyilvánításának lehetőségéről, a személyét érintő határozatról mikor, milyen módon, kitől értesül, a szülői felügyeleti jog gyakorlására, kapcsolattartásra vonatkozó ítéletet számára kézbesíti-e valaki, illetve megmagyarázza-e valaki. Ezek a kérdések mielőbbi választ igényelnek, tekintettel arra, hogy a gyermekközpontú igazságszolgáltatás úgymond alfája és omegája a meghallgatáshoz való jog mellett, a gyermek tájékoztatáshoz való joga. Amennyiben ezzel a jogával nem tud élni a többi joga is, így a 12.cikkben rögzített meghallgatáshoz való joga is formálissá válik, kiüresedik, illetve szubjektív tényezőtől- az eljáró bíró személyétől- fog függeni. Ugyanis amennyiben a gyermek nincs tisztában azzal, hogy véleményét joga van nyilvánítani, adott esetben eleshet a perben való részvétel lehetőségétől. Ily módon álláspontja észrevétlen marad, ismét az eljárás tárgyává válik, annak aktív résztvevője helyett, mivel a döntés a feje felett születik. E körben lényeges kérdés lehet természetesen az, hogy a gyermek ítélőképessége birtokában van-e, ennek a kérdésnek a kifejtése azonban már meghaladja a tanulmány kereteit.

Zárszó

Az egyezmény 12. cikkének megvizsgálását, a gyermekközpontú igazságszolgáltatás fogalmának létrejöttének áttekintését és a gyermekközpontú igazságszolgáltatás polgári perrendtartásban megtestesülő eljárási szabályainak áttekintését követően

tájékoztatásnak az ügygondnok eljárásban betöltött szerepére, jogaira és kötelezettségeire is ki kell terjednie.

(4) A kiskorút az elnök hallgatja meg. A felek a meghallgatást megelőzően indítványozhatnak kérdéseket akkor is, ha a kiskorú meghallgatására a felek távollétében kerül sor. Az ügygondnok a kiskorú meghallgatása során kérdéseket indítványozhat. Az elnök engedélyezheti, hogy az ügygondnok a kiskorúhoz közvetlenül is intézhessen kérdést. Az indítványozott vagy a kiskorúhoz közvetlenül intézett kérdések megengedhetősége felől az elnök határoz.

(5) A meghallgatás végén, még a kiskorú jelenlétében az írásbeli jegyzőkönyvbe vett vallomást fel kell olvasni, vagy ha a jegyzőkönyv a jegyzőkönyvi tartalmat összefoglaló hangfelvétel útján készül, azt a kiskorú jelenlétében kell rögzíteni. Ennek megtörténtét vagy mellőzését a jegyzőkönyvben fel kell tüntetni. A felolvasáskor, illetve a rögzítéskor a kiskorú az általa elmondottakat kiigazíthatja vagy kiegészítheti. A jegyzőkönyv - az elnök engedélyével - az ügygondnok, vagy ha a meghallgatás a felek jelenlétében történik, a felek észrevételei alapján is kiegészíthető és módosítható. Az ügygondnok, illetve a felek erre vonatkozó kérelmét - annak elutasítása esetén - a jegyzőkönyvben fel kell tüntetni.

(6) Ha a kiskorú meghallgatásán a felek távollétében kerül sor, az elnök a felekkel ismerteti a meghallgatásról készült jegyzőkönyvet.

joggal tehetjük fel a kérdést, hogy mi a 12. cikk jelentősége a polgári perrendtartásban?

Nyilvánvaló az, hogy a 12. cikk alapvető befolyással bírt a gyermekközpontú igazságszolgáltatás fogalmának meghatározásában, annak egyik legfontosabb elemét képezi. Hiszen a gyermek meghallgatása nélkül nem beszélhetünk gyermekközpontú igazságszolgáltatásról, sérülne a rendszer a leglényegesebb, pótolhatatlan eleme. Ez a központi elem, amely nélkül nem léteznének a gyermek meghallgatására vonatkozó eljárási szabályok, expressis verbis megjelenik-e a polgári perrendtartásban? Ha megvizsgáljuk a kiskorú meghallgatására vonatkozó jogszabályi rendelkezéseket egyértelművé válik, hogy az eljárásjog nem mondja ki azt, hogy a gyermekeknek joguk van az őket érintő ügyekben a meghallgatáshoz, azonban részletekbe menően szabályozza e jogukat. Ezzel pedig implicit módon biztosítja a gyermekek meghallgatáshoz való jogát. Szükség lenne-e a jog kifejezett deklarálására? Rögzítésre kerülhetne ez a joguk az eljárási szabályok között? Vagy elegendő a jelenlegi szabályozás, amely akként fogalmaz, hogy „*ha a bíróság a perben a kiskorú gyermek mint érdekelt meghallgatásáról dönt*”, azaz a bíróság mérlegelési jogkörébe helyezi a gyermek meghallgatásának kérdését, mely mérlegelés már az anyagi jog alkalmazása felé tolja a kérdést. Vajon az anyagi jog a háttérbe a meghallgatási jognak? A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény 4:171. § (4) bekezdése és 4:181. § (1)²⁷ bekezdése rendelkezik a gyermek, illetve az ítélőképessége birtokában lévő gyermek meghallgatásáról. Az utóbbi esetben a bíróság számára kötelezően előírt módon, mivel a Ptk.4:171. § (4) bekezdése kifejezetten tartalmazza azt, hogy indokolt esetben, vagy ha azt a gyermek maga kéri, meg kell hallgatni a gyermeket is. Azonban a gyermeknek honnan lenne tudomása arról, hogy kérheti a saját meghallgatását tekintettel arra, hogy a meghallgatási jogára és erről a jogról való

²⁷ Ptk.4:171. § [A szülői felügyelet gyakorlásának rendezése és a gyermek harmadik személynél történő elhelyezése iránti per]

(1) A szülői felügyelet gyakorlásának rendezése, a felügyelet, az egyes felügyeleti jogok gyakorlásának megváltoztatása, a gyermek harmadik személynél történő elhelyezése és az elhelyezés megváltoztatása iránt a szülő és a gyámhatóság indíthat pert.

(2) A pert - a (3) bekezdésben foglalt kivétellel - a szülőnek a másik szülő ellen, a gyámhatóságnak mindkét szülő ellen meg kell indítania.

(3) A harmadik személynél történő elhelyezés megváltoztatása iránti pert az ellen a személy ellen kell megindítani, akinél a gyermeket elhelyezték.

(4) A bíróságnak az eljárása során - elháríthatatlan akadály esetét kivéve - mindkét szülőt meg kell hallgatnia. Indokolt esetben, vagy ha azt a gyermek maga kéri, közvetlenül vagy szakértő útján meg kell hallgatnia a gyermeket is. Ha a gyermek a tizennegyedik életévét betöltötte, szülői felügyeletére és elhelyezésére vonatkozó döntés egyetértésével hozható, kivéve, ha a gyermek választása a fejlődését veszélyezteti.

A Ptk.4:181. § [A kapcsolattartás rendezése]

(1) A kapcsolattartásról a házassági vagy a szülői felügyelet rendezése iránti perben a szülők egyezséget köthetnek; egyezségük hiányában a kapcsolattartásról - kérelemre vagy a gyermek érdekében hivatalból - a bíróság dönt. Ha házassági vagy a szülői felügyelet rendezése iránti per nincs folyamatban, a kapcsolattartásról a szülők megegyezésének hiányában a gyámhatóság dönt. A döntés előtt az érdekeltet és az ítélőképessége birtokában lévő gyermeket meg kell hallgatni.

kötelező tájékoztatásra vonatkozó kifejezett jogszabályi rendelkezés mint láthattuk sem az anyagi jogban, sem az eljárás jogban nincs. Megoldás lehet ennek a talán látszólagos hiánynak a kiküszöbölésére pl. az ilyen jellegű perekben eljáró bírák képzése. Az ötlet nem elvetendő, annál is inkább, hiszen a 12. cikkhez fűzött Általános Kommentár 49. pontjának harmadik bekezdése a 12. cikk mibenlétéről és gyakorlati alkalmazásáról való képzés tartását írja elő azon szakemberek számára, akik ilyen ügyeket tárgyalnak. A jól képzett bírák pótolhatják a rendelkezés hiányát. Azt, hogy ez valóban így lesz-e kizárólag a gyakorlat tudja majd megválaszolni. Azonban nem biztos, hogy a megoldást akár a jogszabály módosítása vagy a szakemberek képzése jelenti. Alternatíva lehet az ún. Kinderrechtswinkels (Gyermekjogok boltjának) bevezetése is. A Belgiumban már 1987 óta működő független „boltok” széleskörű, ingyenes tájékoztatást adnak az oda betérő gyermekek számára jogaikról, beleértve az igazságszolgáltatás kapcsán felmerülő eljárási jogaikat is.²⁸

Felhasznált források

CROWLEY-LARKINS-PINTO: Listen -Act-Change Council of Europe Handbook on Children's participation Council of Europe, October 2020.

FAIX Nikolett: A gyermekbarát igazságszolgáltatás kialakulása és fejlődése a nemzetközi jogalkotásban <https://jogaszvilag.hu/szakma/a-gyermekbarat-igazsagszolgalatas-kialakulasa-es-fejlodes-a-nemzetkozi-jogalkotasban/>

GYURKÓ Szilvia: Gyermekbarát igazságszolgáltatás 107-117. oldal http://www.okri.hu/images/stories/KT/KT_49_2012/007_gyurko.pdf

²⁸ <https://rm.coe.int/publication-child-participation-handbook-for-professionals-final-eng/1680a069f439>. (2020.12.07.)