V.

Jogelméleti szekció

Az állam gazdasági szerepvállalásának piactorzító hatása – gondolatok a kockázati tőkeprogramok kapcsán

GLAVANITS JUDIT
PhD-hallgató

1. Bevezetés

Az állami támogatás, mint az állam közvetlen gazdasági megjelenési formája jogi és gazdasági kérdéseket egyaránt felvető tudományos terület. Míg a közgazdaság-tudomány elsősorban azt vizsgálja, hogy milyen hatásfokkal működnek az állami támogatási programok, illetve ezek hogyan illeszthetők be a gazdaság sajátos logikai rendszerébe, addig a jogi kérdés úgy merül fel, hogy milyen keretek között adható úgy állami támogatás a gazdaság egyes szereplőinek, hogy az a jogrendszer egészének logikájába, célkitűzései közé illeszkedjen.

A gazdaság és jog sajátos kapcsolatrendszerét már számos szerző elemezte a legkülönbözőbb nézőpontokból.[1] A szerző egyik kutatási területe az állam gazdasági szerepvállalásának játékelméleti megközelítése, de jelen tanulmány nem ezt a vonalat követi, hanem egy konkrét példán keresztül feltárja azokat a találkozási pontokat, ahol a gazdasági és jogi elemzések találkoznak: vagyis amikor a jogi keretek alátámasztására gazdasági adatokat és modelleket használ fel a jogalkotó.

A kockázati tőkebefektetések piaca, illetve azok ösztönzése a tengerentúlon mintegy negyed százados gyakorlattal rendelkezik, Európa gyakorlatilag az utóbbi 10 évben ébredt rá a terület támogatásának szükségességére. A megfelelő támogatási forma megtalálása azonban a mai napig is csak folyamatban van. Az elmúlt 10 év gyakorlati tapasztalatainak elvi megalapozását ismerteti az alábbi tanulmány, amely egyben arra is keresi a választ, hogy a nemzetközi tapasztalatok szintézisével milyen fejlesztési irányok fogalmazhatók meg az állami támogatások területén.

A fogalmi elhatárolások tekintetében a kockázati tőkének és a kockázati tőkebefektetéseknek nincs egységes definíciója a közgazdasági irodalomban, és a jogforrási hivatkozások sem következetesek. Az elhatárolás elsősorban a kockázati tőke és magántőke, mint pénzügyi források között keletkezik, illetve másodsorban a kockázati tőkebefektetések egyes megvalósulási formáinak a fogalom szűk illetve tág értelmezési tartományába tartozása körében merül fel.

Az előbbi tekintetében: a magántőke befektetések (*private equity*) a kockázati tőkénél (*venture capital*, ritkábban *risk capital*) tágabb jelentéstartalommal bírnak: magukban foglalják a formális és informális befektetések mindazon halmazát, amikor egy vállalkozásban egy külső fél (másik vállalkozás vagy magánszemély) fejlesztési céllal tőkét emel, és amely tőkét nagy megtérülési aránnyal, a vállalkozás életében szerves szerepet játszva, relatíve rövid időtávon ki is veszi. A kockázati tőkebefektetések ehhez képest csak azokat a befektetéseket foglalják

[1] A szerzők tekintetében szinte teljes körű ismertetést ad: Jürgen G. Backhaus (szerk.):*The Elgar Companion on Law and Economics*. Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

magukba, amelyek az induló, nagy növekedési potenciállal rendelkező, innovatív kis- és középvállalkozásokba történő tőkebefektetéseket jelentik.[2]

A kockázati tőkebefektetések körén belül meg kell különböztetnünk a formális és informális befektetői köröket, amelyek közül az előbbi jelenti a szűk értelemben vett kockázati tőkebefektetéseket, vagyis a kockázati tőkealapok, a professzionális vállalkozások célzott befektetéseit, utóbbi pedig az ún. üzleti angyalok (business angels) vagyis tehetős magánszemélyek profitorientált befektetéseit jelenti.

A fogalmi elhatárolás során Karsai Judit, a magyar kockázati tőkepiac gazdasági elemzésének hazai szaktekintélye a következő fogalmat használja: „a professzionális befektetők olyan hosszú távú, jelentős kockázattal járó tőkebefektetései, amelyek elsődleges célja a kiszálláskori tőkejövedelem megszerzése, amit a befektetés ideje alatt kapott osztalék csak kiegészít".[3]

A fentieket alapul véve az állami támogatások csak a szűk értelemben vett kockázati tőkebefektetések ösztönzését jelentik, amennyiben a célkitűzések megfogalmazása során a támogatotti kör meghatározásakor az induló, vagy korai fázisban lévő kis- és középvállalkozások a célcsoport, és a támogatást az őket finanszírozó intézményrendszer kapja.

2. Az állami támogatások megítélése a közösségi jogban

Az Európai Unió szabályozási politikájának alapja, hogy egyes gazdasági-jogi jelenségeket csak akkor szabályoz, ha azok a közös piacot, az Európai Közösségeket érintik. A kockázati tőkebefektetések, mint gazdasági jelenségek így nem tartoznak az EU látókörébe, viszont az állami részvétellel megvalósított befektetések már igen, illetve az ilyen ügyletekhez kapcsolódó állami támogatási programok egyes elemei is.

Az állami beavatkozási formák közül a közvetlen beavatkozás élvez nagyobb „népszerűséget" az európai államok körében, holott gazdasági szempontból ennek az indokolhatósága a legnehezebb. A közvetett beavatkozási formák viszont körülményesek, nehézkesek, és politikailag kevésbé „látványosak", mint a közvetlen tőkeinjekció.

Az Európai Unió aktívan a 2000-es évektől kezdett el foglalkozni a kockázati tőkebefektetésekhez kapcsolódó jelenségekkel, illetve azoknak a közös piaci hatásaival.

A konkrét pénzügyi kérdéssel először egy 1999-es munkaanyag foglalkozott, a kérdést onnan közelítve, hogy az innovatív kis- és középvállalkozások a kockázati tőke segítségével új munkahelyek teremtéséhez járulhatnak hozzá. A fejlődést érzékeltetve hozzá kell tenni, hogy ez a lisszaboni folyamat, és a Lisz-

[2] A fogalmi kérdéseket részletesen tárgyalja Kovács Balázs PhD-értekezése: *Az állami kockázati tőke a kkv-finanszírozásban.* PhD-értekezés. Kézirat. 2009.

[3] Karsai Judit számos tanulmányban elemzi a magyar és kelet-közép-európai kockázati tőkepiacot. Legfontosabb munkái: Karsai J: „Az aranykor vége" A kockázati és magántőke-ágazat fejlődése Közép- és Kelet-Európában. MTA Közgazdaságtudományi Intézet, Műhelytanulmány. 2008 Uő: A magyarországi kockázati tőkefinanszírozás másfél évtizede (1989–2004) in: Makra Zsolt (szerk) A kockázati tőke világa. AULA Kiadó, Budapest, 2006. 33–52.o. Uő: Helyettesítheti-e az állam a magántőke-befektetőket? Az állam szerepe a kockázatitőke-piacon. MTA Közgazdaság-tudományi Kutatóközpont. Műhelytanulmány. Budapest. 2004.

szaboni Program elfogadásának időszaka, tehát az Unió prioritása ebben az időszakban a versenyképesség drasztikus növelése volt.

1999-ben került elfogadásra az első Kockázati Tőke Akcióterv, amely már a finanszírozási formákhoz való hozzáférés könnyítését célozta a kkv-szektorban. Már ez az anyag is felveti a többi szabályozási területhez való kötődést: az innováció-finanszírozás, a versenypolitika és az állami támogatások újragondolása nélkül a kockázati tőkepiac állami/közösségi ösztönzése nem elképzelhető.[4]

Az állami kockázati tőkeprogramok jogtudományi megközelítése a kezdetek óta változatlan: a szabályozási rendszerben a versenypolitika tárgykörén belül helyezik el, és az állami támogatások között ítélik meg mind a közvetett, mind a közvetlen beavatkozási eszközöket.

Ennek az elhelyezésnek az elsődleges következménye, hogy az állami részvételt elsősorban annak piaci hatása, piaci indokoltsága determinálja, vagyis elfogadhatóságának elsődleges értékmérője a piactorzító hatás vizsgálata. Ellenkező előjellel megközelítve a kérdést: az EU vizsgálati szempontja az, hogy az elfogadott/előkészített állami aktus a megfelelő piaci működéshez szükséges-e, van-e olyan piaci rés, amely indokolja a beavatkozást, illetve annak mértéke és módja nincsen-e torzító hatással a piac egészére nézve.

Ezen okok felderítésére számos tanulmány, elemzés és indokolt vélemény látott napvilágot az elmúlt 10 évben, amelyek közös pontjait az alábbiakban lehet összefoglalni:

- az EU a kockázati tőke tekintetében saját fogalommal operál, amely a következő: „vállalkozások részére a korai növekedési szakaszokban (magvető, induló és növekedési szakasz) saját tőke vagy kvázi-sajáttőke útján nyújtott finanszírozás[5]”,
- a kockázati tőke állami támogatásának megítélése szorosan kapcsolódik két másik prioritáshoz: az innovációs politikához, és a kkv-szektor fejlesztéséhez, a jogforrások a három problémát gyakran egyszerre tartják kezelhetőnek, illetve fejleszthetőnek,
- a kockázati tőkeprogramok indokoltságát a hitelekhez való korlátozott hozzáférésben látják, vagyis a kiemelten fejlesztendő és támogatandó kkv.-szektor tőkeszükségletét kielégítendő van szükség az alternatív tőkeforrások támogatására,
- az elkészült dokumentumok és vélemények egyike sem vitatja a finanszírozási rés létét, de csak a magvető és induló szakaszok tekintetében[6]!

A kockázati tőkepiac sajátos kérdéseire adott tagállami válaszok tekintetében az Európai Unió által meghatározott vízválasztó: a versenyjog. Az állami támogatások, mint szűk körben alkalmazható eszközök a gazdaságpolitikában, nem irányulhatnak olyan célra, amelyet a piac maga is meg tud valósítani. Annak ellenére, hogy tudjuk, a kockázati tőke gazdasági irodalma megosztott a kérdés-

[4] A közösségi jog vonatkozó fontosabb joganyagait bemutatja: Kovács B.–Glavanits J. 2011: Az állam részvétele a kockázati tőkefinanszírozásban. Savaria University Press. Megjelenés alatt.

[5] Összevetve ezt a meghatározást az elméleti részekben leírtakkal megállapíthatjuk, hogy az EU sokkal kevésbé szofisztikált a fogalom-meghatározás terén, mint a szakirodalom.

[6] Például: EGSZB vélemény 2006/C 10/08, Az Európai Parlament állásfoglalása az innovációs támogatásokról 2006/2044(INI).

ben (például kanadai piacon Cumming és MacIntosh[7], belga piacon Manigart és Hyfte[8] 1999, az amerikai támogatási struktúrával összehasonlított német vállalkozások tekintetében pedig Gilson[9] ismerteti az eredménytelen állami beavatkozásról kialakult véleményét), az a kétely nem fogalmazódott meg a közösségi jogban, hogy a kockázati tőkepiac egyáltalán segítségre szorul-e.

3. Az állami támogatások formái

2.1. Gazdasági megközelítés

A gazdasági irodalom és a jogi irodalom nem minden ponton egyező terminológiát használ az állami támogatások körének meghatározására.

Buigues és Sekkat[10] foglalja össze az állami támogatások meghatározását a fontosabb nemzetközi szervezeteknél, és mutatnak rá a definíciós különbségekre. Az alábbiakban a fenti szerzőpáros ábráját egészítem ki és módosítom a megfelelő helyeken, illetve mellérendelem a jogtudományi álláspontot is a Kende–Szűcs[11] szerzőpáros alapján.

1. ábra
Az állami támogatások meghatározása

	Támogatási formák	Szektorális érintettség	A vizsgált támogatási mérték	Hatáskör	Az elfogadhatóságról dönt
EU	EUMSZ 107. cikk: „a belső piaccal összeegyeztethetetlen a tagállamok által vagy állami forrásból bármilyen formában nyújtott olyan támogatás, amely	Minden ágazat	A támogatási összeg	EU–27	Európai Unió Bizottsága

[7] Cumming, D. J.– J. G. MacIntosh: Crowding out private eqiuty: Canadian evidence. Journal of Business Venturing 2006., 21. 569–609. o.

[8] Manigart, S., Hyfte, M.: Post-Investment Evolution of Belgian Venture-Capital Backed Companies: An Empirical Study". Babson Entrepreneurship Conference publikált tanulmány, 1999.

[9] Gilson, R.: Engineering a venture capital market: Lessons from the American experience. Stanford Law Review. 55 (4). 2003. 1067–1103.o.

[10] Buigues, P. A.–K. Sekkat: Industrial policy in Europe, Japan and the USA. Palgrave MacMillan, New York. 2009. Az általuk összeállított ábra a 35. oldalon található, de véleményem szerint az EU vonatkozásában megközelítése alapvetően nem helyes. A szerzők ábrája alapján az EU-szabályozás által átfogott területnek csak a pénzügyi támogatások tekinthetők, holott a közösségi jog az állami támogatások ennél szélesebb körét fogja át. Erre felhívom a figyelmet egy másik tanulmányomban is, ahol az ábra angol nyelvű, általam javított verzióját is közlöm. Glavanits J.: Rationality of state subsidies. 2011. Pravni ROZPRAVY 2011 konferencia-előadás és konferenciakötet. Megjelenés alatt.

[11] Kende T.–Szűcs: Bevezetés az Európai Unió politikáiba. 2009. 5. fejezet: Állami támogatás. Complex. 223–300. o.

	Támogatási formák	Szektorális érintettség	A vizsgált támogatási mérték	Hatáskör	Az elfogadhatóságról dönt
	bizonyos vállalkozásoknak vagy bizonyos áruk termelésének előnyben részesítése által torzítja a versenyt, vagy azzal fenyeget, amennyiben ez érinti a tagállamok közötti kereskedelmet”				
OECD[12]	Pénzügyi támogatás, szabályozási politika és állami megrendelések.	Minden ágazat	Állami költségvetési tétel	OECD-tagok	Tanács
WTO[13]		Kereskedelem	Állami költségvetési tétel	WTO-tagok	WTO vitarendezési eljárás keretében születik döntés
Jogtudomány	Állami pénzjuttatások, különleges jogok és állami megrendelések	Minden ágazat	Támogatási összeg	Általános	

Minthogy a tanulmány az állami szerepvállalás gazdasági szempontú racionalitását vizsgálja, a továbbiakban az állami támogatásokkal szembeni elvárásokat vizsgálom, illetve vetem össze a gazdasági tényekkel.

Zahariadis[14], aki az állami iparpolitikát elsősorban az állami támogatások tükrében értelmezi, részletesen összefoglalja azokat az ismérveket, amiért a mindenkori kormányzat számára kedvezőbb a gazdaságösztönzés támogatás formájában történő megvalósítása, mint a vámok vagy vámmal egyenértékű intézkedések bevezetése. A következőkben foglalja össze az állami támogatások lényeges tulajdonságait:

- az állami támogatások kevésbé transzparensek, mint a közvetlen adókedvezmények, vagy a nem adó jellegű kedvezmények,
- a támogatásban csak az állami költségvetés érintett, és a hazai kedvezményezetteknek nem érdeke a hírverés,
- ha a támogatást a hátrányos helyzetű régiók segítésének formájában nyújtják, ez a forma nemzetközileg elfogadott és alkalmazott módszer,
- minthogy a támogatás tisztán veszteség a kincstár számára, az államok csak akkor alkalmazzák, ha látják a megtérülési lehetőséget is,

[12] OECD: Competition, state aids and subsidies. Global forum on competition. 2010. február 10. Hivatalos dokumentum száma: DAF/COMP/GF/WD(2010)68.

[13] Az Uruguay-i fordulót lezáró egyezmény részeként elfogadott Megállapodás az állami támogatásokról és az azokkal egyenértékű intézkedésekről.: Agreement on the subsidies and countervailing measures. 1. cikk az állami támogatás definíciója.

[14] Zahariadis, N. 2008: State subsidies in the global economy. Palgrave Macmillan, New York. 5–8. o.

- a közvetlen állami támogatás politikailag látványos eszköz, minthogy azonnal jelentkezik a hazai gazdaságban,
- míg a vámjellegű intézkedések a behozatali árat növelik, addig a támogatások a hazai árakat tudják a világpiaci árakhoz csökkenteni,
- amennyiben a támogatás olyan tevékenységekre irányul, amelyek maguk is köztes termékek vagy szolgáltatások, a kedvező gazdasági hatás multiplikálódik, hiszen a késztermék, vagy végső szolgáltatás árára is hatással van,
- komoly hátrány azonban, hogy a támogatások teljes összege azonnali költségvetési teherként jelentkezik, míg az elérhető bevételek csak hosszú távon jelentkeznek (ha jelentkeznek egyáltalán),
- illetve kétséges a hatékonyságuk,
- valamint versenytorzító hatással rendelkeznek a piaci szektorban, amenynyiben növelik a támogatott vállalkozások életben maradási esélyeit a többi vállalkozással szemben.

Szűkítve a megkülönböztető ismérveket, a közgazdasági modellezésben Bauer és Burghof[15] szerint a kockázati tőkepiacot érintő állami támogatás optimális voltát a következő három feltétel határozza meg:

- a mindenkori kormányzat bármilyen áron támogat egy programot, mert hisz az ezzel elérhető pozitív externáliák nagyságában, vagy egy másik gazdasági vagy politikai megfontolás miatt minél nagyobb támogatást akar közvetíteni a gazdaság felé,
- az állami támogatással a magántőke-befektetéseket kívánják ösztönözni, ezért a szűkös erőforrások felhasználásakor ez a megoldás tűnik a leghatékonyabbnak,
- a kockázati tőkés és a vállalkozó közötti szerződéses egyenlőtlenség kiküszöbölése miatt vállal szerepet a befektetésben az állam is.

2.2. Elvárások az állami kockázati tőkével szemben

Felhasználva az EU, a magyar kormányzat, a nemzetközi szervezetek és a gazdasági és jogi megközelítések eddigi eredményeit, a kockázati tőkebefektetésekhez kapcsolt állami támogatásokkal szembeni elvárásokat az alábbi táblázatban foglaltuk össze.

A források tekintetében a közösségi joganyagok közül a 2006-os közösségi iránymutatás a kis- és középvállalkozásokba történő kockázati tőkebefektetések előmozdítását célzó állami támogatásokról c. anyagot választottam, mint a legfrissebb, a témakörben kiadott anyagot. Ennek egyik gyakorlati megvalósulását jelenti a magyar kormány által elfogadott Új Magyarország Kockázati Tőke Program, amely önmagában is elemezhető, ugyanakkor érdekes eredményt hoz az elméleti iránymutatás gyakorlati átültetésének vizsgálata. Az OECD, mint kormányoktól független szervezet folyamatosan figyeli és elemzi a globális gazdasági folyamatokat, és összehasonlító elemzéseket

[15] Bauer, E.–H. P. Burghof: The economics of state subsidies in early stage financing. 2004. International Journal of Economics of Business. 14 (3) 433–457.

készít, amelyek tükrében megfogalmaz lehetséges fejlesztési irányokat. Ezen dokumentumok aztán mintául és egyben hivatkozási alapul szolgálnak az egyes tagországok döntéshozói számára, ezért az általuk megfogalmazott ajánlásokat hiteles és független forrásnak tekinthetjük. Végül a közgazdaságtudomány képviselői az elmúlt 20 évben számos olyan eredményt publikáltak, amelyek egyrészt kritikai észrevételeket fogalmaznak meg, másrészt modellezik az egyes állami beavatkozási formák hatékonyságát és tényleges érvényesülését.

2. ábra

Az állami kockázati tőke megítélésének szempontjai

	EU	Új Magyarország Kockázati Tőkeprogram[16]	OECD[17]	Gazdasági elméletek pro és kontra[18]
Gazdasági szempontok	1. munkahely-teremtés 2. versenyképesség növelése 3. innováció ösztönzése 4. piaci hiányosság csökkentése 5. kimutatható gazdaságösztönző hatás 6. kiszorító hatás kiküszöbölése 7. a befektetés nyereségorientált jellege 8. üzleti szemléletű vezetés	1. innovatív, kezdeti fázisú befektetések 2. az állami befolyásolás lehetőségének kizárása a döntésekből 3. a piacihoz hasonló költségszerkezet 4. kizárt támogatási tárgykörök (EU jogszabályoknak megfelelően)	1. az állami tőkeprogramok ösztönözzék a magántőke-befektetéseket, de azok piaci megjelenése után vonuljon ki az állam a területről 2. célzott, regionális ösztönzők, programok 3. az üzleti angyal-hálózatok becsatornázása a közvetítői rendszerbe	1. a közvetlen állami beavatkozás visszaszorítása meghatározott szegmensekben, a kiszorító hatás elkerülése érdekében 2. csak az induló, kis tőkeigényű vállalkozások finanszírozása, amelyek a gazdasági szempontok miatt a kockázati tőke látókörén kívül esnek

[16] A program kiírása két ütemben történt, ugyanis az első pályázati kiírás eredménytelen volt. A módosított (és később eredményes) pályázati kiírás és a mellékelt dokumentációk alapján állítottam össze a táblázat tartalmát. A pályázati kiírás és mellékletei megtalálhatók a Nemzeti Fejlesztési Ügynökség honlapján: http://www.nfu.hu/palyazati_felhivas_a_gop_4_prioritas_es_a_kmop_1_3_intezkedes_penzugyi_eszkozok_kereteben_finanszirozott_uj_magyarorszag_kockazati_tokeprogramok_kozvetitesere1 Letöltés ideje: 2010. 12.10.

[17] OECD 2003: Venture capital: trends and policy recommendations. Paris. Letölthető: http://www.oecd.org/dataoecd/4/11/28881195.pdf.

[18] A gazdasági elemzések két csoportja különül el az állami támogatások megítélése kapcsán, ahogyan azt a korábbiakban is említettem. A táblázatban megfogalmazott elvárásokat az alábbi, a téma szempontjából legtöbbet idézett tanulmányok alapján állítottam össze: Lerner, J 1999: The government as venture capitalist: The long-run effects of the SBIR programme. Journal of Business. 72. 285–318.p. valamint Gilson, R.J. 2003: Engineering a venture capital market: lessons from the American experience. Stanford Law Review, 2003. 55(4). 1067–1103. o. Ezen két szerző elemzi mind jogi, mind gazdasági szempontból az állammal szemben támasztott elvárásokat. A vélemények egy másik csoportját adják az ellenzők, akik közül a következő két szerző érvrendszerét építettem be a táblázatba: Cumming–J. G. Macintosh 2006: Crowding out private eqiuty: Canadian evidence. Journal of Business Venturing, 21. 569–609. o., valamint Florida, R.–D. F. Smith 1993: Keep the Government out of Venture Capital. Issues in Science and Technology. 1993. 9. 61–68. o.

	EU	Új Magyarország Kockázati Tőkeprogram[16]	OECD[17]	Gazdasági elméletek pro és kontra[18]
Jogi szempontok	1. megfelelő szakpolitikai eszköz a gazdasági szempontok érvényesítéséhez 2. versenytorzító hatás hiánya vagy minimális volta 3. arányosság követelményének való megfelelés 4. magvető, korai és bővítési szakaszra való korlátozás 5. magánbefektetők kötelező bevonása	1. legfeljebb 5 éve működő társaság kaphat finanszírozást 2. ösztönzők: hozamplafon, veszteség-mérséklés 3. magánbefektetők részvétele az alapban, és szakemberek a döntéshozatalban	1. az intézményi befektetők kockázati tőkebefektetéseit mennyiségileg korlátozó szabályok csökkentése 2. a tőkejövedelmek adójának csökkentése 3. a speciális, kockázati tőke-befektetésekhez kapcsolódó adó-kedvezmények 4. a másodlagos értékpapír-piacok kialakítása kedvező jogi és adminisztratív feltételekkel	1. tőkejövedelmek adójának csökkentése 2. nyugdíj-megtakarítások kockázati tőkealapokba irányításának lehetősége 3. az üzleti angyal-hálózatok helyi szinten történő megerősítése 4. a tőkepiacok (főleg a részvény-tőzsdék) átláthatósságának növelése 5. a kockázati tőkealapok működésének átláthatóbbá és egyszerűbbé tétele 6. adójogszabályok egyszerűsítése, és az adminisztrációs teher csökkentése

A fentiek alátámasztják azt a hipotézist, hogy a jogalkotási folyamat végtermékeként megjelenő állami kockázati tőkeprogramok eltérést mutatnak a gazdasági szereplők elvárásaihoz képest. Ugyanakkor az is megállapítható, hogy egyes ösztönző programok híven tükrözik a gazdasági elméletben megfogalmazott elvárásokat.

Ha a közös pontokat keressük az elmélet és a gyakorlat között, megállapíthatjuk, hogy a jogalkotás és gazdaságpolitika által egyaránt elvárt elv, a piaci rést lefedő támogatás részlegesen ugyan, de mindenképpen megvalósulni látszik. A közösségi iránymutatásnak megfelelően a konkrét pályázati kiírás (és más, nem az Unió tagországainak programjai is) a hangsúlyt az induló vállalkozásokra helyezi. Ugyanakkor a kiszorító hatást nem küszöböli ki sem a konkrét kiírás, sem az EU általános iránymutatása, amely megengedi a növekedési szakaszban lévő vállalkozások finanszírozását is, a meghatározott (3 éven keresztül évi 1,5 millió EUR) összeghatár felett is. Ez a lehetőség, amely jogi kiskapunak is tekinthető, megalapozza azoknak a befektetéseknek az elfogadhatóvá nyilvánítását is, amelyeket egyébként piaci forrásból is lehetne finanszírozni, vagyis ebben a szegmensben továbbra is érvényesülni fog az a kiszorító hatás, amelyet pontosan elkerülnie kellene a támogatásnak ahhoz, hogy a versenytorzító hatás ne érvényesüljön a piacon.

Ugyanakkor érthető, hogyha megfogalmazzuk az igényt a nyereségesség iránt, és kizárólag a magvető tőkefinanszírozásra korlátozzuk a megvalósítható befektetéseket, gazdasági ellentmondásba ütközünk: a piac azért nem finanszírozza (szívesen) ezeket az ügyleteket, mert a fajlagos költség sokkal nagyobb egy kisebb tőkeigényű vállalkozásnál, így az ügyleten elérhető nyereség sokkal kisebb (ha van egyáltalán). A befektetésekhez kapcsolódó kiadási oldalon szereplő tételek akkor sem kisebbek, ha ez egy állami programon keresztül valósul meg, tehát törvényszerűen nem lehet nyereséges egy ilyen konstrukció. A programokban (így az ÚMKTP-ben is) kötelező előírás a befektetési döntéshozók ösztönzésének és díjazásának a nyereségtől való függővé tétele. Ha egy olyan programot alakítunk ki, amely eleve minimális nyereség elérésére predesztinált, úgy a piaci szakemberek számára nem kifizetődő az állami programban való részvétel, vagyis a pályázók köréből kiesnek a legjobb piaci szakemberek. Erre az összefüggésre több gazdasági elemző is felhívta már a figyelmet,[19] és közös megállapításuk, hogy egyfajta finanszírozási csapda áll elő: ha nem kerülnek be az állami kockázati tőkeprogramokba a növekedési szakaszú vállalkozások, akkor a nyereség visszaesése miatt a program színvonala csökken. A nagyobb nyereséggel rendelkező vállalkozások viszont piaci finanszírozást is kaphatnának, amely egyet jelent a kiszorító hatás és a verseny torzulásának megvalósulásával. Nincs tehát üdvös megoldás?

Az egyes szereplők elvárásai között a legnagyobb eltérések a jogi szabályozási környezettel kapcsolatban merülnek fel. Szinte minden független elemző és a gazdasági szereplők egyhangúan javasolják (és javasolták már az elmúlt 20 évben számtalan fórumon) a tőkejövedelmek adójának csökkentését, valamint a célzott adókedvezményeket a kockázati tőkebefektetésekkel érintett vállalkozások és pénzügyi közvetítők számára. Nemzetközi gyakorlata szűk körben van, elsősorban az Egyesült Államokban (amely nem véletlenül a legfejlettebb kockázati tőkepiaccal rendelkező ország), ahol nem szövetségi, hanem tagállami szinten ösztönzik ilyen módon a befektetőket. 2000-ben ugyanakkor a New Market Tax Credit[20] program keretében a kockázati tőkebefektetést megvalósító társaságok a befektetési összeg 39%-ának erejéig kaptak adókedvezményt 7 éves időszakra. Az elemzések szerint ez a szövetségi költségvetésnek az első néhány évben évente mintegy 15 millió dollárnyi költséget jelentett, ennek ellenére a program változatlan feltételekkel jelenleg is működik.

Az adókedvezmények tekintetében Németország 2009-ben folytatott le eljárást az Európai Bizottság előtt az általa elfogadott, kockázati tőkebefektetésekhez kapcsolódó törvénnyel összefüggésben. A törvény 3 területen támogatja a kockázati tőkebefektetések szereplőit: egyrészt a kockázati tőketársaságok iparűzésiadó-kedvezményt kapnak, másrészt a kockázati tőkebefektetéssel érintett célvállalkozások számára lehetőséget ad a veszteségeik későbbre történő elhatárolására, valamint a magánbefektetők számára a befektetésük értékesítésekor, amennyiben a részesedésüket nyereséggel értékesítik, jelentős személyi jövedelemadó-kedvezményt ad.

[19] Például: Bentsson, O.–J. R. M. Hand: CEO compensation in venture-backed firms. Journal of Business Venturing. 2009. 21.pp. vagy Jääskeläinen, M.–M.Maula–G. Murray: Profit distribution and compensation structures in publicly and privately founded hybrid venture capital funds. 2007. Research Policy, 36. 913–929. o.

[20] A program jelenleg is működő feltételei az alábbi elérhetőségen találhatók: http://www.cdfifund.gov/what_we_do/programs_id.asp?programid=5 Letöltés ideje: 2010.12.10.

A Bizottság a 3201D0013 sz. határozatában[21] állapította meg az elfogadott törvényről, hogy módosításokkal felel csak meg a közösségi jognak.

A gazdasági szereplők és szakemberek jogi elvárásai között elsősorban olyan tételeket találunk, amelyek rövid távon nehezen valósíthatók meg, vagy számottevő előkészítést és társadalmi együttműködést követelnek (pl. tőzsdei előírások módosítása, nyugdíjpénztári rendszer szigorának enyhítése). Nem véletlenül állapította meg tehát Zachariadis a korábban idézettek szerint, hogy az állami közvetlen támogatások számottevő előnnyel rendelkeznek mind a adó- és vámpolitikai módosításokkal szemben, de főleg a strukturális reformokkal szemben.

4. Konklúzió

Az állam a gazdasági megjelenése során alapvetően kétféle módszert alkalmazhat: közvetlen és közvetett beavatkozási módokat. A közvetlen beavatkozás politikailag jól kommunikálható, gyorsan kivitelezhető, célzott forma, ugyanakkor a piaci szereplők és a nemzetközi szervezetek részéről egyaránt ellenállásba ütközhet, ha a piaci verseny szabadságát sérti, vagy a versenyt torzítja. Ugyanakkor nem hagyhatjuk figyelmen kívül, hogy egy-egy gazdasági lépésnek más racionalitásokat is szolgálnia kell: szociális, politikai, jogi, társadalmi kényszerek és érdekek is érvényesülnek az állam gazdaságpolitikájában. Mindezek összehangolása olyan feladat, amelynek modellezését mind a közigazgatási jog, mind a közgazdaság elmélete folyamatosan fejleszti. Meg kell azonban állapítani, hogy az egyes érdekek ellentmondásosak: a politikai racionalitás a protekcionizmus, a hazai termékek támogatása, a hazai vállalkozások versenyelőnyének biztosítása mellett voksol, míg mindezek gátját jelenti a jogi racionalitás, vagyis a legalitás határainak szigorú betartása, és mindezek mellett a gazdasági szereplők érdekei, és az érdekérvényesítő képesség az a tényező, amely egy konkrét gazdasági lépés végső formáját kialakítja.

A kockázati tőkebefektetések tipikusan az a terület, ahol az állami részvétel szükségességét bár egyik racionalitás sem kérdőjelezi meg, a módszert azonban minden szereplő máshogyan képzeli. A gazdasági szereplők és az elemzők jelentős része is a jogrendszer átalakításán keresztül látják a hatékonyság fokozásának lehetőségét, a gazdaságpolitika azonban – ahogy azt a tanulmány is bemutatta – könnyebben tud a közvetlen beavatkozás eszközeivel (politikai) eredményeket elérni.

A kockázati tőkebefektetések konkrét példáján jól látszik, hogy egy gazdasági szempontból kifogásolható döntés miért racionális mégis a jog és a politika nézőpontjából, illetve hogyan igyekszik a döntéshozó vagy jogalkotó összehangolni az egyes szempontokat.

[21] Hivatalos Lap L 006 , 09/01/2010 o. 0032–0045. o.

A jogtörténet kutatása, oktatása és módszertani kérdései a régi debreceni jogi egyetemen

HAJDU JÓZSEF ÁKOS
Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola

1. Bevezetés

Jelen tanulmány célja a Debreceni Egyetem 1914–1949-ig fennálló jogi karán oktató jogtörténészek – Szentpéteri Kun Béla, Iványi Béla, Baranyai Béla és Flachbarth Ernő – életének, módszertanának és kisebb mértékben munkásságának a bemutatása.

2. Módszertani alapvetés

A módszeres jogtörténetírás a XVIII. század második felében kezdődött, de nagyobb változásokon a felvilágosodás időszakában esett át. A módszeres feltáró, elemző munkák – a leíró tanulmányok után – Magyarországon a két Kovachicnál jelentek meg először. Jelentős tudományos előrelépést jelentett Magyarországon a történeti jogi irány és Frank Ignácz munkássága és tudományos hagyatéka, valamint a Hajnik Imre által fémjelzett pozitív jogi irány is. Végül a tudományos, módszertani anyag egységes szintézissé érlelése a XIX–XX. századra testálható.

2.1. A történeti jogi irány hatása a jogtörténetre

A felvilágosodás, a romantika, a liberalizmus és a jakobinus mozgalom formajegyeinek ismertetését mellőzvén, tanulmányomat a történeti jogi irány bemutatásával kezdem. A Friedrich Carl von Savigny[1] nevével fémjelzett történeti jogi iskola irányának szellemi eredői a francia forradalom eszméivel való szembenállásból és az ebből fakadó nacionalizmusból táplálkoztak. Savigny szerint a megfelelő jog(történet)tudomány előfeltétele a minél behatóbb historikus vizsgálódások folytatása.[2]

Jellemzői:

- A történeti iskola a polgári jellegű irodalom, a magánjogtudomány keretei között kezdte meg munkásságát (szemlélete polgári, nacionalista jellegeket mutat).
- Gondolatiságában a romantika és az idealista történetfilozófia jegyei egyaránt megtalálhatóak.

[1] Mellette természetesen Georg Friedrich Puchta érdemei is említésre érdemesek, de én inkább azért Savignyt emelem ki, mivel Magyarországon az ő tanai váltottak ki nagyobb hatást.
[2] Horváth Pál: *Tudománytörténeti és módszertani kérdések a jogtörténet köréből.* Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1974. 102. o.

- Alapeszméje a liberalizmus és a természetjogi irány keretei között keletkező általános jogtörténet tagadása, az egyetemes fejlődést kereső kutatások elutasítása.
- A történelmi jog felé fordulás, annak konzerválása. A historizmus és a jogtudomány összekapcsolása.
- A nemzeti jogtörténetírás kialakulása és felvirágzása is azzal függ össze, hogy a tradicionális nemzeti jogfejlődés vizsgálatának a létjogosultságát hirdette. A nemzeti sajátosságok és a misztikus „népszellem" előtérbe helyezése: *„A jogfejlődés egyetemes törvényeit tagadva előtérbe állították a történeti fejlődés sajátos vonásait, amit a „népszellem"-re vezettek vissza".*[3]
- Szembenállás: a kodifikációval, az idegen jogokkal valamint egyaránt a klasszikus és a modern burzsoá jogelvekkel is.
- A magyar irányzatára jellemző még a katedratudományok háttérbe szorulása, az egyetem falain kívüli tudományos élet, valamint a kutatásokat serkentő irodalmi viták elmaradása.
- Összegezve: visszafelé tekintő, restaurációs aspektus, ami az adott kor történelmi helyzetében egy jogos reakció volt az állam részéről.

Magyarországi követei közül legjelentősebb Wenzel Gusztáv. Tudományos munkásságát egy bizonyos kettősség, a liberális nacionalista irány és a történeti-jogi irány jelenléte, tehát az „ellenállva-alkalmazkodás"[4] módszere jellemezte. Wenzel képviselte *„…romantikus nacionalista eszmékkel átszőtt történeti jogi irányt…"* valamint az általa folytatott irodalmi és forrásfeltáró tevékenységet *„egyaránt jellemzi… a történeti-jogi iskola ősforrásainak a kritikátlan felmagasztalása, és a magyar jogi historizmus romantikus nacionalizmusának az újjáélesztése".*[5]

Az iskola kritikájaként értelmezhető az a tény, hogy konzervatív szemlélete révén a történelmi jog felé fordulva, annak hártyáját nem volt képes átszakítani.

2.2. A pozitív jogi historizmus

A módszertani elvek sorában a pozitív jogtörténet talán a legegységesebb, ellentmondásoktól mentes és módszertanilag legfejlettebb irányzat. Tanulva az elődeik hibáiból, képviselői jelesül olyan elveket fogalmaztak meg, munkáikban olyan módszereket alkalmaztak, amelyek révén méltán nevezhetjük ezt az iskolát a modern jogtörténet-tudomány módszertanát megalapozó egyik legjelentősebb irányzatnak.

[3] Horváth Pál: *Tudománytörténeti és módszertani…* 274. o.
[4] Horváth Pál: *Tudománytörténeti és módszertani…* 249. o.
[5] Horváth Pál: *Meghatározó tudós elmék és eredmények a hazai jogi tudományosság fejlődésében.* In: Századok, 2006/3. sz. 13. o. Valamint fontos látni, hogy nemcsak Wenzel, de a kor egészének a közgondolkodását ez a szemlélet járta át: *„Ragaszkodás a történelmi jog intézményeihez, az idegen jog gyűlölete és az elavult romantikus jogi historizmus egymásbafonódó szellemi áramlata vette birtokába a kor közjogi gondolkodását."* Horváth Pál: *Tudománytörténeti és módszertani…* 242. o.

Alapeszméjét Comte adta, miszerint *„a jelenből a jövendőbe nyíló utakat a történelem nyitja meg”*[6]. A tudomány célja szerinte az, hogy a társadalmi fejlődés törvényeit feltárja.[7] Az iskola jellemző tanításai a következők voltak:

- A romantikus ideológia torzításai elleni megszállott harc.
- Tagadták a történelmi tényeket meghaladó, átfogó természetjogi elveken alapuló szemléletet. Helyette a pozitív történelmi tényekből való kiindulást hirdették.
- Az evolúció gondolatának, a fejlődést determináló tényezők előtérbe helyezése.
- A komparatív kutatómunka kiterjesztése.
- A forradalmi fejlődés tagadása.
- Előtérbe helyezi a kutatómunka kiszélesedését és a tárgyilagos részletkutatások tekintélyének a fokozását.
- Az adott kor társadalmi problémáitól való elszigetelődés.
- Sajátos tényleíró jogtörténet, amely középpontjába a középkori-feudális jogrendet helyezi, így a pozitivista művekből hiányzik a középkor és feudalizmus bírálata.
- A történeti-jogi iskola homályos fogalmaival és annak tanaival való kooperálás és ebből következően a pozitív történeti tények tiszteletben tartása, valamint a nemzeti jog történelmi forrásanyagának a feltárása.[8]

Magyarországi reprezentásai közül legjelentősebb Hajnik Imre.[9]

Az iskola minden pozitívuma ellenére azonban kritikájaként fogalmazható meg a túlzott pozitivista beállítottság és minden más – akár közvetítő irányzat – elutasítása.

Témám szempontjából a további irányzatok – vegyes/retrográd nacionalista, szellemtörténeti irányzatok – ismertetését mellőzném, mivel a bevezetésben kitűzött feladatom – a debreceni jogi kar jogtörténészei módszertanának a bemutatása – a már ismertetett irányzatok stílusjegyeivel is kielégítő módon körvonalazható.

3. Szentpéteri Kun Béla

3.1. Sz. Kun Béla élete

1874. november 8-án született a Bihar vármegyei Monostorpályiban. Református családja révén őt is reformátusnak keresztelték, amely későbbi életében lényeges szerepet töltött be. Néhány év ügyvédjelöltség után, 1897-től a máramarosszigeti, majd 1905-től a református debreceni jogakadémia tanára lett.[10]

[6] Asztalos László, Csizmadia Andor, Kovács Kálmán: *Magyar állam- és jogtörténet*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1998. 27. o.

[7] *„A modern jogtörténetírás kiszélesedett érdeklődése az egyes népek, nemzetek történeti előrehaladásának jobb megértését szolgálja.”* (Horváth Pál*: Tudománytörténeti és módszertani…* 267. o.).

[8] Horváth Pál: *Tudománytörténeti és módszertani…* 249.; 277.; 283–285. o.

[9] Részletesen lásd: Illés József: *Hajnik Imre és a magyar jogtörténet*. Budapest, 1928.

[10] Erre vonatkozó adatokat találunk Hollósi Gábor: *A Debreceni Jog- és Államtudományi Kar története*. Debrecen, 2007. című tanulmányának 18., illetve 57. oldalán, Varga Zoltán: *A Debreceni Tudományegyetem története I. 1914–1944*. Debrecen, 1967. című munkájának 181. oldalán, valamint részletesebben Csohány János tanulmányában: *Szentpéteri Kun Béla: A tudós egyházjogász és sokoldalú szervező*. In: P. Szabó Béla–Madai Sándor: A Debreceni Tudományegyetem jogász rektorai (1915–1947), Debrecen, 2002., 131–150. o.

Pályája korai szakaszában bekapcsolódott a helyi politikai életbe. Liberális politikai nézeteit egyhamar felváltotta konzervatív érzülete, amely révén a magyar feudális jogrendet tekintette „ősi nemzeti magánjognak", amelyre tekintettel nagy jelentőségűnek véli a korabeli jogintézmények múltjának a feltárását. Különösen nagy hangsúlyt fektetett az egyházi közéletben való részvételre. Ezt támasztja alá a debreceni egyetem megalakításában vállalt kiemelkedő szerepe,[11] továbbá az a tény, hogy az egyházkormányzati szervek tevékenysége mellett, a törvényalkotást végző zsinatok keretein belül is tevékenyen munkálkodott.

Közel 41 éves oktatási tevékenység után,[12] Szentpéterit többszöri nyugdíjazási kérelme elutasítása után, végül 1946-ban helyezték nyugállományba. 1950. június 13-án, 76 évesen hunyt el szeretett városában, Debrecenben.[13]

3.2. Szentpéteri Kun Béla szerepe a jogi karon oktatott tárgyak helyettesítésében

Egyéb tantárgyak helyettesként való oktatása sem rettentette el, ezért az 1944/45 tanév első félévében a Közjogi tanszék, 1943/44 tanév második félévében és 1944/45 tanévben a Politikai Tanszék, 1938/39 és 1939/40 tanévekben Bozoky Ferenccel együtt a Közigazgatási és Pénzügyi Jogi Tanszék, 1919-ben és az 1936/37 tanévben a Magyar és Osztrák Magánjogi Tanszék helyettes tanári feladatait is ellátta.

Kiterjedt tárgyi tudása révén a jogtörténet keretei közé tartozó speciálkollégiumok helyettesítésében is részt vállalt.[14]

3.3. Munkássága

Korai munkásságát az egyházjogi érdeklődés mellett a közjogtörténeti kérdések kutatása jellemezte.[15] Egyházjogi kutatásai leginkább Kálvin egyházalkotmánya és Tisza István egyházi szerepe köré csoportosíthatók.

A Debreceni Jogakadémián 1905. november 16-án tartott székfoglaló beszéde is ezt a címet viseli: *Kálvin egyházalkotmánya.*[16] Ebben bemutatja az egyház fogalmát, az egyház és állam kapcsolatát történelmi korszakokra történő pontos utalásokkal, az egyházalkotmány alapelveit, az egyház szervezeti felépítését, valamint az egyházi gyülekezetekre vonatkozó tanításokat.

[11] Ez leginkább levelezésekben, tanácsüléseken való részvételen, indítványok megtételében mutatkozott meg.

[12] 1905–1914-ig jogakadémiai tanár; 1914–1946-ig egyetemi ny. r. tanár.

[13] Szentpéteri ellen ekkor már közel két éve rágalomhadjárat folyt *„Horthyról írt hódoló írásai és könyvei miatt".*

[14] Az 1914- és 15-ös tanévekben helyettesként oktatta a „Jogtörténeti speciálkollégiumot", a „Magyar jogtörténet forrásai" című tárgyat, valamint az „Ősiség" című speciálkollégiumot.

[15] Nádori méltóság és felelős kormány (1902., Bp.); Jogtörténeti irány magánjogunkban (1900., Máramarossziget); és a Tervezet törvényes öröklési rendje (1904., Bp.). (L.: Varga Zoltán: *A Debreceni Tudományegyetem története I. 1914–1944.* Debrecen, 1967. 181. o.).

[16] Kun Béla: *Kálvin egyházalkotmánya.* Hegedűs és Sándor könyvkereskedése Kiadó, Debrecen, 1906.

Idősebb korában a katedra mellett nem igazán folytatott kutató tevékenységet, tanulmányai, cikkei csak ritkán jelentek meg. Ilyen volt a Tisza István Tudományos Társaság 1937. december 8-án Budapesten tartott vándorgyűlésén bemutatott előadása, amelynek címe: *„Tisza István és a vallásfelekezeti béke”* volt.[17]

Jogtörténettel kapcsolatos írásai és munkái legnagyobb számban a házasság intézményével és annak történeti előzményeivel foglalkoznak.[18] Éppen ezért a házassági jog tárgykörében született szakdolgozatoknak – amennyiben nem ő volt a témavezetője – szinte mindig ő volt az egyik bíráló professzora. Emellett született munkája *„Nádori méltóság és felelős kormány”*[19] és *„Jogtörténeti irány magánjogunkban”*[20] címmel is. Előző munkájához kapcsolódóan védte nála szakdolgozatát Rajky László is *„A kormányzói hatalom”* címmel. Jogtörténeti munkásságáról általánosságban tehát az mondható el, hogy a házasság és a családjog tárgykörében született munkáiban, szinte minden esetben találhatunk jogtörténeti utalásokat és jogtörténeti vonatkozású részeket is.

Mindezeken túl, a joghallgatók helyzetét megkönnyítendő 56 oldalas jegyzete jelent meg *„Bevezetés a jog- és államtudományba”*[21] címmel, valamint egy kétkötetes, az egyetemi tananyagot két félévben külön tárgyaló, megközelítőleg 1100 oldalas kézírásos tankönyve *„Magyar alkotmány- és jogtörténet”*[22] címmel.

3.4. Sz. Kun tudományos módszertana

Kutatási és tudományos tevékenységét módszertanilag jellemezni nem könnyű feladat, már csak azért sem, mert Sz. Kun Béla nem elsősorban jogtörténész, hanem egyházjogász volt. Ha azonban mégis meg akarnám ragadni kutatásainak módszertani mikéntjét, azt mondanám, hogy Szentpéteri Kun Béla életpályája elején egyértelműen a konzervatív, középkor-irányultságú történeti jogi iskola tanait tette magáévá. Azonban az évek előrehaladtával a pozitív jogi iskola elemeit lehet megfigyelni munkásságában. A forráskutató és forráselemző, kritikai észrevételeket mellőző tanulmányai elsősorban a feldolgozott témának a sajátosságaiból adódtak. Hiszen ha valamely történelmi esemény megtörtént és azt hitelesen dokumentálták is, akkor annak tartalmával nehéz vitatkozni, azt nehéz kritikai szemlélettel vizsgálni.

Sz. Kun Béla oktatási tevékenységéről az mondható el, hogy a jogtörténetet nem saját fő tárgyaként, hanem kényszerből oktatta, mivel az Országos Levéltárból a karra oktatónak meghívott Iványi Béla a kar alapításakor tüzértisztként még tényleges frontszolgálatot teljesített. Mindennek ellenére Wenzel Gusztáv és Hajnik Imre hatására (utóbbi szerző munkásságának hatása Iványi jegyzetén is egyértelműen érezhető) Sz. Kun a jogtörténet oktatását legjobb tudásának megfelelően és kimagaslóan jól teljesítette.

[17] Kun Béla: *Tisza István és a vallásfelekezeti béke.* Stádium Könyvkiadó Rt., Debrecen, 1938.
[18] Kun Béla: *A házasságról.* Máramarossziget, 1902.
[19] Kun Béla: *Nádori méltóság és felelős kormány.* Budapest, 1902.
[20] Kun Béla: *Jogtörténeti irány magánjogunkban.* Máramarossziget, 1900.
[21] Kun Béla: *Bevezetés a jog- és államtudományba.* Debrecen, 1937.
[22] Kun Béla: *Magyar alkotmány- és jogtörténet.* Debrecen, 1909.

4. Iványi Béla

4.1. Iványi Béla élete

Iványi Béla 1878-ban született Nagykanizsán. Tudományos munkássága 1903-ban kezdődött meg, amikor is megszerezte a Budapesti Tudományegyetem jogtudományi doktori oklevelét. Még ebben az évben munkát kapott a Magyar Országos Levéltárban, mint díjtalan gyakornok, később levéltári tiszt, majd fogalmazó, egészen 1914-ig.[23] 1914-től a Debreceni Egyetem magyar alkotmány- és jogtörténeti tanszékének nyilvános rendkívüli (1914–1917), majd a háborúból visszatérve nyilvános rendes (1917–1927) tanárává választották. Az 1925- és 1926-os években a kar dékáni tisztségét is ő látta el. 1927-ben olaszországi kutatásai miatt helyettesítését Szentpéteri Kun Béla látta el. 1927–1938-ig a Szegedi Ferenc József Tudományegyetem nyilvános rendes tanára, majd 1934–35-ben a jogi kar dékánja is lett. 1938-ban vonult nyugdíjba.

1920. május 5-én a Magyar Tudományos Akadémia levelező tagjává választotta, mely posztot az 1922. december 12-i „Mossóczy Zakariás és a Magyar Corpus Iuris keletkezése" című székfoglaló beszédével foglalta el. Egy sajnálatos esemény miatt azonban 1937-ben tagságáról és egyetemi tanári posztjáról is lemondani kényszerült. 1964-ben hunyt el egy Balaton melletti településen, Vonyarcvashegyen.

4.2. Levéltári kutatásai

Iványi kutatásainak a középpontjában a kútfők felkutatása és rendszerezése állt, amely az egyes, nevezetesebb magyar levéltárak anyagának a megismerésében és összegyűjtésében öltött testet.[24] Tudományos igénnyel és a kutatás iránti legmélyebb elkötelezettséggel tárta fel a bártfai és az eperjesi levéltárat, Mossóczy Zakariás és Batthyány Boldizsár magángyűjteményét, szenvedéllyel és szakértelemmel kutatta a Szepesség és Márkusfalva történetét. Szakmai tájékozottságát és rendkívüli anyagismeretét támasztja alá az a tény is, hogy a legjelentéktelenebbnek tűnő momentumok sem kerülhették el a figyelmét, ha egy könyvtár anyagának a feldolgozásáról volt szó.

Nem elégedett meg, nem szorítkozott csupán a magyar nyelvű források feltárására. Ugyanolyan, ha nem nagyobb figyelmet szentelt a latin és német kútfők feltárásának, értelmezésének, illetve kitért a korábban felmerült félreértések, mások általi félrefordítások kijavítására is. Ebben az értelemben nem volt rest beismerni saját hibáit, félrefordításait sem. Ezeket és a hibásan feltüntetett adatokat rendszeresen közzétette könyvei későbbi kiadásaiban, illetve az utóbb megjelent monográfiáiban. Iványi tehát saját magával szem-

[23] Munkájának a kezdetét a levéltárban az a tény tette érdekessé, hogy a felvételi kérdéseket az a Pauler Gyula tette fel neki, aki maga is 1863-ban, a budapesti egyetemen jogi doktori címet szerzett, és akinek az apja Pauler Tivadar, a neves jogtörténész.

[24] Ezt igazolja több gyűjteményes kötete is, többek között: *„A Királyi Magyar Egyetemi Nyomda története 1577–1927"*; *„Könyvek, Könyvtárak, Könyvnyomdák Magyarországon 1331–1600"*.

ben is alkalmazta a kritikát, de munkáiból ez a szemléletmód – történetesen a források kritikai szemlélete – sajnos hiányzik.[25]

A városi levéltárkutatásai között szerepel „Gönc szabadalmas mezőváros történetének" a bemutatása, valamint első, jelentősebb kútfőkutatása 1910-ből, a „Bártfa szabad királyi város levéltára 1319-től 1526-ig"[26] címet viselő monográfia, és ennek „testvér-monográfiája", Eperjes város levéltárának a feldolgozása.[27] Ez utóbbi keletkezésének a helye megtévesztő, hiszen a levéltár középkori anyagának a feldolgozására még a világháború előtt, leginkább 1908-ban, 1909-ben és 1911-ben, további részeinek rendszerezésére, pedig az 1917-1918-as esztendőkben, tehát Iványi debreceni évei alatt került sor.

A magánszemélyek levéltáraiban folytatott kutatásai során, Iványi nem csak a szepességi és felvidéki városi levéltárakban merült el, hanem mélyreható szenvedéllyel kutatta a már említett Mossóczy Zakariás, Batthyány Boldizsár, Thurzó György és további magánszemélyek levél- és könyvtárait is. Ezen kutatásai keretében kiterjedt családfavizsgálatokat is végzett, valamint, mint azt már korábban is kiemeltem, nem csak a magyar, de a latin nyelven (egyes esetekben kizárólag csak a latin nyelven) megtalálható forrásokat is felkutatta.

Iványi művei legnagyobb hiányosságának a kritikai szemlélet hiányát tartom, mivel – semmilyen gyanúval sem élve – valamennyi, általa megjelölt és feldolgozott forrást konkrét, helytálló kútfőnek tartott. [28]

4.3. Iványi jogi karon vállalt szerepe

A jogtörténeti tanszék első nyilvános rendes tanára Iványi Béla professzor, egyéb irányú elfoglaltságai, minden idejét felemésztő kutatómunkája mellett nem vállalt helyettesítést, holott véleményem szerint, széles körű anyagismerete révén bármely tanszék szívesen vette volna segítségét.

Az ő professzori idején a tanszék neve „Magyar Alkotmány- és Jogtörténeti Tanszék" lett, amely nem teljesen állt összhangban az oktatott főtárggyal, hiszen annak neve az 1914/15 és az 1915/16-os tanévekben „Magyar alkotmány és jogtörténet, tekintettel a nyugat-európai jogfejlődésre" volt.[29]

Iványi Béla alapvetően középkor-centrikus felfogása tükröződik az előadott speciálkollégiumaiban is. A Corpus juris, a Tripartitum, a városok joga, valamint a francia és germán jogtörténet oktatása nem állt messze kutatási témáitól. 1916–1920-ig leginkább a középkori germán jogot és Werbőczy Hár-

[25] Egy hasonló mondat váltotta ki Iványi történészi pályájának legnagyobb törését. Nevezetesen Mályusz Elemér azon mondata, melyet a gönci várostörténeti forráskiadványhoz írt: *„Göncz szabadalmas mezőváros történetének írója [...] figyelmét annyira lefoglalják nagy fáradsággal összegyűjtött adatai, hogy nem törekszik kellő összeegyeztetésükre, félvén, hogy azok kikerülve izoláltságukból, kevésbé meggyőzőek lesznek.".*

[26] L.: *Bártfa szabad királyi város levéltára 1319-től 1526-ig* (Budapest, 1910. Kiadja az MTA).

[27] Iványi Béla: *Eperjes Szabad Királyi Város levéltára (Archivum liberae Regiaeque Civitatis Eperjes) 1245–1526.* (Szeged, 1931. Kiadja a SZTE.)

[28] Ezt a gondolatmenetet azzal kell kiegészítenem, hogy Iványi egyes kutatásaiban már egyre jobban megfigyelhető a kritikai szemlélet alkalmazása és az alaposabb forráskutatás, forráselemzés. L.: *Mossóczy Zakariás és a Magyar Corpus Iuris keletkezése.* (Budapest, 1926. Kiadja: MTA.)

[29] Az 1914/15-ös tanév II. félévében Európai jogtörténet, különös tekintettel a magyar jogfejlődésre.

maskönyvét adta elő. Az 1922/23 első és 1925/26 tanévekben pedig az európai jogtörténettel kapcsolatos tárgyakat oktatta. Később „a kiváltságolt nemzetiségek joga” cím alatt adott elő speciálkollégiumot.[30]

4.4. Iványi módszertana

Jogi historikai módszertanát jellemezve a következőkre jutottam. Iványi munkásságában egy kettősséget véltem felfedezni. Ugyanis módszertanát vizsgálva a történeti jogi iskola és a modern jogpozitivizmus határán helyezkedik el. Mégpedig a következő jellemzők alapján:

A történeti jogi szerepét erősítik a következő tények:

- A történelmi jog felé fordulás.
- Szembenállás az idegen jogokkal (l.: *„Adalékok a nemzetközi jog történetéhez a Jagelló-korban”* című munkáját, melyben magyar jogi alapokra építi fel nemzetközi történeti-jogi kutatásait).
- Az egyetem falain kívüli tudományos élet.
- A nemzeti sajátosságok előtérbe helyezése.

A következő szempontok alapján azonban azt lehet mondani Iványiról, hogy pozitivista, hiszen:

- tagadja a történelmi tényeket meghaladó, átfogó természetjogi elveken alapuló szemléletet (hiszen csak konkrét pontos történelmi tényeken alapuló munkák születtek meg kezei alatt);
- előtérbe helyezte a kutatómunka kiszélesedését és a tárgyilagos részletkutatások tekintélyének a fokozását;
- sajátos tényleíró jogtörténet, amely középpontjába a középkori-feudális jogrendet helyezi;
- a pozitív történeti tények tiszteletben tartása, valamint a nemzeti jog történelmi forrásanyagának a feltárása.

Ez utóbbi két megállapítás, úgy vélem, hogy nem szorul különösebb magyarázatra, és megcáfolhatatlanul alátámasztja azokat a megállapításokat, amelyeket Iványi kutatásainak az elemzése során a korábbiakban taglaltam. A jogtörténeti tanszék professzori székében őt követte Baranyai Béla.

[30] Kiváltságolt nemzetiségeken Iványi a szlávokat (közülük is a felvidéki cseh-tótokat) érti.

5. Baranyai Béla

5.1. Baranyai Béla élete

Baranyai a mai Horvátország területén a károlyvárosi járás székhelyén, Károlyvárosban született 1882. október 21-én. Jogi tanulmányait a pécsi jogakadémián és a budapesti egyetem jog- és államtudományi karain végezte. 1905-től Baranya vármegye allevéltárosa, 1910-től pedig Somogy vármegye főlevéltárosa. 1913-tól a budapesti Országos Levéltár munkatársa. 1927. október 24-től 1945. február 3-ig bekövetkezett tragikus haláláig[31] a debreceni egyetemen, az alkotmány- és jogtörténet nyilvános rendes tanára volt.[32]

5.2. Baranyai munkássága

Elsősorban a magyar középkori és újkori jogtörténettel és egyháztörténettel foglalkozott. Erről árulkodnak legismertebb munkái is:

- *Somogy vármegye nemes családjai.* (1914., Budapest.)
- *Zsigmond király ún. Sárkány-rendje, adalék a magyar trónöröklési kérdés történetéhez.* (1926., Budapest.)
- *A lengyel királykoronázás. Négy közlemény a magyar jog- és alkotmánytörténethez.* (1927., Karcag.)
- *Némi adalék jog- és egyháztörténetünkhöz.* (1942., Budapest, Stephanaeum Nyomda).

Baranyai, ellentétben Iványival, katedrai évei alatt nagyon keveset kutatott. Láthatjuk, hogy az imént felsorolt műveiből is kizárólag egy készült a debreceni évei alatt. Éppen ezért csak ezen egy önálló tanulmányával kívánok foglalkozni ezen fejezet keretein belül.

5.2.1. A Quadripartitum körüli vizsgálódásai

A *„Némi adalékok jog- és egyháztörténetünkhöz, vizsgálódások a Quadripartitum körül”* című munka következménye az örökös királyság[33] eszmélyének történetét kutató munkásságának. A munka, hasonlóan Iványi műveihez, tudományos igénnyel megírt, a téma előzményeit és következményeit is bemutató, pontos latin nyelvű hivatkozásokkal bővített[34] és a tárgyalt kor vala-

[31] A harcok Debrecen felé közeledvén úgy érezte, hogy nem maradhat tovább a városban, és családjával együtt berlini rokonaikhoz menekültek, ahol egy bombatámadás alkalmával alkalmi otthonuk összeomlott és maga alá temette a bent lakókat. (Levéltári közlemények: XXIV. Évfolyam (1946). 356–357. o.).

[32] http://www.netlexikon.hu/yrk/Ryrgenwm/959; http://elemek.niif.hu/00300/00355/html/ABC 00523/00982.htm (letöltés ideje: 2010. december 16.).

[33] Baranyai Béla: *Az örökös királyság eszméje 1655–1687. és Esterházy Pál* (Emlékkönyv Domanovszky Sándor születése hatvanadik fordulójának ünnepére). Budapest, 1937. 84–110. o.

[34] A munka tanulmányozása során ez jelentette a legnagyobb nehézséget, hiszen a szerző természetesnek veszi az olvasó tökéletes latin nyelvtudását, és gyakran a magyar szövegbe ékelve, lefordítatlanul hagyja a latin kifejezéseket, mondatokat.

mennyi szegmensét – így például a korabeli törvénycikkeket is – részletesen taglaló tanulmány. Annyiban azonban eltér Iványi alkotásaitól, hogy Baranyai nem mellőzi a logikai következtetéseknek, a kérdések feltételének és az azokra adott válaszoknak, valamint a kritikai észrevételeknek a szintézisét sem.

Már maga az első fejezet egy kérdésfeltevéssel indul. „Mikor történhetett, mikor történt a két szöveg elkészülte?”[35] Ebben a fejezetben a Quadripartitum szövegének eredetét kutatja Baranyai. A következő oldalon ki is emeli a szerző, hogy a szövegváltozatok között eltelt két év (1553–1556) nem biztos, hogy jelentőséggel bír, de mindenképpen szükséges ennek a megállapítása.

Láthatjuk tehát, hogy Iványival ellentétben, Baranyai továbblép a forráskutató-forrásleíró tudományos módszeren és kritikai szemlélettel tekint valamennyi, hitelesnek tűnő kútfőre. Ha pedig ellentmondást, vagy annak gyanúját véli felfedezni, nélkülözhetetlennek tarja annak feloldását. Ez természetesen nem jelenti azt, hogy Baranyai valamennyi forrás esetében szükségét látja eredetének bizonyítását, csak ott, ahol a „jogos kétely” felmerül.

Címével ellentétben nem egyháztörténeti munkáról van szó, hanem sokkal inkább egy részletes jogtörténeti tanulmányról, amely a magyar nemzet középkori, pontosabban a XVI. századi eseményeinek, törvényeinek az elemzését végzi el, egy adott történelmi dokumentum, a Quadripartitum köré fűzve.

5.3. Baranyai Béla speciálkollégiumai

Iványival ellentétben ő minden idejét és munkaerejét a tanításnak szentelte. Speciálkollégiumai között kiemelt szerepet tulajdonított az osztrák és német alkotmánytörténet oktatásának, amelyet 1929-től egészen 1941-ig előadott, az utódállamokról (Szerbiáról, illetve a horvát–magyar viszonyról)[36], valamint a magyar perjogról tartott előadásai mellett, Baranyai főbb kutatási területei közé II. Rákóczy Ferenc és a kurucokra vonatkozó irodalmi és bibliográfiai adatok tanulmányozása, a magyar középkori trónöröklés kérdései[37] és csekélyebb mértékben a magyar egyházjog[38] tartoztak.

Mindezek után 1942 és 1948 között a jogtörténeti tanszéken a főtárgy mellett nem adtak elő külön tárgyakat. Ennek oka egy viszonylag egyszerű tényre vezethető vissza, nevezetesen arra, hogy az idézett korban a főtárgy helyettesítésével is Flachbarth Ernőt, a jogbölcselet és a nemzetközi jog professzorát bízták meg, aki jogtörténész nem lévén, saját bevallása szerint nem tudta volna méltó módon folytatni elődei tevékenységét, ezért nem is vállalkozott speciálkollégiumok előadására.[39]

[35] Baranyai Béla: *Némi adalékok jog- és egyháztörténetünkhöz, vizsgálódások a Quadripartitum körül.* Stephaneaum Nyomda, Budapest, 1942. 44. o.
[36] Részletesen l.: Hollósi Gábor: i. m. 43. o.
[37] L.: részletesen: In: Századok, 1926. (60. évf.) 4–6. sz. 561–591. o.
[38] Baranyai Béla: .*Némi adalék jog- és egyháztörténetünkhöz.* Stephaneaum Nyomda, Budapest, 1942.
[39] A főtárgy oktatását szabatosan, pontos hivatkozásokkal és más tudományágakra is kiterjesztve folytatta.

5.4. Baranyai módszertana

Végső soron Baranyai a történeti jogi módszer és a pozitivista jogtudomány kutatásának egy sajátos szintézisét adta, mivel a történelmi jog felé fordulás és a nemzeti sajátosságok előtérbe helyezése mellett, sem az idegen jogokkal való szembefordulás,[40] sem pedig az egyetem falain kívüli tudományos élet[41] nem jellemezte. Pozitivista oldalról pediglen az mondható el róla, hogy a kutatómunka kiszélesedése és a tárgyilagos részletkutatások előtérbe helyezése mellett nem jellemző rá a pozitív történelmi tények feltétel nélküli tiszteletben tartása.[42]

6. Flachbarth Ernő

6.1. Flachbarth Ernő élete

Flachbarth 1896. március 3-án a Szepes vármegyében található Gölnicbányán született. Későbbi tudományos kutatásai és érdeklődése is ennek megfelelően a felvidékhez kötődnek. Ami kutatásaim szempontjából jelentős, hogy 1940. október 19-től[43] kezdődően, Teghze Gyula halálával, a debreceni Tisza István Tudományegyetem nemzetközi jogi tanszékének nyilvános rendes tanára volt egészen a kar megszüntetéséig, 1949. augusztus 31-ig. Életének utolsó szakaszában 1949. június 16-tól a Pécsi Egyetem Nemzetközi Jogi Tanszékét vezette, egészen 1955. december 12-i haláláig.[44]

6.2. Jogtörténet-oktatási tevékenysége és módszertana

Flachbarth Ernő elsősorban nemzetközi jogász volt. A jogtörténetet egy kényszerhelyzet miatt volt szükséges oktatnia, amely feladatát mellesleg hibátlanul és éppoly precízséggel végezte, mint fő tárgyának az előadását. *„A hallgatókat mindig felnőttként, kollégaként kezelő, rendkívül szerény…”*[45] Flachbarth nemcsak a nemzetközi jogi dokumentumok keletkezési idejét tudta fejből, hanem valamennyi jogtörténeti előadást is papírok és egyéb jegyzetek nélkül – fejből felidézve a témához kapcsolódó tényeket, adatokat és szerzőket – tartotta meg.

[40] L.: Baranyai Béla: *„A lenyel királykoronázás”* című művét.

[41] Ennek a kijelentésnek pedig pontosan a ellenkezője igaz, hiszen Baranyai kutatásait az egyetemi katedrára lépve tudta csak igazán felhasználni, hasznosítani.

[42] Láthatjuk a Quadripartitum körüli vizsgálódásai keretében, hogy gyakran kritikai szemmel nézte az akár egyértelműen dokumentált tényeket is.

[43] A tárgya, a nemzetközi jog oktatását azonban csak az 1940/41. tanév második félévében kezdte meg.

[44] Életének, kari tevékenységének és művei elemzésének kapcsán részletesebben l.: Siska Katalin –Szabó Krisztián: *Flachbarth Ernő.* In: P. Szabó Béla–Madai Sándor (szerk.): A Debreceni Tudományegyetem jogtanárai I. Debrecen, 2004. 120–153. o.

[45] Cséka Ervin: *Emlékezés régi debreceni jogászprofesszorokra.* In: Jogtudományi Közlöny, (57. évf.) 2002. (2. sz.) 111. o.

Jogtörténész nem lévén sem speciálkollégiumokat, sem pedig szemináriumokat nem tartott, eltekintve az 1946/47-es tanév első félévétől. Az oktatott tárgy címét „Magyar és összehasonlító európai jogtörténetre", majd az 1948–49-es tanév második félévében, a jogpolitikai követeléseknek eleget téve „Általános jogtörténetre" módosította, de lényegében a leadott anyag összetételén semmit sem változtatott.

Flachbarth módszertanával kapcsolatban mindenekelőtt annyit kívánok megjegyezni, hogy a szocialista fordulat után, a tanári katedrán való megmaradása és tudományos kutatásainak a folytatása érdekében kénytelen volt konformizálódni, annak ellenére, hogy a szocializmus tanaival nem értett egyet.[46]

Flachbarth Ernő módszertana merőben más, mint elődeié. Flachbarth is nagyon pontosan, szabatosan és már szinte végletekig menő részletességgel tárgyal egyes témaköröket, fő kutatási témájából eredően jellemzően közjogi vonatkozású témákat, míg például a magánjoggal kapcsolatos felvetései csak nagyon kis részét teszik ki munkájának.

Rá már egyértelmű hatást gyakorolt Eckhart Ferenc munkássága. Hiszen nemcsak a jegyzetében több helyen említi Eckhart professzor nevét, de munkájának egészén érződik a komparatív összehasonlító szemlélet jelenléte. A jogtörténet korszakainak a csoportosítása során külön megemlíti Eckhart Ferenc osztályozását és külön fejezetet is szentel a Szent-korona-tan bemutatására. Flachbarth nem rest a latin nyelvű irodalmat sem feldolgozni, hiszen Bölcs Leó és Konstantinos írásai és nézetei is visszatükröződnek jegyzetében.

Végső soron tehát annyit mondhatunk el, hogy Flachbarth professzor, a rá kényszerből nehezedett feladatot is kiválóan teljesítette. Tudásának legjavát adva, hatalmas kutatómunka és anyaggyűjtés eredményeképpen[47] egy olyan jegyzetet tudott elkészíteni és leadni a régi debreceni egyetem jogi kara utolsó éveiben, amely méltán megérte volna azt is, hogy akár ne helyettesítő, de nyilvános rendes tanára is lehessen a jogtörténeti tanszéknek.

7. Befejezés

Láthatjuk tehát, hogy a debreceni jogi kar historikusai összetett szemlélettel, de annál részletesebben, tudományosabban szemlélték a jogtörténetet. Kutatási és oktatási tevékenységük során sem feledkeztek meg arról, hogy a jogtörténet fejlesztésére az egyetemi katedrán kell időt fordítani, hiszen az, mint „szellemtudomány" a jogi közéletben, a joggyakorlatban – habár szükség lenne rá – nem tud érvényesülni.

Módszertanukban és kutatási témáikban jelentős eltérések figyelhetőek meg, de akár a köz-, akár a magánjog történetét kutatták, a debreceni jogi kar historikusai mindig megkeresték az adott téma esszenciáját, tudásuk legjavát adva próbáltak megfelelni a kor, a hallgatók, és végső soron a jogi tudományos közélet kritériumainak.

[46] Higgadt egyéniségének köszönhetően azonban, könnyedén vette a politikai fordulat okozta változásokat.

[47] Egyértelműen érezhető, hogy Flachbarth az előadások elkészítésekor figyelembe vette elődei tevékenységét is, hiszen a Corpus Iuris Civilisről is önálló fejezetben értekezik, továbbá egyes helyeken érezhető, hogy Iványi Béla jegyzete is nagy segítséget nyújtott neki előadásainak megtartásához.

Az állami beavatkozás, mint értékhordozó

PAP CSABA

Az állampolgárok és a szakfilozófusok a jogra a társadalmi viszonyokban nélkülözhetetlen, önmagában vett értékkel bíró jelenségre tekintenek, ezzel szemben az állam megítélése sokkal negatívabb, különösen akkor, ha nem a puszta létezése, hanem valamilyen cselekvése kerül vizsgálat alá. A legélesebb kritikákkal az állami beavatkozásokat szokták illetni, pedig tudomásul kell venni, hogy az állam működésétől elválaszthatatlan a beavatkozás fogalma. A társadalmi viszonyok jogi úton történő rendezése is egyfajta intervenció. Sokan ezt a lehetőséget is erős korlátok közé szorítanák. Az állami beavatkozásról szóló vita legélesebben akkor szokott megjelenni, ha az állam gazdasági beavatkozásáról van szó.

Előadásom célja, hogy gyakorlati példákon keresztül megmutassam: az államnak, illetőleg az állami beavatkozásnak még a gazdaságirányítás során is alapvető értékei vannak, amelyek különösen jól látszanak, ha a kérdést történeti kontextusban vizsgáljuk.

Előzetesen ugyanakkor azt is le kell szögeznem, hogy nem önmagában véve érték a gazdasági típusú állami beavatkozás, hanem az mindig egy értékkel bíró, kitűzött társadalom-, és azzal összefüggő gazdaságpolitikai cél eszköze. Azaz a beavatkozás egy állami funkció, ami az azt megelőző értékválasztás leképeződése és gyakorlati megvalósulása. A két dolog szervesen összetartozik, mert hiába egy jó, indokolt cél, ha a beavatkozás nem megfelelő, vagy rossz célt jól irányzott beavatkozással valósítanak meg az, nem szolgálja a közjót és nem teremt értéket.

Az államelméleti szakemberek gyakorlatilag kivétel nélkül egyetértenek abban, hogy az abszolutizmussal létrejött modern állam jelentős különbségeket mutat a korábban létező poliszokhoz, regnumokhoz és birodalmakhoz viszonyítva. Ezen eltérések talán legfontosabb eleme az államilag irányított gazdaságpolitika.

A Colbert és Mun nevéhez köthető merkantilizmus volt az első valódi állami gazdaságpolitika, amelynek alapja azon elképzelés volt, hogy a nemesfém bevonásával és megtartásával érhető el a gazdasági egyensúly és gazdasági fejlődés. Az abszolút monarchiák az állami irányítást az élet szinte minden területére megpróbálták kiterjeszteni, így a gazdaságra is. Nem kis részben ez volt az oka a jelentős ipari fejlődésnek. Egy történelmi példa: Colbert a külföldi árukat védővámokkal tartotta távol, a hazai ipart pedig kölcsönökkel támogatta.

Ez az irányzat addig lehetett sikeres, amíg társadalmi, gazdasági környezet nem változott meg drasztikusan. A XVIII. századtól egyre nőtt azon vállalkozások száma, amelyek számára nélkülözhetetlen volt az olcsó import, valamint a megerősödött polgári rétegek egyre kevésbé igényelték az állam segítségét, sőt azt nyűgnek kezdték érezni.

Ahogy az esetek többségében lenni szokott, a társadalmi valóságot ismerte

fel a filozófia és az ideológia. A felsőpolgárság igényeinek közgazdasági igazolása volt a „Nemzetek gazdasága”.

Adam Smith főművében a merkantilista elmélet számos állítását cáfolta meg. Elképzelései szerint a láthatatlan kéz a piacon a kereslet és kínálat, bőség és szűkösség erőinek és ellenerőinek eredményeként beosztja a nemzet erőforrásait, és ezzel megteremti a gazdasági egyensúlyt. Smith az állam beavatkozását a gazdaságba természetellenesnek ítélte, a politikusokat alattomos és ravasz lényeknek tüntette fel, akiket a dolgok pillanatnyi hullámzása irányít.

Smithhez köthető a „laissez faire” elve, amely konkrétan a munkaerő mobilitását; a földek teljesen szabad adásvételét; az ipar és a belkereskedelem állami szabályozásának megszüntetését, valamint a szabad külkereskedelmet jelentette. Ez a szabadpiacos kapitalista szemlélet hosszú időn keresztül meghatározó volt és ma is az a világban. Ugyanakkor a piaci kudarcok és fejlődési elégtelenségek, továbbá a kapitalista termelés ciklikussága valamint a szabadpiaccal időnként szembeforduló állami gyakorlatok előhívtak több másik közgazdasági, gazdaságpolitikai megközelítést.

Adam Smith főművének megjelenése után nem sokkal Németországban már Friedrich List: „A politikai gazdaságtan nemzeti rendszere” című munkájában kétségbe vonta, hogy a szabad piacos rendszer mindenki számára kedvező lenne. Álláspontja szerint egy nemzetgazdaságnak szüksége van az állam által biztosított védővámokra, amíg nem tudja kiépíteni saját iparát. Ellenkező esetben a gazdaságilag erősebb fél kizsákmányolja a gyengébbet,[1] ezért feltétlenül szükséges az állami beavatkozás.

Ezen beavatkozást támogató szemléletmódok közül talán máig a legnagyobb hatást a keynes-i közgazdaságtan gyakorolta, ami már nemcsak a kereslet–kínálat egyensúlyáról szólt, hanem a kapitalizmus következtében rendszeresen bekövetkező túltermelési válságok miatt kialakuló recesszió felszámolásáról is.

John Maynard Keynes 1936-ban íródott fő műve *„A foglalkoztatás, a kamat és a pénz általános elmélete”* (The General Theory of Employment, Interest and Money), szerint a piac nem tud mindent megoldani. Válság idején az állam képes arra, hogy fiskális eszközökkel, például infrastrukturális beruházásokkal, *mesterségesen fenntartsa* a *hatékony keresletet, ez*zel az egyensúlyhoz közelítse a gazdaságot és csökkentse a munkanélküliséget. Ennek értelmében az államnak keresetélénkítéssel, új áruk előállítása nélkül, improduktív beruházásokkal kell beindítania a gazdaságot. Ezen elgondolást követve és igazolva jött létre a „New-Deal” és a „vaj helyett ágyú” program is.

Keynes fellépésével vált egyértelművé az a modern állam megszületése óta jelenlévő probléma, hogy az államnak szabad-e, kell-e vagy egyenesen szükséges beavatkozni a piaci viszonyokba. Ez a kérdéskör a mai napig mind az államelmélet, mind az elméleti közgazdaságtan számára élő kérdés.

A történelmi eseményekre tekintettel azt hiszem, kijelenthetjük, hogy amikor a gazdaságban minden rendben van és folyamatos a növekedés, akkor az elméleti szakemberek és üzletemberek döntő többsége a szabad piacos rendszert támogatja, de amikor bármi probléma, fejlődési rendellenesség lép fel, akkor már állami beavatkozásért kiáltanak. Nem volt ez másképp a legutóbbi gazdasági válság során sem.

[1] Ehhez hasonló nézeteket vallottak a német államgazdaságtan képviselői. Lásd pl.: Christian Jacob Kraus.

Álláspontom szerint bizonyos típusú állami beavatkozás még a legnagyobb konjunktúra idején is hasznos lehet. Ahhoz azonban, hogy ezt a kérdést el lehessen dönteni, először is az állami beavatkozás fogalmát, majd ezen belül a gazdasági típusú beavatkozás fogalmát szükséges tisztázni. Ezt megelőzően még egyszer ki kell emelni: az állami beavatkozás egy eszköz, amely jó és hasznos lehet, ahhoz, hogy egy átfogó társadalom- és gazdaságpolitika keretében kitűzött célok megvalósuljanak.

Az állami beavatkozás a laissez faire elvével szembeállítva az állam olyan politikáját jelenti, mely egyre több és több viszonyt von el a társadalom tagjainak szabad rendelkezése alól a saját hatalmi köre kényszerszabályozása alá.[2]

A jog és a jogrendszer jellegéből fakadóan a tágan értelmezett állami beavatkozás az élet szinte minden területére kiterjed és keretet ad az egyéni szabadságnak. Ezt a fajta állami korlátozást nem szokás intervenciónak tekinteni, szemben azokkal, ahol a társadalom- vagy gazdaságpolitikai szempontok közvetlenebbül jelentkeznek.

Az állam gazdasági típusú beavatkozása alatt egy adott nemzetgazdaság felett hatalmat gyakorló szerepvállalást értek, ami szükség szerint jelen van minden országban. Tágan értelmezve a monopóliumellenes fellépések, az adó- és a pénzügyi rendszer, különösen az árfolyampolitika is gazdaságot befolyásoló beavatkozást jelent. Előadásomban ennél mindenképpen szűkebb fogalmat használok, különösen azért, mert ezen metódusok létjogosultságát senki sem vonja kétségbe.

Az állami beavatkozás magasabb fokát gyakorolják a jóléti, szociális típusú államok, amelyek már egyfajta gazdasági beavatkozást hajtottak, hajtanak végre. Ez a beavatkozás többek között irányulhat az adórendszerre, a minimálbér törvényi szabályozására, továbbá ármaximalizálásra és ártámogatásra, a munkanélküliség csökkentésére.

A jóléti állam alapvetően a megtermelt javakat osztja újra az emberek között, egyfajta társadalmi és szociális igazságosság jegyében.

A szociális, jóléti beavatkozással szemben a gazdasági típusú beavatkozás lényege, hogy a hosszú távú gazdasági haszon reményében az állam a bevételeket elsősorban nem szociális, hanem üzleti alapon és nem elsődlegesen a piacra támaszkodva osztja újra. Ennek keretében széles eszköztár áll az állam rendelkezésére. Ide tartoznak többek között az olcsó állami hitelek, állami támogatások, valamint import- és exportkvóták. Ez a beavatkozás teljesen más típusú, mint a Keynes által leírt modell. Itt már nem a termelési válságok korrekciójáról van szó, hanem egy állami, mesterséges gazdaságélénkítésről és szelektív fejlesztésről.

Ennél direktebb beavatkozást jelent a gazdasági tervezés, amely során az állam a rendelkezésre álló forrásokat egy előre meghatározott terv szerint – sokszor a piaci mechanizmusokkal szemben – osztja szét, ezzel biztosítva forrást a termelésnek és bizonyos befektetéseknek.

Ez azért is különösen fontos, mert Somló óta tudjuk, hogy az állami beavatkozás megváltoztatja a természetes kiválasztás menetét.[3] Eredményes és hasznos ebből fakadóan csak akkor lehet, ha ezáltal jobb eredmény jön létre. Egy

[2] Jászi Oszkár: *A történelmi materializmus államböcselete.* Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, Budapest, 1908. 117. o.

[3] Somló Bódog*: Állami beavatkozás és individualizmus.* Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, Budapest, 1907. 109. o.

kertészeti példával élve, vannak olyan fák, mint az őszibarack, amelyek megfelelő metszés nélkül nem hoznak jó termést és vannak olyanok is, mint a tölgy, amelyek a növekedését csak gátolja az emberi beavatkozás. A kérdés csak az, hogy a gazdaság melyikhez hasonlít jobban.

Az állami gazdasági beavatkozás, mint már említettem, hosszú múltra nyúlik vissza. Nem gondolom, hogy az állam gazdasági típusú beavatkozása minden esetben eredményes és hasznos, ugyanakkor elfogadhatatlannak tartom azt a tételt is, miszerint az államnak teljes egészében ki kell vonulnia a piacról, mert jelenléte csak torzítja azt, és alacsonyabb hatékonyságot, ezáltal kisebb fejlődést eredményez az állampolgárok számára. Úgy hiszem, ezt az álláspontomat a történelem számtalan példája alapozza meg.

Az idő szűkössége és a példa jellegzetessége miatt állításom alátámasztására az úgynevezett fejlesztő államokat hozom fel példaként. Külön ki kell emelnem, hogy ezek az államok azért is voltak sikeresek, mert a gazdasági modernizációval párhuzamosan, a tradicionálisan jelenlévő társadalmi értékek és normák mentén társadalmi modernizációt is végrehajtottak. Ahol ez nem történt meg, ott a gazdasági szerkezetátalakítás miatt hirtelen munkanélkülivé válóknak akár az éhínséggel is szembe kellett néznie.

A fejlesztő állam kifejezést a nemzetközi politikai gazdaságtan tudósai a huszadik század második felében állami vezetésű makrogazdasági tervezést folytató kelet-ázsiai államokra használták. Ezek az államok széles körű beavatkozást hajtottak végre, mind a szabályozás, mind a gazdasági tervezés során. Az első igazán széles látókörű, fogalmat megalapozó leírást Chalmers Johnson a „MITI és Japán csoda" című könyvében adta meg.

Előadásomban én is ezt a szóhasználatot követem, de megjegyzem, a fejlesztő államhoz hasonló előzmények már korábban is léteztek. Nem szabad elfeledkezni arról, hogy a közép-, kelet-európai államok XIX. századi felzárkózás politikája is viselt hasonló jeleket, nem beszélve a Gandhi-vezette Indiáról, ahol a hazai ipar kifejlesztése és az importtól való megvédése volt az elsődleges cél.

Délkelet-Ázsia államai a függetlenedés és az esetleges polgárháborúk után a világ legszegényebb országai közé tartoztak. Gyakorlatilag semmilyen ipari potenciállal nem rendelkeztek, pusztán a korábbi anyaország nyersanyagigényének biztosítására szolgáló üzemek működtek. A termelési monokultúra felszámolásához állami beavatkozásra volt szükség. Hiába állt rendelkezésre olcsó munkaerő, a tőke hiánya vagy dekoncentráltsága nem tette lehetővé, hogy korszerű, versenyképes iparágak jöjjenek létre. Ezen országok vezetői felismerték azt a később Gerschenkorn által is megfogalmazott tételt, miszerint minél elmaradottabb egy ország, annál erősebb állami beavatkozásra van szükség az iparosodáshoz, és nem elégséges, ha az állam pusztán a jogszabályi környezet biztosításával indítja be a fejlődést. A fejlődő iparágak sikereséhez szükség volt a külső és a belső állami támogatásra.

A külső védelem alapvetően részleges vagy teljes importkorlátozást jelentett. Ez az importhelyettesítő gazdaságpolitika odáig vezetett, hogy bizonyos esetekben súlyos szankciókkal sújtották azt, aki olyan import terméket használt, amelyet belföldön is előállítottak.

A belső védelem ennél sokkal összetettebb volt. Egy tudatos, társadalmi célokkal egybevágó racionális döntési mechanizmusnak megfelelően az állam kiválasztott néhány iparágat, amit a jövő húzóágazatává kívánt fejleszteni.

Ezeket olcsó, a piaci szintet messze alulmúló kamatokkal támogatta, továbbá belső keresletet generált az előállított termékek iránt, valamint széles eszköztárral támogatta ezen termékek exportját. A belső védelem abban is megtestesült, hogy kezdetben a külföldi tőkebefektetéseket is távol tartották. Ezek az államok saját cégeket fejlesztettek ki, nem pedig a külföldi működő tőkére alapozták a növekedést. Ez a fejlődés, különösen az iparosodás későbbi szakaszában, amikor a munkaintenzív iparágakat lecserélték a tőke-, illetve tudásintenzív elektrotechnikai termékek előállítására, elképzelhetetlen lett volna magas színvonalú műszaki, technikai oktatás nélkül.

Az egyetemek, mint tudományos központok már ekkor is kulcsszerepet játszottak a fejlesztésekben.

Ezen túlmenően szükség volt egyfajta gazdasági nacionalizmusra, mind a politikai vezetés, mind az állampolgárok részéről. E nélkül nehezen, vagy sehogy sem alakult volna ki egy olyan piaci környezet, amelyben az előállított termékeket értékesíteni lehetett volna.

1. Gazdaságfejlesztési sikerek

A korábban említett eszközök és működési mechanizmusok meghozták a várt eredményeket. Dél-Koreában 1961-ben az egy főre eső GDP még 91 és fél dollár volt, és ezzel világviszonylatban a 89. helyen álltak.[4] Ezen időszakban a dél-koreai átlagjövedelem 84 dollár,[5] ami kevesebb, mint a fele volt Ghánáénak! 1971-ben 78.-ak 302 dollárral, 1981-ben már 66.-ak 1845 dollárral és 1995-ben, nem sokkal a fejlesztő államot csapásként érő ázsiai pénzügyi válság előtt már 36.-ak voltak közel 11 500 dolláros eredménnyel.

Ehhez hasonló termelékenységi, statisztikai mutatókkal rendelkezik Japán, Szingapúr és Tajvan is ezen az időszakból. Azt hiszem, ebből egyértelműen kiderül, hogy eredményes volt a fejlesztő modell.

Ezt bizonyítja az is, hogy ez idő alatt számtalan, ma ismert világcég alakult és fejlődött ki Délkelet-Ázsiában. Nem kell messzire menni, elég a Hankookra, a Hyundaira, a Daewoora, vagy a leghíresebb Samsungra gondolni. Külön érdekesség, hogy a Samsung 1938-as megalakulásakor még zöldségekkel kereskedett, és a fejlesztő állam segítségével vált elektronikai óriás vállalattá.

2. Intézményrendszer

Mindezek a hatalmas változások nem jöhettek volna létre képzett bürokraták és olyan jól szervezett állami fejlesztési ügynökségek nélkül, mint a japán MITI vagy az 1971-ben alapított dél-koreai KDI.

Azt hiszem, még egy, sok kritikát kapott tényező is hozzájárult a fejlesztő államok sikeréhez. Ez pedig nem más, mint az ideológiai háttér.

[4] http://www.nationmaster.com/graph/eco_gdp_percap-economy-gdp-per-capita&date=1961. (2010.12.5.)

[6] Adelman, Irma: *Social Development in Korea, 1953-1993.* http://are.berkeley.edu/~adelman/KOREA.html (2010.12.15.)

3. Ideológiai háttér

A fejlesztő államok történeti kialakulása nagymértékben összekapcsolódik a nemzeti függetlenedéssel és ezáltal az önbecsüléssel. A korábbi gyarmati vagy egyéb függő státusból szabaddá váló országok meg akarták mutatni, hogy mire képesek. Ez egyfajta többletmotivációt is jelentett számukra, akárcsak a hagyományos ázsiai filozófiaszemlélet és életvitel, ami alapvetően az alacsony fogyasztás mellett a nagy megtakarításra ösztönöz.

A hosszú ideig tartó alávetettség és az abból fakadó demokratikus deficit tette lehetővé, hogy sokszor tekintélyelvű, vagy nyugat-európai értelemben demokratikusnak nem nevezhető kormányok kerültek hatalomra. Ezeken a területeken a gazdasági és a politikai reform nem feltétlenül esett egybe.

Ez viszont napjaink Kínáját tekintve is látszik, semmilyen gazdasági és azzal összefüggő fejlődési problémát nem jelent. Sőt, több délkelet-ázsiai vezető egyenesen úgy érvelt, hogy nagy hatású reformokat demokratikus keretek között nem lehet végrehajtani, mert ekkor Downs szavaival élve a politikusok saját egyéni hasznukat, azaz a szavazatokat akarják maximalizálni, és nem az általános jólétet teremtik meg.[6] Legitimitásukat végső soron a gazdasági eredmények alapozták meg.

Ez a demokráciával szembeni viszolygás volt az egyik fő forrása a délkelet-ázsiai fejlesztő államokat ért támadásoknak.

4. A fejlesztő államok kritikája

A fejlesztő államokat az elismerések mellett több kritika is érte. Ezek egyrészt ideológiai, másrészt gazdasági jellegűek voltak.

A hosszú múltra visszatekintő nyugati demokráciákban élő szakemberek sokszor vetették a fejlesztő államok szemére a demokrácia hiányát. Kétségtelen, a kritika bizonyos aspektusból megalapozott volt. Li szingapúri elnök szerint a gyors növekedéshez tekintélyelvű hatalom szükséges.[7] Ezek a délkelet-ázsiai államok valóban nem rendelkeztek olyan széles körű demokratikus intézményrendszerrel és eljárásokkal, mint a nyugat-európai társaik, de azt hiszem, ez nem is volt elvárható néhány évtizednyi függetlenség után. Továbbá nem szabad elfeledni a kulturális különbözőségeket, és azt sem, hogy a leggyakrabban demokratikus kritikát megfogalmazó Egyesült Államokban olyan jogszabályok vannak hatályban, amik egy európai demokráciában elképzelhetetlenek lennének.

A kritikák másik része gazdasági jellegű volt. Ezek közül több, különösen azok, amelyek szerkezeti problémákra és bizonyos szabályozási elégtelenségekre hívták fel a figyelmet, az 1997–98-as gazdasági válság alatt helytállónak bizonyult. Ezen álláspontok azonban nem kérdőjelezik meg a fejlesztő állam létjogosultságát. Akadtak olyan liberális kritikák is, amelyek ezt is megtették. Ezek közül érdemes kiemelni Powel véleményét, aki szerint a kelet-

[6] Downs, Anthony: An Economic Theory of Democracy. Harper. New York. 1957. Konkrétabban Downs, Anthony: *An Economic Theory of Political Action in Democracy*. In: The Journal of Political Economy, Vol. 65, No. 2. (Apr., 1957), 137. o.

[7] Csicsmann László: *A fejlesztő állam különböző társadalmi-kulturális viszonyok között.* In. *Látható kéz.*(szerk. Csáky György) Napvilág Kiadó. Budapest. 2009. 75. o.

ázsiai fejlesztő államok jobban támaszkodtak a piacra, gazdaságilag szabadabbak voltak és erősebb magántulajdonnal rendelkeztek, mint a régió más országai. A fejlődés az állam beavatkozása ellenére ment végbe.[8]

Álláspontom szerint ez a megállapítás nem helytálló. Vitathatatlan és objektív döntésre nincs lehetőség, mert nem lehet megvizsgálni, miként alakult volna a délkelet-ázsiai államok sorsa állami, gazdasági beavatkozás nélkül.

Egy azonban bizonyos. Az olcsó állami hitelek, és egyéb támogatások nélkül hosszú távon megtérülő befektetéseket nem eszközölt volna a piac az elektronika területén, amely ezen országok húzóágazatává vált. Célzott állami támogatások nélkül szerintem ez elképzelhetetlen lett volna, hogy egy olyan, világviszonylatban kicsi állam, mint Tajvan, IT-termékek mellett a cd-lemezek gyártásában is világelső legyen.[9]

Amint azt korábban említettem, a fejlesztő államokat ért kritikák egy része megalapozott volt.

Az 1997–1998-as délkelet-ázsiai gazdasági válság következtében a fejlesztő államok többsége megroppant, a modell látszólag megbukott. Ezt a válságot a közgazdászok többsége a fejlesztő államok szerkezeti problémájának következményeként írja le. Megjegyzendő, hogy Malajzia korábbi miniszterelnöke, Mahathir Mohamad Soros Györgyöt okolta az országa valutájának összeomlásáért.

Az igazság eldöntésére nem vagyok hivatott, de kétségtelen, hogy a globalizációval megváltozott a világ, és a hazai ipar védelmére épülő klasszikus fejlesztési eszközök elvesztették jelentőségüket. Tény továbbá, hogy a globalizáció, a nemzetközi kereskedelmi egyezmények és a transznacionális társaságok korában a kereskedelmi és devizakorlátozások fenntartása, az állami szubvenciók, a külföldi vállalatok behatolásának megakadályozása, valamint a külföldi tőke beáramlásának korlátozása már nem tekinthető releváns gazdaságfejlesztési stratégiának.

A kérdés ettől függetlenül még adott. Ezek a világgazdasági tényezők a fejlesztő típusú államok végét jelentik, vagy újfajta állami beavatkozással a mai körülmények között is lehet eredményt elérni?

A legutóbbi gazdasági válság tapasztalatai alapján elmondható, hogy az állami beavatkozás ismét szükségessé vált. A szabadpiac szimbólumaiként működő bankok is több esetben állami támogatásra szorultak hazánkban és világszerte. Ezek az intervenciók elsősorban kényszerből és átmeneti időre, és egyedi ügyek megoldására születtek. A következményeket ettől függetlenül levonták az állami vezetők, és az utóbbi időkben sokkal inkább a piaci felügyelet erősödése, a szabad piac és szabad verseny jogi korlátok közé szorítása a trend. Elsősorban azért, mert a 2008-as gazdasági válság az elégtelen szabályozásnak és a spekuláció túlzott szabadságának volt felróható. Ezt a gyakorlatot követi az EU is. A Van Rompuy vezetésével működő „Task Force" munkacsoport, amely a gazdaságpolitikai koordináció megerősítésével foglalkozik, jelentést készített, amelynek lényege, hogy átfogó makrogazdasági felügyeletet, mélyebb és szélesebb koordinációt és állandó válságkezelő rendszert kell létre-

[8] Csáky György: *A fejlesztő állam – új felfogásban.* In. *Látható kéz.*(szerk. Csáky György) Napvilág Kiadó. Budapest. 2009. 29. o.

[9] *The Republic of China at a Glance*, 48–49. o. Published by the Government Information Office, september 2010. 52. o.

hozni. Az EU-s gyakorlat nemcsak az állam gazdálkodása kapcsán változott meg. A pénzügyi vállalkozások szabályozása során napjainkban sokkal inkább a stabilitás, mintsem a teljesen szabad verseny kerül előtérbe. Nem véletlen, hogy az Unió megpróbálja korlátozni a különböző spekulatív célú befektetéseket is. A G20 soron következő 2011-es csúcsára készülő EU-tagállamok az ECOFIN 2010. október 19.-ei ülésén előzetesen jóváhagyták, hogy a pénzügyi szabályozási és felügyeleti reform keretében a származékos (derivatív) ügyletek, illetőleg a piacok stabilitását veszélyeztető ügyletek (shortolás) szabályozását szigorítani, valamint a hitelminősítő ügynökségeket is szabályozni kell.

Ez persze csak a gazdasági környezet jogszabályokkal való megerősítése és körbebástyázása, nem pedig az előadásban használt gazdasági típusú beavatkozás.

Ahhoz, hogy az előadás tárgyát képező kérdésre választ lehessen adni, érdemes sorra venni azokat a megoldásokat is, amik a XXI. században is konform, állami gazdasági beavatkozásnak számítanak.

Mint már korábban említettem, a mai globalizált gazdaságban lehetetlenség a bezárkózás politikájára épülő gazdaságfejlesztés. Sikeres példákat ennek ellenére bőven találni. Írország hatalmas fejlődése is elsősorban az állam gazdasági típusú beavatkozásának volt köszönhető. Írország a 90-es évek közepén rugalmasan alkalmazkodott a változó világgazdasági környezethez. Flexibilis fejlesztő államként képes volt alkalmazkodni a posztfordista világgazdasághoz,[10] és ezáltal sikeresen közvetített a betelepülő multinacionális és transznacionális vállalatok és a hazai társaságok között.

Éppen ezért érdemes sorra venni azokat a megoldásokat is, amik a XXI. században is konform, állami gazdasági beavatkozásnak számítanak, és méltó válaszok lehetnek a neoliberalizmusra és a washingtoni konszenzusra.

Alkalmazkodás a multinacionális globális környezethez. Napjaink gazdaságának jellemzője, hogy több kisebb államnál nagyobb gazdasági erőt képvisel egy-egy multinacionális vállalat. Ezt a tényt nem lehet figyelmen kívül hagyni, ahogy azt sem, hogy az információtechnológia fejlettsége miatt nem lehet lezárni a határokat.

Ehhez a környezethez kell alkalmazkodnia az államnak, ahogy azt a 90-es években Írország tette. A betelepülő multinacionális és transznacionális vállalatok, valamint a hazai vállalkozások közötti közvetítés az állam egyik sikeres beavatkozása lehet. Ez álláspontom szerint csak akkor szerencsés, ha a betelepülő vállalatok új technológiát honosítanak meg és termelnek, mert a kereskedelmi láncok semmilyen innovatív többletet nem adnak egy állam számára.

Amint említettem, az új technikák felkarolása a mostani megváltozott világgazdasági környezetben is kiemelkedő fontosságú. Ennek egyik lehetősége az imént említett külföldi tőkebefektetések útján való tanulás, a másik megoldás pedig vagy a K+F támogatása, vagy pedig szabadalmak és licencek megvásárlása. Ez a stratégia kiválóan látszik a délkelet-ázsiai államoknál. Dél-Korea 1999-ben a GDP-je 2,47, 2004-ben pedig 2,63 százalékát fordította ku-

[10] Vigvári Gábor: *Változó szerepek – Ágazati politikák a fejlesztő állam tevékenységében.* In. *Látható kéz* (szerk.: Csáky György). Napvilág Kiadó. Budapest, 2009. 152. o.

tatásfejlesztésre.[11] Ez a növekedés jellemzi a térség többi korábban fejlesztőnek nevezett államát is. Ezzel párhuzamosan növekedett Dél-Korea és Japán licencdíj-kiadása is.[12]

A hazai K+F és az abból fakadó innováció nem képzelhető el oktatásfejlesztés nélkül. Napjaink beavatkozó államának fontos feladata ebből kifolyólag tudásközpontok létrehozása. Gyakran arra is látni példát, különösen Kínában, hogy egy-egy fejlesztésre kiszemelt területen speciális jogszabályi környezetet léptetnek életbe, vagy az állam saját költségén ipari parkokat létesít, azért, hogy odacsalogassa a vállalkozásokat.

A kutatások egyik legfontosabb eleme a magas szintű egyetemi képzés és infrastruktúra, amely az utóbbi években az üzleti inkubáció számára is nélkülözhetetlenné vált.

Az üzleti inkubáció a vállalkozásfejlesztési eszköztár számos elemét foglalja egységes keretbe, elsősorban technológiaorientált, kockázatos vállalkozások beindításához jelenthet segítséget. Az inkubátorok ezen vállalkozások részére komplex szolgáltatásokat biztosítanak, amelyek közül a leggyakoribb maga az inkubációs (működési) tér, amely megnöveli túlélési esélyüket, javítja fejlődési képességüket.[13]

A szakemberek üzleti inkubációnak több fajtáját különítik el. Bajmócy Zoltán tipizálását követve elhatárolható a tradicionális, a specializált és az „új gazdasági" inkubátor.[14] Ezek közül a tradicionális és a specializált egyaránt regionális és helyi fejlesztési célokat tűz ki jelentős állami szerepvállalás mellett. Azaz klasszikus fejlesztő államnak megfelelő eljárás figyelhető meg. Ezzel szemben létezik a harmadik, az úgynevezett „új gazdasági" inkubátor", aminek a célja pusztán a befektetett tőke megtérülése. Ezek együttes alkalmazása a tapasztalatok szerint jelentős hasznokat hajthat. Természetesen csak akkor, ha megfelelő szellemi hátteret is biztosítanak hozzá. Ez pedig az egyetemek nélkül szinte kizárt.

Az egyik legismertebb sikertörténet az egyetemek inkubációs szerepvállalására a University of Cambridge esete.

Az 1973-ban útjára indított tudományos park, majd az 1987-ben nyitott St. John's Innovation Center meghatározó szerepet játszott a Cambridge környéki high-tech tömörülés kialakításában. A St. John's-inkubátor jelenleg a biotechnológiára és az információs és kommunikációs technológiára (ICT) koncentrálva nyújt olyan speciális szolgáltatásokat (laboratóriumok, műszerekhez való hozzáférés stb.), amelyeket a vállalkozások saját kereteiken belül nem tudnának biztosítani.

Az inkubációs tevékenységben még ma is döntő szerep hárul az államra annak ellenére, hogy egyre fontosabb finanszírozók a kockázati tőketársaságok.

Az imént elmondottak persze csak egy elmélet részei, de azt hiszem, a gyakorlat is igazolta ezen eljárások sikerességét. Ezeket a módszereket követő,

[11] Fikó László: *A fejlesztő állam átalakulása a globalizálódó világgazdaságban,* http://www.doktori.econ.unideb.hu/download/pdf/kutatasiforum/2010jan/Fiko_Laszlo.pdf (21. oldal) (2010.12.05).

[12] Fikó László: *A fejlesztő állam átalakulása a globalizálódó világgazdaságban,* http://www.doktori.econ.unideb.hu/download/pdf/kutatasiforum/2010jan/Fiko_Laszlo.pdf (21. oldal) (2010.12.05).

[13] Bajmócy Zoltán: *Inkubáció*, in: Dr. Buzás Norbert (szerk.): Innováció Menedzsment a gyakorlatban. Budapest. Akadémiai Kiadó. 2006.

[14] Bajmócy Zoltán: *Az üzleti inkubáció szerepe a vállalkozás fejlesztésben* in Közgazdasági Szemle LI. évfolyam, 1137. o.

alig több mint 23 milliós Tajvan a világ tizenhetedik legnagyobb exportőre, és a világ negyedik legnagyobb külföldi devizatartalékával rendelkezik. Ilyen adatok mellett 2010-ben 7,7 százalékos reál-GDP-növekedést prognosztizál az IMF a szigetország számára.[15] Ezen gazdasági eredmény elérésében az állam oroszlánrészt vállalt azzal, hogy korai stádiumában támogatta a high-tech vállalkozásokat.

A tajvani kormány nagyvonalú befektetésösztönzőket, valamint segédletet nyújtott, amelynek keretében forrást biztosított több mint 100 üzleti inkubációs központ számára.

Kormányzati segítséggel az Industrial Techonlogy Research Institute (ITRI) a National Applied Reaserch Laboratories és az Institute for Information Industry voltak a kezdő lökés ahhoz, hogy a nemzet, mint technológiai nagyüzem emelkedjen ki. Ezen intézmények támogatták, illetőleg levezették az alapvető kutatásokat, segítették a tudományos parkok megalapítását, és a kutatás fejlesztés támogatásával hozzájárultak új technológiák fedezéséhez.[16]

Ennek eredménye meglátszik világszerte, mert sok IT-termékben, illetőleg a cd-lemezek gyártásában is világelső Tajvan.

Dél-Koreában is hasonló eszközöket alkalmazva, a délkelet-ázsiai pénzügyi válság óta jelentős eredményeket értek el. 2006-ban az egy főre jutó GDP Dél-Koreában 18 340 dollár volt, amivel az ázsiai ország a 27. helyet foglalta el világszerte.[17]

Bebizonyosodott, hogy a vállalati inkubáció hatékonyan segíti elő az induló vállalkozások növekedését.[18] Az üzleti inkubáció és ezáltal az állam gazdasági beavatkozásának hasznosságát már az EU is felismerte, és erre tekintettel programok keretében elkötelezettséget vállalt az inkubáció területén. (Benchmarking, Gate2Growth Incubator Forum Network, Business Incubators Database.)

A nemzetközi kereskedelem és az azzal összefüggő globalizáció egyre inkább átjárhatóvá teszi az államhatárokat. Ezzel párhuzamosan a különböző nemzetközi szervezetek jelentősége folyamatosan nőtt az elmúlt évtizedekben. Ezek közül néhány sikeresen vitatta el az állami szuverenitás bizonyos szegmenseit. A multi-, illetőleg transznacionális gazdasági társaságok is több területen az állam kihívóivá váltak. Korábban tisztán államinak tekintett feladatokat is ellátnak manapság. Ezekből a tényekből többen arra következtetnek, hogy az állam, vagy a kevésbé bátrak szerint a nemzetállam végnapjait éljük.

Ezen feltételezésekkel semmi szín alatt nem értek egyet. Elsősorban azért, mert jelenleg a *legitim fizikai kényszer,* valamint a hétköznapi életet érintő jogalkotás monopóliumának elvitatására egyetlen ma ismert szerv sem képes, továbbá nem rendelkezik az ehhez szükséges társadalmi támogatottsággal vagy kényszerítő erővel. Itt jegyzem meg, hogy a jog – melynek hasznosságát

[15] The Republic of China at a Glance, 38–39. oldal. Published by the Government Information Office, 2010.

[16] The Republic of China at a Glance, 48–49. oldal. Published by the Government Information Office, 2010.

[17] http://www.nationmaster.com/graph/eco_gdp_percap-economy-gdp-per-capita&date=2006 (2010.12.16.)

[18] Bajmócy Zoltán: *Az üzleti inkubáció szerepe a vállalkozás fejlesztésben* in Közgazdasági Szemle LI. Évfolyam 1133. o.

néhány anarchistán kívül senki sem kérdőjelezi meg – nem tud az állam nélkül létezni.

Még abban az esetben is, ha a mai értelemben vett nemzetállamok megszűnnének, a gazdasági és fejlesztési verseny a nemzetközi közösségek között továbbra is fennállna.

De továbblépve, abban az esetben is, ha elfogadjuk azt a gondolatot, hogy a Földön létrejön egy világállam, akkor sem fogadhatjuk el, hogy ezen állam bizonyos területei ne próbálnának meg saját környezetükben, megmaradt autonómiájuk keretében fejlesztéseket végrehajtani. Ez végső soron abból az alapvető emberi tulajdonságból fakad, hogy mindenki szeretne a lehetőségekhez képest a lehető legjobb körülmények között élni. Továbbá abból, hogy ha bármilyen típusú helyi politikai hatalom létezni fog a világállamban, azt is csak saját sikerei tarthatják pozícióban.

A mai materiális világban ez az anyagi javak előállításának bővítése és eredményes újraelosztása nélkül lehetetlen. Ez a tény viszont, amíg világ a világ arra fogja ösztönözni a döntéshozókat, hogy valamilyen módon, kisebb vagy nagyobb mértékben de beavatkozzanak a gazdaság működésébe. Ettől a ponttól kezdve, pedig csak az a kérdés, hogy ez az intervenció hasznos, fejlesztő vagy pusztán szociális újraelosztó típusú lesz. De sosem szabad elfelejteni, hogy az állami beavatkozás mindig csak eszköz egy társadalom vagy gazdaságpolitikai cél megvalósítása érdekében.

Magyarországon ezt a problémát különösen át kellene gondolni. A rendszerváltás óta eltelt években nem alakult ki egy olyan világos társadalompolitikai koncepció, amely értékhierarchiája mentén ki lehetne tűzni azokat a társadalmi, és gazdasági célokat, amelyeket különböző típusú állami beavatkozásokkal lehetne elérni. Ezen koncepció nélkül nem képzelhető el egy sikeres, fejlődő Magyarország.

VI.

Európai jogi szekció

New Developments in the system of acts of the European Law: interinstitutional agreements

IGOR BLAHUŠIAK

1. Introduction

Interinstitutional agreements (IIAs) are one of the oldest institutes of the EU law[1] and have influenced many areas of the EU Law, varying from the adoption of budget and political responsibility of the Commission to the procedures of conclusion of international agreements. They substantially influenced the overall balance of Institutions in the EU[2] and many times even predetermined the developments of the primary EU law.[3]

In the spite of the aforementioned facts, they belong among "*one of the last unexplored areas of the European law*".[4] No pro-type model of an IIA has been constructed so far and the doctrine is also not unified concerning the issue of legal effects of IIAs or their position in the system of the European law. However, in the recent few years we are able to witness a growth of interest in IIAs.[5]

This contribution was written predominantly as a reaction to the latest developments in the EU law after the entry into force of the Lisbon Treaty. Therefore, it aims to clarify the position of IIAs within the system of the acts of the European law.

[1] The first IIA was concluded in 1963. For details, see HUMMER, W. *From „Interinstitutional Agreements" to „Interinstitutional Agencies/Offices?"* In: European Law Journal, Vol. 13, No. 1, 2007.

[2] Notably when speaking of strengthening of the Parliament's competences. See e. g. DRIESSEN, B. *Interinstitutional Conventions and institutional balance.* European Law Journal, Vol. 33, No. 4, 2008, p. 555–556.

[3] See e. g. *Framework agreement on relations between the European Parliament and the Commission* (2000) that provided for in the case that the Parliament if Parliament asked the Commission President to withdraw confidence in an individual Member of the Commission, he would seriously consider whether he should request that Member to resign. Treaty of Nice adopted provision of former Art. 217, § 4 TEC, which elevated this obligation into the provisions of primary law. See *Framework agreement on relations between the European Parliament and the Commission.* OJ C 339, 29.11.2000, p. 269.

[4] See HUMMER, W. (2007), p. 49 et seq.

[5] Articles by Hummer, Marti or Driessen are to be mentioned primarily. See HUMMER, W. *Interinstitutionelle Vereinbarungen und „institutionelles Gleichgewicht".* In: Hummer, W. (Hrsg.) *Paradigmenwechsel im Europarecht zurJahrtausendwende.* 1. Aufl. Wien: Springer, 2004, p. 111 – 180 and an updated version of almost identical paper: HUMMER, W. (2007), p. 49–74; MARTI, G. *Les Accords Interinstitutionnels: Source du Droit Constitutionnel de l'Union Europenne?* Available [online] www.droitconstitutionnel.org, cit. 15. 1.2015; DRIESSEN, B. (2008), p. 550 – 562. As for the monographies, we can mention works by Alemann, Driessen or Katz (et. al.). See ALEMANN, F. von. *Die Handlungsform der interinstitutionnelen Vereinbarung. Eine Untersuchung des Interorganverhältnisses der europäischen Verfassung.* 1. Aufl. Berlin: Springer, 2006; DRIESSEN, B. *Interinstitutional Conventions in EU Law.* 1st ed. London: Cameron May, 2007; KIETZ, D.; SLOMINSKI, P.; MAURER, A.; PUNTSCHER–RIEKMANN, S. *Interinstitutionelle Vereinbarungen in der Europäischen Union. Wegbereiter der Verfassungsentwicklung.* 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2010.

2. Definition of IIAs

Although the first explicit references to IIAs in the positive law can be traced as early as the Amsterdam Treaty,[6] definition of this institute is provided by a Declaration No. 3 on the Art. 10 of the Treaty Establishing the European Communities (TEC), attached to the Treaty of Nice. Art. 295 Treaty on Functioning of the EU (TFEU) provides the first definition in the "core" text of the Treaties, materially following the spirit of the "Nice" definition: „*The European Parliament, the Council and the Commission shall consult each other and by common agreement make arrangements for their cooperation. To that end, they may, in compliance with the Treaties, conclude interinstitutional agreements which may be of a binding nature.*"[7]

This definition characterizes IIAs on the basis of formal and material characteristics. However, its approach in the issue of delimitation of the parties to IIAs may seem to be rather inconvenient, since it does not reflect the factual situation with IIAs concluded so far.[8] Therefore, in order to reflect this factual practice of the institutions, it is desirable to establish the definition criteria of IIAs on a theoretical level.

Since the doctrine is not capable of reaching an agreement on an universal acceptance of a single definition of IIAs and bearing in mind the fact that this issue was analyzed in other contributions,[9] we limit ourselves to claim that most of the scholars tend to combine formal and material definition criteria in search of a common definition of this institute. Instead of making reference to these numerous efforts, we introduce our own definition – we define IIAs as *written agreements between at least two organs of the EU, published in the Official Journal and concluded with the purpose of concretization of the provisions of primary law.*

Therefore, we are able to state that IIAs are a relevant category of acts of the European law. The following sections of this contribution will inspect the issues of classification of this category of acts within the system of the EU law.

[6] See e. g. Protocol No. 3 on the application of the principles of subsidiarity and proportionality or the Declaration No. 33 on the Art. 188, § 3 TEC, attached to the Treaty of Amsterdam.

[7] Prov. of the Art. 295 TFEU.

[8] A number of IIAs were concluded in a configuration of concluding parties deviating from the prescribed pattern of the Parliament, the Commission and the Council acting jointly. Moreover, the Institutions have concluded IIAs not only on the matters pertaining to their mutual cooperation *in stricto sensu*, but also in many other fields of the European law, for instance in the field of external relations of the EU, comitology, access to the documents and human rights.

[9] See e. g. BLAHUŠIAK, I. *Interinstitutional Agreements in the System of EU Law after the Adoption of the Lisbon Treaty*. In: *Law as Unifying Factor of Europe. Collection of Abstracts from the International Scholastic Conference organised by the Comenius University in Bratislava, Faculty of Law on 21st - 23rd of October 2010*. 1st ed. Bratislava: Comenius University, 2011. In printing.

3. Position of IIAs within the system of the European law

Although IIAs are to be considered as an unique category of the EU law, many scholars mark them as decisions *sui generis*.[10] We will not follow this line of thought and will try to remove IIAs from this residual category and determine their precise position in the system of EU law.

3.1. The issue of systemization of the sources of the EU law

The EU law is an autonomous legal system.[11] Due to its specific character, it is rather difficult to determine a hierarchy of its acts.[12] The issue is aggravated by the fact, that there these acts bear a plethora of names, and therefore, their system is rather complicated to orientate in.[13] Acts occur in various forms and a tendency to multiply not only the total volume, but also the number of types of acts could be observed in the past years.[14]

The doctrine provides numerous different classifications of acts of European law. For example, from the point of view of the hierarchy of norms, these are being divided into legislative ones, represented by certain provisions of the Treaties, and the other norms, contained in the other acts of the EU law.[15] We will try to incorporate IIAs into this hierarchy.

3.2. Classification of IIAs in the system of the EU law – overview of doctrinal viewpoints

3.2.1. IIAs as an authentic interpretation of the Treaties

IIAs were rather often utilized as a tool of interpretation of the respective Treaties' provisions. Therefore, some scholars have concluded that IIAs are to be considered as an authentic interpretation of the Treaties.

[10] KAPTEYN, P. J. G. (et. al.) *The Law of the European Union and the European Communities.* 4th ed. Alphen aan Rijn: Kluwer Law International, 2008, pp. 288–289. Also, other scholars systematically place IIAs within the category of sui generis acts. See e. g. BIEBER, R.; EPINEY, A.; HAAG, M. *Die Europäische Union* 6. Aufl Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 210; NASSER, H.; VERSCHRAEGEN, B. *Die Europäische Union. Anspruch und Wirklichkeit.* 1ste Auf. Wien: Springer, 2001, p. 269 et seq; CHALMERS, D. (et. al.) *European Union Law.* 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 137 et seq.; HUMMER,. W. (2007), p. 61; DONY, M. *Droit de la Communauté et de l'Union européenne.* 2. ed. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 112.

[11] See Case 26/62 *Van Gend en Loos* and Case 6/64 *Costa v. E. N. E. L.*

[12] Although the IGC in 1996 was originally to examine the question of introducing a hierarchy of the EU law acts.

[13] The Institutions e. g. adopt programmes, resolutions, actions programmes, framework programmes, etc. This fact is taken into account by the IIA on expedited working method for official codification of legislative acts. See *Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission of 6 March 1995 on the incorporation of financial provisions into legislative acts.* OJ C 102, 4.4.1996, p. 4.

[14] MATHIJSEN, P. S. R. F. *A Guide to European Union Law.* 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 26.

[15] TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy.* 5. vyd. Praha: Linde, 2006, p. 65.

When critically analyzing this line of thought, it has to be admitted that each Institution does interpret its competences in the light of the Treaties, indeed. However, this activity cannot be perceived as an authentic interpretation, since, according to the provisions of the Vienna Convention on Law of the Treaties,[16] only the subjects that were present at a Treaty negotiations are competent to deliver such an interpretation; in the case of the EU, these are the Member States.[17]

Taking into account the wording of the Art. 48 TEU and a revision procedure provided for therein, it might be argued that certain Institutions could be theoretically been taken in account.[18] However, one has to consider the principle of attributed powers. Therefore, this conclusion cannot be seen as valid, due to the fact that the only Institution that is entrusted with the task of interpretation of (*inter alia*) the Treaties, is the Court of Justice.[19]

A classification of IIAs as the acts of an authentic interpretation of the Treaties, issued by the Institutions themselves, is therefore to be refuted.

3.2.2. IIAs as contracts

Other scholars perceive IIAs as contracts of the respective Institutions. In this case, IIAs are seen as a special type of contracts of the public law that is not to be interchanged with contracts of the private law.[20]

In order to test the validity of this concept, one has primarily to explore the extent of competence of the Institutions and organs of the EU to enter in the mutual contractual relations. The doctrine solves this issue rather ambiguously. There are views asserting that this competence is to be at the Institutions' disposal, in order to ensure viability of their cooperation.[21] But, on the other hand, there are also views drawing attention to the fact that the Institutions do not have competence to enter into agreements among themselves, since a pre-condition of such an action is a legal subjectivity, which is only awarded to the EU as a complex.[22]

Some make in this regard a reference to the competence of the executive organs of international organizations to enter into administrative agreements among themselves.[23] However, in this case, it is a competence oriented primarily externally (from the perspective of an international organization) and not conversely (internally). Therefore, this competence does not constitute a legal basis for a conclusion of such agreements among organs of one international organization.

[16] See Vienna Convention on Law of the Treaties.
[17] See provision of Art. 31, § 2 TEU.
[18] Since the Art. 48 TEU mentions several times involvement of the Commission and the Parliament.
[19] See provision of the Art. 267 TEU.
[20] ALEMANN, F. (2006), p. 325 et seq.; BOBBERT, CH. *Interinstitutionelle Vereinbarungen im Europäischen Gemeinschaft.* 1. Aufl. Bern: Lang, 2001, p. 110.
[21] See BOBBERT, CH. (2001), p. 104.
[22] See provision of Art. 335 TFEU.
[23] HUMMER, W. (2004), p. 162.

Therefore, we can concede a denotation of IIAs as specific contracts of the public law; the denotation as the gentlemen's agreements is depriving IIAs of the possibility to invoke legal effects and therefore, it shall not be utilized.

3.2.3. IIAs as constitutional conventions

Another point of view characterizes IIAs as constitutional conventions. It is a rather frequent thought in the doctrine and many scholars analyze it. As we shall see, no consensus has been achieved so far, though.

Constitutional conventions are perceived as pragmatic rules of political administration of a certain institution, which are abided, as long as the respective organs perceive them to be suitable. Dicey defined them as "*customs, a stable practices, dicta or rules that are not enforced or acknowledged by the courts*."[24] Therefore, these are conventions that emanate and are interwoven with the provisions of constitutional law; this fact differentiates them from purely political undertakings. For this reason, they constitute a transitional type between "classical" norms of constitutional law and moral norms in the field of a constitution.[25]

Some scholars denote IIAs as precisely such acts, accentuating primarily their contractual nature. These agreements, in their point of view, "*illustrate the core of the EU's constitution in the ways that were not always envisaged by the authors of the Treaties*,"[26] and IIAs therefore profoundly influence the institutional balance.

Another group refutes this characterization, claiming that constitutional conventions are an institute originating in the British legal system, which is known for not having a written constitution.[27] Since the EU, on the contrary, does have a written a constitution, and taking into account the fact that IIAs does not represent mere factual customary behavior, but they are also a written capture of the behavioral norms, they claim that IIAs are not to be subsumed into this category of acts. Furthermore, IIAs are different also from the procedural perspective – being usually an outcome of negotiations and not of a spontaneously developed custom.

It is precisely the higher degree of formalization and the different adoption procedure that differentiate IIAs from the constitutional customs (conventions) in Anglo-Saxon perception. On the top of that, some scholars add a criticism that if a characterization of IIAs as constitutional customs was conceded, IIAs could not be reviewed by the Court of Justice.[28]

Therefore, when further developing this argument, one could arrive at the conclusion that these acts are not to be considered as a special category of EU law acts.

To sum up, the critics of classification of IIAs into the category of customary conventions object to three main elements – a different form, mode of adoption and treatment at the Court of Justice (ECJ).[29]

[24] DICEY, A. V., *Introduction to the Study of the law of the Constitution*. 8th ed. Indianapolis: Liberty Classics, 2009, p. 277.
[25] Constitutional conventions can be found in the United Kingdom as well as the US.
[26] DRIESSEN, B. (2008), p. 558.
[27] See e.g. BIEBER, R. *Settlement of Interinstitutional Conflicts on the basis of the Article 4 of EEC Treaty*. In: Common Market Law Review, Vol. 21, 1984, p. 511.
[28] MARTI, G. (2005), p. 4.
[29] Ibid., p. 7.

3.2.4. IIAs as customary law

Another group of authors characterize IIAs as the customary law of the EU.[30] Critical voices nevertheless argue that the principle of cooperation of the Institutions represents a "*legal obligation, the outcomes which must have inevitably a quality of law.*"[31]

Therefore, it is not possible to accept the characterization of IIAs as customary law because we would have to imply that IIAs would form a customary primary law. Such customs would be inevitably lacking an element of *opinio iuris*.

That is to say that customs of the Member States are to differentiated from the customs of the Institutions, which do not fall to the category of the customs capable of changing the primary law – the Institutions can only act within the limits of the rules set by the Treaties and cannot spontaneously change the primary law.[32]

Therefore, the customs of the Institutions would be lacking an element of *opinio iuris*, and thus, these customs would not constitute legal acts.[33]

It is therefore possible to hold that even if we do not absolutely preclude the characterization of IIAs as customary laws, in the case of application of such a classification, we would have to examine each IIA on the case-by-case basis for an existence of *opinio iuris*; that would be a rather difficult task in practice.

3.2.5 IIAs as soft law

IIAs are quite commonly characterized by the doctrine as a kind of soft law;[34] i. e. the norms, the adherence to which is enforced by extra-legal systems that regulate certain social relations. These rules nevertheless represent a kind of *lex in statu nascendi*, the occurrence of which is rather frequent in public international law.[35] Not only IIAs, but also acts issued by the Institutions are classified within this category and form a significant part of regulatory base in the EU law.[36]

However, a consensus on the issue whether IIAs are to be classified as soft law or not, is non-existent. Critics oppose that the category of soft law is primarily a category of public international law, which cannot be transformed into the EU law by the means of analogy, due to "*structural inconsistency*" of these two legal systems.[37]

[30] WELLENS, K. C., BERCHARD, G. M. *Soft Law in EC Law*. In: EC Law Review, Vol. 31, 1989, p. 312.
[31] See BIEBER, R. (2001), p. 38 and 146.
[32] See provision of Art. 13, § 2 TEU.
[33] The practice of the Institutions can only fill in the gaps in the primary law. Compare BIEBER, R.; EPINEY, A.; HAAG, M. (2005), p. 198.
[34] See e. g. MONAR, J. *Interinstitutional Agreements: The Phenomenom and its New Dynamics after Maastricht*. In: Common Market Law Review, Vol. 29, No. 4, 1994, p. 699; PHINNEMORE, D.; MCGOWAN, L. *A Dictionary of the European Union.* 4th ed. London: Routledge, 2008, p. 412; CHALMERS, D. (et. al., 2006), p. 137.
[35] A norm is regarded to be "soft law" if it is essentially not legally binding, but it nevertheless invokes factual effects, which contribute to a policy development. Their implementation depends on good will of their subjects. See BIEBER, M. (2002), p. 139.
[36] For details see CHALMERS, D., (et. al., 2006), p. 137.
[37] HUMMER, W. (2004), p. 168.

Moreover, they point to the fact that classification of IIAs as acts of soft law does not answer the issue of their legal status and the category of soft law itself is too wide – e. g. also recommendations of the Institutions could be classified in here.[38]

Least but not last, critics allege that soft law is an inherent category of developing legal systems, and due to the fact that the EU possesses a clearly-structured legislative system with assigned legislative institutions, the EU cannot be perceived as such a system.[39]

For all these reasons, it is unbearable to accept the classification of IIAs as soft law.

3.2.6. IIAs as reflection of the principle(s) of democracy

Some scholars characterize IIAs as a concretization of the principle of democracy in the EU. They depart from the case-law of the Court, which pronounced several times that the involvement of the Parliament in the decision-making process of the EU is an expression of the aforementioned principle.[40] Following this line of argumentation, they assume that IIAs strengthening the position of the Parliament do precise the principle of democracy, and therefore, their provisions cannot be breached.

This reasoning is however not confirmed by other judgments of the Court, that characterize the principle of democracy merely as a tool of implementation of the Treaties' provisions.[41] It is also to be borne in mind that the principle of the institutional balance forms a significant limitation of the institute of IIAs, and it is therefore not possible to allege that unilateral strengthening of the position of an Institution at the expense of another one forms a legal base of the effects of IIAs. Again, this approach is to be refuted.

3.2.7. IIAs in academic writings – summary

From the aforementioned characteristics, only two can be, with certain reservations, accepted: the contractual and customary conventions ones. Their limitations are nevertheless to be considered.

Predominantly, we have to take in account (to a certain extent) different characteristic of IIAs from the constitutional conventions in the Anglo-Saxon system of law. Since we have demonstrated previously that IIAs cannot be found virtually in any other legal order than the European one and this legal order is characterized by its autonomy, manifested also in the interpretation of its terminology, we may denote IIAs as constitutional conventions, on the condition, provided that we take into account their method of adoption and contractual element encompassed in them.

[38] DRIESSEN, B. (2008), p. 553 et seq.
[39] HUMMER, W. (2007), p. 61.
[40] See Case 138 and 139/79 *Roquette Fréres v. Council.*, point 33; Case C-300/89 *Commission v. Council,* point 20 and C-21/94 *Parliament v. Council,* point 17.
[41] See Cases C-65/93 *Parliament v. Council*; C-21-94 *Parliament v. Council,* point 17.

4. Classification of IIAs in the EU law – formal perspective

4.1. Comparison with other legal orders

Forms of legal regulation, that would be similar to IIAs, are very difficult to detect in other European legal orders. A certain reservation to this allegation forms Germany, where we are able to trace a similar kind of acts both on federal, as well as regional level.[42]

Therefore, it is necessary to determine classification of IIAs within a system of law solely with reference to the specific characteristics of the legal order of the EU and by clarification of their relation to fundamental categories of the EU law.

4.2 Relation of IIAs to the Treaties (primary law)

The primary concern of the relation of IIAs to the primary law that is to be clarified is an issue of capability of IIAs to amend the provision of the Treaties. Again, the doctrine is divided and provides a variety of views. Nevertheless, two basic lines of though can be identified.

According to a first one, should IIAs be capable of amending the provisions of the primary law, this would not conform to the primary intent of this institute. IIAs are concluded primarily for improvement of functioning of the procedures set forth by the primary law and therefore, they are not intended *per se* to widen the scope of application of its provisions. For instance, Westlake characterizes them as "*constitutional glue that fills in and couples the fundamental provisions of the Treaties*".[43] As a practical example of this line of thought, the Art. 127 of the Parliament's Rules of Procedure is cited: "*Parliament may enter into agreements with other institutions in the context of the application of the Treaties or in order to improve or clarify procedures*."[44] Furthermore, the fact that the European Council has many times so far called on the Institutions to precise a certain question related to their mutual cooperation by the means of an IIA is to be taken in account. Last, but not least, provisions of IIAs themselves mention on several occasion the general purpose of improvement of mutual inter-institutional procedures.[45]

Another line of thought is represented by scholars alleging that IIAs do not modify the provisions of the primary law; however, they are to be applied in priority.[46] By maintaining this, provisions of primary law are being made virtually redundant. To support their theory, they make reference to the budgetary procedure in the EU, in which the Institutions invented a "pragmatic timetable" that is provided for in IIAs,[47] and this prevails over the strict abid-

[42] See e. g. *Vereingarung zur Zusssamenwirkung des Bundestages mit der Bundesregierung*. **Available [online]** www.bundestag.de/htdocs.e/europe/vereinb_zus_bt_breg_en.pdf, cit. 15.1. 2011.

[43] WESTLAKE, M. (2001), p. 272.

[44] See provision of Art. 127, § 1 RoP of the EP.

[45] *Interinstitutional Agreement on budgetary discipline and improvement of the budgetary procedure*. OJ L 185, 15.6.1988, p. 33.

[46] BIEBER, CH. (2001), p. 194.

[47] See provision of Art. 314 TFEU.

ance of the provisions of primary law, also setting a timetable for this procedure.[48]

Bearing in mind the provision of Art. 48 TEU, we have to reject the latter line of thought and adopt the former one. We submit that IIAs do not have a capacity to derogate the provisions of Treaties; they merely concretize it.

4.3. IIAs and secondary law

As far as the relationship between IIAs and the secondary law is concerned, taking in account the several decisions of the ECJ, we can allege that IIAs are of a higher legal force than the acts of "ordinary" secondary law. The ECJ demonstrated several times that, provided that IIAs contain the provisions precise enough, they prevail upon the secondary law.[49] A quite recent example in this regard represents the Opinion by AG Jacobs in the Case *C-15/00 Commission v. European Investment Bank* (EIB). The AG Jacobs makes a reference to the Interinstitutional Agreement on the European Anti-Fraud Office (OLAF) of 25. 5. 1999,[50] in the light of which the contested decision of the EIB (act of secondary law) should have been declared void.[51]

In the case of active derogation, IIAs are capable of derogating the provisions of secondary law, with the exception to rules of procedure of respective Institutions.[52]

As far as the passive derogation is concerned, we have to resort to more restrictive point of view. A specific mode of adoption of IIAs precludes their passive derogation by an act of secondary law. For an IIA to be derogated, all of the institutions shall take part in adoption of the derogating act; only the acts that would fulfill this condition, are capable of derogating IIAs.[53]

IIAs are thus rather difficult to systemize within of the sources of European law. However, if consider the fact that these acts are not capable of derogating the primary law, we may submit that have a lower level of legal force than the Treaties – so-called "*infra-constitutional force*".[54]

On the other hand, their relation to the secondary law is rather complicated. Although IIAs are issued on the legal bases of the Treaties and by the Institutions of the EU, which are definition characteristics of the secondary law, we have to take into account also the fact that the acts of secondary law

[48] *Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on budgetary discipline and sound financial management - Declarations.* OJ C 139, 14.6.2006, p. 1.

[49] See Case C-25/94 *The Commission v the Council; T-194/94 Carvel* and other aforementioned cases.

[50] *Interinstitutional Agreement of 25 May 1999 between the European Parliament, the Council of the European Union and the Commission of the European Communities concerning internal investigations by the European Anti-fraud Office (OLAF).* OJ L 136, 31.5.1999, p. 15.

[51] See Case C-15/00 *The Commission v the EIB.*

[52] Since it would constitute an interference with the power of the respective institutions to set rules of of their internal organisation. See ALEMANN, F. (2006), p. 312.

[53] In practice, those would probably be again IIAs.

[54] MARTI, G. (2005), p. 9; DEGRAVE, E. *Mieux légifier. La corégulation et l'autorégulation dans la politique législative européene.* Journal des tribunaux de droit européen, Vol. 142, (2007), p. 241.

have been several times derogated on the basis of IIAs. Bearing this in mind, we submit that IIAs are formally a part of secondary law, however, they are factually set apart to the space between the secondary and primary law.

5. Classification of IIAs in the EU law – material perspective

In the following sections, a possibility of classification of IIAs within the system of the EU law from the perspective of content of its provisions will be inspected. Due to the fact that view on the issue whether the EU does have a constitution still diverge, we will settle this issue first.

5.1. Definition of the EU's constitution

Although there is no document in the European law formally named *a constitution,* we may claim that the EU does have a constitution. This is formed by a part of primary law,[55] taking in account the content of respective provisions and the method of adoption. Therefore, we speak about a constitution in material sense here.

From the material point of view, modern constitutions primarily include provisions on institutional structure that makes decisions and they also set fundamental rights and freedoms of individuals, thus setting the limits of activities of the institutional structure. Similarly, also the Treaties have provisions on Institutions, Union's policies and rules of decision-making. Moreover, as of December 1, 2009, the Treaties also include a reference to fundamental rights and freedoms/values of the EU, contained in the Charter of Fundamental Rights of the EU.[56] On the top of that, from the procedural point of view, one can detect many similarities between modern constitutions and the Treaties; the Treaties are also not adopted through ordinary legislative procedure(s).[57] In general, it can be alleged that in the material perspective, the Treaties (also) function as a constitution of the EU.[58]

The EU therefore does have a constitution - even though not in a formal sense, but in a material one and also, the European constitutional law is existent.

[55] Compare Case 294/83 *Les Verts*, NUGENT, N. (2006), s. 283; RUFFERT, M. *Institutionen, Organe und Kompetenze – des Abschluss eines Refomprozesses als Gegenstand der Europarechtswissenschaft.* In: SCHWARZE, J.; HATJE, A. (Hrslg.) *Der Reformvertrag von Lissabon.* 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2009, s. 49; DONY, M. (2001), s. 106.

[56] Compare provision of the Art. 6 TEU.

[57] The difference lies with the fact that the Treaties contain also provisions on political aims and programmes, which are absent in modern constitutions.

[58] NUGENT, N. *The Government and Politics of the European Union.* 6th ed. Basingstroke: Palgrave Macmillan, 2006, p. 284; KAPTEYN, P. J. G. (et. al., 2008), p. 55.

5.2. IIAs and the constitution of EU

There are two theories that attribute constitutional characteristics to IIAs:[59]

- Theory of a material source. This theory claims that IIAs may be a source of the European constitutional law, since there are several provisions of the primary law that were "pre-determined" by IIAs.[60]
- Theory of a formal source. This line of thought perceives IIAs as a material source of the European constitutional law. However, its acceptance is, taking in account aforementioned limitations of the relation of IIAs to the primary law, rather problematic.

We can classify IIAs as a material source of the European constitutional law. The EU's constitutional reality is formed not only by the IGCs. Apart from many legislative and judiciary activities, many innovations were also introduced outside the ambit of the primary law and were elevated to the level of the Treaties only later.[61] As we have demonstrated, several of these phenomena are results of IIAs.

Furthermore, the Treaties are of a framework character. Therefore, a typical characteristic of the European law is complementation of these basic guidelines via means of other instruments. It is precisely this complementation of the provisions of the Treaties that IIAs are a suitable instrument for.

IIAs can therefore be included to the complex of the provisions of the EU's constitutional law[62] and characterized as a specific kind of constitutional conventions. We have to bear in mind autonomous interpretation of the notions of the European law and therefore not mix them with constitutional conventions of Anglo-Saxon legal system. The conventions in the European law differ from the latter by contractual element and method of their adoption. Even though some scholars claim that IIAs are an *acquis institutionnel*, a parallel inter-institutional constitution,[63] we are of an opinion that there is no reason to exclude IIAs from the system of sources of the European constitutional law. As Wyatt and Dashwood note, IIAs should be "*rather perceived as agreements among equal partners within the constitutional order and on the method of their mutual execution of their competences.*"[64]

Taking all this in account, from the systematic point of view, IIAs can be characterized as a specific kind of formalized consensual constitutional conventions in the system of the European law.

[59] MARTI, G. (2005), p. 3.

[60] Some scholars speak in this connotation about so-called anticipative function of IIAs. MARTI, G. (2005), p. 4.

[61] In particular the political science distinguishes between two levels of negotiations on the European constitutional settlement – a higher one, on which the guidelines are set and a lower, on which the practical detailed arrangements are being enacted, on the basis of the aforementioned guidelines. EISELT, I.; SLOMINSKI P. *Sub-Constitutional Engineering*: *Negotiation, Content and Legal Value of Interinstitutional Agreements in the EU.* In: European Law Journal, Vol. 13, No. 1, 2007, p. 211.

[62] MARTI, G. (2005), p. 11.

[63] TOURNEPICHE, A. M., (2000) in MARTI, G. (2005), p. 12.

[64] WYATT, D.; DASHWOOD, A. (et. al.) *European Union Law.* 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006, p. 49.

6. Conclusion: IIAs as specific type of "constitutional conventions" in the EU law

The EU law is an autonomous legal system, with special characteristics. In this contribution, an attempt was nevertheless undertaken to systematically classify IIAs.

After the examination of possible characterizations of IIAs in the relevant academic writings, we have submitted that two can be, with certain reservations, accepted: a contractual one and the characteristic of IIAs as constitutional conventions. However, we have to take in account the implicit limitations of these concepts.

Having demonstrated that IIAs cannot be found virtually in any other legal order than the European one and this legal order is characterized by its autonomy, manifested also in the interpretation of its terminology, we may therefore denote IIAs as constitutional conventions, on the condition that we take into account their method of adoption and contractual element encompassed in them. If we therefore try to systematically classify IIAs in the EU law, we can do so solely on the condition of bearing in mind the special characteristics of the EU's legal order and by the through the clarification of their relation with basic categories of the EU law. Bearing this in mind, we submitted that IIAs are formally a part of secondary law, inferior to the Treaties. However, they are factually set apart to the space between the secondary and primary law. In the material sense, IIAs can be classified as a (material) source of the EU's law. Therefore we conclude with allegation that IIAs can be characterized as a specific kind of formalized consensual constitutional conventions in the system of the European law.

7. Bibliography

Primary sources

1. Case 26/62 *Van Gend en Loos.*
2. Case 6/64 *Costa v. E. N. E. L.*
3. Case 138 and 139/79 *Roquette Fréres v. Council.*
4. Case 294/83 *Les Verts.*
5. Case C-300/89 *Commission v. Council.*
6. Case C-65/93 *Parliament v. Council.*
7. Case C-21/94 *Parliament v. Council.*
8. Case C-25/94 *The Commission v the Council.*
9. Case T-194/94 *Carvel.*
10. Case C-15/00 *The Commission v the EIB.*
11. *Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission of 6 March 1995 on the incorporation of financial provisions into legislative acts.* OJ C 102, 4.4.1996, p. 4.
12. EUROPEAN PARLIAMENT. *Rules of procedure (14th edition).* Available [online] http://www.europarl.europa.eu/, cit. 15.1.2011.
13. *Framework agreement on relations between the European Parliament and the Commission.* OJ C 339, 29.11.2000, p. 269.
14. *Interinstitutional Agreement on budgetary discipline and improvement of the budgetary procedure.* OJ L 185, 15.6.1988, p. 33.
15. *Interinstitutional Agreement of 25 May 1999 between the European Parliament, the Council of the European Union and the Commission of the European Communities concerning internal investigations by the European Anti-fraud Office (OLAF).* OJ L 136, 31.5.1999, p. 15.

16. *Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on budgetary discipline and sound financial management - Declarations*. OJ C 139, 14.6.2006, p. 1.
17. *Treaty of Amsterdam*. OJ C 340, 10.11.1997, p. 1.
18. *Treaty of Nice.* OJ C 80, 10. March 2001, p. 1.
19. *Treaty on the Functioning of the European Union*. OJ C 115, 9.5.2008, p. 1.
20. *Treaty on European Union*. OJ C 115, 9.5.2008, p. 1.
21. *Treaty on European Union.* OJ C 191, 29.7.1992, p. 1.
22. *Treaty Establishing the European Community*. OJ C 321E, 29.12.2006, p. 1.
23. Vienna Convention on Law of the Treaties.
24. *Vereingarung zur Zusssamenwirkung des Bundestages mit der Bundesregierung*. Available [online] www.bundestag.de/htdocs.e/europe/vereinb_zus_bt_breg_en.pdf, cit. 15.1.2011.

Secondary sources

1. ALEMANN, F. von. *Die Handlungsform der interinstitutionnelen Vereinbarung. Eine Untersuchung des Interorganverhältnisses der europäischen Verfassung.* 1. Aufl. Berlin: Springer, 2006. ISBN 3-540-31145-9.
2. BIEBER, R. *Settlement of Interinstitutional Conflicts on the basis of the Article 4 of EEC Treaty*. In: Common Market Law Review, Vol. 21, 1984. ISSN 0588 7445, s. 505–521.
3. BIEBER, R.; EPINEY, A.; HAAG, M. *Die Europäische Union* 6. Aufl Baden-Baden: Nomos, 2005. ISBN 3-8329-37541-7.
4. BLAHUŠIAK, I. *Interinstitutional Agreements in the System of EU Law after the Adoption of the Lisbon Treaty*. In: *Law as Unifying Factor of Europe. Collection of Abstracts from the International Scholastic Conference organised by the Comenius University in Bratislava, Faculty of Law on 21st–23rd of October 2010*. 1st ed. Bratislava: Comenius University, 2011. In printing.
5. BOBBERT, CH. *Interinstitutionelle Vereinbarungen im Europäischen Gemeinschaft.* 1. Aufl. Bern: Lang, 2001. ISBN 3-631-37541-7.
6. CHALMERS, D. (et. al.) *European Union Law.* 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. ISBN 978-0-521-82041-7.
7. DEGRAVE, E. *Mieux légifier. La corégulation et l'autorégulation dans la politique législative européene.* Journal des tribunaux de droit européen, Vol. 142, 2007. ISSN 0165-7607, p. 232–248.
8. DICEY, A. V., *Introduction to the Study of the law of the Constitution.* 8th ed. Indianapolis: Liberty Classics, 2009. ISBN 9780847686438.
9. DONY, M. *Droit de la Communauté et de l'Union européenne.* 2. ed. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2001. ISBN 2-8027-1606-9.
10. DRIESSEN, B. *Interinstitutional Conventions and institututional balance.* 1st ed. London: Cameron May, 2007. ISBN 978-1-905017-54-6.
11. DRIESSEN, B. *Interinstitutional Conventions and institututional balance.* European Law Journal, Vol. 33, No.4, 2008. ISSN 0307-5400, p. 550–562.
12. EISELT, I.; SLOMINSKI P. *Sub-Constitutional Engineering*: *Negotiation, Content and Legal Value of Interinstitutional Agreements in the EU.*In: European Law Journal, Vol. 13, No. 1, 2007. ISSN 1351-5993, p. 209 – 225.
13. HUMMER, W. *Interinstitutionelle Vereinbarungen und „institutionelles Gleichgewicht".* In: Hummer, W. (Hrsg.) *Paradigmenwechsel im Europarecht zurJahrtausendwende.* 1. Aufl. Wien: Springer, 2004. ISBN 3-211-20798-8 p. 111–180.
14. HUMMER, W. *From „Interinstitutional Agreements" to „Interinstitutional Agencies/Offices?"* In: European Law Journal, Vol. 13, No. 1, 2007. ISSN 1351-5993, p. 49–109.
15. KAPTEYN, P. J. G. (et. al.) *The Law of the European Union and the European Communities.* 4th ed. Alphen aan Rijn: Kluwer Law International, 2008. ISBN 978-90-411-2631-3. KIETZ, D., SLOMINSKI, P.; MAURER, A.; PUNTSCHER-RIEKMANN, S. *Interinstitutionelle Vereinbarungen in der Europäischen Union. Wegbereiter der Verfassungsentwicklung.* 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2010. ISBN 978-3-8329-5373-7.
16. MARTI, G. *Les Accords Interinstitutionnels: Source du Droit Constitutionnel de l'Union Europenne?* Available [online] www.droitconstitutionnel.org, cit. 15. 1.2011.

17. MATHIJSEN, P. S. R. F. *A Guide to European Union Law*. 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. ISBN 978-0421-95970-5.
18. MONAR, J. *Interinstitutional Agreements: The Phenomenom and its New Dynamics after Maastricht*. In: Common Market Law Review, Vol. 29, No. 4, 1994. ISSN 01650-0750, p. 693–719.
19. NASSER, H.; VERSCHRAEGEN, B. *Die Europäische Union. Anspruch und Wirklichkeit*. 1ste Auf. Wien: Springer, 2001. ISBN 3-211-83350-1.
20. NUGENT, N. *The Government and Politics of the European Union*. 6th ed. Basingstroke: Palgrave Macmillan, 2006. ISBN 978-0-230-00001-5, p. 281–309.
21. PHINNEMORE, D.; MCGOWAN, L. *A Dictionary of the European Union*. 4th ed. London: Routledge, 2008. ISBN 978-1-85743-485-9.
22. RUFFERT, M. *Institutionen, Organe und Kompetenze – des Abschluss eines Refomprozesses als Gegenstand der Europarechtswissenschaft*. In: SCHWARZE, J.; HATJE, A. (Hrslg.) *Der Reformvertrag von Lissabon*. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2009. ISBN 978-3-8329-4122-2, s. 31–49.
23. TÝČ, V. *Základy práva Evropské unie pro ekonomy*. 5. vyd. Praha: Linde, 2006. ISBN 80-7201-631-8.
24. WELLENS, K. C., BERCHARD, G. M. *Soft Law in EC Law*. In: EC Law Review, Vol. 31, 1989. ISSN [n/a.], s. 267–321.
25. WESTLAKE, M. *The European Commission and the European Parliament*. In: SPENCE, D., EDWARDS, G. *The European Commission*. 1st ed. London: John Harper Publishing, 2001. ISBN 0-9543811-8-1, p. 263–278.
26. WYATT, D.; DASHWOOD, A. (et. al.) *European Union Law*. 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006. ISBN 10-0-421-92560-4.

Contact information:

blahusiak@mail.muni.; igor.blahusiak@gmail.com

Right to fair trial in the EU

KALICZKA ALEXANDRA
LLM
Pázmány Péter Catholic University, PhD student, lecturer

1. Introduction

Since the twentieth century international and national lawyers are focusing on fundamental rights. The right to be heard has a great importance among them, while it constitutes a clue in the exercise of individual rights. The EU constructing a real political union wants to reform the system of recognition and enforcement and create a free movement of judgments. The core question is to ensure the protection of fundamental rights and in the mean time the respect of varying legal traditions of Member States when the EU goes further in the unification.[1]

2. The protection of the right to fair trial

2.1. The first problem–different levels and diversity of courts

The fundamental human rights could have three levels of sources in the European states. In the party states of the European Convention of Human Rights (ECHR) an international, in each states a national, and in the Member States of the European Union (EU) a community level. Since the EU joined the ECHR, it is evident that in the Member States of the EU the fundamental rights could be protected by sources of law that can originate from any of the three levels. Before the court the claimant can refer or to Article 6 of the ECHR[2] or to Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU[3] or to articles of the country's Constitution, laws, etc. This already complex system is complicated by the "living law", by interpretation of courts. Not only because finally it is up to courts to decide what the law is, but because in the case of fundamental rights there could be at least three different courts who has right

[1] *„In our days, the main European concern has rather become the maintenance of reasonable balance between integration on the one hand and diversity and regional responsibility on the other hand."* Peter F. Schlosser: *The Abolition of Exequatur Proceedings – Including Public Policy Review*. In: *IPRax*, 2010/2 p.104.

[2] Article 6. Right to a fair trial (1) In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

[3] Article 47. Right to an effective remedy and to a fair trial. Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article. […]"

to decide, and each of them has its own logic and priorities that influence the final decision. And additionally their relationship is much more delicate, than to describe it as hierarchical.

The European Court of Human Rights (ECtHR) is devoted to the protection of individual rights. This is his very aim, and its rulings are subordinate to this purpose. However the EU joined the ECHR, the decisions of the ECtHR don't bind the Court of Justice of the European Union (CJEU). As to the party states, they are obliged by decisions of the ECtHR.[4]

The CJEU is working with community logic. It takes into consideration the interest of the individuals and of the states, but its vocation is to support the building-up of a union in Europe. In the protection of fundamental rights the four freedoms are deeply taken into account. As the CJEU can be consulted by national courts in hard cases, national courts are eager to follow its decisions.

National courts are at the end of this line, although the protection of fundamental rights depends on them in most cases. To go to trial to Strasbourg needs on the one hand courage, on the other hand considerable resources, the CJEU have a voice only if the national court demands its opinion.

2.2. The second problem – different stages of procedure

Normally the standards of fundamental rights, such as of the right to far trial, are met in the original procedure because courts have obligation to ensure these rights. Their protection could also occur in the stage of recognition or enforcement.

The problem arises when a decision wants to be implemented in the national legal order, but the fundamental rights, especially the right to fair trial, were not respected in the original procedure. Four questions can be asked. Can the court of the state in which the recognition or the enforcement is sought accept the decision? Or does the court have to accept it? Has this court the possibility to deny this decision? Or is it obliged to deny it? Answers to these questions could show the very meaning and real content of the right to fair trial. The purpose of this paper is to point out the elements of cross-border litigation which are problematic to the right to fair trial and to seek an answer which is convenient to the EU, to the states, and to the individuals as well.

2.3. The third problem – the space and the time

The adequate protection of the right to fair trial is actual and very urgent to solve. Not because the EU citizens can experience severe abuses by national courts, but because the meaning of "fair trial" change from country to country.[5] These changes, even smaller ones, could cause considerable difficulties in the unifying European civil justice system.

[4] Article 46 of ECHR.

[5] The problem is deeper than a mere question about a definition, because the differences „reflect fundamental societal choices and form an important part in the different identities of polities and societies." Joseph H. H. Weiler: *The constitution of Europe: "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration,* Cambridge University Press, Cambridge, 1999. p. 102.

At this time three standards exist in the EU. The standard of the ECtHR, as a minimum level, the standard set up by the CJEU, as a unified and obligatory level, and diversity of national standards. Already the first two standards could differ, but national interpretation of right to fair trial could provide multitude of approaches. For example the meaning of the right to an effective defence and the presence before court is not understood in the same way in the United Kingdom as in Hungary. The British courts have the right to exclude the defendant from the procedure by a debarment order, if he or she held to be in contempt of court. In this case nor the defendant, nor his or her legal representative will be heard. This type of exclusion is not imaginable for Hungarian judges.

The core question in the construction of the European legal order is the effective protection of fundamental human rights such as the right to fair trial. I am convinced that rules of recognition and enforcement could be changed to a totally automatic system, if this problem will previously be solved. In the EU judges were facing the question several times: what happens if a decision arrives from a Member State which interprets narrowly or simply otherwise[6] the right to fair trial?

3. Means of protection in the stage of recognition and enforcement

In the EU in the stage of recognition and enforcement the right to fair trial could be protected mainly by public policy.[7] The legal basis of procedural public policy was Article 27 point 1 of the Brussels Convention, and now it lies in Article 34 point 1 of the Brussels Regulation.[8] The article guarantees the procedural rights of the individual by its points 1 and 2.[9] The notification in due time is ensured by the point 2, and since the *Krombach* case all other aspect of procedural rights can be protected by procedural public policy (point 1).

[6] Oberhammer's opinion on *exequatur* procedure is true for procedural law in general. *„[...] procedural details differ strongly from one jurisdiction to another."* . Paul Oberhammer: *The Abolition of Exequatur*. In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2010/3, p. 198.

[7] *„[…]public policy has […] become an increasingly uniform and universal concept of justice."* Schlosser p.104.

[8] Outside the EU their parallels could be found in the two Lugano Conventions. Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and Convention of 28 March 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters („new Lugano Convention").

[9] Article 34 A judgment shall not be recognised:

1. if such recognition is manifestly contrary to public policy in the Member State in which recognition is sought;
2. where it was given in default of appearance, if the defendant was not served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant failed to commence proceedings to challenge the judgment when it was possible for him to do so.

4. Krombach cases[10]

4.1. CJEU

4.1.1. What happened?

Krombach was the stepfather of a 14-year-old French girl who was found dead after the night that *Krombach* gave him an injection generally used as treatment to anaemia.[11] The German preliminary investigation was closed and found *Krombach* innocent in the girls' death. However the girls' father, Bamberski was not satisfied at all with the German procedure thus he started a case against *Krombach* in France. The *Cour d'* Assises *de Paris* condemned *Krombach* to imprisonnement and decided also on the civil claim, it ordered *Krombach* to pay compensation to Bamberski. The *Cour* d'Assises *de Paris* made the decision by applying the contempt procedure. So because *Krombach* was ordered to appear in person, but he did not attend the hearing, the court refused to hear his defence counsel. *Gambazzi* tried to enforce the decision on the civil claim in Germany, and *Krombach*, after his appeal was rejected brought an appeal on a point of law before the Bundesgerichtshof. *Krombach* complained that he had been unable to defend himself effectively. The Bundesgerichtshof asked the CJEU in a preliminary ruling if the circumstances of the case, more specially the fact that the legal representative of *Krombach* was not heard in the procedure can be taken into account in the meaning of the public policy exception of the Brussels Convention.

4.1.2. What was decided?

The CJEU decided that the state of enforcement could consider the fact that the defendant who was prosecuted for an intentional offense could not have his defence presented unless he appeared in person. It also stated that *"recourse to the public-policy clause must be regarded as being possible in exceptional cases where the guarantees laid down in the legislation of the State of origin and in the Convention itself have been insufficient to protect the defendant from a manifest breach of his right to defend himself before the court of origin, as recognised by the ECHR."*[12]

Besides, the CJEU also made some important statements about the right to fair trial and the protection of fundamental rights under the scope of the Brussels Convention. The Courts emphasized that recourse to public policy

[10] C-7/98, 28 March 2000, application no. 29731/96, 13 May 2001.

[11] *„The daughter, K. B., was fourteen years old and a French national. On 9 July 1982 she spent the day wind surfing. On her return she complained that she felt tired and was not as tanned as she would have liked. As he had done several times in the past, the applicant injected her at about 8.30 p. m. with a ferric preparation that was sold under the brand name Kobalt-Ferrcelit and was in principle intended for the treatment of anaemia."* Case *Krombach v. France*, paragraph 10.

[12] *Krombach* paragraph 44.

must be exceptional,[13] when an infringement of a fundamental principle, or of an essential rule of law, or a breach of a fundamental right is at stake. The Court also stated that the right to be defended is an important factor in the organization of a fair trial, and that the refusal to hear the defence of a person who is not present constitutes a "*manifest breach of a fundamental right*".[14] More importantly the Court has also held in paragraph 43, that it is not permissible to achieve the aim of the Brussels Convention, the simplification of formalities, by undermining the right to a fair hearing.[15] This is an important rule of community law since the *Debaecker* case.[16]

4.1.3. What are the consequences?

In consequence of this judgement, it become possible to deny the enforcement by recourse to public policy if special procedural rights of the defendant were not respected at the court of origin. Even though this case concerned a civil decision made in penal procedure, because of the wording of paragraph 10 of *Debaecker* and paragraph 43 of *Krombach*, judges, practitioners, but also the Community legislator must bear in mind that the simplification of formalities, such as the abolition of internal measures, cannot be achieved by undermining the right to fair trial.

4.2. ECHR

4.2.1. What was the complaint and what was decided?[17]

Before the ECtHR *Krombach* complained among others that he was denied legal representation at his trial and the *Cour d'Assises de Paris* condemned him in his absence under article 630 of the Code of Criminal Procedure. *Krombach* referred to article 6 (1) and (3) (b) of the ECHR. The Court considered that penalising that the applicant was not present before the *Cour d'Assises de Paris* by imposing a prohibition of not hearing his legal representative, is manifestly disproportionate. In paragraph 84 the ECtHR laid down

[13] The Court of Justice held In paragraph 23 of the *Krombach* case, and affirmed in paragraph 26 of Gambazzi case that while it is not for the Court to define the content of the public policy, it is none the less required to review the limits within which the courts may have recourse to that concept. As to the exceptional character of public policy, the CJEU emphasized in *Renault* judgment that *„ […] Article 27 of the Convention must be interpreted strictly inasmuch as it constitutes an obstacle to the attainment of one of the fundamental objectives of the Convention (Case C-414/92 Solo Kleinmotoren [1994] ECR I-2237, paragraph 20, and Krombach, paragraph 21). With regard more specifically to the clause on public policy in Article 27, point 1, of the Convention, the Court has made it clear that it may be relied on only in exceptional cases (Case 145/86 Hoffmann v Krieg [1988] ECR 645, paragraph 21, and Case C-78/95 Hendrikman and Feyen v Magenta Druck & Verlag [1996] ECR I-4943, paragraph 23)." Renault* case paragraph 26.

[14] *Krombach* paragraph 37–40, especially paragraph 40.

[15] *Krombach* paragraph 43.

[16] Case 49/84 *Debaecker and Plouvier* v *Bouwman* [1985] paragraph 10.

[17] http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/40a8c57e96f944aec12569f9003dfe99?OpenDocument.

that *„...the fact that the defendant, in spite of having been properly summonsed, did not appear, could not – even in the absence of an excuse – justify depriving him of his right under Article 6 § 3 (c) of the Convention to be defended by counsel."* The ECtHR acknowledged the right to be defended by a lawyer as a fundamental aspect of a fair trial.[18]

4.2.2. What are the consequences?

Party states of the ECHR are obliged to respect the defendant's right to be heard, if not present by his or her legal counsellor. That means that any other practice by courts is incompatible with the right to fair trial in the meaning of article 6 of the ECHR, and constitutes a breach of obligation under the convention, and states are liable for such a non conformity of their international obligation.

4.3. The impact of Krombach cases on the EU's plan

All two judgments acknowledged the right to be heard as part of the right to fair trial, and the right to fair trial as an effective fundamental right in the community and in the ECHR legal order as well. From the point of view of the planned abolition of *exequatur*, the most important *"acquis"* of the CJEU ruling is that the integration and facilitation of free movement of judgments cannot be done to detriment of the fundamental rights.[19] Fundamental rights thus have priority over community aims. At this point the integrationalist logic ceases to work, because the community interest has to retreat before individual interest.

As to the ECtHR judgment, the most important observation for this matter is that the protection and the guarantee of the right to fair trial is the duty of all signatories, and that those who let such a right to be breached are liable under the ECHR.

5. Gambazzi Case[20]

5.1.1. What happened?

The claimants, Daimler Chrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company, started a procedure against *Gambazzi* in England. During this procedure *Gambazzi* did not, at least fully, comply with the disclosure order, then

[18] *„Although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial."* paragraph 89.

[19] The abolition of *exequatur* proceeding without any safeguard would prioritise free movement of judgments over fundamental rights. See: Paul Beaumont – Emma Johnston: Abolition of the *Exequatur* in Brussels I*: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?* In: *IPRax,* 2010/2, p. 106.

[20] C- 349/07, 2 April 2009.

with the unless order, the English court hence held him to be in contempt of court and excluded him from the procedure (debarment order). The court gave a judgment without hear *Gambazzi* or his legal representative, and ordered the defendant to pay damages to the claimants. The claimants tried to enforce the judgement in Switzerland, but the attempt failed. The Federal Supreme Court of Switzerland affirmed the previous decision of the Court of Appeal of the Canton of Ticino which refused to recognize and enforce the decision because its contrariety to public policy on the basis of article 27 point 1 of the Lugano Convention.

The claimants then tried to enforce the English judgments in Italy. The first instance declared them enforceable in Italy. *Gambazzi* appealed against this order, he alleged that the English judgments were made in breach of the rights of defence and the adversarial principle. The Court of Appeal of Milan asked the CJEU if the fact that the original court decided without hearing the defendant or his legal representative can be taken into account with regard to article 27 point 1 or the Brussels Convention.

5.1.2. What was decided?

The CJEU emphasized in its decision that fundamental rights, as the rights of the defence are not prerogatives without barriers and they may be subject to restrictions which/that must answer to special conditions. They must correspond to objectives of public interest and must not constitute a manifest or disproportionate breach of the fundamental right. In this case the United Kingdom invoked the fair and efficient administration of justice, as the objective of public interest that justify the restriction to the rights of the defence, the exclusion of *Gambazzi* from the proceedings. The Court estimated that such an objective is capable of justifying a restriction. But as to the sanction, they could not be manifestly disproportionate to the purpose.[21] The Court called the attention to the fact that the exclusion from the procedure is the most serious restriction possible on the rights of the defence.[22] Hence it must satisfy very exact requirements or it will constitute a manifest and disproportionate infringement of the fundamental rights. The CJEU ruled that it is to national courts to assess the specific circumstances and to take into account *"the proceedings as a whole in the light of all the circumstances"*.[23]

[21] Cuniberti is if the opinion that the *„right to be heard and the right to be imposed only proportionate sanctions are distinct and autonomous. Sanctions ought to be proportionate irrespective of whether they result in a violation of the right to be heard."* Gilles Cuniberti: *Debarment from Defending, Default Judgments and Public Policy*. In: *IPRax*, 2010/2, p. 153. Sanctions really have to be proportionate to the act committed. I am however convinced that the CJEU considered the proportionality from another angle, it set out the proportionality requirement on the score of all fundamental rights and as to the aim pursued. As the *Gambazzi* judgment is reasoning: *„restrictions [...] must not constitute, with regard to the aim pursued, a manifest or disproportionate breach of the rights thus guaranteed."* *Gambazzi* judgment. paragraph 29.

[22] *„With regard to the sanction adopted in the main proceedings, the exclusion of Mr Gambazzi from any participation in the proceedings, that is (…) the most serious restriction possible on the rights of the defence. Consequently, such a restriction must satisfy very exacting requirements if it is not to be regarded as a manifest and disproportionate infringement of those rights."* *Gambazzi* judgment, paragraph 33.

[23] This is the rule since the *Eurofood IFSC* case (case C-341/04 [2006] paragraph 68).

Thus, the court decided that national courts have the right to esteem the exclusion from the procedure as a breach of fundamental rights and an offense to public policy. The CJEU however did not decide if it happened in *Gambazzi*'s case or not, it merely gave some instruction to national courts, some considerations to think about.

5.1.3. What are the consequences?

The *Gambazzi* ruling made emphasize on the fact that, despite that the right of defence is one of the fundamental rights, it is not sacrosanct. So it can have restrictions, but only justified and proportionate ones. As to decide that a sanction is possible, national courts have to assess the situation with regard to all circumstances of the case.

From point of view of the abolition of *exequatur*, and the erase of the grounds of refusal, a question has to be asked. European legislator should decide, if public interest of facilitation of free movement of judgments is sufficient to justify the suppression of the recourse to public policy that cause problem in the guarantee of fundamental rights and can constitute a very strong restriction of the right to fair trial. This restriction would be not only severe, but also a general one which would deprive national courts of their discretion.

5.1.4. The impact of CJEU case law on the EU's plan

The two decisions testify that recourse to public policy as a mean of protection of the right to be heard in the stage of enforcement and /or recognition is acknowledged in the EU. In the mean time courts are entitled to consider all circumstances of the case to decide if there was a breach to the right to be heard. As it could be seen from the *Gambazzi* and *Krombach* cases, article 27 of the Brussels Convention, as well as article 34 of the Brussels Regulation is sufficient enough on the one hand to ensure the respect of fundamental human rights in a procedure, on the other hand to maintain a delicate balance between public and individual interest. The main question is whether there are other means of protection which are able to guarantee the right to fair trial without the recourse to public policy. If the EU, in the creation of an automatic system of recognition and enforcement, abolishes the *exequatur* procedure by erasing the grounds for refusal, public policy has to be substituted by other institution, or at least Member States have to accept minimal standards of procedural rights in order to ensure the right to fair trial.[24]

6. Genuine European Area of Justice[25]

The aim of the EU is to create a genuine European area of justice in civil matters. Since 1993 and the entry into force of the *Treaty of Maastricht*, the judicial co-operation in civil matters is a field of common interest for EU Member

[24] And in the case of the EU and its member states, this minimum standard could not be above the standard of the ECHR.

[25] http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/policies_civil_intro_en.htm

States. The *Treaty of Amsterdam* made judicial co-operation in civil matters a full-scale European Community policy linked to the free circulation of people. The EU justifies its plan of abolition of *exequatur* and the creation of the European Area of Justice with the aim to facilitate the everyday life of EU citizens and businesses. As the EU emphasize, EU citizens would circulate freely if they had access to justice in each Member State with the same conditions, and they did not had to undergo additional difficulties when exercising their rights. The EU gives reason for the abolition of *exequatur* and acts as it would have been an obvious aim from the beginning of the creation of the European Area of Justice. It is thus worthy to take a look on the Programmes published over the past 10 years of endeavour.

As some scholars emphasize, the *Tampere Conclusions*[26] did not yet *"...specifically require the abolition of intermediate measures in relation to Brussels and certainly did not require the abolition of the "grounds for refusal and enforcement" in Brussels 1."*[27] However for others it is evident that since the Tampere meeting the suppression constitutes an objective of high priority.[28]

A programme of the general abolition of *exequatur* has been envisaged *in 2001*.[29] But this *programme* also emphasized the importance of setting of minimal standards on civil procedure, at least for certain types of claims (uncontested claims, small claims, maintenance claims) in order to assure the right to fair with respect to the ECHR.[30]

The Hague programme[31] thought of the European Area of Justice as an area where effective access to justice is guaranteed in order to obtain and enforce judicial decisions. The Programme was envisaging the laying down of measures which build confidence and mutual trust among Member States. It especially emphasized the importance of creation of minimum procedural standards and planned to ensure high standards of quality of justice systems, in particular as regards the rights of defence.

The European Parliament and the Council adopted the *"Civil Justice" programme*[32] on 25 September 2007, which aims the creation of a genuine area of

[26] http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.

[27] Beaumont–Johnston p. 105, same conclusion was made by Schlosser p.101.

[28] For example see Marie-Laurre Niboyet: *Audition devant la Commission des affaires juridiques du Parlement européen sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (le 5 octobre2009)*, texte définitif à publier sur le site de la commission des affaires juridiques du Parlement européen (lundi 5 octobre 2009), and Oberhammer p. 200.

[29] Draft programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters. 2001/ C 12/01 (15 January 2001). http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:012:0001:0009:EN:PDF.

[30] The Conclusions of the Tampere European Summit made the same type of recommendations in point B.5. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.

[31] Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - The Hague Programme: Ten priorities for the next five years The Partnership for European renewal in the field of Freedom, Security and Justice /* COM/2005/0184 final and Action Plan implementing the Hague Programme - COM(2006) 331. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:EN:HTML.

[32] Decision No 1149/2007/EC of the European Parliament and of the Council of 25 September 2007 establishing for the period 2007–2013 the Specific Programme Civil Justice as part of the General Programme Fundamental Rights and Justice, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:257:0016:0022:EN:PDF.

freedom, security and justice, an area of justice without borders. The elimination of obstacles to cross-border litigation is a specific aim of the Programme[33] in order to improve the daily life of EU citizens by enabling them to assert their rights throughout the EU.

The more recent *Stockholm Programme* is very broad and one cannot conclude that general abolition of *exequatur* is aimed at the near future, as the Programme speaks about the continuation and not the termination of the abolition of internal measures. [34]

As it can be seen from the *annual work programme for 2011* of the "Civil Justice" programme, the purpose of the EU is to facilitate the movement of judgements within the EU, to eliminate the obstacles of a cross-border civil procedure, to help the individuals to assert their rights throughout the EU, and to enhance the cooperation between judicial authorities.[35]

Contrary to the hardly evident wording of programmes and the conclusions of scholars, it is clear from the *Green Paper*[36] on the modification of Brussels 1and the *Report*[37] on the application of the Brussels 1, that the Commission made the conclusion in favour of the abolition.[38] The Commission states that in

[33] „eliminating obstacles to cross-border litigation created by disparities in civil law and civil procedures and promoting the necessary compatibility of legislation for that purpose" Article 3 (a)(iii).

[34] *„As regards civil matters, the European Council considers that the process of abolishing all intermediate measures (the exequatur), should be continued during the period covered by the Stockholm Programme. At the same time the abolition of the exequatur will also be accompanied by a series of safeguards, which may be measures in respect of procedural law as well as of conflict-of-law rules."*
http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st17/st17024.en09.pdf see also Schlosser p. 101

[35] **1.2. General objectives**
The general objectives of the programme are:
(a) to promote judicial cooperation with the aim of contributing to the creation of a genuine European area of justice in civil matters based on mutual recognition and mutual confidence;
(b) to promote the elimination of obstacles to the good functioning of cross-border civil proceedings in the Member States;
(c) to improve the daily life of individuals and businesses by enabling them to assert their rights throughout the European Union, notably by fostering access to justice;
(d) to improve the contacts, exchange of information and networking between legal, judicial and administrative authorities and the legal professions, including by way of support of judicial training, with the aim of better mutual understanding among such authorities and professionals.
http://ec.europa.eu/justice/funding/civil/awp_2011_en.pdf.

[36] It is evident from the formulation/drafting of questions. „**Question 1:** *Do you consider that in the internal market all judgments in civil and commercial matters should circulate freely, without any intermediate proceedings (abolition of exequatur)? If so, do you consider that some safeguards should be maintained in order to allow for such an abolition of exequatur? And if so, which ones?"* Green Paper n the review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, p.3, 21 April 2009
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:EN:PDF.

[37] *„...the main objective of the revision of the Regulation should be the abolition of the exequatur procedure in all matters covered by the Regulation."* Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 4. p.4, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0174:FIN:EN:PDF.

[38] *„[...] applications for declarations of enforceability are almost always successful and recognition and enforcement of foreign judgments is very rarely refused...."* Green Paper, p. 2.

an internal market without borders, where recognition and enforcement are almost always successful[39] it is illogic to burden the businesses and the citizens with the expenses of costs and time to assert their rights, and thus the abolition of *„exequatur procedure in all civil and commercial matters should be realistic"*.[40] But because abolition would apply to contested claims, safeguards of fundamental rights seem to be necessary.[41]

The EU, in order to abolish the *exequatur*, envisaged to suppress the grounds for refusals of article 34.[42] By the total erase of article 34 from Brussels 1 maybe a real genuine European Area of Justice would made, but the question is: to what price? As the right to fair trial is now protected by the procedural public policy, this article cannot be removed without serious doubts about the future guarantee of fundamental rights. Moreover the ECtHR case law points out clearly to what extent states are obliged to ensure the protection of these rights.

7. Pellegrini case[43]

7.1.1. What happened?

After her petition made in 1987 the applicant, *Pellegrini*, get a separation judgment from the Rome Court of First Instance in 1990. The Court ordered Gigliozzi, former husband, to pay her monthly maintenance. During this procedure Gigliozzi also started a case before the ecclesiastical court. In 1987 the applicant was summoned to appear before the Latium Regional Ecclesiastical Court in the Vicariate of Rome *"to give evidence in the matrimonial case of Gigliozzi-Pellegrini"*. After a hearing *Pellegrini* received a decree of nullity of her marriage. The applicant appealed against this judgment to the Tribunal of the Roman Rota. She complained about the breaches of her defence rights and of the adversarial principle in that she had been summoned to appear before the ecclesiastical court without first being informed of the nullity petition or of the grounds, moreover, she had not been assisted by a lawyer. The appeal was unsuccessful. Then Gigliozzi requested the enforcement of the judgment of the Roman Rota before the Florence Court of Appeal. Even though the applicant drew the Florence Court's attention to the infringement of her defence rights, the Court issued an authority to enforce the judgment. The applicant appealed to the Court of Cassation, but in 1995 the Court of Cassation dismissed her appeal.[44] Before the ECHR the applicant complained of a violation of Article 6 of

[39] Green Paper p. 2, Report, p.4.

[40] Green Paper, p. 2.

[41] Green paper p. 2, *„As to public policy, the study shows that this ground is frequently invoked but rarely accepted. If it is accepted, this mostly occurs in exceptional cases with the aim of safeguarding the procedural rights of the defendant."* Report p. 4., *„It should therefore be reflected whether a more harmonised review procedure might not be desirable."* Green Paper p. 3.

[42] As it was emphasized by Oberhammer the two abolitions do not necessary mean the same. Oberhammer, p. 199.

[43] application no. 30882/96, 20 September 2001.

[44] It stated that the adversarial principle had been respected by the ecclesiastical courts. It added that the applicant could have sought legal assistance.

ECHR, because the Italian courts had granted the enforcement of the decree of nullity of marriage despite that she alleged that her defence rights had been infringed in the original proceedings.

7.1.2.What was decided?

The Court noted firstly that the Vatican had not ratified the ECHR and the application was against Italy, thus the Court's task was not to examine the ecclesiastical proceedings. The ECHR have to consider if Italian courts had duly verified whether the right to a fair hearing had been respected in the original procedure before deciding on the enforceability.[45] The Court held unanimously that Italian courts violated Article 6 § 1,[46] because they did not ensure that the applicant had had a fair hearing in the ecclesiastical proceedings.

The ECHR therefore laid down / established the control of foreign judgment as an obligation to the state of recognition and enforcement as follows:

„[i]n these circumstances the Court considers that the Italian courts breached their duty of satisfying themselves, before authorising enforcement of the Roman Rota's judgment, that the applicant had had a fair trial in the proceedings under canon law. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention."[47]

7.1.3. What are the consequences?

The ECHR's decision means that even if the right to fair trial was breached in the original procedure, the courts of the state in which recognition r enforcement is sought by recognising the judgment or declaring enforceable it did not ensure the respect of fundamental rights guaranteed by the ECHR. Thus these courts infringe the ECHR, no matter that the original procedure was in a party state of the ECHR or not, and the state of recognition or enforcement can be condemned by the ECtHR for the violation of the ECHR. The passivity or the ignorance of the court of recognition or enforcement constitutes an indirect infringement of a fundamental right.

[45] The ECHR ruled that it is inherent in the right to adversarial process, that parties have the opportunity to examine and contest any evidence or observation submitted to the court, and this could not be denied on the ground that the applicant had no defence, because the decision is based on an undisputed objectively verifiable fact (as here was the consanguinity for the decree of nullity). The ECHR emphasized that it is solely for the parties to decide whether any evidence or any witness is calling for a response. In opposition to the Italian Court of Cassation, the ECHR decided that parties have to be afforded an opportunity to seek assistance from a lawyer and that in this special case the ecclesiastical courts had had an obligation to inform the applicant of her right to request a lawyer before she came to court for the first time.

[46] *"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice."* Article 6 paragraph 1. of ECHR

[47] paragraph 47 and 48.

Some professionals are doubtful about the reason and existence of this kind of obligation. This obligation however was not invented by the judges of the *Pellegrini* case, but it can be deduced from three articles of the ECHR. Article 1[48] provides the possibility of a extraterritorial application[49] of the ECHR. The wording *"everyone within their jurisdiction"* is wide enough to imply also the parties of a recognition or enforcement stage. As the ECHR held it, Article 6.1[50] is an adequate ground to institute such obligation.[51] Finally, the general wording of Article 13[52] make possible to ensure the right to remedy before the courts of each party state to every individual whose right were violated in another state.[53]

7.1.4. The impact of ECHR case law on the EU's plan

The evolution of the practice of the ECHR can have serious effects on the plan of abolition of the *exequatur* procedure.[54] Without the *exequatur* a Member State will be denied of the means for ensuring the protection of right to fair trial, but in the mean time this state can be sued before the ECtHR for the indirect infringement of the ECHR. Moreover, since the EU is also signatory of the ECHR, the Convention constitutes a legal obligation also toward the EU. Accordingly the EU legislator is not in the position to suppress the procedural guarantees of Article 34 without providing for satisfactory substitution beforehand.

7.1.5. Conditions of abolition of *exequatur*

However the Commission states that *exequatur* is no use,[55] as answers to the Commission's Green Paper show, the abolition of all intermediate measures can cause several practical problems. The Commission is arguing with the success of the Regulation (CE) n° 805/2004 (uncontested claims) and Regulation

[48] *„The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention."*

[49] Clare Ove–Robin C White: *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 189–190.

[50] *„…everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law."*

[51] The obligation can have two types of justification. The first states that the reception itself of a decision made in an erroneous proceeding constitutes the infringement, because by receiving such foreign decision, the infringement of procedural rights will be repeated in the state of recognition or enforcement as the original breaches infringe the decision. See Pierre Mayer: *Droit au procès équitable et conflit de juridictions*, in : Les nouveaux dévéloppements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Nemesis Bruylant, Bruxelles, 1996. p. 129. The second justification sees this obligation as a autonomous and distinct one. See Laurence Sinopoli: *Droit au procès équitable et exequatur: Strasbourg sonne les cloches à Rome*, In: *Gazette du Palais*, 21–23 juillet 2002. p. 1160.

[52] *„Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority …"*

[53] Fabien Marchadier: *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007. p. 582–585.

[54] Niboyet.

[55] Because of the low number of "problematic" judgments, as recognition and enforcement is very rarely refused. Green Paper p. 2–3.

(CE) n° 4/2009 (maintenance claims), but it is yet too premature to evaluate their results.[56] The abolition would generally provide benefits to the claimant without any specific reason.[57] As the control of the decision will be at the original court[58] (which is otherwise chosen by the claimant), the defendant has to support all cost and irregularities of a cross-border litigation. In such a case defendant would run all the risks: costs, need of time, and lack of information resulting from the physical distance of defendant from the court, language barrier, and legal dissimilarities. Moreover, because abuse in these proceedings[59] is quite easy, defendants have to be protected. The most powerful argument against the abolition is the concern about fundamental rights. Although all EU Member States are part of the ECHR, they interpret differently the right to an effective defence, and additionally any European jurisdiction is free from the infringement of right to fair trial.[60]

Outside of these practical considerations, the EU has also some principles to follow in the reformation of the European recognition and enforcement system. The EU would like to constitute an area of freedom, security and justice, but in the mean time to ensure the protection of fundamental rights this area. In the creation of this area of justice without borders, the EU wants to respect different legal systems and traditions of the Member States too.[61] As it could be seen from the analyzed judgments, the right to be heard have different interpretations throughout the EU. Could the setting out of unified standard of fair procedure means the unification of the divergent interpretations and thus be irrespective of different legal traditions?[62] If the answer is yes, the EU will have considerable difficulties in the creation of a genuine European Judicial Area. We can somehow suppose that a very minimal level of protection of fundamental rights is ensured by all Member States on the level of the ECHR. If necessary procedural means are available for judges, the minimal standard could enable the abolition of the grounds for refusal and the *exequatur*, and could also constitute the core of a European Civil Procedure. In order to abolish the *exequatur* or the EU has to decide on obligatory minimal standard of fair process, and on their tools of application, or it has to protect the procedural rights in cross-border litigation by setting out of guarantees in the revised Brussels 1 regulation.

[56] Moreover the outcome of a sectoral regulation cannot be easily generalized anyway.

[57] Schlosser is convinced that the existing system successfully strikes a balance between the interests of the judgment creditor (justice) and debtor (fairness). Schlosser p. 103.

[58] *„Il faut bien comprendre en effet que l'enjeu de la suppression de l'exequatur n'est pas l'élimination de toute procédure de contrôle - objectif impossible à atteindre pour les raisons qui seront exposées ci-après - mais la concentration de tous les recours devant le juge d'origine."* Niboyet p.2.

[59] Corruption and fraud are delicate problems to deal with in cross-border litigations. Beaumont – Johnston: Abolition p. 110. One can for example think of the erroneous presentation of facts to the judge. At this time *exequatur* is often demanded without the proper notification of the defendant of the procedure, or without that the judgment would be enforceable in the state of origin. Marie-Laure Niboyet– Géraud de Geouffre de la Pradelle: *Droit international privé*, LGDJ, Paris, 2009. p. 577, and also Niboyet p. 2.

[60] Niboyet de la Pradelle p. 578.

[61] Art. 67. 1. The Union shall constitute an area of freedom, security and justice with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions of the Member States. […] 4. The Union shall facilitate access to justice, in particular through the principle of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions in civil matters.

[62] The analysis of the question of what standard to choose is beyond the aim of this paper. For detailed and theoretical study see Weiler p. 102–129.

8. Actual state of modification of Brussels 1

The Commission published the plan of the revision of Brussels 1 Regulation on 14 December 2010. As this document shows, the abolition of *exequatur* is beyond question. The new regulation would differentiate between judgments for which a declaration of enforceability is required (on a transnational basis)[63] and judgments for which no declaration of enforceability is required. As to the fist type, the new article 48 corresponds with the actual article 34 Brussels 1 (system of quasi automatic enforcement). As to other judgments, Article 38 abolishes the *exequatur*.[64] However the EU ensures the protection of the procedural rights in Article 46 by permitting to apply for a refusal:[65]

> *„1. In cases other than those covered by Article 45, a party shall have the right to apply for a refusal of recognition or enforcement of a judgment where such recognition or enforcement would not be permitted by the fundamental principles underlying the right to a fair trial."*

The revision proposes detailed rules about this possibility of application, all of them are to protect the interests of the defendant. The court which will have jurisdiction over such applications is the court of the domicile of the defendant, so that of the Member State of enforcement. The governing law of this procedure will be the law of the Member State of enforcement, too. The legal consequence of a justified application will be the refusal of recognition or enforcement.

9. Conclusions

The fundamental right to be heard needs judicial protection. This right is of great importance, however is not absolute, it can be limited by justified restriction of public interest. The general abolition of *exequatur* as a restriction to the right to be heard can be justified by the public interests as access to justice, facilitation of free movement of people, the well-being of EU citizens, arguments underlying the free movement of decisions. But the requirement of proportionality is jeopardised by the total abolition of grounds for refusals without any substitution. The actual wording of the modification plan of Brussels 1 finds a good balance and the abolition becomes acceptable to defenders of the abolition as to those whose opinion is very adversarial. It reflects a compromise which was not made on account of fundamental rights. Thus the EU seems to overpass the difficulty of protection of fundamental rights in the stage of recognition and enforcement, and surpasses the *exequatur* but at the same time guarantees the right to fair trial.

[63] judgments in defamation cases and judgments given in collective compensatory proceedings.

[64] *„1. Subject to the provisions of this Chapter, a judgment given in a Member State shall be recognised in the other Member States without any special procedure being required and without any possibility of opposing its recognition.*
2. A judgment given in one Member State which is enforceable in that State shall be enforceable in another Member State without the need for a declaration of enforceability."

[65] Thus public policy will be replaced by a *„European fair trial test"*. Oberhammer p. 202.

Prohibition of Discrimination on the grounds of Sexual Orientation from the EU Law Perspective

KOMENDOVÁ, JANA
Masarykova Univerzita, Brno, CZ

1. General background

The present article analyses certain aspects of legal regulation of equality of treatment and prohibition of discrimination based on sexual orientation from the European Union (hereinafter EU) law perspective. This prohibited ground of discrimination is quite particular. First, in comparison with other characteristics as gender, race, or ethnicity, the right to equal treatment with persons irrespective of their sexual orientation was recognised much later. Second, there is no international instrument dealing, in particular, with the group of persons having different sexual orientation. In comparison with gender, race or disability, international standards in the form of international conventions have been adopted. In relation to women the Convention on Prohibition of Discrimination against Women was adopted in 1979, with respect to race, the Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination was adopted in 1965 and equal treatment with persons with disabilities is guaranteed by the Convention of Rights of Persons with Disabilities adopted in 2006. Third, sexual orientation does not include only the right not to be treated unequally on the grounds of sexual orientation but is very closely connected with the right to family life and the right to privacy. "Sexual orientation not only refers to a characteristic of a person but also to his or her relationships with another person."[1]

The concept of sexual orientation as grounds of discrimination may cover a variety of situations. "In addition to homosexuality, it could be interpreted as extending to heterosexual or bisexual persons, there is no reason why it should be confined to homosexuality."[2] The principle of equal treatment between persons irrespective of their sexual orientation thus may not be restricted that there shall be no discrimination of homosexuals but covers any distinctions based on sexual orientation.

2. Development of legal regulation in the EU

The aim of three European Communities (the European Steel and Coal Industry Community, the European Economic Community and the European Atomic Energy Community) at the moment of their establishment in 1950[s]

[1] Tobler, Ch., Waalldijk, K.: Case C-267/06, Tadea Maruko v. Versorgungsantalt der deutschen Bühnen, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 1 April 2008, not yet reported, Common Market Law Review Vol. 46, Kluwer Law International, Netherlands, 2009, p. 735.

[2] Watson, P.: EU Social and Employment Law – Policy and Practice in an Enlarged Europe, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, p. 497.

was economic integration. The original version of the Establishing Treaties regulated neither equal treatment, nor human rights-related issues. It only guaranteed prohibition of discrimination based on nationality with respect to free movement of workers and prohibition of discrimination based on sex in relation to pay. The principle of equal treatment developed later in the field of equal treatment and equal opportunities for men and women in employment and occupation in 1070s. However, neither the European Charter of Fundamental Social Rights of Workers adopted in 1989 by all Member States, with the exception of the Great Britain expressly included sexual orientation in the enumeration of grounds of discrimination. Sexual orientation was recognised as prohibited grounds of discrimination for the first time by the Treaty amending the Treaty Establishing the European Community (so called Amsterdam Treaty) adopted in 1997.[3] This Treaty introduced new power for the EU institutions to take measures to combat discrimination on the grounds of sex, religion or belief, race or ethnic origin, disability, age and sexual orientation.

Before the adoption of legal instruments dealing with combating discrimination based on sexual orientation, the European Court of Justice (hereinafter ECJ) was asked several times whether the discrimination on the grounds of sexual orientation fell within the scope of application of sex equality directives. For instance, in the Case C-249/96 Lisa Jacqueline Grant v. South West Trade Ltd concerning refusal to provide a travel concession by Ms Grant 's employer to her female partner. The employer provided such concession only to partners of the opposite sex. The national court asked the ECJ inter alia whether for the purpose of equal pay for men and women the discrimination based on sex included discrimination based on the employee's sexual orientation. However, the ECJ decided that with respect to equal pay, discrimination was to be prohibited just as was discrimination based on the fact that a person belonged to a particular sex, was limited to the case of a worker's gender reassignment and did not therefore apply to difference of treatment based on a person's sexual orientation.[4]

The Amsterdam Treaty inserted new Article 13 into the text of the Treaty Establishing the European Community. After the amendments adopted by the Treaty of Lisbon this provision became article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter the Treaty) and reads as follow:

"Without prejudice to other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, race, ethnic origin, religion, belief, age, disability and sexual orientation."

The opening phrase of Article 19 of the Treaty *"without prejudice to the other provisions of the Treaties"* may appear as all other provisions of the Treaty take precedence over it. "However, the formula used in Article 13 of the Treaty Establishing the European Community (now Article 19 of Treaty) may be intended to allow non-discrimination clauses to be inserted in legal instruments

[3] It entered into force in 1999.

[4] See the judgment of the ECJ of 17 February 1998 in Case C-249/96 Lisa Jacqueline Grant v. South West Trade Ltd, par. 42.

adopted on the basis of other Treaty provisions whose subject-matter, while relevant in the pursuit of equality, does not have this goal as their objective."[5]

Moreover, this provision itself may not be understood as prohibition of discrimination on the mentioned grounds, it only established new competences for the EU institutions to take measures to "*combat discrimination"*. This means that there is no direct prohibition of discrimination on stated grounds in the primary law like there is with respect to nationality.[6] The wording of the article uses the formula *"appropriate measures"* without specifying the type of measure that could be taken. "Because it does not expressly exclude any measures, the term must include not merely all instruments referred to in Article 249 of the Treaty Establishing the European Community (now Article 288 of the Treaty) but also the other measures which the Community employs, such as guidelines, action programmes and communications."[7] "But it should be noted that its ambit is restricted to the prohibition of discrimination and that it does not extend to measures to promote equality of opportunity on the wider scale."[8]

3. Current regulation in the EU law

From aforementioned it follows that article 13 of the Treaty on Establishing of the European Community introduced by the Amsterdam treaty (article 19 of the Treaty) became a legal basis for adoption of instruments concerning fight against discrimination on the grounds of inter alia sexual orientation. On the basis of this provision, the Council took measure to combat discrimination by adopting of the directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (hereinafter Framework Employment Directive). In addition to sexual orientation, it relates to other grounds of discrimination, namely religion or belief, age and disability.

The purpose of the Framework Employment Directive is stipulated as "*to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment*."[9] For the purposes of the Framework Employment Directive the principle of equal treatment is defined as "*there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever of any of the grounds referred to in the directive*."[10] With respect to sexual orientation, the principle of equal treat-

[5] See. Flynn, L.: The implications of article 13 EC - after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? Common Market Law Review Vol. 36 Issue 6, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, p. 1134.

[6] See Article 18 of the Treaty stating that within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

[7] See. Flynn, L.: The implications of article 13 EC - after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? Common Market Law Review Vol. 36 Issue 6, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, p.1136.

[8] Ellis, E.: EU Anti-Discrimination Law, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 14.

[9] See Article 1 of the Framework Employment Directive.

[10] See Article 2 (1) of the Framework Employment Directive.

ment within the meaning of this directive would mean that there shall be no direct or indirect discrimination on the grounds of sexual orientation.

However, it is necessary to highlight the fact that no definition of such key concepts as particular grounds of discrimination, including sexual orientation, is laid down by the EU law. "This is somewhat regrettable as it leaves a wide margin of discretion to the Member States in adopting transposition measures and ultimately, much to the hazards of litigation. The result may be a widely differing application of the Directive throughout the Community."[11]

The Framework Employment Directive defines the key concepts of direct and indirect discrimination that in relation to sexual orientation are specified. Direct discrimination on the base of sexual orientation shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on the grounds of sexual orientation.[12] Indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put person having a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.[13]

The Framework Employment Directive recognises as a form of discrimination also harassment and an instruction to discrimination. In relation to sexual orientation harassment would be defined as unwanted conduct related to a sexual orientation that takes place with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. The Framework Employment Directive enables to define the concept of harassment in accordance with the national laws and practice of the Member States.[14] In contrary, an instruction to discriminate is not defined in the Directive. It shall be defined according to national law or practice.

It is noteworthy that the Framework Employment Directive does not define sexual harassment as a form of discrimination like the Directive of Council and European Parliament 2006/54 of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (so called Sex Discrimination Directive). In practice, sexual harassment with respect to persons of different sexual orientation may occur. However, within the meaning of the Framework Employment Directive an unwanted conduct of sexual characteristic would be considered as harassment.

The scope of application of the Framework Employment Directive covers only the field of employment and occupation. The personal scope of application includes all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies.

[11] Watson, P.: EU Social and Employment Law - Policy and Practice in an Enlarged Europe, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, p. 493.
[12] See Article 2 (2) (a) of the Framework Employment Directive.
[13] See Article 2 (2) (b) of the Framework Employment Directive.
[14] See Article 2 (3) of the Framework Employment Directive.

The material scope of application includes:

- Conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion;
- Access to all types and all levels of vocational guidance, vocational training advanced vocational training and retraining, including practical work experience;
- Employment and working conditions, including dismissals and pay,
- Membership of, and involvement in, an organisation of workers or employers, or any organisation whose members carry on a particular profession, including the benefits provided for by such organisations.[15]

The Framework Employment Directive expressly excludes from its scope of application differences of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions and conditions relating to the entry into and residence of third-country nationals and stateless persons in the territory of the Member States, and any treatment which arises from the legal status of the third-country nationals and stateless persons concerned.[16] The Framework Employment Directive also does not apply to payments of any kind made by state schemes or similar, including state social security or social protection schemes.[17] Partial explanation to this exception may be found in the Recital 13 of the Preamble to this directive that reads as follow:

"This Directive does not apply to social security and social protection schemes whose benefits are not treated as income within the meaning given to that term for the purpose of applying Article 141 of the EC Treaty[18], nor to any kind of payment by the State aimed at providing access to employment or maintaining employment."

Distinguish the payments made by state schemes or similar, including state social security or social protection schemes excluded from the scope of application of the Framework Employment Directive and pay falling within its scope of application appears somewhat complicated with respect to rather extensive interpretation given to the concept of pay by the ECJ. Some aspects of this concept are analysed below.

With respect to sexual orientation it is necessary to remember the Recital 22 of the Preamble to the Framework Employment Directive stating that this directive is without prejudice to national laws on marital status and the benefits depended thereon. The role of this Recital for the scope of applications of the Framework Employment Directive was described in the opinion of Advocate General in the Case C-267/06, Tadea Maruko v. Versorgungsantalt der deutschen Bühnen. According to this opinion, legislative provisions describe facts, situations or circumstances and attribute certain consequences to them. The factual situation and the legal result are therefore the two essential elements of a legal rule. But the explanatory memorandum, the preamble or the

[15] See Article 3 (1) of the Framework Employment Directive.
[16] See Article 3 (2) of the Framework Employment Directive.
[17] See Article (3) of the Framework Employment Directive.
[18] Now Article 157 of the Treaty on Functioning of the European Union.

introductory recitals, which merely seek to illustrate, state the reasons for or explain, do not form part of these essential elements, since, although they accompany, and usually precede, the enacting terms of the measure, forming a physical part of it, they have no binding force, notwithstanding their usefulness as criteria for interpretation, a role which the Court has frequently cited. Accordingly, like the rest of the preamble, recital 22 to Directive 2000/78 merely assists with the interpretation of the provisions of the Directive and its significance must not be overstated.[19]

4. Discrimination based on sexual orientation before the ECJ

The only case concerning discrimination on the grounds of sexual orientation decided by the ECJ was the abovementioned Case C-267/06, Tadea Maruko v. Versorgungsantalt der deutschen Bühnen. "The case is important in the context of the division of competences between the EC and the Member States, in particular in relation to civil status, as well as regarding to distinction between direct and indirect discrimination even beyond the field of discrimination on grounds of sexual orientation."[20]

The dispute in the main proceedings before German courts concerned providing of widower's pension for surviving partner of the same sex. Under German law marriage was reserved to the opposite-sex couples. The same-sex couples could only establish registered partnership. Mr. Maruko's partner used to work as designer of theatrical costumes and from title of the employment relationship had been the member of Versorgungsantalt der deutschen Bühnen (German Theatre Pension Institution) governed by the Collective Agreement for Germany's Theatres. The regulations of this pension institution guaranteed the widower's pension only to "*the spouse of the insured woman or retired woman, if the marriage subsists on the day of the latter's death*." The same was for insured man or retired man. After his partner's death, Mr. Maruko asked for widower's pension from this scheme but was refused. The German court stopped the main proceedings and asked the ECJ several questions the essence of which was, whether a survivor's benefit paid under an occupational pension scheme such as that managed by this pension institution fell within the scope of the Framework Employment Directive. Consequently the national court asked whether Article 1 in conjunction with Article 2(2)(a) of the Framework Employment Directive precluded regulations governing a supplementary pension scheme under which a registered partner did not after the death of his partner receive survivor's benefits equivalent to those available to spouses, even though, like spouses, registered partners had lived in a union of mutual support and assistance formally entered into for life.

[19] Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-267/06, Tadea Maruko v. Versorgungsantalt der deutschen Bühnen, par. 78.

[20] Tobler, Ch., Waalldijk, K.: Case C-267/06, Tadea Maruko v. Versorgungsantalt der deutschen Bühnen, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 1 April 2008, not yet reported, Common Market Law Review Vol. 46, p. 723–746, Kluwer Law International, Netherlands, 2009, p. 723.

The ECJ first analysed whether a survivor's benefit granted under an occupational pension scheme such as that German Theatre Pension Institution could be treated as equivalent to 'pay' within the meaning of Article 141 EC.[21] The ECJ identified survivor's benefit provided under such scheme as pay taking into account first its origination in the Collective Agreement which, was designed to supplement the social security benefits payable under national legislation of general scope, second, the fact that this scheme was financed exclusively by the workers and employers of the sector concerned, without any financial involvement by the State, third, the fact that the scheme was aimed, at theatrical professionals employed in theatres operated in Germany.[22] However, the ECJ left to the referring court to determine whether a surviving life partner was in a situation comparable to that of a spouse who was entitled to the survivor's benefit provided for under the occupational pension scheme in the main proceedings.[23]

5. Conclusions

In the EU law, the secondary legislation adopted with the aim to combat discrimination on the grounds of sexual orientation applies only to the field of employment and occupation. The EU institutions have not adopted legislative measures regulating this issue for other areas such as for instance social security, social advantages, education, providing of healthcare, or access to and supply of goods and services, which are available to the public, like they did so in the case of race and ethnic origin. Different laws of the Member States concerning legal status of the same-sex couples appear as another burning problem relating to equal treatment in employment and occupation as well. It is to be noted that the competence to regulate the civil status is retained to the Member States. In some of them, the marriage of same-sex couples is allowed, in some of them the specific civil status of registered partnership is governed by law. However, laws of some Member States even do not enable the official partnership of persons of the same sex.

[21] Now it is Article 157 of the Treaty.
[22] See Judgment of the ECJ of 1 April 2008 in the case n Case C-267/06, Tadea Maruko v. Versorgungsantalt der deutschen Bühnen, par. 49–51.
[23] Op. Cit., par. 72.

6. Bibliography

Blanpain, R.: European Labour Law, Kluwer Law International, The Hague, 2006, ISBN 9041124543.

Ellis, E.: EU Anti-Discrimination Law, Oxford University Press, Oxford, 2005, ISBN 0199266832. Ellis, E.: The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality, Common Market Law Review Vol. 37, p. 1303-1426, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, ISSN 01650750.

Flynn, L.: The implications of article 13 EC - after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others? Common Market Law Review Vol. 36, p. 1127–1152, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, ISSN 0165-0750.

Fredman, S.: Discrimination Law, Oxford University Press, New York, 2002, ISBN 0198765665.

Mclnnes. J.: Case C-249/96 Lisa Jacqueline Grant v. South West Trade Ltd, Judgment of the Full Court of 17 February 1998 [1998] ECR I-636, Common Market Law Review Vol. 36, p. 1044–1058, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, ISSN 0165-0750.

Tobler, Ch., Waalldijk, K.: Case C-267/06, Tadea Maruko v. Versorgungsantalt der deutschen Bühnen, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 1 April 2008, not yet reported, Common Market Law Review Vol. 46, p. 723-746, Kluwer Law International, Netherlands, 2009, ISSN 0165-0750.

Watson, P.: EU Social and Employment Law - Policy and Practice in an Enlarged Europe, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, ISBN 9781904501534.

National Language as Fundamental Value of State and Law and Proposed Single Patent of the European Union (Czech–Hungarian View)

FILIP KŘEPELKA
Masarykova univerzita, Brno, the Czech Republic

1. Introduction

The conference *Az állam és jog alapvető értékei*, i. e. Fundamental Value of State and Law organized by the *Széchenyi István Egyetem* faculty of law was held in Győr on 10th December 2010. Most sections were in Hungarian. This language is unrelated to most European languages and I know few words only. Therefore, I am not capable to learn about the issues ascertained by Hungarian scholars as reflecting the topic of the conference. The only exception was section of European law. Due to the visit of lecturers from Masaryk University in Brno it turned into the mixed Hungarian–Czech section. English was language of our debate because it is the only language known by young university lecturers of both sides.

I mention language regime at the Conference because it is significant for the topic of this paper. Proposed single patent of the European Union divides people similarly as participants at the conference were divided. Some of them are capable and willing to switch to English[1] or other widely known foreign languages and perceive it suitably but many others do not.

2. Multilingualism of the European Union

There are twenty three official languages of the European Union: French, German, Italian, Dutch, English, Danish, Irish, Greek, Spanish, Portuguese, Finnish, Swedish, Polish, Czech, Estonian, Hungarian, Latvian, Lithuanian, Maltese, Slovakian, Slovenian, Bulgarian and Romanian.[2] Most Member States have brought their languages to the European Union. The number of languages has increased rapidly due to the last enlargements.

This multilingualism is unique in global comparison. There is no state and no international organization having such high number of official languages. There is no legal system expressed in such high number of languages.[3]

[1] I thank to my doctoral student D. Bacho for language improvement of this paper.

[2] See Article 56 of the Treaty on the European Union after the entry into force of the Treaty of Lisbon (2009) for language regime of the founding treaties, and the (Council) Regulation 1/58 determining the languages to be used in the European Economic Community for secondary law and political and administrative operations.

[3] Most countries of the world have one official language, and several countries are bilingual or trilingual. The only significant multilingualism in public sphere is in India. Nevertheless, federal authorities use two languages. Similarly, most international organizations have several official languages.

Multilingualism of the European Union is expensive. Numerous translators and interpreters – both in-house and freelancers – must be engaged. Expenditures for them exceed billion Euros per year.[4] It is also burdensome. Translation and interpretation cannot be perfect. Words of different languages have slightly different meanings, although they are displayed as equivalents in vocabularies. Despite all care, errors cannot be fully avoided.

Multilingual regime is necessary for the European Union due to its aspirations on one hand and due to its linguistic situation on the other hand.

The European Communities started to develop their laws towards supranational position early. Every student of European Union law is expected to learn about landmark judgments on direct effect and on primacy.[5] Currently, this supranational position is generally accepted.

Certainly, there were various languages of wider communication of elites of entire Europe or several European countries in various periods: Latin, French, German, Russian, and finally English. Nevertheless, any language has not become language of general communication of Europeans. Thus, multilingual regime is necessary for legitimacy of the European Union. Democratic structures cannot apply law which is not understood by people.

Certainly, daily operations of institutions of the European Union and unofficial communication with the Member States require reduction of number of languages. Elite officers are employed on both sides. Knowledge of foreign languages can be expected and required. There is, however, little preparedness and willingness to select one or several languages as official working languages of the European Union.[6] Therefore, English, French and German are working languages solely on informal basis.

3. Grounds for the Single Patent of the European Union

Numerous politicians, journalists, economists, and other experts are convinced that patenting of inventions encourages research and development. Innovations are perceived as precondition of economic growth.

Patents are granted to inventors by states. Certainly, there is global international standard of patenting of inventions established with international conventions.[7] The World Intellectual Property Organization provides for international cooperation on global level.

Patents are now granted by most countries of the world, including all European countries. Acceptation of worldwide standards of intellectual property is precondition of all contemporary international economic integration.[8]

[4] Official statement about expenditures can be found on website of the Directorate General Translation http://ec.europa.eu/dgs/translation/faq/index_en.htm#5: „According to certain very rough estimates, the cost of all language services in all EU institutions amounts to less than 1% of the annual general budget of the EU. Divided by the population of the EU, this makes to around 2 euro per person per year".

[5] Judgments 26–62 van Gend en Loos and 6–64 Costa v. ENEL.

[6] See Article 1 of the Regulation 1/58 (above) where official working languages are mentioned.

[7] Foremost, the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 20th March 1883, as revised by subsequent conventions, harmonizes patent laws of most countries of the World.

[8] Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights which requires strong protection for intellectual property rights established with other international conventions is compulsory for all Member States of the World Trade Organization.

Europe goes further. Joint evaluation of patent applications by the European Patent Office and recognition (validation) of positive results ("European patent"[9]) simplifies patenting in most European countries.[10]

Nevertheless, patenting is expensive in Europe compared with the United States of America, Japan and China. This situation is perceived as an obstacle to innovations and thus to economic growth in Europe, which is especially desired in period of economic slowdown.

Separate administration of patents partially explains it. National patent offices of European countries require fees. Expenditures on patent attorneys in all countries where patent protection is sought must be also calculated.

Gains of patenting in European countries differ widely. Hence, many inventors do not seek patent protection of their inventions in all or most European countries. Different patenting, however, causes constraints on internal market of the European Union. Products manufactured in a Member State of the European Union can be prohibited to enter other Member States due to patent protection of related invention there.[11]

Single patent of the European Union is proposed as solution of these troubles. Expenditures for patenting of inventions for its entire territory will be reduced. Increasing patenting of inventions is expected to support innovative activity in Europe.

Existing structures, i.e. the European Patent Office, are expected to administer the single patent. Therefore, a mixture of secondary legislation of the European Union and international treaties is proposed.[12]

4. Language Regimes of Proposed Single Patent of the European Union

Centralized administration of patents in the European Union by the European Patent Office or another Europe-wide authority would surely decrease costs. Nevertheless, significant expenditures on patenting result from European multilingualism.

National authorities require patent application in their national languages worldwide like as most other actions, petitions, claims, or responses. Patenting inventions in Europe is no exception. It requires translation of documentation of inventions needed for evaluation of patent application and subsequent publication of a patent. Expenditures for communication with patent attorneys also reflect language barriers in Europe.

Crucial issue of proposed single patent of the European Union is language regime. Which languages shall be used for description of patented inventions?

The distinction between entire patent documentation and so-called patent claims is important for the consideration of language aspect of patenting.

[9] Therefore, proposed single patent of the European Union is not known as the European Patent.

[10] Introduced and established as the principal institution of the European Patent Organization Convention on the Grant of European Patents of 5th October 1973 (the European Patent Convention).

[11] See Article 36 of the Treaty on Functioning of the European Union (ex Article 30 / ex-ex Article 36 of the Treaty establishing the European /Economic/ Community).

[12] Other solutions, including the patent tribunal of the European Union, were discussed.

Patent documentation describes in detailed manner the invention. Therefore, it is voluminous. Dozens of pages are necessary in most cases. Patent claims summarize restrictions resulting from patent in favor of inventor for others. Patent claims are significantly shorter, one to several pages are sufficient.

Entire patent documentation in all official languages of the European Union – or most of them[13] – has never been proposed. It would be perceived surely as unacceptably expensive.

Finally, several European countries have already ceased to require translation of entire patent documentation and confirmed it as their international commitment with the London Agreement.[14] These countries, however, continue to insist on translation of patent claims.

Currently proposed language regime[15] of single patent of the European Union is far-reaching. Patent claims shall be described solely in three languages – English, German, and French – and entire documentation in one of these languages.[16] This regime follows the language regime of the European Patent Office.[17] This regime, however, is intended for Europe-wide evaluation. As I have mentioned, validation of European patents granted by the European Patent Office by national patent authorities requires translated patent claims or even entire patent documentation.

Nevertheless, the European Commission admits multilingual reality of the European Union in proposal of rules for single patent. Alleviating measures are expected for entrepreneurs in countries with other languages. First, translations of patent applications from inventors from the member states using other languages shall be subsidized.[18] Second, automatic machine translation of patent documentation shall be available for free.[19] Third, damages for infringement shall be awarded only for period after delivery of entire patent documentation translated into language of the infringer by patent proprietor.[20]

5. Proposed Single Patent Repeatedly Failing due to Languages

Several proposals of single patent of the European (Economic) Community failed due to the lack of support for discontinued use of other languages since 1975.

[13] Ireland and Malta have accepted reduced use of their official languages in the European Union, because English is used widely as official languages and most people know it.

[14] Agreement on the application of Article 65 of the European Patent Convention was adopted in October 2000.

[15] Proposal for a Council Regulation (EU) on the Translation Arrangements for the European Union patent adopted by the European Commission on 30th June 2010 (COM(2010) 350 final, 2010/0198 (CNS)).

[16] The text of proposed council regulation avoids mention the languages directly, while citing provisions of the European Patent Convention.

[17] See Article 14 of the European Patent Convention.

[18] See recital 5 of the proposal of the Regulation on the Translation Arrangements.

[19] See recital 6 of the proposal of the Regulation. Nevertheless, the translations shall not have any legal effect.

[20] See recital 4 of the proposal of the Regulation on the Translation Arrangements and Article 44(3) of the Proposal for a Council Regulation on the Community Patent (2000), mentioned below.

Current proposal of the regulation establishing the single patent of the European Community / the European Union dates eleven years ago.[21]

There was no clear competence for legislation on single patent in founding treaties until the Lisbon Treaty. Emergency provision enabling legislation necessary for economic integration was expected as base for it. However, it required unanimity.[22] Similarly, additional treaties among the Member States would require consensus, if intended for general application.

The Member States agreed in Lisbon (2007) to establish competence of the European Union for unification of intellectual property.[23] Standard legislative procedure shall be applied, including decision of the European Parliament and majority voting in the Council. Nevertheless, specific provision requires consensus in the Council on related language regime.[24] Such arrangement confirms that the Member States are aware of the problem.

The provision on language aspects has already showed its teeth in November 2010. Spain decisively vetoed draft regulation addressing language aspects of the single patent proposed by the European Commission.[25] Meanwhile, Italy has several times expressed similar attitude towards the proposal. Furthermore, Poland confirmed preparedness to veto hypothetical five-language regime which would satisfy Italy and Spain.[26]

6. Mixed and Confusing Positions of the Member States

Proposed language regime of single patent is the first significant reduction of number of languages used for expression of law in the European Union. The last proposal is among the harshest from this point of view.

We shall not ignore that patents on inventions are specific type of legal rules. What else is a patent than a temporary prohibition of manufacturing of some product or use of some technology to all other potential manufacturers?

The Member States using selected languages support the proposal. However, it is hard to ascertain situation and to identify opinions in countries whose languages shall fall out of use with the single patent of the European Union. Internet does not reveal everything.

Attitudes of Italy, Spain and to lesser extent Poland reflect visibly national prestige. These three countries are counted among big Member States of the

[21] Proposal of the Commission for a Council Regulation on the Community patent of the 1st August 2000 [COM(2000) 412 final, 2000/0177 (CNS)].

[22] Former Article 308 of the Treaty establishing the European Community (now Article 352 of the Treaty on Functioning of the European Union).

[23] See Article 118 (1) of the Treaty on Functioning of the European Union.

[24] See Article 118 (2) of the Treaty on Functioning of the European Union.

[25] See press release, 3057th Council meeting – Competitiveness (Internal Market, Industry, Research and Space), Brussels, 10 December 2010, page 8. Enhanced cooperation is contemplated by many Member States and the Council of the European Union, The European Union Patent: Way forward and possible enhanced cooperation – Exchange of views, Brussels, 29 November 2010, 16946/10 PI 140.

[26] For analysis of position of Italy, see Locatelli S., Balancing Diversity and Efficiency in the EU's Language Regime: E Pluribus Tres for the EU Patent?, Roma, Istituto Affari Internationali, August 2010, 9 p. (Documenti IAI, 1015), http://www.iai.it, for journalist coverage of attitudes in Poland see Fedorowicz H., Patent unijny musi byc zrozumialy (Union Patent must be understandable), 12. 5. 2010, Rzeczpospolita, http://www.rp.pl.

European Union. The first two countries are convinced that their languages merit greater respect due to their importance in international culture and trade.

On the other hand, medium-sized and small Member States of the European Union generally confirm their support for proposed single patent of the European Union, albeit use of their languages should be suppressed with it.

Several small Member States with population showing higher level of knowledge of English whose elites and experts generally know English seem to be prepared – both factually and psychologically – to accept information about patents and respect restrictions resulting from them in other languages.

Furthermore, these Member States would prefer monolingual regime. "English only" regime is, however, unacceptable for Germany and France.[27] Considering it, their approach does not differ from criticized behavior of Italy and Spain.

In my eyes, several other medium-sized and small Member States support the proposal under considerable political pressure. Their representatives don't want to be criticized for blocking a measure generally presented as necessary for economic growth in Europe. Nevertheless, they don't seem to be keen on it. Besides resulting language disadvantage, they can fear that their industry is not innovative and will be restricted with increased number of the single patents of the European Union. Nevertheless, they need not to show objections because they can rely on repeated failure of the project.

Patent attorneys, attorneys (lawyers) and translators in countries using other languages express objections because their business is endangered. From this point of view, they can be added to several other professions affected adversely due to European integration: customs officers or moneychangers. However, concerns for own business can be hardly expressed. Therefore, other arguments are raised. Doubts about constitutionality and equality can be read and listened. By the way, English patent attorneys show strong support for the proposal and they are glad to underline merits of single patent in weblogs.

Big, medium-sized and small enterprises generally support the single patent of the European Union. Nevertheless, I am not convinced that opinions articulated by representatives of small and medium-sized enterprises follow real assessment of their situation. I assume that most of these enterprises show no ambition to invent. Neutral position would thus fit better to them.

I can describe the situation in my country. The Ministry of Industry and Trade of the Czech Republic supports decisively the project of the single patent of the European Union with absence of Czech language. Increasing innovative activity of Czech enterprises is expected.

Such approach is in full compliance with big Czech industrial enterprises. They support the single patent of the European Union. Position of small and medium sized enterprises including cooperatives is mixed: one association supports it, other one rejects it.

[27] Summary of positions of the Member States can be found in Metzler F., Belgian Compromise not Sufficient to Remove Deadlock on EU Patent Language Regime (updated), Visae Patentes – www.ipblog.eu, posted 12 October 2010, http://www.visaepatentes.com/2010/10/belgian-compromise-not-sufficient-to.html: "France and Germany want to maintain the privileged status reserved for their respective languages in the current system, which is run by the European Patent Office (…)"

On the other hand, objections are expressed by professionals serving patenting on national level. Both chambers of attorneys and of patent attorneys[28] clearly reject the project, arguing with multilingual nature of the European Union and with consequences for enterprises.

I have mentioned language barrier between Czechs and Hungarians. I am unable to read texts in Hungarian. Therefore, I must rely on scarce information available in English. Nevertheless, I can assume position of Hungary and Hungarian stakeholders.

First, attitude on national language shall be considered. Certainly, there is no international scale of nationalism. Nevertheless, many observers would claim that Hungarians stress their national identity more intensively than Czechs.

Both countries have tradition of research and development. The innovative activity in Hungary is slightly lower to that in the Czech Republic if we consider current indicators.[29] Therefore, I would expect less interest in the single patent in Hungary.

No Hungarian position on the single patent achieved European prominence. Hungary presides the Council of the European Union in the first six months of year 2011. Nevertheless, Hungary seems to remain silent on the issue.[30] Anyway, the project of single patent seems to be put temporarily on ice.

Nevertheless, my assumptions are shattered with fact that Hungary has acceded to the London Agreement.[31] The Czech Republic has not done it till now.

7. Rethinking Language Aspects of Proposed Patent of the European Union

I am not convinced that national languages are sacrosanct and all laws must be forever expressed and applied with them. I admit that the notion of national language is connected with modern state, which is based on linguistically defined nation in most cases. Nevertheless, European elites always internationalized and various languages were used for it.

European integration naturally contributed to the change of language situation in Europe similarly as the European Union redefines notion of nation-

[28] According to semi-official statements of representatives of both chambers submitted and presented in process of formulation of the position of the Czech Republic and in framework of clarification of related aspects by the Ministry of Industry and Trade and the Office of Industrial Property.

[29] Hungarian A. Ganz and Czech F. Křižík can be mentioned as 19th century inventors and innovative entrepreneurs. For current indicators, see Global Innovation Index Report 2009-10, which reveals 27th and 36th position of the Czech Republic and Hungary respectively, see http://www.globalinnovationindex.org.

[30] Hungary promised at 3057th Council meeting mentioned above to seek consensus as future presiding Member State, confirmed by Hungarian minister Z. Cséfalvay in the European Parliament on 26 January 2011. However, I perceive it as mere politeness. Any proposal and any long-term statement cannot be found at the presidency website, see http://www.eu2011.hu. No position of Hungary is mentioned also in Metzler F., Belgian Compromise not Sufficient to Remove Deadlock on EU Patent Language Regime (see above).

[31] See "The London Agreement has entered into force with respect to Hungary on 1st January 2011" posted on the website http://www.sztnh.gov.hu of Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala (Intellectual Property Office).

state. There are examples of use of English in various spheres. This situation is to some extent accepted, and mandated: pilots, personnel serving international tourism, top level managers, scientists, and university lecturers are expected to communicate in English.

While observing current debate about the project of the single patent of the European Union, I am surprised by little interest for consequences for those who will be restricted with patents expressed in foreign languages. It can be explained with preparedness to learn about patents in English (not in German and French).

I am convinced that large manufacturers and service providers are really capable to understand information and restrictions in English. First, they have specialists for many tasks. Second, their production must be continuously improved. Therefore, they need to know about innovations. Professional literature is with limitation available in national languages. By the way, patents can be perceived as specific type of professional literature. Engineers – similarly as scientists, physicians and university teachers – are expected to seek and to understand English texts. Third, large manufacturers and service providers serve often international markets. They must comply with foreign regulatory frameworks, while patents are no exception. They must learn about it directly or through communication with costumers. Lack of language skills is no excuse. Fourth, many large manufacturers and service providers at least occasionally try to commercialize their own inventions. The single patent for entire European Union would certainly provide more efficient protection of their inventions.

Situation of small and medium-sized enterprises seems to be less clear. Their capacity to learn information in English varies. Many small and medium-sized enterprises serve national markets. Finally, most of them do not involve in research and development.

It is easy to condemn attorneys, patent attorneys and translators for pursuit their interests. Nevertheless, I want to draw attention to merits of systematic translation of patent documentation in national languages. This contributes to development of national languages.

Furthermore, language arrangements of current proposal of patent of the European Union show that the administration and judiciary on both national and European level are less prepared and willing to switch for English than national industries and research.

I am convinced that both explicit refusal and tacit reluctance to the project haven not melted to extent which allows its quick introduction. I would suggest return to multilingualism as regards patent claims as summary of invention and description of restrictions. The London Agreement shows that many European countries are prepared to accept wider use of English. Certainly, translation of patent claims into twenty languages is not for free. Nevertheless, it is cheaper than current patenting of potentially successful inventions in the Member States.

Rome I Regulation and the Law Applicable to Internet-Related Consumer Contracts

TEREZA KYSELOVSKÁ
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic

1. Introduction

Aim of this contribution is to analyze the recent case-law of the European Court of Justice (hereinafter ECJ) regarding internet-related cross border consumer contracts. Nowadays almost everyone has at least once concluded contract via internet. Thanks to globalization and growing use of Internet as mean of communication and electronic contracting, the consumers can generally access the website of professional anywhere in the world. The interpretation of "directing activity" should not be too narrow. This interpretation would mean that the creation of a website could mean that the professional directs its activities to the states of the consumer. The interpretation must find a balance between the protection of consumer entitled to special rules of jurisdiction and law applicable, and the consequences for the professional.

Consumer is considered to be a weaker party in the contractual process and should be protected by rules more favorable to his interests than the general rules provide for.[1] The consumer protection should not be absolute, it is necessary to find the borderline between protection of weaker party and legal certainty in the contracting process.[2] In cross-border relations (or relations with international element) many important legal questions are raised, e.g. where is the forum (which court can hear the case) and what is the law applicable. In the online context rules for determining the law applicable and jurisdiction of courts are very problematic. These rules have to be adapted to "cyberspace" without physical borders between states.[3]

The most important European legal norms for determining law applicable and jurisdiction in consumer contracts are Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter cited as Regulation Brussels I) and Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (hereinafter cited as Regulation Rome I). Regulation Brussels I is the successor to the Convention on 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (hereinafter cited as Rome Convention).

[1] Recital 13 Regulation Brussels I.

[2] Opinion of the Advocate General Trstenjak delivered on 18 May 2010 in Case Pammer and Alpenhof, para 2. See also TANG, Z., S. Review Article Private International Law in Consumer Contracts: A European Perspactive. *Journal of Private International Law*. Vol. 6, No. 1, p. 235 et sec.

[3] COTENAU, C. Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices. Aldershot : Ashgate, 2005. 240 p. ISBN 0-7546-2417-X.

Regulation Rome I contains choice-of-law rules regarding consumer contracts is Article 6 paragraph 1 as follows: "… *a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional a) pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or b) by any means,* ***directs such activities to that country or to several countries including that country****."* The wording of the Regulation Rome I is different from Rome Convention. The latter was based on "special invitation rule" from the professional to the consumer.[4] The consumer had to take in that State steps necessary for the conclusion of the contract. According to the changed rule in Regulation Rome I the professional must pursue its commercial activities in the Member State if the consumer's domicile, or, by any means, direct such activities to that Member State or to several States including that State. This change is deemed to strengthen consumer protection.[5] It was made because of the development in online communication and electronic contracting[6]. The rule in Rome Convention was more difficult to determine the place where the steps necessary for the conclusion of the contract were made.

Regulation Brussels I contains rules on jurisdiction in consumer contracts in Article 15 paragraph 1 section c) *"… in matters relating to a contract concluded by a person, the consumer, for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, jurisdiction shall be determined by this Section … if …the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, byany means,* ***directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities****."*[7]

According to the Recital 7 in the Preamble to Regulation Rome I "*the substantive scope and the provisions of the Regulation should be consistent with the … [Regulation Brussels I].* Recital 24 of the Preamble to the Regulation Rome I states: "*With more specific reference to consumer contracts, the conflict-of-law rule should make it possible to cut the cost of settling disputes concerning what are commonly relatively small claims and to take account of the development of distance-selling techniques. Consistency with [Regulation Brussels I] requires both that there be a reference to the concept of directed activity as a condition for applying the consumer protection rule and that the concept be interpreted harmoniously in Regulation Brussels I and this Regulation, bearing in mind that a joint declaration by the Council and the Commission on Article 15*

[4] GILLIES, L. Electronic Commerce and International Private Law. A Study of Electronic Consumer Contracts. Aldershot : Ashgate, 2008. P. 131 et sec. ISBN 978-0-7546-4855-0.

[5] GILLIES, L. Choice-of-law Rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome Regulation. *Journal of Private International Law*. 2007, Vol. 3, No. 1, p. 89–112.

[6] Judgment Pammer and Aplenhof, para 62.

[7] For commentary on Article 15 of the Regulation Brussels I see MAGNUS, U., MANKOWSKI, P. (ed). *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters*. Sellier : European Law Publishers, 2007. 852 p. ISBN 978-3-935808-32-3.

of Regulation Brussels I states that "for Article 15(1)(c) to be applicable it is not sufficient for an undertaking to target its activities at the Member State of the consumer's residence, or at a number of Member States including that Member State; a contract must also be concluded within the framework of its activities". The declaration also states that "the mere fact that an Internet site is accessible is not sufficient for Article 15 to be applicable, although a factor will be that this Internet site solicits the conclusion of distance contracts and that a contract has actually been concluded at a distance, by whatever means. In this respect, the language or currency which a website uses does not constitute a relevant factor."

There is no case-law concerning conflict-of-law rules in consumer contracts in Regulation Rome I. However, to define the terms used in this Regulation, it is possible to use the ECJ's case-law to Regulation Brussels I. Interpretation of the term "directing" of such activities is important when such direction occurs through the Internet. This activity has very specific characteristics that must be taken into account.

On 7 December 2010 the ECJ rendered judgment in joined cases *Pammer* and *Alpenhof*[8]. The judgment concerned the interpretation of Article 15 paragraph 1 section c) of Regulation Brussels I. In case *Pammer* dispute arose between Mr. Pammer, consumer resident in Austria, and Reederei Karl Schlüter, a company established in Germany. Mr. Pammer concluded an electronic contract via internet. Later refused to pay the contract price due to alleged breach of this contract and filed an action to Austrian court. The Supreme Court of Austria then decided to stay proceedings and referred the following question for preliminary ruling: *"… is the fact that an intermediary's website can be consulted on the internet sufficient to justify a finding that activities are being "directed" [to the Member State of the consumer's domicile] within the meaning of Article 15 paragraph 1 section c) of the Regulation Brussels I?"* In stated to have found fault in hotel's service and have left without paying the bill. Hotel Alpenhof then brought an action before an Austrian court. Mr. Heller raised the plea that as consumer he may be sued only in the Member States of his domicile, before German courts. The Austrian Supreme court stayed proceedings and referred the question for preliminary ruling: *"…is the fact that a website of the party with whom a consumer has concluded a contract can be consulted on the internet sufficient to justify a finding that an activity is being "directed" within the meaning of Article 15(1)(c) of Regulation Brussels I?"* Because of the similarities between these two cases the ECJ joined them.

The most important question arising out of these two cases is what is (are) the criteria to consider activity presented on the website to be "directed" to this Member State. Consequently, whether the fact that those sites can be consulted on the internet is sufficient for that activity to be regarded as such. For example, if someone finds a website of some company that is accessible from his/her Member State, orders some goods. Is he/she under the consumer protection? In my opinion, the ECJ's answer was very careful. It was for the first time that the ECJ was asked to interpret these questions.

[8] Judgment of the Court (Grand Chamber) of 7 December 2010 in joined cases C-585/08 and C-144/09 Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09) [2010]. ECR 2010.

ECJ did not state a clear rule. ECJ stated that Regulation Brussels I do not define the term "directing" of activities. This term must be interpreted independently and autonomously, "*by reference principally to the system and objectives of the regulation, in order to ensure that it is fully effective*".[9] As the Advocate General has stated in her Opinion[10], European Union legislature did not intent to consider the mere existence of the website as condition of the "directing" such activities. Also the fact that the website is interactive or passive cannot be an important point. According to the joint declaration of the Council and the Commission to the adoption of Regulation Brussels I, the mere fact that a website is accessible from one Member State is not sufficient for Article 15 paragraph 1 section c) of the Regulation. According to the ECJ the professional must have manifested its intention to establish commercial relations with the consumer.[11] Therefore there must be sufficient evidence that the professional was envisaging doing business with consumer domiciled in other Member State. Such evidence does not include mention on the professional's website its email address, telephone number without an international code. That type of information is condition sine qua non according to the Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').[12]

For the evidence required the ECJ created a non exhaustive list of such evidentiary matters. These are[13]:

- International nature of the activity at issue, such as certain tourist activities;
- Telephone number with the international code;
- Use of a top-level domain name other than that of the Member State in which the professional is established, or use of neutral top-level domain (.com, .eu);
- Description of itineraries from one or more other Member States to the place where the service is provided;
- Mention of an international clientele composed of customers domiciled in various Member States, in particular by presentation of accounts written by such customers.

The judgment in these two cases was very much awaited. It was presumed that the ECJ will give answers to many questions related to online consumer contracts. The presented judgment raises far more questions. The evidentiary materials are quite problematic and vague. As was stated in the Recital 24 of the Preamble to the Regulation Rome I, the language or currency used do not constitute relevant factors for the purpose of determining whether an activity is directed to one or more other Member States. It is worth mentioning that the

[9] Judgment Pammer and Alpenhof, para 55.
[10] Opinion of the Advocate General Trstenjak delivered on 18 May 2010 in Case Pammer and Alpenhof, para 64.
[11] Judgment Pammer and Alpenhof, para 75.
[12] See article 5 paragraph 1 section c) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').
[13] Judgment Pammer and Alpenhof, para 83.

majority of cross border transactions are made in U.S. dollars or Euros. It is difficult then to find the connection with a particular country. Also the language used nowadays is English or German. The Advocate General in her Opinion concluded that this is the case when if a website is presented in a given language, but this language can be changed. This is relevant because it is an indication that the professional directs its activity also to other Member States. Through the possibility to change languages, the merchant shows knowingly his wish that consumers from other Member States also conclude contracts with him. The international nature of the activity at issue or use of top-level domain name is also very problematic. It is possible to imagine for example Czech internet company with top-level domain name .cz. This website is accessible all over the world. If consumer for example forms Hungary enters this website and orders some goods. Is he under the consumer protection? Did the Czech company aimed and directed its activities to Hungary? Also the use of telephone number with the international code seems to be redundant. Nowadays every telephone number has its international code. This cannot be considered as any decisive factor.

The opinion of Advocate General was in my opinion more suitable. It was based on four pillars[14]: The usual sense and interpretation of the term "directing an activity"[15]; historical[16] and teleological[17] interpretation and the systematic interpretation of the concept. The Advocate General also proposed several criteria to determine whether a person who pursues commercial or professional activities directs them towards the Member State of domicile of the consumer. Some of these criteria were used in the judgment of the ECJ. Among others we can find: if the professional concludes traditionally distance contracts with consumers of a given Member State, there is no doubt that he directs its activities towards that Member State. On the contrary, the conclusion of one contract with one consumer of a particular Member State will not suffice for the direction of the activity to that Member State. If the professional explicitly includes/excludes the direction of his activity to some Member States (and actually behaves in accordance with this inclusion/exclusion).

2. Conclusion

Growing number of internet-related consumer contracts requires clear and simple rule for determining the law applicable. The connecting factor used in Regulation Rome I quite confusing and causes many problems. Although the aim of this Regulation was to extend the consumer protection, in the online context it needs further changes. The ECJ has chance to define and made these rules more specific, but in the judgment Pammer and Alpenhof did not

[14] Opinion of the Advocate General Trstenjak delivered on 18 May 2010 in Case Pammer and Alpenhof, para 61.

[15] Opinion of the Advocate General Trstenjak delivered on 18 May 2010 in Case Pammer and Alpenhof, para 63.

[16] Opinion of the Advocate General Trstenjak delivered on 18 May 2010 in Case Pammer and Alpenhof, para 66.

[17] Opinion of the Advocate General Trstenjak delivered on 18 May 2010 in Case Pammer and Alpenhof, para 64.

state clear rule. The proposed list of evidentiary factors in non-exhaustive. It is on the national courts to determine in every single case if these conditions are fulfilled. We can presume that in the near future more preliminary questions concerning internet-related consumer contracts will be raised to the ECJ.

The analyzed hypothesis of this contribution **The conditions upon which the choice of law rules for consumer contracts operates are not sufficient to consumer contracts concluded by means of electronic commerce** was confirmed**.**

3. Literature

COTENAU, C. Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices. Aldershot : Ashgate, 2005. 240 p. ISBN 0-7546-2417-X.

GILLIES, L. Electronic Commerce and International Private Law. A Study of Electronic Consumer Contracts. Aldershot : Ashgate, 2008. 261 p. ISBN 978-0-7546-4855-0.

GILLIES, L. Choice-of-law Rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome Regulation. *Journal of Private International Law*. 2007, Vol. 3, No. 1, p. 89–112.

MAGNUS, U., MANKOWSKI, P. (ed). *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters*. Sellier : European Law Publishers, 2007. 852 p. ISBN 978-3-935808-32-3.

TANG, Z., S. Review Article Private International Law in Consumer Contracts: A European Perspactive. *Journal of Private International Law*. 2010, Vol. 6, No. 1, p. 225–248.

WANG, F., F. Law of Electronic Commercial Transactions. Contemporary Issues in the EU, US and China. Oxon: Routledge, 2010. 270 p. ISBN 978-0-415-55745-0.

Access to justice

(A movement on the border of the human rights and the social and economic reality)

ÁGNES VÁRADI
Universität Passau – SZE ÁJDI

Although the first theoretical examinations on the possibilities of facilitating an efficient persecution of rights for the poor can be led back to the 19th century, the systematical studies about this question appeared only after the World War II. The movement 'access to justice' hallmarked by the name of Mauro Cappelletti[1] has contributed to the fundamental reform of the justice system and it has extended the concept of the effective access to justice in many ways.

1. Starting thoughts about the terminology

In order to determine the goals and results of 'access to justice', at first, it is inevitable to introduce the different interpretation possibilities and to separate the relevant fields of analysis.

The first question is, which kind of meaning we assign to the concept of 'access to justice'. The most extensive approach says,[2] that access to justice does not only involve the enhancement of efficiency in the justice system: it also contains the different methods, that make the democratic participation[3] of the individual in each territory of the legal system possible, especially at the decision-making process of the government concerning the situation of wide social groups.[4]

Although we do not deny the importance of these guarantees, the analysis should not be separated to much from the terminological characteristics. That is why I think that the concept of access to justice should only be used concerning the jurisdiction, especially the access to the judiciary and non-judiciary solutions of legal problems.[5]

This interpretation is in accordance with the thesis of Hazel Genn about legal needs and justicable events. We mean by these expressions all forms of legal problems without reference to the fact, whether the parties are aware of this character or whether legal steps were taken in the case or not.

[1] Mauro Cappelletti: *Access to justice and the Welfare State*. European University Insitute, Florence, 1981. p. 4.

[2] A report of the UNDP uses the concept of 'access to justice' in connection with the Millennium Goals of the United Nations and means all forms of legal reforms by this expression, that supports the representation of interests for the needy and the poor, guarantees an effective legal protection and strenghtens the formal and informal methods of social help for these groups. Access to justice, UNDP Practice Note № 9/3/2004. p. 3.

[3] Access to the Courts, Equal Justice for all In: Issues of Democracy, August 2004. p. 2.

[4] Rosette C. Librea–Valentino G. Baac: *Legal empowerment of the poor (LEP): A project case study using HRBA perspective*, 2010. p. 1.

[5] Hazel Genn: *Paths to Justice. What people do and think about going to law?*. Hart Publishing, Oxford, 1999. p. 12.

After circumscribing a limited concept of access to justice, it is inevitable to determine the personal scope of it. It is also in this case possible to use an extended approach: This can be characterised by the fact, that it does not only include the circle of the financially needy people, but all those social groups as well, whose persecution of rights is difficult because of social circumstances. That is why the access to the justice system can be problematic for people with low qualification, with some kind of disabilities[6] or for children. At the same time this means, that the situation of these groups is extremely worth supporting.

In my opinion, the extension of the personal scope sidetracks the analyses less in the false direction as in the case of the firstly mentioned material scope. It rather demonstrates, that access to justice is not an isolated problem, but it concerns the effective legal protection of wide social groups.

Some authors[7] refer to the fact, that the more effective system of justice does not only help the needy, but it also supports the market-economy. The increasing efficieny means at the same time, that the decisions about the legal demands occur quickly and the judgements can be enforced efficiently. This means for the actors of the economy less loss at the production and investments. It can namely not be denied, that the unpersectuted demands – especially in the civil law – cause primarily material, financial loss. Secondly, the cost-volumen-profit analysis during the process can be the basis for a judicirary or non-judiciary settlement.[8] That is why the efficiency of the legal system does not only have an impact on the economic position of the single companies, but it can influence the trust in the economic and legal system of the state in international relations as well.[9]

Without denying the importance of these consequences, we should put the emphasis rather on the fact, that the original meaning of access to justice is to assure effective methods for the persecution of rights for the needy, connecting the principles of the legal systems and social solidarity.[10]

[6] Access to justice for the disabled is hindered not only by the deficiencies of the ruling: Firstly, the legal society is less familiar with how to deal with the physically or psychologically disabled. Secondly, it is not clear, whether the financing of the procedures in their cases is regulated by the general procedural norms or by special rules of the social law. This question is also in the literature underrepresented, although the common opinion is concerned, that the disabilities of the individual cannot be left out of attention even in a legal process.
Gordon Ashton: *Equal Access to Justice*. In: The Liverpool Law Review Vol. XIX(I), Springer, Liverpool, 1997. p. 30–36.

[7] Fransisco Cabrillo–Sean Fitzpatrick: *The Economics of Courts and Litigation*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2008. p. 1.

[8] David Marshall Evans: *Access to justice*. In: The Liverpool Law Review Vol. XIX(I), Springer, Liverpool, 1997. p. 37–38, 41.

[9] Juan Luis González A. Carrancá: *El efectivo acceso a la justicia: un requisito para el desarrollo con estabilidad socia*l In: Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia de Distito Federal, C. d. México, № 247, 2000. p. 404.

[10] The movement toward a more active involvement of the judge in controlling litigation reflects the growing pressure for public intervention in private life which is a feature of our epoch. Indeed, this renewed clash between the adversarial and the inquisitorial approaches to litigation is but one aspect of the major challange of our time: to reconcile private freedom with social justice.'
Mauro Cappelletti: *Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and trends in Western and Eastern Europe* In: Michigan Law Review, Michigan, 1971. p. 884.

These intentions are at the same time the source of debate in this field: at constructing the legal reform in the sense of access to justice the legislator does not only have to be aware of the social tendencies but of the performance of the national economy, that finances the costs of the different forms of legal aid as well.

2, 'Access to justice' and the Welfare State

It can not be left out of consideration, that the large interest at the topic of 'access to justice' is not only connected to the ratification of the most important human rights conventions, but to the concept of the welfare state as well. Namely, this system does not only include the assurance of the basic freedoms and political rights – according to the concept of T. H. Marshall – but the statal responsibility to maintain the economic and social rights and through this, the contribution to the restriciton of the inequality of the citizens as well.[11]

So, the statal intervention does not only affect the economy: its aim is to ameliorate the economic and social position of certain disadvantaged social groups. As a part of these efforts the equally effective legal protection has to be guaranteed for the people with different financial background.

At the elaboration of the institutions of 'access to justice' on the basis of the welfare state, we have to take care of the following theoretical danger: If we put too much emphasis on the principle of equality[12] and the connection to the basic human rights, the legal aid can be understood as an evidence and the system would be characterised by automatisms. This way, the concept would lose its connection to the social solidarity and become an istitutionalised mechanism.[13]

This tendency leads to those problems that are named by the critics of the welfare state even against legal aid: The overcharged courts would get by introducing the new institutions of legal aid further competencies (to decide about the demands for legal aid), which would lead to further delays and the process load would increase as well. In a system based on automatisms it is possible that legal aid is granted even in those cases, in which the demand would prove itself as causeless if the conditions would have been controlled in details. Finally, it could lead to an enormous financial load to the state budget and would not support the abolishment of social differences, because legal aid would not only be granted for those, who are in the worst financial situation. At the same time, from the government's point of view such an ideologically overloaded system means the restriction of the consideration possibilities.[14]

In order to avoid such anomalies from the original aims, is it important to look at 'access to justice' in an objective way without ideological exaggerations. That is why I concern the procedural and institutional way of thinking for the most adeaquate method to analyse this movement.

[11] Bőhm Antal: Az *ezredvég magyar társadalma (Die ungariche Gesellschaft am Ende des Jahrtausends)*. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2003. p. 173.

[12] A detailed analysis of 'access to justice'from the point of view of the principle of equality: Juan E. Méndez: *El Acceso a la Justicia, un enfoque desde los derechos humanos*. Foro. Internacional 'Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina'. San José, Costa Rica, 2000.

[13] Luis Moreno: *Ciudadanía, desigualdad social y Estado del bienestar* In: Giner, Salvador (ed.): *Teoría sociológica moderna*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003. p. 527–538.

[14] Cappelletti, Mauro: Access to justice… p. 21–22.

3. Fields of action in the sense of 'access to justice'

The next question is in which fields of the legal sytem 'access to justice' has contributed to the reforms. A possible starting point provides those cathegories that were elaborated at the conference 'Access to Justice After the Publication of the Florence Project: Prospects for Further Action'. These topics are in accordance with the basic aim of 'access to justice', namely to assure the procedural equality of the parties at the courts. Of course, the participants recognised that this aim cannot be reached at once, but the legal steps have to support the reduction of those barriers that make the persecution of rights for the poor more difficult.[15]

That is why the following fields of action were nominated: the legal services for the poor, the support of isolated and underrepresented legal interests and alternative procedural methods.[16]

This way of thinking is in accordance with the development history of access to justice: In the history of the movement we differ three phases, which can be led back to the tendencies in the USA. The first phase began in 1965 by the foundation of the 'Office of the Economic Opportunity's neighbourhood law firm programme', that provided legal services for the needy and reacted this way to the demand for professional legal advice. In the second wave, in the 1970s was the importance of the representation of sporadic interests of fragmented groups recognised in the fields of enivornmental protection and consumer protection.[17] This recognition was followed by the foundation of 'public law firms'. The third station was the development of informal mechanisms of mediation and alternative ways of the protection of rights.

Another perspective provides those analyses that do not concentrate on the fields of legal aid, but conceptionalise those problems, beause of which the efficiency of the legal system has to be increased. Since the Interim Report of Lord Woolf was published, the following factors are named as the causes for the inefficiency in the justice system: the costs of the procedure – that can exceed at bagatelle cases even the value of the claim –, the unnecessary delays and the long duration of the proceddings[18], as well as the uncertainty of the process and inequality of the parties, as a consequence of the two former factors.[19]

[15] José Ovalle Favela: *Cappeletti, Mauro y Garth, Bryant, El acceso a la justicia*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de investigaciones Jurídicas, C. d. México, № 54, Sección de Bibliografía, 1985. p. 1109.

[16] The fourth cathegory is the connection between access to justice and the welfare state. This problem is, however, rather a question of the legal theory and is less connected to concrete legal norms.

[17] Ross Cranston: *Access to justice for consumers, A perpective from Common Law Countries*. In: Journal of Consumer Policy, Vol. 3, № 3–4, Springer, 1979. p. 291.

[18] As the problem of the duration of the process is elaborated in details in the literature, in the following more attention has to be paid to the question of the procedural costs. Example: Peter Gilles (Ed.): *Effiziente Rechtsverfolgung*. C. F. Müller, Heidelberg, 1987.

[19] Resumed in: Lord Woolf's Inquiry: Issues Papers, Medical Negligence Cases In: Journal of Information, Law & Technology, 1996/1, Electronic Law Journals, University of Warwick, 1996.

The intentions, to solve these problems and to achieve the main goals, did get the attention of the economic sector as well, especially because of the new way of thinking: This problem, if it was analysed at all, then only with the classical descriptive methods of the jurisprudence, while the method of Cappelletti was based on the complete analysis of the reality. This means, first of all, that empirical studies were launched that did not only describe the different legal institutions, but evaluated them from the point of view of the efficiency[20] as well.

4. The Hague Model and 'path to justice'

The next step in the development of access to justice is the Hague Model. These researches start from the thesis, that in the modern legal systems the legal problems can be solved on more, different but equivalent ways that can have another level of efficiency from case to case.

The parties in a legal conflict often have to take use of the insitutions of the legal system in other countries or make a choice between alternative procedural methods, although they are not familiar with the possible consequences. The situation of the courts and other organisations involved in the process of the persecution of rights is hindered by the cumulation of the applicable law and the cross-border procedures.

So, the question, whether and how legal claims can be realised and executed, depends on the chosen path to justice. This 'path' means the combination of the legal question or legal need with the legal institutions, which offer the way of solution in the concrete case. Path to justice expresses also the probability with which a certain legal question can get to that legal institution that offers the most efficient solution.[21]

A graphic descriprion of the problem of 'path to justice' offers this figure:

1. Figure

Source: ***Measuring Access to Justice in a Globalising World The Hague Model of Access to Justice*, Measuring Access to Justice, Tilburg, 2003. p. 3.**

It is to be noticed, that the deciding factors between the singular paths to justice are the costs of the process, the efforts and each other kind of expenditures connected to it.

[20] The fact, that the efficiency is one of the most important indicators at the different comparisons in the modern times, can be led back to the technical development and on the upgrading of the economic point of view in scientific analises. That is why the legality of the institutions is not the only indicator for the jurisprudence any more: the efficieny plays an important role as well.
Albert Calsamiglia: *Justicia, eficiencia y derecho.* In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nr. 1, Centor de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. p. 307.
Manuel García Pelayo: *Burocracia, tecnocracia y otros escritos.* In: Obras completas, Alianza Editorial, Madrid, 1982. p. 1423

[21] Martin Gramatikov: *Methodological Challenges in Measuring Cost and Quality of Access to Justice.* TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems 2007/10, p. 11.

The 'Measuring Access to Justice' project has developed an evaluation method, with which the singular paths to justice can be analysed according to these factors. The first step is to determine the personal experiences of the individual about the costs, the quality and the outcome of the process. These three elements provide the background for the construction of a general index: the Access to Justice Index. This indicator helps to characterise a concrete path to justice from the individual's point of view.

The scientific value of such an index can be discussed, but it is sure that it makes a comparison of the possible procedural forms in a given legal conflict possible on a relative basis. It is namely connected to the individual needs and expectations of the person, involved in the legal conflict.[22]

That is why, the theoretical analysis has to concentrate on the task of introducing the possible paths to justice and their problematic elements, contributing this way to the development on the field of the effective access to justice.

5. The Methods of 'Access to Justice'

Concerning the question of the methods of access to justice, the starting point is to look at the legal procedure as a social system, as a system of actions. 'In order to reach the social context of the procedural norms, they have to be understood as determinants, which have their source in different social fields.'[23] These determinants can be classified according to several theoretical points. One of the most often quotated methods makes difference between economic, social, ideological[24] and phsychological[25] factors. The problem of this concept is that it concentrates first of all on the subjective experiences of the person concerned and the objective, institutional and statutory statements are neglected.

The other – in my opinion more consistent – method[26] distinguishes three different points of view: the legal one (that includes the analysis of the norms and institutions), the economic one (that is based on the examination of the costs and infrastructure) and the cultural-sociological one, that concentrates on the exprienses of the different groups and the social judgments.

[22] Martin Gramatikov–Malini Laxminarayan: *Weighting Justice: Constructing an Index of Access to Justice*. TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems, No. 10/2008, Dezember 2008. p. 6–7.
About the individual evaluation of the quality of the process:
Laura Klaming–Ivo Giesen: *Access to Justice: the Quality of the Procedure*. TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems, No. 002/2008, Februar 2008.

[23] Edward Kininger: *Theorie und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens*, Duncker&Humblot, Berlin, 1980 p. 15-16.

[24] Under ideological factors Kininger means the sharing of the control on the process between the parties and the judge and how this sharing determines the behaviour of the parties at the court. Edward Kininger: *Theorie und Soziologie…p.* 16.

[25] The psychological factors are – according to Kininger – those, that characterise the relationship of the parties involved in the process to each other and to the process as a whole. Edward Kininger: *Theorie und Soziologie….* p. 17.

[26] Fabián Hernández García: *Acceso a la justicia*, Revista Ágora, Edición del Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo, № 26 Carretera México–Pachuca, 2007.

The complex analysis of these determinants is the foundation for the reform recommendations of 'access to justice' that considers not only the social attitudes but the realistic possibilities and consequences of following a certain path to justice as well.

6. Additive statements to the sociological studies

The first problem at the examination of these studies is that these data are difficult to analyse and that in some of the scientifically important fields there are no empirical studies at all. It is often the subject of critics, that the most studies in this field only undermine those facts with statistical data that follow from the reasonable way of thinking as well. For example, that those legal systems, that can reduce the procedural delays, are much more accepetd by the society than those, that have to fight with the long process duration.

Another problem is the lack of analyses, especially in the civil process,[27] about which kind of help the parties involved would consider as an advancement for their persecution of rights. This means, that we can only look at the offer-side of these institutions, but not the question, whether offer and request are in accordance with each other or not.

In some studies it seems to be necessary to undermine with the help of results from questionnaires that the claims of the civil law are very much present and dominant in the everyday life and that is why the persecution of them has to be supported by similarly intensive measures as in the criminal law.[28]

The majority of the studies in this field concern only the questiosn of the process duration and the success quotes of the alternative solving methods of legal conflicts.[29] It is however neglected, how many demands cannot be persecuted because of the lack of financial sources or inadequate legal advice.

In the following we can examine a study[30] that shows, how a society can react to problems concerning the civil law, especially how determined they are to take legal steps in the direction of the execution of their claims. From this follows, that 23% of the people questioned did not take any steps at all to realise his demand: 6% of them said, that it was not worth following at a court. The question arises in which relation was the demand not important enough: in relation to the process costs, to the time expenditure or to the inconvieniences caused by the process? These are namely the problematic points that were nominated among the reform recommendations of access to justice. Also 'Lord Woolf's Report' considers as an important goal to assure the effec-

[27] The studies quotated in the sources are primarly connected to the penal processes, especially in the conflict areas of Africa.
Adedokun A. Adeyemi: *A demand-side perspective on legal aid: What services do people need?* In: Access to justice in Africa and beyond: Making the Rule of Law a Reality, Penal Reform International, London, 2007. p. 119–120.

[28] Ab Currie: *The Legal Problems of Everyday Life* In: Sandefur, Rebecca L. (ed.): *Access to justice*, Emerald Gruop Publishing, Bingley, 2009. p. 4.

[29] Ross Cranston: *The Rational Study of Law: Social Research and Access to Justice* In: Zuckermann, A. A. S.–Cranston, Ross (ed.): *Reform of Civil Procedure. Essays on 'Access to Justice'.* Clarendon Press, Oxford, 1995. p. 31–50.

[30] Ab Currie: *The Legal Problems… p.* 11.

tive access to the courts even in the case of bagatelle procedures. In order to avoid that the expenses of the process seemed high in relation to the value of the claim an alternative, quick and simple process way has to be offered.[31]

Those, who considered their claim as important, even though did not choose the civil process (17%) argumented by the high process costs, the uncertainty, whether the claim is justified, the uncertainty in the necessary legal steps, etc. With the help of the different forms of legal aid these concerns can be eliminated.

This means, that according to the data of this study, the institutions of legal aid could contribute to the fact that not only 12% of the people with civilian claims would persecute their rights, but 34% (not considering other psychological factors against the process). At the same time the importance of the judiciary and alternative, non-judiciary conflict solution methods would increase, and the high number of the unpersecuted claims would not be a danger to the rule of law.

On the border between the economic and the sociological aspect, the question arises, which kinds of methods the state can choose in order to organise the system of legal aid. There are namely three groups of methods,[32] that could contribute to the better access to justice:

The first possibility is to offer more pieces of information about the legal norms and the process to the public, which would enlighten their decision about the persecution of the claims. The problem with this is, that a layman cannot understand the complexity of the legal system by brochures or simplified electronic data on internet sites. So the original problem and the question of the process costs would stay unsolved.

The second group is the foundation of such institutions that provide free legal advice and representation, for example legal clinics. These are able to solve the problem of the need for legal advice efficiently and in a qualified way. However, the principle of voluntary can overstrain the staff, and that is why it can reduce the efficiency of the whole system. It is also possible, that the state budget overtook the costs, this means, that the services of the courts and the lawyers are not free, but they are financed by the budget.

But even this solution can reach its aim and be in accordance with the expectancies of the society, when it is applied together with the fourth method. The needy should not be helped by paternalistic methods to persecute their rights: they should be brought into a position in which they could finance the costs of the procedure themselves.

7. The economic point of view

The next aspect of the efficient persecution of rights are the economic characteristics, that can be examined from two further points of view: from that of the party involved in the legal conflict and from that of the state. Concerning the first one the most important question is the relation of the value of the claim to the costs of the process.

[31] Nick Armstrong: *Making Tracks* In: A.A.S. Zuckermann– Ross Cranston(ed.): *Reform of Civil Procedure. Essays on 'Access to Justice'*. Clarendon Press, Oxford, 1995. p. 98.

[32] Шабельников Д.Б., Шепелева О.С.: *Программы убсидируемой юридической помощи в контексте доступа к правосудю и обеспечения еффективности правового регулирования: Основные условия успеха*. Public Interest Law Institute, Moskau, 2010. p. 11–12.

Theoretically, access to justice would be guaranteed only if the decision about the persecution of the claim did not depend on the expectable costs at all. On the other hand, we should not forget, that the procedural costs are not the gain of the state or a third party: they compensate actual expenditures. That is why legal aid means a load to the state budget, and why the state has to initialize such institutions that bring the efforts for an effective access to justice for all in accordance with the financial possibilities. But the problem is not only restricted to the aim of minimising the procedural costs and reducing the number of people receiving legal aid. This analysis of the costs can be executed by the classical methods of the economy. The question is rather: are there any possibilities to connect the process costs, the process duration and the efficiency of the legal institutions in a way, that can be financed by the state budget.

But the effective alternatives, recommended by the science are usually not the cheapest ones. Such a recommendation[33] is the establishment of special procedural forms or courts, that would not only assist to minimise the procedural load but to assure the representation of specific interests as well. This is the point at which the methods of the economy can be made use of: a detailed comparison has to be made between the financial consequences of these alternatives and legal aid. In the case of some special, but in the praxis typical conflicts of interests (for example of neighbours or consumers) the introduction of the simplified process forms would lead to the limitation of the costs. This would also contribute to the decrease of the number of the needy and the reorganisation of the assigment of cases between the courts would not cause much difficulties either. This is, however, hindered by the lack of economic examinations: As it is not the task of such a theoretical paper to elaborate these data, the only possibility is to analyse the present system.

However, the accentuation of the efficiency should not lead to the loss of the most important factor: namely, that these institutions have an intensive connection to the social needs and expectations.

8. The Effects of 'Access to Justice'

'Access to justice' as a reform movement has contibuted to the acceptance of the necessity to support the effective persecution of rights by active statal measures. The actual possibilities of bringing a concrete claim in front of the court are not only a goal of a reform movement of the justice system but an important indicator of the development of the legal system in a given state as well. The better paths to justice mean at the same time that the society is capable to offer better social services to its members. This leads to a new defintion of the connection between state and society.[34] That is why the data

[33] José Ovalle Favela: *Acceso a la justicia en México*. In: Anuario Jurídico de México III-IV/1976–1977, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, C. d. México, 1978. p. 171.

[34] María Dakolias: *El sector judicial en América Latina y el Caribe. Elementos de reforma.* World Bank technical paper, Doc. 319S, Washington, 1997. p. 42. f.

about the persecution of rights are used as indicators by international organisations to characterise the legal systems.[35]

Although this movement has lost its attraction by the critics on the welfare state, the scientific findings have contributed to the reform of justice especially in the American and Western-European countries. At the times of financial crisis and in those countries, which constantly have to fight with financial problems, the efforts of 'access to justice' play an important role again and again. However, the practical realisation of the aims of this reform movement is not only important from the point of view of the jurisprudence: if these reforms are omitted, in countries characterised by economic problems and social inequality it can lead to a general disaffection: the rule of law and the democracy as a whole, could be questioned by large social groups.[36]

[35] These data were published in the reports of human rights committees (like: The Report of the Inter-American Commisson on Human Rights about Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. ,Doc. 34, 28. Juni 2007, p. 14–16.) or of financial organisations, like the World Bank or the Interamerican Bank. Quotation from: Héctor Fix-Fierro–Sergio Lopez-Ayllón: *El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria* In: Justicia (Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional; Tomo I); Editorial UNAM, México. p. 113

[36] William C. Prillaman: *The judiciary and democratic decay in Latin-America: declining confidence in the Rule of Law*. Praeger Publishers, Westport, 2000. p. 18.

Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration

KLÁRA SVOBODOVÁ

1. Introduction

At the first sight the European Convention on Human Rights ("EHCR" or "Convention") and international commercial arbitration ("arbitration") have nothing in common. First theoretical discussions concerning the application of human rights provisions in arbitration appeared in the end of eighties. The direct application of human rights was refused. Even though the regulation of human rights is to be found in several international instruments, this paper will focus only on the EHCR. The ECHR posses the specific position among human rights instruments as it has an effective mechanism aiming at its enforcement. There is a rich case law of European Court of Human Rights ("the Court") which enables to better understand the ECHR. The Court has not expressly decided on the relation between the ECHR and arbitration so far. However, the change in its position is apparent.

The key point in the relation between the ECHR and arbitration is the Article 6(1) of the ECHR which covers the procedural rights and right to fair trial. In this paper, the relation between the Article 6(1) and arbitration will be analyzed from the point of view of several aspects: admissibility of arbitration from the point of view of the ECHR, the difference between the compulsory and voluntary arbitration, court proceedings relating to arbitration and direct application of Article 6(1) in arbitration.

2. To the relation between the ECHR and arbitration

First theoretical discussions concerning the application of human rights provisions in arbitration appeared in the end of eighties. The direct application of human rights was refused. The Court has dealt with this question much longer, but it has not expressly decided on the relation between the ECHR and arbitration so far. However, the change in its position is apparent.[1] We can understand the relation between arbitration and human rights as sharing of values or on the contrary as two independent areas that are substantially different.[2] Even though the opinions on this relation differ, none of them insists on the non-existence of any relation between these two areas.

[1] JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 10-01-2011], p. 159 – 160. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/ document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

[2] Id., p. 167.

The rights enshrined in the ECHR which may play a role in the arbitration proceedings can only be detected by interpretation, since the Convention itself does not mention arbitration. Therefore, the ECHR does not also define its scope in relation to arbitration. Generally, only the rights concerning the civil proceedings come into consideration.[3]

The key point in solving the relation between the ECHR and arbitration is the Article 6(1) of ECHR, which covers the procedural rights and right to fair trial.[4] Article 6(1) establishes especially the following rights: the right to an access to justice, the right to an independent and impartial judge, the right to set up a claim including the right to be heard, the principle of equal treatment, the right to receive a reasoned decision, the right to receive a decision within a reasonable time, the right to the public proceedings.[5]

The relation between the Article 6(1) and arbitration could be analyzed from the point of view of several aspects: the admissibility of arbitration from the point of view of the ECHR, the difference between the compulsory and voluntary arbitration, court proceedings relating to arbitration and direct application of Article 6(1) in arbitration.

3. The admissibility of arbitration from the point of view of the ECHR

According to the Court, the conclusion of the arbitration agreement is permissible if not concluded under constraint. The Court came to this opinion in the decision *Deweer v Belgium*.[6] The Court states that it is possible to waive the right to hear the case before a court in civil cases. One of the frequently used possibilities of this waiver is the conclusion of arbitration agreement. Such a waiver is not contrary to ECHR, however, the non-existence of con-

[3] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 10-01-2011], p. 396. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[4] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 10-01-2011], p. 395 – 416. Available from Kluwer Law Online: <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>; SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, Vol. 21, No. 5, [cit. 10-01-2011], p. 413 – 438. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>; MCDONALD, N. More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2003, Vol. 20, No. 6, [cit. 10-01-2011], p. 523–538. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2003045&type=toc&num=1&>; JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 10-01-2011], p. 159 – 172. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

[5] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 10-01-2011], p. 397. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[6] Judgment of the European Court of Human Rights, 27.2.1980, Deweer against Belgium, Application No. 6903/75. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=6903/75&sessionid=58302187&skin=hudoc-en>.

straint is a necessary prerequisite.[7] *Bělohlávek* states that the authority to enter into an arbitration agreement stems primarily from the expression of the free will. The freedom of will is guaranteed both by the constitutional regulations of human rights and the ECHR.[8]

4. Compulsory arbitration and court proceedings relating to arbitration

Article 6(1) is fully applicable in the compulsory arbitration which is arbitration required by law. This conclusion follows especially from the decision of the European Commission of Human Rights ("Commission") *Bramelid and Malmstrom v Sweden*.[9] In this decision, the Commission concluded that *in this case recourse to arbitration was compulsory and the applicants were unable to bring their case to the court capable of settling the dispute and offering the guarantees set forth in the Article 6(1). The Commission has to therefore consider whether these guarantees were respected in the proceedings before the arbitrators.* Compulsory arbitration is to be equated with the classical court proceedings.[10]

Article 6(1) applies also in the case of court proceedings relating to arbitration. A court of a Contracting State deciding for example on the annulment of an arbitral award is bound by the ECHR.[11]

[7] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 12-01-2011], p. 398 a 408. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>; SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, Vol. 21, No. 5, [cit. 12-01-2011), p. 417. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>.

[8] BĚLOHLÁVEK, A.J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Komentář I. díl. Praha : C.H. Beck, 2008. p. 203.

[9] Report of the European Commission of Human Rights, 12.12.1983, Lars Bramelid and Anne Marie Malmstrom against Sweden, Application No. 8588/79 and 8589/79. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=58302187& skin=hudoc-en&action=request>.

[10] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 12-01-2011], p. 398 a 408. Available from Kluwer Law Online: <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>; SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, Vol. 21, No. 5, [cit. 12-01-2011], p. 419 – 423 a 431 – 432. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>.

[11] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 12-01-2011], p. 399. Available from Kluwer Law Online: <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>; SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, Vol. 21, No. 5, [cit. 12-01-2011], p. 429. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>; JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 12-01-2011], p. 168. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

5. Direct application of the Article 6(1) in arbitration

The direct application of Article 6(1) in arbitration has both its proponents and opponents. The arguments against the direct application can be divided into three groups. Firstly, there is the argument based on the waiver of rights. The second argument is based on the allegation that the arbitrators are not tribunal established by law in the sense of Article 6(1). According to the third argument, the ECHR is binding only for states.

5.1. The waiver of rights

The waiver of rights is based on the fact that by concluding the arbitration agreement the parties waive the rights under the Article 6(1). The concept of waiver is known to the most legal systems. The right to the judicial protection is a right, not an obligation. It is possible to waive the right to judicial protection. One of the possibilities how to do so is to conclude the arbitration agreement. This was confirmed by the Court in the decision *Deweer v Belgium*.[12] *Bělohlávek* states that if there is a conflict between the free will and inalienableness of a right, we have to come from the assumption that the expression of the individual's will was made freely and with full awareness of the consequences of this expression. Only if a doubt concerning the freedom of the expression arises, it will be necessary to examine whether this expression results in the waiver of a right in such an extent that is inadmissible.[13]

The initial approach of the Commission gave evidence of the complete waiver of rights under Article 6(1) in the case of conclusion of the arbitration agreement.[14] However, there is an obvious advancement in the Court's case law. At present, we can only talk about the partial waiver of rights.[15] The current position of the Court can be summarized into three points. First, the Court requires the arbitrators to comply with the basic rights contained in the Article 6(1) unless the parties have expressly or tacitly waived these rights. Second, the arbitration agreement does not represent the waiver of all rights under the Article 6(1). Thirdly, the waiver of a right is valid only if it is permissible.[16]

[12] SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, Vol. 21, No. 5, [cit. 13-01-2011], p. 417. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>.

[13] BĚLOHLÁVEK, A.J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Komentář I. díl. Praha : C.H. Beck, 2008. p. 204.

[14] JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 13-01-2011], p. 160. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

[15] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 13-01-2011], p. 400. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[16] JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 13-01-2011], p. 164. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

In the decision *Suovaniemi and Others v. Finland*,[17] the Court states *that there is no doubt that a voluntary waiver of court proceedings in favour of arbitration is in principle acceptable from the point of view of Article 6. Even so, such a waiver should not necessarily be considered to amount to a waiver of all the rights under Article 6. An unequivocal waiver of Convention rights is valid only insofar as such waiver is permissible. Waiver may be permissible with regard to certain rights but not with regard to certain others. A distinction may have to be made even between different rights guaranteed by Article 6.*

By entering into the arbitration agreement, the parties unequivocally waive only the right to access to the court and the right to public hearing.[18] Such waiver is permissible, which is confirmed by the Court in its decisions. According to the decision *Axelsson and Others v. Sweden*[19] *the right of access to the courts is not absolute. In the majority of the Contracting States, the right of access to courts is restricted or subject to special conditions in respect of minors, vexatious litigants, persons of unsound mind, persons declared bankrupts and, as in this case, persons who are bound by an arbitration agreement. Such regulations are not in principle contrary to Article 6, where the aim pursued is legitimate and the means employed to achieve the aim is proportionate.* In the same decision, the Court considers also the question of public hearing. *The public character of court hearings constitutes a fundamental principle enshrined in Article 6(1). Neither the letter nor spirit of the provision prevents a person from waiving of his own free will, either tacitly or expressly, the entitlement to a public hearing. A waiver must, however, be made in an unequivocal manner and not run counter to any important public interest.* In the decision *Suovaniemi and Others v. Finland* the Court adds that *the right to a public hearing can be validly waived even in court proceedings. The same applies, a fortiori, to arbitration proceedings, one of the very purposes of which is often to avoid publicity.*

By concluding the arbitration agreement the parties do not waive automatically other rights contained in Article 6. The parties would have to waive them separately, either expressly or impliedly.[20] The theory of waiver, however, only answers the question which rights under Article 6 the parties waive by enter-

[17] Decision of the European Court of Human Rights, 23.2.1999, Osmo Suovaniemi and others against Finland, Application No. 31737/96. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=31737/96&sessionid=58302187&skin=hudoc-en>.

[18] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 13-01-2011], p. 400. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[19] Decision of the European Commission of Human Rights, 13.7.1990, Jon Axelsson and others against Sweden, Application No. 11960/86. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=11960/86&sessionid=58306421&skin=hudoc-en>.

[20] See e.g. decision Suovaniemi against Finland, where the Court dealt with the question of the waiver of the rights to impartial arbitrator. For details see BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 13-01-2011], p. 412–413. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

ing into the arbitration agreement and which they do not. But this theory does not answer the question how the rights, which the parties do not waive, should be applied in the arbitration proceedings.[21]

5.2. Tribunal established by law

The second argument supporting the non-application of Article 6 in the arbitration proceedings results from the wording of Article 6(1). Article 6 shall be applied before the tribunal, which was established by law. The arbitrators are not such a tribunal; Article 6(1) is therefore not applicable before them.[22] Arbitrators are established by the agreement of the parties, even if this agreement derives its binding force from the law.[23]

The Court considers the concept of tribunal established by law in the decision *Lithgow and others v United Kingdom*.[24] According to the Court *the word tribunal in Article 6(1) is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country; thus, it may comprise a body set up to determine a limited number of specific issues, provided always that it offers the appropriate guarantees.*

Besson does not agree with this argument. According to him, the sense of the concept of tribunal established by law is to exclude the creation of exceptional courts. Arbitration is different, it is established by law in the sense that it is established and organized by law.[25] The author of this paper completely agrees with this opinion as she also assumes that the basis of arbitration is the legal order of a particular state from which the arbitrators derive their authority.[26]

5.3. The ECHR is binding only on states.

This argument is based on the fact that the ECHR is binding only on the Contracting States. The ECHR set enforceable obligations to the Contracting States, that are responsible for the breach of these obligations. The arbitrators

[21] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 13-01-2011], p. 401. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[22] Id, p. 401.

[23] KAUFMANN-KOHLER, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration. In *Berg, A.J. Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998).* The Hague : Kluwer Law International, 1999, p. 362. Available from Kluwer Arbitration: <http://www.kluwerarbitration.com>.

[24] Judgment of the European Court of Human Rights, 24.6.1986, Lithgow and others against The United Kingdom, Application No. 9006/80; 9262/81; 9263/81;9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=9006/80&sessionid=58306421&skin=hudoc-en>.

[25] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 13-01-2011], p. 401. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[26] Svobodová, K. Místo konání rozhodčího řízení – rozhodující kritérium určení lex arbitri. In *Dny práva – 2009 – Days of Law*, Brno : Masarykova univerzita, 2009. Available from < http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/rozhodci_rizeni.html>.

are private individuals, who cannot be regarded as public authorities and who cannot be subject to the liability under the ECHR.[27] For the existence of the responsibility of a Contracting State under the ECHR, it must be proved that the State really violated the Convention. The fact that the arbitration proceedings took place in the territory of a Contracting State is not sufficient to establish the liability.[28]

A number of arguments have arisen against this opinion. We can start from the statement that every state has the right to control activities on its territory. If arbitration proceedings deprive an individual of the fundamental rights, the state has to be considered responsible.[29] As the arbitrators are not public authorities, it is not a direct responsibility. In order a state to be actually responsible for the violation of fundamental rights in arbitration proceedings, there has to exist a way, how the state may impose an effective control over the arbitration.

In the decision *R. v. Switzerland*[30] the Commission concluded that *the state cannot be held responsible for the arbitrators´ actions unless, and only in so far as, the national courts were required to intervene.* In the decision *Jakob Boss Sohne KG* v Germany,[31] the Commission states *the State's responsibility is not completely excluded as the arbitration award has to be recognised by the German courts and be given executory effect by them. The courts thereby exercise a certain control and guarantee as to the fairness and correctness of the arbitration proceedings which they consider to have been carried out in conformity with fundamental rights and in particular with the right to be heard.* It follows from these decisions that the liability of Contracting States for the arbitration is not completely excluded. However, it applies only in the case, if a State performs certain function in relation to arbitration.

Besson states that the arbitrators are substitute for judges; they exercise the judicial function, even though its realization is subject to the agreement of the parties. The arbitrators are not common private individuals, because they have special rights and obligations that are normally carried out by the courts.[32] According to *Besson*, the responsibility of the state and the scope of application of the rights under the ECHR are not the same thing. The only question is, whether the procedural guarantees under the Article 6(1) form part of the legal order of the state, where the place of arbitration is located, and

[27] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 14-01-2011], p. 401. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[28] SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, Vol. 21, No. 5, [cit. 14-01-2011], p. 424. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>.

[29] Id., p. 424.

[30] Decision of the European Commission of Human Rights, 4.3.1987, R. against Switzerland, Application No. 10881/84. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=58306421&skin=hudoc-en&action=request>.

[31] Decision of the European Commission of Human Rights, 2.12.1991, Jakob Boss Sohne KG against The Federal Republic of Germany, Application No. 18479/91. Available from database HUDOC: < http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=18479/91&sessionid=58306745&skin=hudoc-en>.

[32] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 17-01-2011], p. 402. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

whether they fall within the scope of basic procedural rules which have to be followed by the arbitrators, or within the scope of procedural public policy. If the courts of a Contracting State are obliged to apply the EHCR during the control of the arbitral award, it is not satisfactory to reject the same obligation to the arbitrators.[33]

The question different from the scope of application of Article 6(1) is, whether the Contracting States are obliged to issue specific rules to ensure that the arbitrators shall respect the rights under Article 6(1). It is the question of State's liability for the arbitration proceedings held on its territory. The States are obliged to issue the legal regulation that requires that basic procedural rules are complied with in the arbitration proceedings. The States should also refuse recognition and enforcement of arbitral award made in violation of these rules. Should the States also ensure the control of arbitral awards? If such an obligation exists, the agreements excluding the possibility to annul arbitral award would be inadmissible. The position of the Court in this respect is not clear.[34] *Samuel* concludes that the State where the arbitration takes place is under no obligation to protect human rights contrary to the express agreement of the parties.[35] *Besson* is of a similar opinion.[36]

Jaksic rejects the argument that only the States are bound by the ECHR on the basis of the horizontal effect of the Article 6(1). Human rights rules are primarily binding for States with regard to the State's duty not to interfere with the private individual's sphere. This is the vertical approach. However, the States also have the duty to take positive steps in order to ensure the effective protection of human rights. Article 1 of the ECHR states that human rights rules are intended for individuals. For the application of the ECHR is irrelevant whether an infringement of a right results from the exercise of public authority or from an act or omission of an individual.[37]

The ECHR has also the horizontal effect. Remedial, statutory and intermediary horizontal effect can be distinguished. The ECHR has no direct remedial horizontal effect. An individual cannot rely on another individual's liability for infringement of the right contained in the Convention. However, the ECHR has the indirect remedial horizontal effect. The States will be responsible for the violation of the Convention, if they do not sanction the violations of human rights within their territory. Direct statutory horizontal effect represents the actual essence of the protection of individuals´ human rights. The courts of the Contracting States shall comply with the EHCR every time they decide disputes between individuals.[38]

[33] Id., p. 402.
[34] Id., p. 405.
[35] SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, Vol. 21, No. 5, [cit. 17-01-2011], p. 427. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>.
[36] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 17-01-2011], p. 405. Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.
[37] JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 17-01-2011], p. 161. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.
[38] Id., p. 162.

The intermediary horizontality is crucial for the purpose of applying Article 6 in the arbitration proceedings. This horizontality raises the question whether the provisions of the ECHR create enforceable claim between the parties. The Court issued a decision which can be regarded as the confirmation of intermediary horizontal effect. This is the decision *Transado-Transporters Fluviais Do Sado, S. A. against Portugal.*[39] The applicant, the company Transado in this case alleged that its right to possessions under the Article 1 of Protocol No. 1 has been violated and that the arbitration proceedings had been unfair under the Article 6. Transado operated in Portugal a ferry across the River Sado under a contract concluded with the authorities of the port Setúbal (APS). The contract contained the arbitration clause. Article XXVI of the contract stated that on expiry of the contract the APS would become the owner of all assets and equipment, including ships. However, Transado would be entitled to compensation in respect of those assets acquired by it with the APS's agreement which had not yet been written off on expiry of the contract. The compensation would correspond to the value that had not been written off. To this end, the applicant company and the APS were required to reach agreement on the writing-off periods for the assets in issue. Such an agreement was never reached. APS terminated the contract in 2001. Transado submitted its request for compensation to the APS. APS rejected this request. Transado commenced the arbitration proceedings. On the basis of interpretation of the Article XXIV the arbitrators concluded that Transado had no right to compensation.

The Court holds that *it must first determine whether there was interference by a public authority with the applicant's right of property. In this regard, it notes that it is understood that, in the instant case, no interference with the applicant company's right to peaceful enjoyment of its possessions can be attributed to the Portuguese authorities. The Court's role consists of ascertaining whether the arbitration tribunal's interpretation of the disputed concession contract constituted interference with the applicant company's right to peaceful enjoyment of its possessions and, if so, whether such interference was justified.* The Court decides that *there was no interference by the public authorities with the applicant's right to peaceful enjoyment of its possessions, the deprivation of property having been the result of the interpretation of a clause in the concession contract by the arbitration tribunal.* The applicant also claimed the violation of Article 6(1) in arbitration proceedings. He in particular argued that the arbitrators were not impartial and that no appeal was possible against the arbitral award. The Court reiterates that *Article 6 does not preclude the setting up of arbitration tribunals in order to settle certain disputes. Indeed, the word tribunal in Article 6(1) is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country.* The Cour comes to the conclusion that *there is no evidence to support the applicant company's contention that the proceedings before the arbitration tribunal were unfair. It follows that there is no appearance of a violation of Article 6(1) of the Convention.*

[39] Decision of the European Court of Human Rights, 16.12.2003, Transado-Transporters Fluviais Do Sado, S.A. against Portugal, Application No. 35943/02. Available from database HUDOC: ≤ http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=35943/02&sessionid=58306745&skin=hudoc-en>.

According to *Jaksic,* this decision is clear in two aspects. Firstly, the provisions of the ECHR extend to contract concluded between individuals. Second, the arbitrators have the duty to act in accordance with the ECHR.[40] From the part of the decision dealing with the Article 6 it is possible to imply that the Court deems the Article 6 to be applicable in the arbitration proceedings.

5.4. Reasons for the application of the Article 6(1) in the arbitration proceedings

Some reasons for the application of Article 6(1) were already mentioned in previous paragraphs. These are mainly the following arguments. By entering into the arbitration agreement, the parties do not waive all the rights under Article 6(1). They unambiguously waive only the right to hear the dispute before a court and the right to public hearing. The arbitrators may be a tribunal in the sense of Article 6(1). The arbitrators are not common private individuals. They exercise rights and obligations that are otherwise carried out by the courts. Article 6(1) forms part of *lex loci arbitri* that the arbitrators are required to comply with. Article 6(1) may be used before the arbitrators on the basis of the so-called horizontal intermediary effect of the ECHR.

The reason for the application of Article 6 before the arbitrators may be also the safeguarding the real effectiveness of arbitration. Taking into account that Article 6 will be applied by the courts exercising their supervisory functions, it would be reasonable, if the arbitrators are bound by it from the beginning.[41]

The direct application of Article 6(1) can serve as an instrument of harmonization of international commercial arbitration. All legal regulations of arbitration contain basic procedural guarantees. Although these values are universal, their actual effect is determined by the applicable legal order. Article 6(1) and the Court's case law give a particular example of ensuring the enforcement of the right to the fair trial.[42]

6. Indirect application of Article 6(1) on arbitration proceedings

As mentioned above, Article 6(1) will be applied in the court proceedings relating to arbitration. This rule applies if such proceedings exist under national legal orders. It is the indirect remedial horizontality of the ECHR. The question arises as to whether the ECHR obliges the Contracting States to issue such rules, which would ensure that arbitrators comply with the guarantees contained in Article 6(1).

[40] JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 17-01-2011], p. 164. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

[41] Id., p. 168.

[42] Id., p. 169.

The States are required to issue an act from which the obligation to respect fundamental procedural principles in arbitration follows. The States are also obliged to refuse recognition and enforcement of the arbitral award, which was rendered in violation of these principles.[43] There is no doubt that the ECHR takes precedence over international conventions that govern arbitration. The same applies in relation to the national legal order.[44]

Do the Contracting States also have the obligation to provide for supportive functions of national courts and especially for supervisory function in the form of annulment of the arbitral award? From the practical point of view, the problem does not arise in most cases because the States set these functions in their legal regulations. However, is it contrary to Article 6, if national law enables to waive the possibility of annulment of arbitral awards? The position of the Court in this respect is clear.[45] In the decision of *R. v. Switzerland*, the Commission found that the State cannot be responsible for the arbitrators´ actions, unless the courts are asked to intervene. From the decision *Nordstrom v the Netherlands* follows that the ECHR does not require the courts to ensure that arbitration proceedings is in accordance with Article 6.[46] The decision *Jakob Boss Sohne v Germany* suggests the opposite direction. According to this decision, the conclusion of an arbitration agreement does not mean that the State's liability is completely excluded. The Courts exercise certain control and provide for guarantees of fairness and correctness the arbitration proceedings.

The Contracting States have to take positive measures to ensure the effective protection of human rights.[47] Such measures also include the possibility of reviewing the arbitral award by the courts. Only the right to annulment of the award, which cannot be waived, can be the effective positive measure. However, *Besson* states that the Court focuses more on examining whether the court's decision concerning the review of arbitral award is not arbitrary or unreasonable. The waiver of the annulment of arbitral award can be in certain cases reasonable.[48] *Samuel* says that the state of the place of arbitration is under no obligation to protect human rights contrary to the express agreement of the parties.[49] *Bělohlávek* in this context concludes that an individual, who voluntarily chose arbitration as an alternative for protection of his rights, also

[43] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 19-01-2011], p. 404. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[44] JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 19-01-2011], p. 167. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

[45] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 19-01-2011], p. 405. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

[46] Id., p. 411.

[47] Id., p. 405

[48] Id., p. 405.

[49] SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, Vol. 21, No. 5, [cit. 19-01-2011], p. 427. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>.

voluntarily accepted limitations that are applied on the exercising his rights. Such an individual does not waive any right; he only modifies its content. Restriction of judicial review of arbitral awards does not interfere with the individual's right to claim his rights before a court.[50]

7. Conclusion

Currently, there is no clear opinion, whether Article 6(1) directly applies in the arbitration proceedings. There are arguments for both possibilities. Even in the case of refusal of direct application of Article 6(1), it does not mean that the basic procedural principles are not complied with in the arbitration proceedings. They are enshrined in the legal regulations of arbitration.

At present, we can witness a significant shift from the initial strict rejection of the application of Article 6 in the arbitration proceedings, based mainly on the theory of a complete waiver of rights. This was confirmed by the Court itself, which at first refused that by concluding the arbitration agreement the parties waive all the rights under Article 6(1). According to the prevailing opinion, by entering into the arbitration agreement, the parties only waive the right to hear their case before a court and the right to public hearing. On the basis of the Court's case law, it is also possible to conclude that the arbitrators may be a tribunal in the sense of Article 6(1). From the decision *Transado v Portugal,* it can be inferred that the arbitrators are under the duty to act in accordance with the ECHR.

The indirect application of Article 6(1) on arbitration is not questionable. The courts apply Article 6(1) in court proceedings related to arbitration. The Contracting Parties are also obliged to take positive measures to ensure that the rights under Article 6 are followed. The possibility to annul the arbitral award by the court ranks among such measures. However, if the law gives the parties the opportunity to waive the right to annulment of the award, this is not contrary to Article 6. The parties voluntarily waived their right, which is allowed by the ECHR, if the waiver is not made under duress.

The opinions for and against the direct application of Article 6(1) were discussed in the previous paragraphs. The author of this paper tends to the application of Article 6(1) in the arbitration proceedings. She agrees with the view that by the conclusion of the arbitration agreement the parties do not waive all the rights enshrined in Article 6. As was mentioned above, the author thinks that the arbitrators may be a tribunal within the meaning of Article 6. The Contracting States of the ECHR bear indirect responsibility for the violation of rights under Article 6 in the arbitration. If there is such a violation, which was not sanctioned by the state by the annulment or refusal of recognition of arbitral award, it is possible to invoke the responsibility of the State under the ECHR. Thus, if the States in supervisory proceedings apply Article 6(1) and its violation regularly causes the annulment or non-recognition of the award, it would be more effective, if this provision is applied by the arbitrators. Under the present state of theoretical opinions and Court's case law, we consider the

[50] BĚLOHLÁVEK, A.J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Komentář I. díl. Praha : C.H. Beck, 2008. p. 211.

argument, that the procedural guarantees already exist in the arbitration proceedings and it is unnecessary to evaluate the application of Article 6 (1),[51] insufficient.

It is necessary to consider the relation between Article 6(1) and arbitration. The reason is the fact that the Court itself deals with this relationship. Direct application of Article 6 does not cause any harm to the arbitration. Conversely, it may be beneficial to international commercial arbitration, because it can be seen as the harmonizing instrument.[52] The rules contained in Article 6(1) form regularly part of public policy which has to be respected by the arbitrators. Even in the case of direct application of Article 6(1), it is impossible to overlook the specifics of arbitration,[53] which mainly affect the scope of application of Article 6 in the arbitration proceedings.

8. Literature

BĚLOHLÁVEK, A. J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Komentář I. díl. Praha : C. H. Beck, 2008. 1276. s.

BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, roč. 24, č. 3, s. 395 – 416. Dostupné z Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, roč. 24, č. 2. s. 159 – 172. Dostupné z Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

KAUFMANN-KOHLER, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration. In *Berg, A.J. Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998).* The Hague : Kluwer Law International, 1999, s. 336–365. Dostupné z Kluwer Arbitration: <http://www.kluwerarbitration.com>.

MCDONALD, N. More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2003, roč. 20, č. 6, s. 523–538. Dostupné z Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2003045&type=toc&num=1&>.

SAMUEL, A. Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights. An Anglo-Centric View. *Journal of International Arbitration*, 2004, roč. 21, č. 5, s. 413 – 438. Dostupné z Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2004028&type=toc&num=2&>.

SVOBODOVÁ, K. Místo konání rozhodčího řízení – rozhodující kritérium určení „lex arbitri". In *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno : Masarykova univerzita, 2008. Dostupné z <http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/rozhodci_rizeni.html>.

[51] MCDONALD, N. More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2003, Vol. 20, No. 6, [cit. 19-01-2011], p. 526. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2003045&type=toc&num=1&>.

[52] JAKSIC, A. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. A Still Unsettled Problem? *Journal of International Arbitration,* 2007, Vol. 24, No. 2, [cit. 19-01-2011], p. 171. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=JOIA2007013&type=toc&num=3&>.

[53] BESSON, S. Arbitration and Human Rights. *ASA Bulletin*, 2006, No. 3, [cit. 19-01-2011], p. 402. Available from Kluwer Law Online: < http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=ASAB2006051&type=toc&num=2&>.

9. Case law

Judgment of the European Court of Human Rights, 27.2.1980, Deweer against Belgium, Application No. 6903/75. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp 197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=6903/75&sessionid=58302187&skin=hudoc-en>.

Report of the European Commission of Human Rights, 12.12.1983, Lars Bramelid and Anne Marie Malmstrom against Sweden, Application No. 8588/79 and 8589/79. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=58302187&skin=hu doc-en&action=request>.

Judgment of the European Court of Human Rights, 24.6.1986, Lithgow and others against The United Kingdom, Application No. 9006/80; 9262/81; 9263/81;9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=9006/80&sessionid=58306421&skin=hudoc-en>.

Decision of the European Commission of Human Rights, 4.3.1987, R. against Switzerland, Application No. 10881/84. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp 197/portal.asp?sessionId=58306421&skin=hudoc-en&action=request>.

Decision of the European Commission of Human Rights, 13.7.1990, Jon Axelsson and others against Sweden, Application No. 11960/86. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=11960/86&sessionid=58306421&skin=hudoc-en>.

Decision of the European Commission of Human Rights, 2.12.1991, Jakob Boss Sohne KG against The Federal Republic of Germany, Application No. 18479/91. Available from database HUDOC: < http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&high light=18479/91&sessionid=58306745&skin=hudoc-en>.

Decision of the European Court of Human Rights, 23.2.1999, Osmo Suovaniemi and others against Finland, Application No. 31737/96. Available from database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=31737/96&sessionid=58302187&skin=hudoc-en>.

Decision of the European Court of Human Rights, 16.12.2003, Transado-Transporters Fluviais Do Sado, S.A. against Portugal, Application No. 35943/02. Available from database HUDOC: < http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=35943/02&sessionid=58306745&skin=hudoc-en>.

Alternative systems for protection of company creditors

JAROMÍR KOŽIAK,
Masaryk University, Brno, Czech Republic

1. On cost effectiveness of protecting creditors

The current system used for protection of company creditors used in most EU member states is widely criticised for many years. It is seen as ineffective, as it is based almost exclusively on guaranteeing some level of share capital, which does not actually provide any real protection to the creditors and is quite restrictive for the company.

The goal of modern systems of company creditor protections should by complete opposite – granting the creditors adequate protection without imposing any unnecessary restrictions on the company itself. In other words we wish to achieve a solid level of creditor protection for the lowest price possible. The logic behind this principle is simple – any money allocated to creditor protection can't be used for business purposes and therefore harm the company, the market and become competitive disadvantage compared to foreign companies which are not subject to such regulation.

The protective instruments are mostly supposed to shield the creditor from danger that the company assets may be distributed among the shareholders without regard to company or shareholder risks and from risks connected to company insolvency – inability to pay its debts – due to economical reasons. The possibility that your debtor will not be able to pay you back is part of the business risk of the creditor and any protection offered by state might only "cushion" the risk, but can't exclude it completely. Therefore the legislative protection should focus on maintaining a transparent environment and effective protection from frauds on creditors (this, however, is a matter for criminal law as much as for commercial law).

2. Share capital systems

If we project abovementioned principles to share capital systems, we can clearly see that capital systems are fundamentally wrong. The only way, how a capital system can offer any real protection is by creating an insolvency barrier of the capital funds or their part – to do this, at least part of the capital should be treated as a kind of reserve fund which is prohibited to be used for business purposes.

This however makes the company deposit a significant portion of its resources instead of using them. This money are therefore an additional business cost that occurs due to legal reasons, which is economically undesirable as it drains the company resources for formal reasons (and one of the greatest challenges the company law has been up to in the recent year is reducing the formal barriers of business).

No wonder that EU law and most national legislations rather use capital systems based on guaranteeing that a certain level of share capital had been reached during the establishment of the company and do not limit the company in its later use. This, on the other hand, provides almost no protection to the creditors, it is just a historical record shoving that the company received some kind of investment to start its enterprise and may or may not still possess some of this property. The only real meaning of share capital is in that case to quantify the rights of shareholders. The same effect can of course be reached without prescribing the shareholders to commit certain amount of property to the company – setting other rules quantification of shareholders and shares in Articles of Association is free.

Should I shortly summarize my opinion on share capital systems it would sound somewhat like this – Protection of creditors by share capital may never work, any true guarantee is so costly that it is economically impossible to achieve and without it the share capital is useless.

Most governments, however, do not have the will and courage needed to get rid of the share capital as a useless and broken tool it really is an build another system as this would mean total overhaul of their company law, because many company law provisions are linked to share capital or these countries may not abandon share capital because they are bound by EU legislation (which in the area of company law is lately becoming more of a shackle than platform for unified way to modern company law which it should be – to reach uniformity in uselessness is not a particularly desirable goal in my opinion). Among most criticized EU company legislative acts is actually probably the second EU directive on companies[1] setting the basic rules for share capital.

Therefore, most of EU countries are currently choosing a more conservative way (and a way that does not contradict the second EU directive on companies) and allow[2] or are going to allow[3] private limited companies to be established with only symbolic level of share capital – mostly 1 unit of national currency (1 EUR companies). While this certainly is a much needed improvement, it does not go far enough. Why to have share capital at all if it has only symbolic meaning and serves no real purpose? Also, this is applicable only for private limited companies, public limited companies (which are in this case often not only companies traded on registered markets but all companies issuing shares as securities) still have to respect minimal share capital limits.

Furthermore, this development negates one argument for having share capital that I have not mentioned yet – that having a minimum level of share capital works as a "seriousness test" and reduces the amount of completely unrealistic business projects by requiring the shareholders to contribute a certain amount of start-up resources. While some authors still use this argument.[4]

[1] Schutte-Veenstra, H., Boschma, H., Lennarts, M.L., Alternative systems for capital protection, Groningen 2005, publisher: Kluwer, ISBN 90-411-2543-4, pg. 4.

[2] For example Germany, Great Britain, Finland, etc.

[3] For example Czech legislation, that is going to adopt new Corporation Act allowing establishment of 1 CZK companies.

[4] Eidenmüller, H., Grunewald, B., Noack, U., Minimum Capital in the System of Legal Capital in Lutter M., Legal Capital in Europe, Company and Financial law rewiev, special volume 1, 2006, ISBN 13:978-3-89949-339, pg. 25–26.

3. Reserve funds

Connected to share capital are reserve funds, which are often derived from the amount of share capital of the company, but actually are not a part of capital. Usually only the required level of these funds is calculated as a percentage of company share capital, but money transferred to reserve fund come from company earnings rather than shareholder investments. Therefore the link to share capital is very weak and another indicator can easily be used to determine the amount of money required for the reserve fund. This would actually often provide better results, because share capital has no relation to the size of company enterprise and therefore does not really shows what reserve should the company keep. It would probably be better to tie the size of reserve funds to company turnover shown in accounting balance.

Reserve funds are double-sided instruments; they bring some undeniable advantages, but also cause several problems. While they can certainly bring some creditor protection by creating a money barrier between a company and insolvency, their main disadvantage is that as they are created from company earnings and work only in relatively healthy companies that just had a bad year after several years of profit. Unfortunately, this is often not the case we will be dealing with.

4. Informational instruments

Informed creditor is a prepared creditor – another level of creditor protection is constituted by informational instruments. These are built on different principles and bring another kind of protection to company creditors. While they do not actually grant the creditors any additional rights, they bring them information, which a perceptive creditor might use. This reflects a more modern approach to creditor protection which could be summarized as "we do not offer you help, we give you instruments to help yourself".

Let's mention the mandatory disclosure first. This is quite a traditional and widely used instrument as it is quite cheap and provides the creditors with vital information. It is generally perceived that basic economical information about companies should be made public, so that anyone who intends to enter commercial relations with the company might check these out before decides. The forms of such mandatory disclosure differ; most often we encounter a duty to file accounting documents and other files to Commercial Register, where they are made freely accessible. The main points of critics of disclosure are that the mandatory disclosed information does not include information most needed by creditors (ability to fulfil obligations, financial reserves, expected economical results in future, etc.),[5] but rather a lot of less useful data[6] and are

[5] Nellisen Grade, J. M., Wauters, M., Reforming Legal Capital: Harmonisation or Fragmentation of Creditor Protection?, in The European Company Law Action Plan Revisired, Leuven 2010, Leuven University Press, ISBN 978 90 5867 805 8, pg. 37.

[6] Merkt, H., Creditor Protection through Mandatory Disclosure, in Eidenmüller, H., Schön, W. (editors), The Law and Economics of Creditor Protection. A transatlantic Perspective, T. M. C. Asser Press, 2008, ISBN 10 906 70 426 33, pg. 95.

not up to date (accounting documents are being published annually with delay of more than half year)[7] . On the other hand, the companies often criticise that they have to disclose inside information at all and that such information may be used against them in competition.

Another of the often used instrument is debtor registers. These might be kept both by state authority or by some private organization. Mostly we encounter state registers dealing with insolvency proceedings. Such registers show information on which companies are subject to insolvency proceedings, what is the current state of the proceeding and often allow third persons to access relevant documents. Easily accessible information (via web) on insolvency is a great resource for creditors, but we should not overestimate its impact. Only the most severely dysfunctional companies would already be brought to insolvency proceedings and careful creditor would probably know about that anyway.

There are many more instruments based on providing information to the creditor or investor, most of them private. Among those with widest use are rating agencies and rating information systems which provide the creditor information on the financial stability of the debtor. These instruments carry much weight in case of larger investments or for professional investors, while for small creditors they are too expensive, as the costs in this case has to bear the creditor (who purchases a service) and not the company. Ratings are not really a guaranteed instrument of creditor protection as we know it, for they are a privately provided paid service. Also, the last years have shown that the dependability of ratings is quite questionable, especially in times of economic turmoil.

It is said that providing creditor with information is a nice thing, but there is one major problem with it – it won't pay the debt. This might be a little exaggerated but the main point is valid / creditor needs information on the company mainly before they conclude their contract. Afterwards it has only limited value, because the creditor might not be able to do anything even if he knows very well that his investment is in danger[8].

5. Other alternative instruments of protection

Among other methods of creditor protection belong systems of mandatory insurance, which shift the risk from creditor to the insurance company (for a price). While this provides the creditor with a very solid protection (maybe even too solid), it is not completely trouble-free. Such systems are incredibly costly and therefore not suitable for general use (despite they might work well in some specific areas of business). Another issue would be how to calculate the proper cost of insurance for different companies[9] – this should somehow reflect

[7] Schutte-Veenstra, H., Boschma, H., Lennarts, M. L., Alternative systems for capital protection, Groningen 2005, publisher: Kluwer, ISBN 90-411-2543-4, pg. 57.

[8] Schutte-Veenstra, H., Boschma, H., Lennarts, M.L., Alternative systems for capital protection, Groningen 2005, publisher: Kluwer, ISBN 90-411-2543-4, pg. 57.

[9] Nellisen Grade, J.M., Wauters, M., Reforming Legal Capital: Harmonisation or Fragmentation of Creditor Protection?, in The European Company Law Action Plan Revisited, Leuven 2010, Leuven University Press, ISBN 978 90 5867 805 8, pg. 38.

company size and credibility, otherwise it would be just plain unfair. It may also be seen as too harsh for the debtor company, because mandatory insurance actually takes away creditors risk and makes the company pay for it.

One of the greatest risks a creditor has to cope with is that the company will transfer its property to third persons at unreasonably low price to deprive the creditors of their rights. The need to deal with this is currently widely discussed. So far the preferred solution has been to introduce some kind of liability of counterparties of such transaction (in addition to liability of company executive officers).

It is also discussed, that there should be a special liability of company executives for company contracts concluded when a company is nearing insolvency. This reflects growing opinion of the need to restrict company trade while the company is becoming unable to fulfil its obligations to creditors to prevent attempts to transfer assets out the company in order to send it empty into insolvency proceedings. Insolvency protection is insufficient in these cases because it simply applies to late. This would also as a side effect prohibit risky „last-ditch“ transactions that aim to either save company by making huge profit or sent it into insolvency with a sizeable debt (thus causing damage to company creditors).

Such liability would be wise to use in cases where the transaction clearly harms existing creditors. This would not be that common, we should expect, that more of transactions will be somewhere in the “shadow zone”. To deal with such cases it would be better to introduce voidability of such contracts or at least granting priority rights to previous company creditors. This of course means that not all company creditors would enjoy the same rights, but it can be reasoned that creditors that entered business relations with company on the brink of insolvency must or should have known and therefore do not deserve such level of protection (they knew of the coming insolvency and took that into account when they were deciding about signing contract).

6. Conclusions

The view on the system of creditor protection is currently in a process of transition from the traditional static paradigm based on share capital to dynamic modern approach. This approach will be based upon active role of the creditor who will have to participate in protection of his right. The role of state will probably focus on granting rights to creditors in special cases where it is required (companies nearing insolvency or transfer of company property to harm creditor rights, etc.), setting limits for distribution of company property among shareholders and on providing creditors with necessary information. However, as European countries display tendency to adopt conservative solutions and are bound by EU legislation, we can’t expect a distinct overhaul of the system anytime soon, we shall probably have to get along with share capital for a while longer.

Influence of the European directive on changes of against-flood related legislation in the Czech Republic

ALENA KLIKOVÁ
Ph. D. lecturer, Department of Administrative Studies and Administrative Law
Faculty of Law, Masaryk University

In my article I would like to describe a field of several problems related to legal regulation of floods and protection against negative impact of floods. The floods have permanently formed and created landscape, both nowadays and in the past. It leads to asking some questions and then to looking for the related answers. Thousands years old reports from chronicles show that floods were destroying our landscape in some periods – shorter or longer.

Impact of floods in European territory is always beyond borders of one state. From this reason it is necessary to solve against-flood protection topics by common or at least similar legal regulation. The European Union tries to unify those legal regulations.

At first I will focus on the legal regulation of an against-flood protection and a definition of flood itself in the Czech legal order. The Czech legal regulation is based on the law 254/2001 Coll., about waters, in current version. This law defines the term flood in its paragraph § 64. Based on this paragraph, flood is temporary strong increase of water level. Water swamps the landscape and damages land out of the river-basin. As well, flood means impossibility of water to temporarily leave naturally its place or the draining of water is insufficient or the land is swamped by concentrated draining of rainfall water. Based on this definition, the floods can be divided into

- natural flood – it can be caused by natural effects, especially melting of snow and ice, rainfalls, ice moving etc.
- special flood – can be caused by other effects, especially by damage of waterworks that can lead to failure or emergency solution of critical situation on the waterworks.
- Basic cause of flood is precipitation, either rainfall or snowfall.

Dimension of flood is defined by dimension of rainfall and its intensity. The course of the flood relates to immediate conditions during the flood, i. e. freezing of land, saturation of soil, state of vegetation etc.[1]

Floods can be divided into following types:

- rainfall based flood – after one-day or longer rainfalls,
- snowfall based flood – after quick melting of snow,
- combined flood – combination of rainfall and snow-melting, extreme effect,
- ice based flood – after long time freezing; sudden increase of temperature causes breaking and moving of ice; it causes ice barriers and extreme raising of water.[2]

[1] Šolc, J., Povodeň, Zpravodaj povodí Moravy, srpen 2007, s. 13.
[2] Šolc, J., Povodeň, Zpravodaj povodí Moravy, srpen 2007, s. 13.

Flood can be predicted in case of expected heavy melting of snow, i. e. "spring floods". In other cases the flood cannot be predicted due to unexpected amount of rainfalls in some area.

The European Parliament and the Council directive 2000/60/EC has been adopted with the goal to consolidate legal regulations of Member states. The directive defines framework for work of Member states in field of water policy. Further directive 2007/60/EC, (from 23th October 2007) on the assessment and management of flood risks. It was necessary to implement those directives into the Czech legal order. It was one of the goals of huge novel of "Law on Water". The reasons why have those two directives been adopted by the European Parliament and the Council are defined in their introductory clauses. Shortly, the main reason can be described as the will to protect the Member states against floods by common approach of all Member states. Obviously, large and extreme floods from last years (that influenced most of central European countries and countries on lower reach of Danube, Elbe and Rhine Rivers) helped to adopt those directives. It is clear that this kind of disasters does not respect any state borders. If we want to defend against floods, it is necessary to coordinate an approach of all Member states in natural drainage areas[3]. To lower the risk of negative influence of floods (especially on health, life and possessions), the common approach of all relevant authorities should be well coordinated over the country borders. The directive should have contribute to it. Effective against-flood prevention and decreasing of effects of floods require cooperation with third countries according to international management rules of flood risks. The international rules are based on United Nations Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes that has been adopted by the Council decision 95/308/EC and all other following agreements about its exercitation.

The directive 2007/60/EC sets to Member states following duties with the goal to prevent the negative effects of floods:

- to make plans to manage flood risks. These plans should reflect concrete characteristics of relevant areas. They have to set solutions regarding to the specific needs of the area. The plans should focus on prevention and protection.
- to draw maps of flood danger and maps of flood risks and plans to manage them,
- to make preliminary evaluation of flood risks,
- to adopt adequate measures to coordinate use of the directive 2007/60/EC and directive 2000/60/EC.

The Member states have to make the maps of flood danger and maps of flood risks at latest till 22nd December 2013 and plans to manage flood risks at latest till 22nd December 2015.

Those rules have been implemented into the Czech legal order by the law 20/2004 Coll. and the law 150/2010 Coll. These two laws changed previous "Law on water" 254/2001 Coll. New regulation on planning in this field is set in part IV. of the "Law on water". Against-flood preservation is set in part IX. The

[3] Březina, P., Návrh Směrnice EU o povodních, Vodní hospodářství, 2006, č. 11, s. 392.

part IV. reflects on the directive 200/60/EC and two paragraphs §64a – managing of flood risks and § 66 – setting the flood-risk areas reflect on the directive 2007/60/EC.

The directives above bring the international level into the solution of against-flood protection. Common or coordinated plans should be made for international drainage areas. It is required that measure in one country does not make significantly worse situation in other country.[4]

I am finding the adoption of common approaches of European countries in relation to against-flood protection as very well done. Common approaches should contribute to better security of persons and possessions.

[4] Březina, P., Návrh Směrnice EU o povodních, Vodní hospodářství, 2006, č. 11, s. 392.

Several Notes Relating to Concept of the Common European Asylum System

JANA JURNIKOVÁ
Ph.D.
Jana.Jurnikova@law.muni.cz

1. Definition of the area of interest, objectives and role of the European Union

A Common European Asylum System[1] is one of the visions and objectives of the European Union. While all the Member States of the European Union are confronted with the issue of refugees, it must be noted that the intensity of this phenomenon and its impact varies. Given the fact that this is a long-term issue, which has unfortunately become an inherent part of our society, this aspect needs to be regulated also at the level of the European Union. Until the 1990s, the aspects of home affairs, and thus also asylum, were covered by the "Third Pillar" of law. When the Amsterdam Treaty came into force (1999), the fields of justice and home affairs, including common visa, asylum and refugee policies, were transferred to the First Pillar and thus became a component part of the common policies of the Union's member countries. In Lisbon Treaty principles of the Common European Asylum System belong to Area of Freedom, Security and Justice.

In general terms, asylum law is embodied at an international level particularly in the 1951 Convention on the Status of Refugees and the subsequent New York Protocol. These treaties were concluded under the umbrella of the United Nations and are binding on all the Member States of the European Union. The common policy of these countries further elaborates the mentioned treaties, while any obligations arising out of the policy must be in conformity with the treaties.

The concept of a Common European Asylum System is the cornerstone of the common asylum policy of the Member States. Indeed, the need for harmonizing the rules in the area of asylum law arose on several grounds. Without any doubt, the first reason lies in an effort to secure, as far as possible, equal treatment of asylum seekers in all the Member States and thus guarantee legal implementation of the right to asylum. On the other hand, unification of the conditions for granting asylum must be perceived as an attempt to prevent arbitrary conduct on the part of asylum seekers, who might be tempted to lodge asylum applications in those countries which apply the most benevolent asylum regime and provide benefits that are not available in other jurisdictions. The common asylum system also reflects cooperation of all the Member States in the area of migration and, consequently, also asylum law.

[1] The Common European Asylum System is defined as a system of common EU rules in the area of asylum. According to the Preambule to the Directives, the commom asylum system should soon include common standarts for a fair and effective asylum procedure in the Member States and, from a long-term perspective, rules of the Community laeding to a common asylum procedure in the European Community.

The concept of a common asylum system is being advanced with the use of the Union's legal instruments, taking the form of regulations and directives. However, in spite of this fact, it must be borne in mind that the common asylum system is not based on acts of the European Union that would create any autonomous rules of assessment as to whom asylum should be granted and that would stipulate uniform rules for decision-making on asylum, while establishing a joint European authority to make decisions on behalf of all the Member States in a situation when an asylum seeker finds himself in the territory of one of the Member States. On the other hand, since the Common European Asylum System is being developed as an aggregate of the individual national asylum systems, the European Union strives to harmonize these national systems as far as possible in terms of their basic features so as to eliminate any major differences amongst them and to ensure a uniform approach in resolving individual basic aspects.

2. Basic legal instruments

2.1. "Dublin II" Regulation (2003)

The instruments employed to regulate the area of asylum law include a legislative act based on Art. 63 of the Treaty establishing the European Community, specifically Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national (Dublin II). The Regulation was adopted in response to the requirement of the Amsterdam Treaty to adopt, within a period of five years after its entry into force, appropriate measures on asylum at the level of the European Union, regulating the subject of the common asylum system and determining the Member State responsible for asylum procedures concerning the specific applicants. The necessity of establishing regulation at the level of the European Union followed from the need to eliminate, on the one hand, a negative competence conflict amongst Member States, i.e. a situation where none of the Member States considers itself competent to consider an application for asylum, and the related phenomenon called "refugee in orbit", and on the other hand, a positive conflict, involving a chain of asylum procedures gradually pursued by the individual Member States in respect of asylum applications submitted by the same person, or asylum procedures pursued in parallel by several Member States on the grounds of several applications lodged by the same applicant ("asylum shopping"). The thus-defined objectives would be very difficult, or even practically impossible, to achieve through regulation applicable only at the level of the legislations of the individual Member States.[2]

[2] Paragraph 6 Council Directive 2005/85/EC „*The approximation of rules on the procedures for granting and withdrawing refugee status should help to limit the secondary movements of applicants for asylum between Member States, where such movement would be caused by differences in legal frameworks*."
Paragraph 7 Council Directive 2004/83/EC „*The approximation of rules on the recognition and content of refugee and subsidiary protection status should help to limit the secondary movements of applicants for asylum between Member States, where such movement is purely caused by differences in legal frameworks*."

Dublin II sets the binding criteria for determining the country in the European Union that is competent to hold an asylum procedure, where these criteria must be applied exactly in the set order.[3] If the country where an application for asylum was lodged determines that it is not competent to pursue this procedure, it is authorized to transfer the foreigner to the country that has the required competence based on the criteria stipulated by Dublin II.[4] An application lodged by a foreigner can thus be considered only once in the European Union (the "one-chance-only principle).[5]

This fact is linked with the need to provide at least for minimum standards of asylum procedures in the given country, where substantial variations in the national asylum systems would result in unequal treatment of asylum seekers, which could in turn be a reason for illegal migration of asylum seekers within the European Union and search for the most favourable conditions for granting asylum, often under a different identity.

In the legal order of the Czech Republic, decision – making and determining a Member State of the European Union competent to examine an application for granting of international protection is entrusted to the Ministry of the Interior.[6] If another Member State of the European Union is competent to examine the application for international protection, the application for international protection is inadmissible and Ministry has to ensure transportation of the applicant for to the Member State of the European Union competent to examine the application for international protection.[7]

According to the Dublin Regulation, in 2009 the Czech Republic received a total of 655 requests from other Member States for taking foreign nationals back into its territory or taking charge of asylum applications. In 449 cases, the responsibility of the Czech Republic to examine the applications proved to be correct and the asylum seekers were handed back into its territory. Only 213 of these asylum seekers, which was some 47 %, were actually handed over to the Czech Republic. In the same period, the Ministry of the Interior of the Czech Republic sent 269 requests to other Member States to take foreign nationals back or to take charge of their applications. In 249 of these cases, the Member State agreed to receive the persons into its territory. During this period, a total of 238 persons, which was some 97 %, were handed over from the territory of the Czech Republic to a different Member State.[8]

[3] The criteria set by the Dublin II Regulation include evaluation of family ties; residence documents; unlawful entry into the territory of the European Union and residence in the territory of a Member State; the manner of crossing the borders of a Member State where the applicant does not require a visa; and lastly the place where the application for asylum was submitted.

[4] See: the judgement of the Czech Supreme Administrative Court sp.zn. 2 Azs 93/2008 (http://www.nssoud.cz).

[5] If the application for asylum is dismissed, nothing prevents the foreigner from lodging a new application in a non-Member State.

[6] Section 10a of the Act No. 325/1999 Coll., on asylum.

[7] More in Kosař David, Molek Pavel, Honusková Věra, Jurman Miroslav, Lupačová Hana: Zákon o azylu.Komentář. (Asylum Act – commentary).Wolters Kluwer. 2010. ISBN 978-80-7357-476-5.

[8] See : Annual Report on the Situation in the Field of the International Protection in the Czech republic in 2009.

2.2. Directives and their implementation

Directives constitute yet another instrument to regulate the Common European Asylum System. In this case, consideration must be taken of the mechanism of transposing the rules stipulated in the directives into the legislations of the individual Member States. The transposition process can be basically conceived within three stages of implementation of asylum law.

The first stage provides the actual basis for implementation at the level of the legislature, i. e. the Parliament of the Czech Republic. Indeed, the quality of the legislative process is decisive for further implementation of the rules of conduct embodied in the regulations. Those legal provisions which encompass the definition of the terms used within asylum law and their gradual specification in response to the development of the concept of the given term from the viewpoint of European acts are particularly important in this respect.[9]

The second stage may be perceived in evaluation of the application of asylum law by the competent authorities empowered to pursue proceedings in this area. Within the legislation of the Czech Republic, proceedings in matters of asylum fall within the competence of the executive power; the Ministry of Interior as the central governmental authority is the authority competent to hold these procedures as such.

In conformity with Art. 36 (2) of the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms and the international commitments of the Czech Republic, decisions of the Ministry are subject to judicial review.[10] Procedures in matters of asylum (on granting international protection) are conceived as single-instance administrative proceedings, where the applicant is entitled, after having received the administrative decision, to refer the case to a regional court; the ruling of the latter may be further reviewed by the Supreme Administrative Court in cases stipulated by law. In spite of the fact that precedents are not sources of law in the strict sense under the conditions of the legislation of the Czech Republic, being a system of continental law, administrative justice in matters of asylum law nevertheless plays an important role, particularly given its attempts to construe the provisions of the Asylum Act in a manner conforming to European law. The activity of the courts within judicial review of decisions in asylum matters thus constitutes the third stage of transposition of European law into the legislation of the Czech Republic.

By means of directives, the European Union sets the "minimum standards" of asylum procedures, which are binding on the Member States. These are thus the basic rules that must be implemented by each Member State at the national level. Nonetheless, the rules in question are not fully regulated by the EU; the Member States are left a relatively wide space to adopt national regul-

[9] For example, the Czech Republic adopted a total of 21 legal regulations amending Act No. 325/1999 Coll., on asylum, as amended, most of them to fulfil international legal commitments of the Czech Republic.

[10] At the factual level, there should be mentioned also certain reservations to decisions of court, by some constitutional bodies (officials) or leading administrators, which can be considered the factor making the process of public administrativ cultivation more difficult without any doubt. See Skulová Soňa:Discretionary Power of Public Administration in the Czech Republic at the Begining of the Third Millennium and in the European kontext. In Hurdík Jan,Polčák Radim, Terezie Smejkalová:Czech Law in European regulatory Context. Medium und Recht Verlag. Munchen 2009. ISBN 978-3-939438-09-0.p.120.

ations that will be more favourable for the asylum seekers and will provide them with more rights and standards than stipulated by the directives. The fact that a "minimum level", rather than a "ceiling", is set in the imaginary pyramid of the rights of asylum seekers and duties of the States binding in the area of asylum law leads ultimately to a non-uniform approach of the individual Member States and to the existence of varying approaches in evaluation of the grounds claimed in asylum applications.[11]

Individual areas of regulation

Council directives are principally aimed at three areas. In the first area, the Council stipulates the minimum rules for the reception of asylum seekers; these rules are reflected in Directive 2003/9/EC (the Reception Directive). The second area concentrates on regulation of substantive law, i. e. setting the rules for determining to whom asylum is to be granted and specifying the actual contents of the concept of asylum in terms of substantive law – Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (the Qualification Directive). The attention of the European Union is also aimed at the area of procedural law; the minimum standards for procedures in the Member States for granting and withdrawing refugee status are embodied in Council Directive 2005/85/EC (the Procedural Directive). Directives regulating asylum law also include Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (the Return Directive).

Conclusion

As discussed above, by stipulating the rules reflected in the above-specified Directives, the European Union aims to ensure that the Member States apply common criteria for determining which persons really require asylum (international protection)[12] and, on the other hand, to ensure that the extent to which these persons are provided with advantages and benefits is similar in all the Member States.[13] In terms of procedural law, the Directive lays down

[11] The common asylum system relying on basic regulation by the European Union and leaving a relatively wide autonomy to the Member States in setting rules that are more favourable for asylum seekers fails to avoid situations where an asylum seeker obtains international protection in one of the Member States, while another asylum seeker referring to the same grounds, but submitting his application in a different Member States, is not afforded such protection (cf. Comments from European Council on Refugees and Exiles on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing a European Asylum Support Office, 2009).

[12] International protection is a new term in asylum law and represents a broader concept of the term "asylum", including not only the protection provided by asylum, but also "supplementary protection".

[13] In this area, the relevant Directive deals particularly with the possibility of integrating the asylum seeker into society and the related requirement for securing access to education and employment, as well as social and health care.

the fundamental procedural rights of asylum seekers, while leaving it to the discretion of the individual countries to determine the authority competent to assess the applications, i.e. to determine whether this power shall be entrusted to the judiciary or to the executive branch, or whether the applications shall be discussed, e. g., at the municipal level according to the place of submission of the given application. The basic requirements include the provision of charge-free legal advice and the right to remain in the territory of the given country until a ruling is made on the application for asylum, together with the right to lodge an effective remedy. Furthermore, special attention is paid to the position of unaccompanied minors.

Implementation of the rules thus set in the Directives at the level of the Member States of the European Union factually creates, in its aggregate, the mentioned Common European Asylum System. The will of the Member States to harmonize the common procedures is manifested in specification of the minimum standards, where each country is given autonomy to establish more favourable legislation. However, foreigner law increasingly tends to create a package of uniform rules, in terms of both substantive and procedural law, applicable in a uniform manner in all the Member States. The reform processes in the area of asylum law as part of home affairs and justice, which are aimed precisely to harmonize the individual national asylum systems, are contained in the Stockholm Programme, and the fulfilment of the given objective is envisaged in 2012. Another step consists in founding the European Asylum Support Office (EASO)[14], which, according to the draft regulation on its establishment, should focus on "*supporting practical cooperation on asylum, supporting Member States under particular pressure and contributing to the implementation of the Common European Asylum System, where however the main responsibility for asylum procedures will remain with the Member States".* This is thus not a body which should be competent to make decisions on asylum. Foundation of this authority and commencement of its activity is yet another step in constructing the Common European Asylum System, while nevertheless the individual Member States remain competent to set autonomous rules within their national asylum systems.[15]

[14] One of the important aspects of the Czech Presidency was building the Common European Asylum System in order to provide access to international protection to those who really need it, under equal conditions in all EU Member States. The Czech Republic will also strive for a considerable progress in the EU Council debate on the proposal for the Regulation on the European Asylum Support Office. See: Programme of the Czech Presidency in the Council of the European Union in the Area of Justice and Home Affairs (http://www.mvcr.cz).

[15] This article results from paper in book published in co-operation with The John Marshall Law School.

VII.

Nemzetközi jogi szekció

Diplomacy and mediation: a "two-in-one" solution for peaceful settlement of international disputes

ÁDÁM CSILLAG
PhD-student
University of Miskolc, Faculty of Law
Department of International Law

1. Introduction

It is well-known that diplomacy formed and influenced the interstate relations throughout the history of mankind but the events and processes of the modern age evidenced that the classic diplomatic conception formed out during the history can't be no more applied fully for solving the special-featured international problems of our days. The most determinant factor of this change was the appearance of the globalization what not only redounded to the enhancing of the worldwide social and political connections, but even generated and escalated several multi-faceted – and sometimes dangerous – international disputes and conflicts as well. It became evident that there is need to create a new diplomatic strategy in order to settle the queries and conflicts mentioned above in a peaceful way. In spite of being an instrument of intrastate dispute settlement, mediation may be an important part of this strategy, because – similar to diplomacy – negotiation is the main element of it and with combining it with the diplomacy, a special instrument can be gained, what may be applicable successfully and efficiently in peaceful settlement of international disputes.

In this article I will examine – strictly *from theoretical aspect* – the relation between mediation and diplomacy[1], the legal frameworks, and all criteria and conceptions what could be applied for the creating of a new, successfully and efficiently applicable diplomatic strategy. The first part of the paper highlights the system and the nature of international conflicts, the second one the international mediation, while the last one illustrates the relating diplomatic norms and rules. So, let's see the international relations at first.

2. General characters of international disputes, conflicts and their settlements

As I mentioned earlier, there is need to special and complex applicable conception in order to settle the multi-faceted international disputes and conflicts

[1] Although several essays and articles were written about the connection between mediation and dispute settlement but it was examined *always relating to the international trade*. In this paper I will analyse this connection *only* from *foreign political and diplomatic* aspect.

generated and enhanced by the globalisation.[2] The most important character of international dispute settlement is the growing tendency of the appearance of international-featured "third-party tribunals" resting on regime rules and established and conducted by states of the world. A part of these "third-party tribunals" is acted – in most cases – by international organizations what have widespread applicable and multi-faceted mechanisms of dispute settlement in order to settle the queries successfully.[3] It can be seen that the effectiveness of dispute settlement depends on the complexity of the mechanism of dispute settlement involving rules, legal standing, and legalization process. So we can say that it has to differentiate between interstate and supranational dispute settlement.[4] Interstate dispute settlement is more ideal for the states that prefer their domestic interests and haven't got the needful political, economical or financial potential to claim their interests efficiently. At the same time, supranational dispute settlement is applied by the states that advance the interests of the member states and have appropriate political, economical, financial and institutional resources for forming, affecting and determining the processes and development of the world-politics.[5] This fact illustrates well that supranational dispute settlement relative to interstate one should lead to more frequent initiation of cases when treaty violations occur, less bias in the initiation and settlement of cases and of course better compliance with treaty provisions.[6] The introduction of the institution and competences of the "supranational prosecutor" may enable to control the states taking part in negotiations with treating all states – and their matter – equally, independently of their political, economical and financial situation. With abolishing the differences named above, this conception may facilitate both the negotiation among states and the dispute settlement as well.[7]

Besides the disputes, the international-featured conflicts are also important part of this paper because – similar to disputes – they can be settled efficiently– in several cases – with the application of "third-party featured" instru-

[2] See more details about international dispute settlement in. James McCall Smith -Jonas Tallberg: *Dispute Settlement in World Politics: States, Supranational Prosecutors, and Compliance.* (hereafter: Smith-Tallberg) p. 1–37.
In. http://www.statsve.su.se/publikationer/tallberg/smith_tallberg_dispute_settlement_081016.pdf (2010.11.16.), and Michael S. Lund: *Conflict Prevention: Theory in Pursuit of Policy and Practice* p. 287–308.(hereafter: Lund).
In. http://205.201.242.80/topics/docs/9781412921923-Bercovitch—Conflict_Prevention—Theor in Pursuit of Policy and Practice (2).pdf (2010.11.19).

[3] In recent years international relations theorists created a multitude of typologies aimed at capturing essential dimensions of variation in the institutional design of dispute settlement. The most determinant among these dimensions are: access, independence, jurisdiction, bindingness, and remedies. See more details about these categories in. Smith-Tallberg: *op. cit.* p. 7.

[4] In the first case the authority to sue states for non-compliance resides exclusively with states but in the other conception this authority is usually delegated to a commission or secretariat with a kind of prosecutorial function. See more details about this distinction in. Smith-Tallberg: *op. cit.* p. 7–8.

[5] See more details about the nature of interstate and supranational dispute settlement and the difference being between them in. Smith-Tallberg: *op. cit.* p. 9–11.

[6] See these characters in. Smith-Tallberg: *op. cit.* p. 11.

ments. So, let's see some words about the *theoretical basis* of the conflict settlement.[8]

As it is known, globalization always generates and escalates several international conflicts all over the world. Prevention may be one of the most effective instruments for avoiding the massache of innocent people attendant on armed conflicts.

The conception of conflict prevention – as it's known today – created by UN Secretary General Boutros-Ghali who extended the conceptual frames and the adaptability of the earlier definition.[9] As a result of this, it became possible not only to keep regional conflicts from going global and to keep violent ones from spreading to more places, but even to shift the limited applicability to a widespread and more flexible one enabling not only to prevent a conflict but even to reconstruct the political and social structure[10] destroyed by it.

As it can be seen the multi-faceted conflicts require multi-faceted, complex, flexibly and widespread applicable preventive strategy. In other words: the range of applicable instruments, policies,[11] and participant actors are highly determined by the nature of the conflict. These instruments can be divided into two groups according to their applicability; the first one can be apply for the consolidating of the socio-economic circumstances while the second one for the political ones. Because of this dividing prevention have also two categories: the time-sensitive, and actor- – or event – focused "operational" prevention involving diplomatic demarches, mediation, training in non-violence and military deterrence in order to manifest conflicts from escalating and the "structural" prevention involving instruments applicable for forming and influencing deeper social and political conditions being relevant from appearance and escalating of conflicts. It's clear that both versions have to be applied in favour of the success and efficiency. Of course the actors that may be involved in prevention are also diverse: international organizations governmental and non- governmental bodies, regional organizations, the private sector, trade and financial investments are also can be found in this category.[12]

Unfortunately – despite of well-constructed institution named above – the new international norms relating conflict prevention are not able completely

[7] See more details about it in. Smith-Tallberg: *op. cit.* p. 11–12.

[8] In this part of the first chapter of the paper I examine *only the theoretical basis* of the conflict settlement, so – because of the limited wordage – I wouldn't like to highlight the conflict types in this work. See more details about its important instruments – such as mediation and diplomacy – and their nature and characters in the other chapters of this work.

[9] The basis of the conception of conflict prevention was established firstly by Hammerskjold in 1960 in order to keep the superpower proxy wars in third-world countries from escalating in to global confrontations. See it in. Lund: *op. cit.* p. 288.

[10] In other words: the appearance of such categories like conflict management, peace enforcement or peacekeeping in the conceptual frame of prevention eclipsed the classical notion: acting before violent conflict fully breaks out is likely to be more effective than acting on a war in progress. This could be a bit problematic for some analysts. See more details about it in. Lund: *op. cit.* p. 289.

[11] Among the instruments it has to be mentioned early warning, mediation, confidence-building measures, fact-finding, preventive deployment and peace zones. The most determinant policies are humanitarian aid, arm controlling social welfare, military deployment and media. Of course almost any policy sector could be mentioned whether labelled conflict prevention or not. See it in. Lund: *op.cit. ib.* It can be led back to the complexity of the prevention named above.

[12] Besides these groups even the regional organizations of the conflict-prone country may be relevant. See more details about it and the categories named above in. Lund: *op. cit.* p. 291.

to establish a general obligation to respond to potential eruptions of violence especially genocide because of the existing debates about the armed intervention and its legitimacy. It's clear that – in spite of the efforts relating to obligate the military intervention[13] – in most cases the consensual preventive engagement may become more accepted and efficient than the armed one. At the same time there are some categories – like counter-terrorism, nuclear arms control, democratization, non-violent regime change, and so on – in which it is very difficult to decide if the military or the peaceful instrument has to be preferred in a conflict prevention. In order to create the ideal preventive conception, there is need to some fundamental changes; for example: act an early stage and not to vacillate in emergency cases, use talented and influential international diplomats, apply "third-party tribunals" for settlement of queries, provide support and reinforcement for moderate local leaders, create closer cooperation with local bodies and organizations and involve major powers in order to guarantee the legitimacy of the negotiations, neutralize potential external supporters of one side or the other if it has a concern to the conflict.[14] In order to realise all of these efforts, several useful heuristic guidelines must be created and taken into account by policymakers, e. g. combinations of instruments to apply to the early stages of conflict the basic types of prevention have to treat equally but at the same time there is need to find the ideal equilibrium between the application of military and non-armed conflict prevention. In other words: "soft" measures must be followed by hard ones so diplomacy must precede the use of force. According to the UN Charter;: "...the procedures in Chapter Six for peaceful settlement of disputes may have to be followed by the more coercive measures in Chapter Seven of sanctions and peace enforcement."[15] The case of interactive conflict resolution methods may be the same: the greater the intensity of conflict the more importance could be given for directive techniques of meditation, arbitration and adjudication.[16] Now let's see how can be applied the mediation in the dispute settlement.

3. Mediation in international dispute settlement

As I remarked earlier, mediation is one of the most important instrument of the peaceful settlement of international disputes. Albeit that it is used mainly in the frame of international trade, but because of its special character – similar to diplomacy, negotiation plays an important role also in mediation – mediation may be applied successfully in the settlement of disputes relating to world-politics as well.[17]

[13] It's an important fact that in 2001, the International Commission on Intervention and State Sovereignty asserted a "responsibility to protect" ordinary people who are at risk of crisis or conflict. See more details about in. Lund: *op. cit.* p. 295.

[14] See more details about it in. Lund: *op. cit*. p. 297–299.

[15] See it in. Lund: *op. cit.* p. 299.

[16] See the previous footnote.

[17] In this part of the paper I analyse *only the diplomatic aspects of mediation* and I ignore its international trade and criminal application. See more details about its diplomatic aspect in. Jacob Bercovitch: *Mediation in International Conflicts: Theory, Practice and Development* p.1–43 (hereafter: Bercovitch).
In. http://www.scienzeformazione.unipa.it/doc/332/Mediation_review_and_theory.doc (2010.11. 19), and Kyle Beardsley: *Pain, Pressure and Political Cover: Explaining Mediation Incidence* p. 1–26. (hereafter: Beardsley).
In. http://userwww.service.emory.edu/~kbeards/KB-medsel-JPRfinal.pdf (2010.11.24).

It's well-known that applicable methods are numerous and varied and they can be found in article 33 of the UN Charter.[18] It recognizes the existence of three basic methods for the peaceful settlement of international conflicts, such as: direct negotiation among the parties, several kinds of mediation – e.g. good offices, conciliation – and binding methods – e.g. arbitration and adjudication – of third party intervention. As it can be seen, the multi-faceted international conflicts require a complex and widespread applicable conception of mediation. It is well illustrated by the fact that there are several different conceptual approaches of mediation[19] depending on institutional, personal, and functional factors, so we can say: there is no a generally accepted definition for mediation. For the same reason there are no a general mediative process what could be applicable successfully in each and every conflicts, but it would be useful to emphasize some factors and conditions what may make mediation more effective. It's quite important from the point of view of the international mediation, in which not only the general requirements – such as for example timing, knowing of the circumstances of the conflict and it is participants, independence, knowing of the experiences came from previous mediative processes or the personal qualities and abilities of the mediator, like trustfulness, strong claim to legitimacy, intelligence, specific knowledge of the conflict, tact, skills in drafting formal proposals, or even a good sense of humour[20] – are important but there are several questions relating to the process of mediation – such as the assessing of the outcomes and impact of mediation, discerning the changes relating to the behaviour of parties if the conflict become problematic, the period of the mediation, the connection between criteria, the nature of conflict, the parties and the mediator – what have to be answered in favour of the success.[21] Another important problem, that mediators – depending on being individuals or states – apply very different mediative strategies but can't be accommodated within a single perspective.[22] In order to solve this problem it has to create several objective and subjective criteria to cover the many objectives of all mediators, and to know something about the various goals of mediation.

Subjective criteria are used for referring to the parties' or the mediator's perception that the goals of mediation have been achieved or that a desired change has taken place so the mediation was successful. At the same time, the other group of the criteria are substantive indicators that can be demonstrated empirically, so in this case mediation is successful only if certain activities or effects were accomplished.[23] In spite of this well-constructed system, these criteria can't be applied as the only measure of globalization mainly because of the diversity of conflicts, situations, and participants of mediation.

[18] "Parties to any dispute the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security shall, first of all, seek a solution by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies, or arrangements or other peaceful means of their choice." See it in. Bercovitch: *op. cit.* p. 3.

[19] See these approaches in. Bercovitch: *op. cit.* p. 3–7.

[20] See more details about these criteria in. Bercovitch: *op.cit.* p. 34–37.

[21] See more details about it Bercovitch: *op. cit.* p. 39.

[22] Individual mediators emphasize communication-facilitating strategies be more concerned with the quality of interaction and seek to create a better environment for conflict management at the same time states try to influence the behaviour of the parties and achieve a settlement of shorts. See it in. Bercovitch: *op.cit.*p.39.

[23] See more details about these groups of criteria in. Bercovitch: *op. cit.* p. 39–41.

Third-party-conception probably is the most determinant and efficient instrument of mediation, because the appearance of an independent third party what *has no interests* at stake in the conflict and has various means of leverage to serve as mediator and able to generate international audience costs for pressuring the antagonists to accept mediation may settle a conflict more efficiently and surely.[24] Third parties can provide positive or negative inducements to engage in mediation.[25] The third party pressure for mediation is the greatest if as more outside actors take part in the mediation as it's possible. From this point of view, the most important outside actors are the neighbouring states because they absorb the brunt of physical externalities whit giving them a particular interest so regional power balances will be shaped and the future bargaining over similar issues will be facilitated.[26] As it can be seen the third-party negotiation could be one of the best solutions for creating an efficient conception for mediation. But how it would be changed, if it was combined with the diplomacy? Let's see it in a few words.

4. Diplomacy and conflict resolution

It's well known that diplomacy – like war – influenced the international relations throughout the history of mankind. At the beginning it was used by the dynasts of ancient states in order to settle the queries relating mainly to the war. This function of it didn't changed fundamentally because there are several non-armed and armed conflicts today what could be settled in a peaceful way. The main instrument of it is the negotiation, what plays focal role both in mediation and diplomacy, so diplomacy may also a determinant instrument of conflict resolution.[27]

After a connotation, diplomacy focuses on the management of international relations by negotiation. This illustrates well that diplomatic efforts to resolve international conflicts constitute integral parts of the foreign policy and state-

[24] For example international leaders often make public declarations of their intentions to mediate such that the failure of mediation to occur is a clear indication of the disputing parties' intransigence. To the extent that states care if other actors perceive them as cooperative or malicious, they will be enticed to accept mediation when the tenor of discontent for their hostilities rises. See it in. Beardsley: *op. cit*. p. 9.

[25] It is so important especially in the case of obstinate combatants because the inducements are more likely to be less tangible in the form of political capital from key actors. See it in. Beardsley: *op. cit. ib*.

[26] Two potential caveats can be found here not only the states has own means to intervene and shape the outcome of the conflict unfortunately military intervention may be a preferred solution for the most interested third-parties and if many states have interest to see peace established it can be lead to the situation that other third-parties take on the burden of establishing peace what may cause the under-provision of mediation. See more details in. Beardsley: *op. cit.* p. 10.

[27] See more details about the connection between diplomacy and conflict resolution in. Christer Jönsson–Karin Aggestam: *Diplomacy and Conflict Resolution* p.1–18 (hereafter: Jönsson–Aggestam).
In. http://busieco.samnet.sdu.dk/politics/nisa/papers/aggestam.doc (2010.11.17.) and David A. Hoffman: *Mediation and the Art of Shuttle Diplomacy* p. 10–13 (hereafter: Hoffman).
In. http://www.bostonlawcollaborative.com/blc/394BLC/version/default/part/AttachmentData/data/Mediation%20and%20the%20Art%20ot%20Shuttle%20DiplomaDi%20(2010-17-27).pdf (2010.11.24.).

craft of the involved states. Negotiation is the most prominent practice associated with diplomacy, with mediation as an important subcategory. Although – as it is known – diplomacy can be used efficiently – because of its special characters – in cases relating to settlement of international disputes, but this kind of application of this institution – for that very reason – sometimes may be complicated. In other words: diplomacy has norms and practices both facilitating the negotiation and complicating it ones. From the point of view of this paper it is worth examining and comparing both of categories of norm groups, so let's see at first the diplomatic instruments facilitating the conflict resolution. One of the most important instruments is coexistence and reciprocity. Acceptance of coexistence reflects the realization on the part of states that they are mutually dependent to a significant degree.[28] Interdependence may be – and is most often – asymmetrical. The norm of coexistence facilitates conflicts resolution in contrast to notions of exclusion or excommunication which render interaction with disapproved partners impossible. The other important instrument is reciprocity resting on correlation. Its main account is the ensuring of that exchanges should be of roughly equivalent values. Reciprocity also involves contingency, insofar as actions are conditional on responses from others. It has two parts: diffuse and specific reciprocity; the first one implies that the parties do not insist on immediate and exactly equivalent reciprocation of each and every concession on an appropriate quid for every quo. In the second one partners exchange items of equivalent value in a delimited time sequence however it is less precise one. Reciprocity applied in diplomatic relations falls in between or oscillates between the two poles. In that case if diplomatic interaction comes close to the pole, conflicts may be resolved easier. On the other hand, appliance of specific reciprocity often makes it more problematic. From another point of view: the anticipation of specific reciprocity may deter states – and diplomats – from initiating cycles of uncooperative behaviour. At the same time, the specific reciprocity triggered by the expulsion of diplomats has often aggravated interstate conflicts. So we can say: the successful and efficient conflict resolution requires a complexity of reciprocity.

The essential instrument of diplomacy relating to the negotiations is the open communication what determined the whole system of diplomacy in the history. The need to communicate is most graphically demonstrated paradoxically, when diplomatic relations are severed and the parties almost always look for, and find other ways of communicating. These communicative channels may be multi-faceted and diverse depending on the circumstances.[29] As it can be seen: open communication is an essential element of the efficient diplomatic activity, hence of the dispute settlement as well. Mediators play determinant role in keeping communication channels mentioned above open ongoing and undistorted between parties in order to settle the conflict. In these situations, mediators may for instance act as go-between facilitate back-channel negotiations supply additional information and identify common problems that may inhibit deadlocks and enhance communication. Shared diplomatic

[28] Coexistence implies that if there is no equality, at list equal rights to participate in international intercourse. See more details about it in. Jönsson - Aggestam: *op. cit.* p. 5.

[29] States lacking diplomatic relations may exchange messages through intermediaries or they may also communicate directly. See more details about these and other methods relating to the diplomatic communication in. Jönsson-Aggestam: *op. cit.* p. 6–7.

language with mutually understood phrases and expressions as well as rules governs the external form of intercourse. As a result of the institutionalization of diplomacy, a special terminology came into existence in order to allow cross cultural communication with a minimum of unnecessary misunderstanding. This common language involving courtesy, non-redundancy and constructive ambiguity – similar to the circumlocution – reduces the chance of needless provocation. The shared language and intersubjective structures of meaning and collective understanding among diplomats are significant assets when it comes to conflict resolution limited to the diplomatic community. Diplomats are commonly described as sharing a commitment to peace or international order and all diplomats regardless of nationality have an enduring obligation to work always towards that most elusive of human objectives a just, universal and stable peace. It benefits the diplomatic guild, outside observers point to the continued representation of ideas. The fact that diplomats can create balance between diplomacy as a means of identifying and fostering "us", and diplomacy as a means of fostering the latent community of mankind, shows well, that diplomacy contributes to effective conflict resolution. Diplomatic immunity is also important because the age old rules of the inviolability ensure the security of diplomatic correspondence and that's why the diplomatic work and structure so the communication as well. In other words: the diplomatic immunity rooting deeply in notions of personal of representation has functional necessity so all privileges and immunities created by it are essential from the point of view of the performance of the diplomatic functions and of the reciprocity relating to the governments of the states. Pacta sunt servanda ensured always the required agreements being relevant from the point of view of the dispute settlement.[30] Unfortunately there are some institutions inside the diplomacy what can be problematic – *in some cases* – from the point of view of the dispute settlement. These are: precedence, openness, constructive ambiguity, and recognition. Let's see these categories in a few words.[31]

In spite of the dominance of the reciprocity being in diplomatic practice, precedence played also an important role in it what led sometimes to conflict. Because of the precedence – what is actually a kind of a hierarchy among individual rulers or states – it was often questionable which diplomatic actors can take part in a diplomatic conference or even can sign agreements and treaties. This query was settled partly by the Congress of Vienna in 1815 what established the precedence among diplomatic envoys according to the date they have presented their credentials this regarding precedence among their principals altogether; as a result of this the post of the doyen came into existence; this post was occupied always by the ambassador who has served longest in that state. This settle was arranged finally by the alphabetization created in the Congress of Aix-la-Chapelle in 1818. However precedence may still arise, but – as a result of alphabetization – it can be resolved creatively and pragmatically, so precedence can't no longer do issues contribute to conflict or complicate conflict resolution. Openness is the other double-edged element of diplomacy. It roots in the diplomatic strategy of the last century. The diplomatic strategy mentioned above based on the claim to an opened and public policy –

[30] See more details about it in. Jönsson–Aggestam: *op. cit.* p. 5–9.
[31] See more details about these categories in Jönsson–Aggestam: *op. cit.* p. 9–15.

and of course diplomacy – resting on the Fourteen Points. In this document Wilson declared for a new policy resting on democratic and moral bases. According to him there is need to a new and public diplomacy because its classical version encourages conspiracies and war so – for that very reason – the international negotiations should now be pursued openly and in public without private or secret understandings because these assumptions – in the mirror of the growing influence of media and public opinion – are the key elements of an open and democratic diplomacy.[32] In our days the high media exposure existing in the modern society has to a certain extent limited the autonomy and flexibility of diplomats particularly in cases with active domestic constituencies with opposing views of conflict resolution concession making is difficult so we can say there is ambivalence among diplomats about the publicity surrounding some of their activities. In other words: there is a built in tension between the publicity and diplomacy so publicity and the need for privacy in diplomacy are clearly two opposing principles that originate from two completely different frames of reference involving the nature of information and who possesses it.[33] Another problematic diplomatic principle is the constructive ambiguity however it may facilitate conflict resolution but – because of the avoidance and postponing of the detailed interpretations until implementation – it may generate problematic results in the long run. It has two main disadvantages: Firstly, it may exacerbate an already fragile situation characterized by suspicion and mistrust with creating new grounds for hostilities as these ambiguities need to be addressed, interpreted and agreed upon.[34] Secondly, there is a "sceptical scrutiny of a peace agreement what may develop, weakening the support for an agreement significantly.[35]

Here can be mentioned also the recognition. In other words: it is a kind of accepting of other actors as more or less peers and treating them accordingly is equally essential to personal and international relations in spite of the differences being between them. Recognition is not only a prior condition for official relations to develop at the international level but even it is a prerequisite for reciprocal exchanges in international relations.[36] The principles of diplomatic recognition have varied considerably throughout history ranging from inclusive to highly exclusive. At one extreme recognition might be, and has been, granted to virtually any with some authority and material or moral resources, but sometimes only specific actors with certain attributes are recognized such

[32] See more details about this conception in Jönsson–Aggestam: *op. cit.* p. 11.

[33] In some circumstances diplomats may prefer to negotiate privately and thereby limit the publicity surrounding a diplomatic process. In contrast, news media work to expose and scrutinize activities of diplomats and politicians, thereby strengthening the public consciousness that secrecy runs counter to democratic principles. See more details about this conception in. Jönsson-Aggestam: *op. cit ib. et. seq.*

[34] Particularly in identity – based conflicts where the parties are lacking established rules of engagement and conflict resolution, the use of constructive ambiguity often become destructive and counterproductive. See it in. Jönsson–Aggestam: *op. cit.* p. 12.

[35] This is the reason why diplomats and scholars alike are arguing for the necessity of enforcement mechanisms as well as promoting the idea of acting custodians over peace processes. This method was used in Cambodia by the United Nations and in the Northern Ireland peace process by the United Kingdom and Ireland. See it in. Jönsson–Aggestam: *op. cit.* p.12–13.

[36] „From the viewpoint of individual political units diplomatic recognition represents a 'ticket of general admission to the international arena.'" See more details about the citation in. Jönsson–Aggestam: *op. cit.* p. 13.

as sovereign states adhering to the principles of western civilization. The biggest disadvantage of the exclusive recognition, that it limits the ability of diplomacy to resolve conflicts to those involving a specific kind of recognized actors.[37] So we can say problems of recognition may hamper interaction between states and non- state entities in particular. Today the growing interface between domestic and international conflicts necessitates just this kind of interaction. Diplomats and NGO representatives communicate share information and negotiate with increasing frequency and in varying contexts to solve global or regional conflicts. Furthermore, NGOs are allowed increasing access to international organizations. These facts illustrate well that – in spite of the problematic diplomatic instruments mentioned above – diplomacy can be applied successfully in multi-faceted dispute settlements. Here can be mentioned the shuttle diplomacy which is one of the most important diplomatic strategy applied today for settlement of disputes. It is used often to describe situations in which the negotiator travels long distances to meet with the parties when *there is no other option* can help resolve urgent problems – such as armed conflict – and lay to groundwork for further negotiations, because in this case mediators making extensive use of caucuses, that is the reason why some forms of caucusing can play an important role even in mediations where the talks are mainly direct. So we can say that these separate meetings also proved to be important strategically. In such meetings the mediator can explore with each of the parties various options with the assurance that none of what is said will be repeated or represents a binding commitment. There are important lessons to be taken from the use of shuttle diplomacy and caucusing in international disputes, because using of caucusing in international dispute settlement shows that even when the parties are likely to have ongoing relationships, separate meetings in a mediation may be needed the only workable methods of achieving a resolution.[38]

In sum we can say that – as it is known – the multi-faceted international conflicts generated mainly by the special social and political relations rooting in globalization means the main problem for both the world-politics and the mankind as well. It's also clear that *the peaceful settlement of international disputes, and conflict resolution can be seen as fundamental values of state and law, thence as cornerstones of the modern diplomacy*, so we can say: it became evident that – instead of applying military operations taking often several lives – it would be better to use an "armless" conception, and that's the reason why there is needed to create and apply a new, special, multi-faceted diplomatic strategy in order to settle these disputes and conflicts in peaceful way. Because of their special character, – negotiation is the main element – both mediation and diplomacy may be the cornerstone of the new strategy mentioned above. Relating to this fact it must be mentioned that – because of special political and social circumstances – the traditional diplomacy changed essentially throughout the time: new diplomatic actors, – e.g. NGOs, civil society organizations – activities, – like conflict preventing, peacemaking, peace-

[37] Unfortunately the recognition was sometimes used for political purposes as it can be seen in the case of China and the German Democratic Republic during the Cold War. See more details about these two cases in. Jönsson-Aggestam: *op. cit.* p. 14.

[38] See more details about it in. Hoffman: *op. cit.* p.10–13.

keeping, humanitarian and economic aid to assist civilian reconstruction, etc. – and new forms of diplomacy – track-two, multilateral, or even public diplomacy – appeared. This illustrates well, that diplomacy can't be applied no more – *in several cases* – according to the traditional scheme. Although neither diplomacy, nor mediation is perfect solely but with combining the two instruments – more precisely: combining their advantages, and avoiding their disadvantages – a conception could be gained what can be applied efficiently and successfully in the settlement of international disputes and it may reduce the number of the conflicts and their victims as well.

A környezeti menekült jelensége

ERDŐ MARIANN
ELTE ÁJK Nemzetközi Jogi Tanszék – PhD-hallgató

1. Bevezetés

A klímaváltozás hatásaival napjainkban már számos tudományág foglalkozik, köztük a jogtudomány. Természetesen ezen belül további részterületek vizsgálják saját szempontjukból a jelenséget – e vizsgálódás egyik terepe a környezeti katasztrófák által kiváltott migráció, melynek kérdésével a nemzetközi menekültjog foglalkozik. A 90-es évektől kezdve egyre több tanulmány jelenik meg a probléma megoldását keresve, napjainkban pedig már az ENSZ Menekültügyi Főbiztossága (UNHCR) is vizsgálja a jelenséget.[1]

A környezeti menekültek megjelenését nem követte a jog fejlődése: a jelenséget felismerték de (még) nem szabályozták.

Ezért a környezeti menekültek sokaságát (egyes előrejelzések szerint számuk 2050-re eléri a 200 milliót[2]) „jogi mederbe" kell terelni. A kérdés aktualitása – hasonlóan a klasszikus menekültjoghoz – egyes régiókban intenzívebben, más régiókban kevésbé érezhető, a választ azonban a dolog természetéből fakadóan a nemzetközi közösségnek együttesen kell megadnia.

A környezeti katasztrófák és a nyomukban bekövetkező elvándorlás vizsgálatának egyik alappillére a klímakutatás, a klímaváltozás jelensége. Miért szaporodnak napjainkban a természeti csapások, miért sújt egyes területeket egyre szélsőségesebb időjárás, miért növekszik a tengerek és óceánok szintje, miért növekszik a szárazság és az elsivatagosodás a Föld bizonyos pontjain, növelve ezzel az elvándorlásra kényszerülők számát? Az erre adott válasz kapcsán abban ma már többé-kevésbé egyetértés van, hogy a klímaváltozás jelensége elválaszthatatlan az emberi tevékenységtől. Az ipari forradalom óta az atmoszférában megsokszorozódott üvegházhatású gázok (ÜHG) miatt bekövetkezett klímaváltozás komoly felelősséget ró a fejlett országok közösségére – ennek egyik következménye pedig a környezeti menekültek kapcsán felmerülő, közös, nemzetközi szintű reagálás szükségessége. Az 1992-es Föld Csúcson[3] született Éghajlatváltozási Keretegyezmény nevesítette is ezt, a „közös, de megkü-

[1] Többek közt: Yoichiro Tsuchida: *„Climate change, natural disasters and human displacement"*. International Conference on Environment, Forced Migration and Social Vulnerability (EFMSV) Bonn, 10 October 2008. http://www.unhcr.org/4901e9bd2.pdf (2011.01.26.); UNHCR: *„ Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective."*2008. http://www.unhcr.org/refworld/type,RESEARCH,,,492bb6b92,0.html (2011.01.14.);
Vikram Kolmannskog: *„Climate change, disaster, displacement and migration: initial evidence from Africa"*.2009. Policy Development and Evaluation Service United Nations High Commissioner for Refugees. http://www.unhcr.org/4b18e3599.html (2010.09.08.).

[2] Norman Myers: *Environmental refugees: a growing phenomenon in the 21st century*. http://rstb.royalsocietypublishing.org/content/357/1420/609.full.pdf+html (2010.09.03.)

[3] Eart Summit 1992 – United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), Rio de Janeiro, 1992 június 3–14.

lönböztetett felelősség" elvének deklarálásával.[4] Jóllehet, a keretegyezmény nem tér ki konkrétan a migrációra, az elv érvényessége erre a területre is kiterjed.

Az Éghajlatváltozási Keretegyezmény nem nyújt kellő alapot a környezeti menekülteknek nyújtandó védelemhez. Igaz, született néhány egyezmény, nyilatkozat a témával kapcsolatban, ezek azonban jogilag nem kötelezik az államokat. Ilyen dokumentum a Riói Nyilatkozat a Környezetről és a Fejlődésről, melynek 18. elve a természeti katasztrófák kapcsán utal a környezeti migránsokra.[5] További utalás található az Agenda 21 elnevezésű akcióprogramban, mely szintén az 1992-es riói ENSZ klímacsúcson született dokumentum. Ennek 12. fejezete az elsivatagosodás és a szárazság elleni küzdelemmel foglalkozik, ennek kapcsán pedig az ökológiai menekültekre is kitér.[6] Mindez azonban nem tölti be az űrt, melyet a jogi háttér már említett hiánya okoz a környezeti menekültjogban. A kutatás egyik, jelenleg elsődleges célja tehát egy többoldalú nemzetközi, jogi kötelező erővel bíró egyezmény kidolgozása.[7]

A környezeti menekültekre vonatkozó jogi szabályozás legfontosabb eleme maga a definíció lenne: kiket akar védelemben részesíteni a nemzetközi jog, mely feltételek beállta esetén? A kutatási eredmények három csoportra oszthatók, attól függően, hogy egyes kutatók milyen ismérveket vonnak be a megszületendő definícióba, bár a kísérletek kiinduló alapja szinte minden esetben közös: a menekültjog alapfogalmait, elveit és meghatározásait veszi alapul – a környezeti menekültekre vonatkoztatva. Néhány kutató megpróbál a klasszikus menekültjog keretein belül maradni, többségben vannak azonban azok, akik az új egyezményre és új fogalmakra épülő „környezet menekültjog" mellett foglalnak állást. A harmadik elképzelés nem egy nemzetközi egyezmény megalkotásában látja a probléma megoldását.[8]

2. Menekültek és környezeti menekültek: mi a közös bennük?

Kézenfekvő, hogy a klasszikus menekültjog talajáról kiindulva kívánják meghatározni a környezeti menekültjog speciális jellemzőit, sajátosságait, melyek a továbbiakban biztosíthatják önálló tudományterületként való elismerését.

[4] UNFCCCENSZ Éghajlatváltozási Keretegyezmény (1992) 3. cikk: *„1. A Feleknek a ma élő és az eljövendő generációk javára az igazságosság alapján közös, de megkülönböztetett felelősségeiknek, valamint saját lehetőségeiknek megfelelően óvniuk kell az éghajlati rendszert. Következésképpen a fejlett országot képviselő Feleknek kell vezető szerepet játszaniuk az éghajlatváltozás és annak káros hatásainak leküzdésében."*

[5] Riói Nyilatkozat a Környezetről és a Fejlődésről (1992) 18. elv: *„Minden természeti katasztrófáról vagy egyéb veszélyhelyzetről az Államok azonnal értesíteni fogják azokat az Államokat, amelyek környezetében valószínűleg nagyon rövid időn belül károkat okozhatnak az említett helyzetek. A nemzetközi közösség megtesz minden erőfeszítést az ilyen helyzetbe került Államok megsegítésére."*

[6] Agenda 21 – Feladatok a XXI. századra. 1992. : II. rész. 12. Érzékeny ökoszisztémák kezelése: küzdelem az elsivatagosodás és a szárazság ellen. Célok *„12.4. A következő programterületek tartoznak e fejezet alá:…*
e) A szárazságra való felkészülést és szárazság esetére vonatkozó segítségnyújtást tartalmazó átfogó tervezetek felállítása, ideértve az érintett területek önellátására alkalmas eszköztár felállítását és az ökológiai menekültek befogadására kidolgozott programokat."

[7] Dana Zartner Falsrom: *„Stemming the Flow of Environmental Displacement: Creating a Convention to Protect Persons and Preserve the Environment"* (2001) Colorado Journal of International Law and Policy. http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5530/v07/ undervisningsmateriale/environmental%20refugees%20article.pdf (2011.01.23.)

[8] Jane McAdam: *„Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer",* International Journal of Refugee Law Vol. 23 No. 1. 2–27. o.

Új, fejlődő kutatási területként a környezeti menekültjog is már kidolgozott területben keresi gyökerét. Ebben az esetben természetes a klasszikus menekültjog talajáról kiindulva meghatározni a környezeti menekültjog speciális jellemzőit, sajátosságait, melyek a továbbiakban biztosíthatják önálló tudományterületként való elismerését. Kezdeti lépésként tehát kézenfekvő, hogy a menekültjog és ezen új kutatási terület közös pontjait keressük először.

A hagyományos menekültjogot és az új kutatási irányt összevetve könnyen felismerhető: mind a klasszikus menekült, mind pedig a környezeti menekült kényszer hatására hagyja el korábbi lakóhelyét, otthonát – menekülésük nem önkéntes természete teszi őket „sorstársakká".

Az otthonukat elhagyók mindkét csoportja a továbbiakban természetbeni támogatásra szorul, valamint arra, hogy joguk legyen otthonuktól különböző helyen tartózkodni, letelepedni, élni.[9]

E fenti ismérvek, párhuzamok alapján persze a környezeti menekültek még nem formálhatnak jogot arra, hogy a menekültekkel azonos nemzetközi védelemben részesüljenek.

A migránsok millióit globális szinten számos ok kényszeríti otthonuk elhagyására: politikai, szociális, gazdasági vagy akár környezeti okok. A nemzetközi jog ezek közül jelenleg a politikai és bizonyos szociális okokat ismer el a menekült státus elismeréseként alapul szolgáló tényezőnek. A két menekült „kategória" összevetése során azonban érdemes egy pillantást vetni a statisztikai adatokra: mind a számokat elemezve, mind pedig a menekültek földrajzi megoszlása tekintetében találunk párhuzamokat.

2.1. Menekültek és környezeti menekültek: nagyságrendek[10]

A UNHCR legutóbbi adatai szerint a világ menekültjeinek száma 43.3 millió[11], amely magában foglalja a menekülteket, a menedékkérőket, az ún. belső menekülteket (IDP-k), a hazatelepültek (menekültek és IDP-k) valamint a hontalanokat. A UNHCR értelmezése szerint belső menekültnek minősül az a személy vagy csoport, amely kényszerítve vagy kötelezve volt, hogy elmeneküljön, vagy elhagyja otthonát vagy szokványos lakhelyét, annak eredményeképpen vagy annak érdekében, hogy elkerülje fegyveres összecsapás, általános erőszakos helyzetek, emberi jogok megsértése és természeti csapások vagy ember által okozott katasztrófa hatásait anélkül, hogy egy nemzetközileg elismert országhatáron átkelt volna.[12]

Miért érdemel figyelmet ez a kategória? Mert „átmenetet" képez a konvenciós menekültek és a környezeti menekültek között, ez a csoport a menekülésre kényszerültek el nem ismert de a UNHCR által védelemben részesítettek csoportja, akik között jelentős számú, lényegében a környezeti menekült kategóriába sorolható egyén található. A UNHCR belső menekültként tekint

[9] *In* UNHCR Refugees n.127 2002, 12. o.

[10] UNHCR Statistics: *2009 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons.* http://unhcr.org/4c11f0be9.html (2011.01.13.).

[11] UNHCR Statistics:*Latest News.* http://unhcr.org/4c176c969.html (2011.01.13.).

[12] UNHCR Belső menekülésre vonatkozó irányelvek Bevezető. 2. pont. in Bartis Ervin: *Belső menekültek és a belső menekülésre vonatkozó irányelvek.* http://rmjk.adatbank.transindex.ro/pdf/06.kozjog.bartis.pdf (2011.01.23.).

a „természeti csapások vagy ember által okozott katasztrófa" elől menekülőkre, ez a meghatározás pedig gyakorlatilag a környezeti menekültek csoportját fedi le. Számokban ez a következőket jelenti: a 2009-es adatok szerint a belső menekültek száma 15 millió, ezek a kiterjesztett UNHCR-mandátum alá tartozó, védelemben részesített személyek – a UNHCR-statisztikákban szereplő belső menekültek kizárólag a konfliktus generálta okok miatt elvándorolni kényszerültek csoportját jelentik.[13] További 12 millió személy tartozik a UNHCR mandátumán kívül eső, de belső menekültnek számító csoportba.[14] Másként fogalmazva 12 millió, a UNHCR által „feltérképezett" környezeti menekült található származási országuk határain belül.

Azonban nem csupán erre a közvetett adatra támaszkodhatunk, konkrétabb becslések is szólnak a környezeti menekültekről. Napjainkban 25–30 millióan lehetnek a környezeti katasztrófák miatt otthonukat elhagyni kényszerültek.[15] Ez a szám már most megközelíti a klasszikus menekültek számát, de még beszédesebbek a jelenség nagyságrendjét illetően a jövőre vonatkozó becslések. Ezek szerint a környezeti menekültek száma 2050-re elérheti a 200 milliót,[16] de még az óvatosabb előrejelzések is legalább 50 milliós számról beszélnek.[17]

Jóllehet, önmagában az érintettek száma nem elég indok a nemzetközi fellépés igazolására, a probléma nagyságrendje mégis a szabályozás sürgetése melletti érvként szolgálhat.

2.2. Menekültek és környezeti menekültek: földrajzi megoszlás

A migráció nem univerzális jelenség: egyes térségeket közvetlenül érint – legyen szó akár a kibocsátó, akár a befogadó államokról, míg más területek nem, illetve csak közvetetten érzik hatásait. Nincs ez másként a környezeti menekültek esetében sem: pontosan behatárolhatóak azok a régiók, ahol a jelenség létezik – és a kutatások pontos térképet rajzolnak azokról a területekről is, melyek a környezeti vagy klímaváltozás valamely formájának következtében várhatóan közvetlenül érintettek lesznek.

A két térkép, azaz a konvenciós menekülteket kibocsátó, illetve a környezeti változások által érintett államok térképe jelentős részben fedi egymást. A magyarázat természetesen a politikai-gazdasági okokban rejlik: az instabil politikai helyzetben lévő államok jelentős menekültkibocsátók. Első helyen Afganisztán áll, majd Irak, Szomália valamint a Kongói Demokratikus Köztársaság következik.[18] Ezek az államok többek közt a belső konfliktusok következtében gazdaságilag is elmaradott helyzetben vannak, melynek egyik következménye a környezeti változásoknak való kiszolgáltatottság, a katasztrófák megelőzésére, következményeik elhárítására való képtelenség.

[13] UNHCR Statistics: i. m.
[14] UNHCR Statistics: i. m.
[15] Climat Institute. http://www.climate.org/index.html (2010.12.02.), IFRC: *http://www.ifrc.org/publicat/wdr2001/* (2010.11.15).
[16] Myers: i. m.
[17] Norman Myers and Kent, J. :Environmental Exodus: an Emergent Crisis in the Global Arena, Climate Institute: Washington DC, 1995. Idézi: Fiona Flintan: *Environmental Refugees – A Misnomer or A Reality*. http://www.ucc.ie/famine/GCD/Paper%20for%20Wilton%20Park.doc (2010.09.11.)
[18] UNHCR Statistics: i. m.

Az eddig bekövetkezett, környezeti menekülteket produkáló események nagy része főként Dél- és Kelet-Ázsiában jelentkezett, de Afrika, India és térsége, illetve Kína is a lista élén szerepel.[19] Természetesen vannak kivételek, mint például a klímaváltozás következtében megemelkedett tengerszint miatt fenyegetett és ezáltal az érdeklődés középpontjába került csendes-óceáni szigetek esete, ahol nem csak az eddigi nyugodt politikai-társadalmi-gazdasági berendezkedést, hanem magának az államnak a létét is fenyegeti a tengerszint emelkedése.[20]

Összességében azonban elmondható: a politikailag instabil és nagyszámú menekültet kibocsátó országoktól sem jelenleg sem a jövőben nem várható el, hogy felkészülten és felelősségteljesen válaszoljanak olyan természeti vagy ember okozta katasztrófákra, amelyek következtében további csoportok kénytelenek elhagyni lakóhelyüket és védelmet keresni akár az országon belül, akár annak határait átlépve.

A két jelenség – azaz a politikai, illetve a környezeti katasztrófa által okozott elvándorlás – további kölcsönhatásban van: az előrejelzések szerint az éghajlatváltozás következtében bizonyos területeken víz- és élelmiszerhiány fog fellépni, de a vízhiány energiaellátási problémákat is okozhat majd.[21] Az erőforrások hiánya nemzetbiztonsági kockázatot rejt magában, az értük való küzdelem polgárháborúk kirobbanását eredményezheti, amely már közvetlenül politikai menekültek kibocsátásához fog vezetni – környezeti okokra visszavezethetően.

2.3. Menekültek és környezeti menekültek: okok

Már szó esett az okokról, melyek következtében bizonyos személyek, illetve csoportok de facto menekültekké, illetve környezeti menekültekké válnak: politikai, valamint természeti és ember okozta katasztrófák sorolhatók ide. A védelemhez azonban ez túl általános, annak megadását a nemzetközi jog szigorú feltételek betöltéséhez köti – legalábbis jelenleg csupán a konvenciós menekültekre vonatkozóan. Másként fogalmazva, a de jure elismeréshez és a védelemhez jogi háttér szükséges, ez azonban ma még csak az ún. politikai menekültekre vonatkozik.

A menekültekre vonatkozó nemzetközi jogi dokumentumok közül az 1951-es, a menekültek jogállásáról szóló Genfi Egyezmény (a továbbiakban Genfi Egyezmény) sorolja fel részletesen azokat az okokat, melyek legalább egyikének megléte szükséges a védelemben részesüléshez – azaz a menekült státusz megadásához.

Az Egyezmény 1A (2) cikke szerint ezek faji, vallási, nemzeti hovatartozásra, meghatározott társadalmi csoporthoz való tartozásra, illetve politikai nézetre

[19] David Hodgkinson, Tess Burton, Heather Anderson, Lucy Young: '*The Hour When the Ship Comes in': A Convention for Persons Displaced by Climate Change.* http://www.ccdpconvention.com/documents/CCDP_Convention_Summary.pdf (2010.11.03.).

[20] Lásd Tuvalu, Kiribati vagy a Maldív-szigetek példáját.

[21] Collège de France: Colloque juin 2009. Population, comportements et développement durable. Amartya Sen: L'eau, les océans (English version). http://www.college-de- france.fr/default/EN/all/cha_eur_en2008/colloque_juin_2009_.jsp. (2010.09.21.).

visszavezethető okok.[22] A UNHCR 60 éves gyakorlatában kialakult e fenti okok értelmezése, további eligazítást nyújt mind a napi alkalmazás, mind pedig a Főbiztosság által kiadott nemzetközi védelmi iránymutatások, illetve az ún „Kézikönyv".[23]

A környezeti menekültek a fenti öt ok közül egyik kategóriába sem illenek bele. Érveket lehet felsorakoztatni a „meghatározott társadalmi csoport" alkalmazhatósága mellett, erről részletesebben a megoldási javaslatok tárgyalása során olvashatunk.

A de facto menekülteket produkáló okok igen kiterjedtek és nehezen számbavehetőek.

A helyzetet tovább nehezíti az, hogy nincs e témában egy irányadó jogi dokumentum sem, mely alapján a számtalan okot rendszerbe lehetne foglalni és – természetesen további elemekkel kibővülve – az esetleges jogi védelem alapjául szolgálhatna. A jogi szabályozás hiánya jellemzi tehát a területet, csak a már említett néhány puha nemzetközi jogi dokumentumra lehet támaszkodni, amely említés szintjén számol a jelenséggel, illetve amelyek vonatkoztathatóak a környezeti menekültekre.[24] Továbbá ide sorolhatjuk a UNHCR Belső menekülésre vonatkozó irányelvek c. dokumentumát is.[25] Az említett dokumentumok közül néhány nevesít bizonyos okokat, melyek a környezeti menekülés hátterében állhatnak, de jogi kötelező erejük hiányán túl eligazítást sem adnak azokról az eseményekről, melyek megtörténte esetén az érintett személyek elméletileg védelemben részesíthetőek lennének. Nem sorolják fel azokat az okokat, amelyeket a nemzetközi közösség olyan súlyúnak ítél, hogy bekövetkeztük esetén a menekülésre kényszerült egyének, csoportok nemzetközi védelme indokolható lenne.

Szerencsére az eddigi kutatások alapján kirajzolódik bizonyos rendszer: a legtöbb kutató hármas felosztás szerint osztályozza a környezeti menekülést kiváltó okokat. Ennek alapján a környezeti menekülésnek három fő oka van: a szárazság-elsivatagosodás, a szélsőséges időjárás és a tengerszint-emelkedés. Természetesen az egyes okok különböző régiókra jellemzőek: a szárazság-elsivatagosodás értelemszerűen Afrikában, emellett Oroszországban okozza a legnagyobb gondokat,[26] a tengerszint emelkedés főként a csendes-óceáni szigetállamokat, valamint az alacsonyan fekvő tengerparti területeket fenyege-

[22] Az 1951-es, a menekültek helyzetére vonatkozó egyezmény szerint
„A) Az Egyezmény alkalmazásában a „menekült" fogalma alkalmazandó minden olyan személyre, aki:…
1A (2) Aki 1951. január 1. előtt történt események következtében faji, vallási okok, nemzeti hovatartozása, illetve meghatározott társadalmi csoporthoz való tartozása, avagy politikai meggyőződése miatti üldözéstől való megalapozott félelme miatt az állampolgársága szerinti országon kívül tartózkodik, és nem tudja, vagy az üldözéstől való félelmében nem kívánja annak az országnak a védelmét igénybe venni; vagy aki állampolgársággal nem rendelkezve és korábbi szokásos tartózkodási helyén kívül tartózkodva ilyen események következtében nem tud, vagy az üldözéstől való félelmében nem akar oda visszatérni…."

[23] Kézikönyv a menekült státus meghatározásának követelményeiről és annak elbírálásáról az 1951. évi Egyezmény és az 1967. évi Jegyzőkönyv alapján. ENSZ Menekültügyi Főbiztosa Hivatala, Genf, 1979.

[24] Riói Nyilatkozat a Környezetről és a Fejlődésről. 1992; Agenda 21.1992; UNFCCC 1992.

[25] UNHCR Belső menekülésre vonatkozó irányelvek: i. m.

[26] Közismert példa a Szaharától délre fekvő Száhel-övezet, ahol az elsivatagosodás okoz rendkívüli problémákat. 2010-ben pedig Oroszországban a szárazság okozta az utóbbi száz év legnagyobb erdőtüzét.

ti.[27] Leginkább a szélsőséges időjárás az az ok, amely gyakorlatilag bármelyik országban jelentkezhet, jóllehet intenzitását tekintve természetesen csak néhány helyen vezet elvándorláshoz.[28] Az okok hátterében azonban egy közös tényező áll: a globális felmelegedés, amely egyaránt okoz szárazságot és elsivatagosodást, szélsőséges időjárást, illetve a sarki jégsapkák olvadásának következményeként tengerszint emelkedést.

3. Az eddig felmerült megoldások

A fentiekben szó esett a meglévő jogrend és a környezeti menekültjelenség kapcsolatáról, a fennálló párhuzamokról, valamint érintőlegesen a fennmaradó hiányokról. Az államok egy része már érzékelte a kérdés jelentőségét és számos példa szolgál arra, hogy a fennálló jogi eszközök igénybevételével, a meglévő kereteken belül megoldást próbáltak találni a környezeti menekültek egyre sürgetőbb problémájára. Ezek jelentős része természetesen a közvetlenül érintett régiókból illetve szervezetektől indult ki.

A környezeti menekültekkel kapcsolatos megoldási kísérletek egy részét a szükség szülte, más próbálkozásokat pedig a megelőzés szándéka motivál.

3.1. Ázsia, Ausztrália, Óceánia

A környezeti menekültek kérdése ezekben a régiókban hangsúlyozottan jelentkezik, egyrészt a belső ausztrál területeket fenyegető szárazság, másrészt az alacsonyan fekvő területeket fenyegető tengerszint emelkedés miatt, továbbá az Ázsiában is egyre gyakrabban pusztító szélsőséges időjárási jelenségek következtében.

A példák között jó néhány „klasszikus" esetet találunk: ilyen a bangladesi Bhola szigete, amelynek felét 2005-ben elárasztotta a tenger, fél millió embert hagyva otthon nélkül, akiket ki kellett telepítenie a kormánynak.[29] Másik híres példája a tengerszint emelkedés miatti kitelepítésnek a Pápua Új-Guineához tartozó Carteret-szigetek esete. 2003-ban a kormány elrendelte a sziget teljes kiürítését, 2015-re jósolják a teljes elsüllyedését. Ez volt az első eset, hogy egy teljes népcsoportot kellett evakuálni a globális felmelegedés miatt.[30]

További „közismert" áldozatai a tengerszint emelkedésnek a csendes-óceáni szigetállamok – Tuvalu, Kiribati, a Marshall-szigetek. Az előrejelzések szerint a kisebb szigetállamok közül néhány az évszázad közepére teljesen víz alá kerül, de az olyan nagyobb szigetek, mint Fidzsi vagy Új-Kaledónia is veszély-

[27] A tengerszint-emelkedés az utóbbi száz évben 20 cm volt. Ez a már említett szigetállamok mellett olyan metropoliszokat is fenyeget, mint Sanghaj, Hong Kong, Tokió, Jakarta, Manila, Szingapúr vagy Mumbai és Dhaka.

[28] A szélsőséges időjárás- okozta katasztrófákra az utóbbi időben a pakisztáni áradások illetve az Egyesült Államok-beli Katrina hurrikán lehet példa.

[29] Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire. http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc09/FDOC11814.pdf (2010.10.12.).

[30] Richard Shears*: The world's first climate change refugees to leave island due to rising sea levels* www.dailymail.co.uk/.../The-worlds-climate-change-refugees-leave-island-rising-sea-levels.html (2011.01.12.).

be kerülhetnek.[31] Az érintett államok kormányai saját eszközeikkel készülnek fel a veszélyre és próbálják meg felhívni magukra a nemzetközi közvélemény figyelmét.[32] Jóllehet az érintettek száma a probléma nagyságrendjéhez képest viszonylag alacsony, 150 000 fő, Ausztrália és Új-Zéland erkölcsi felelősségét ez nem csökkenti velük szemben. Ez utóbbi 2001-ben létre is hozta a Pacific Access Category (PAC)[33] elnevezésű bevándorlási megállapodást, kifejezetten Tuvalu, Kiribati, Fidzsi és Tonga lakosai számára.[34] Új-Zélanddal ellentétben Ausztrália nem hozott létre semmilyen speciális jogi keretet a környező térségből érkező környezeti menekültek fogadására. Ugyanakkor történtek kísérletek a kérdés kezelésére. Ennek egyik példája az ausztrál Munkáspárt 2006-os javaslata a „környezeti menekültjog" kidolgozására, a másik pedig a Zöld Párt 2007-es bevándorlási törvény-módosítási javaslata.

A javaslatnak három célja volt: egyrészt a bevándorlási törvény kiegészítése egy klímamenekült vízum (Climate Refugee Visa) bevezetésével, másrészt évente 300–300 fő befogadása Tuvalu és Kiribati szigetéről, illetve további 300 fő bármely, arra rászoruló csendes-óceáni szigetállamból, harmadrészt pedig annak ösztönzése, hogy a kormány az ENSZ és más nemzetközi szervezet keretén belül kezdeményezze egy nemzetközi egyezmény létrehozását a környezeti menekültekről és a klímaváltozásról.[35] Az említett kísérletek nem vezettek ugyan eredményre, mégis mutatják a helyzet megoldását célzó politikai szándékot.

3.2. Európa

Európa abban a szerencsés helyzetben van, hogy még nem érinti közvetlenül az éghajlatváltozás miatt bekövetkező migráció. A „közös, de megkülönböztetett felelősség" elve alapján azonban – igaz, nem kikényszeríthető – erkölcsi felelőssége, hogy segítse a többek között az ipari forradalom óta a légkörbe juttatott ÜHG felgyülemlése okozta éghajlati változás következményei által sújtott államokat.[36] Erre találunk példát uniós, Európa Tanácsi, illetve tagállami szinten is.

[31] Barnett, J. and N. Adger: Climate Dangers and Atoll Countries, Working Paper 9. Tyndall Centre for Climate Change Research. October 2001. Idézi: Friends of the Earth: *A Citizen's Guide to Climate Change Refugees*. http://www.safecom.org.au/pdfs/FOE_climate_citizens-guide.pdf (2011.01.24.).

[32] A Maldív-szigetek kormánya India, Sri Lanka és Ausztrália területén földvásárlásba kezdett valamint jelentős anyagi költségekkel létrehozott egy mesterséges szigetet, Hulhumalét, amely alternatívaként szolgálhat. lakossága számára, ha otthonaikat elönti a tenger. Tuvalu 2002-ben fontolóra vette Ausztrália, mint az egyik legnagyobb CO2 kibocsátó nemzetközi. fórumok előtti perlését.

[33] New Zealand Immigration Service, Registration Form for Pacific Access Category. http://www.immigration.govt.nz. (2010.11.29.).

[34] A PAC gyakorlatilag évi kvótát állapít meg az egyes szigetekkel szemben, a bevándorlási engedély megadását feltételekhez kötve. A kérelmezőnek 18–45 év közöttinek kell lennie, szükséges az angol nyelv alapszintű ismerete, az adott sziget állampolgárának kell lennie, konkrét új-zélandi állásajánlatot kell felmutatnia, az előírt egészségügyi kritériumoknak meg kell felelnie, 2002-től nem szerepelhet az illegális belépést megkísérlők listáján és eltartottak esetén minimális összegű bevételigazolás az engedély megadásának a feltétele.

[35] Climate Refugee Visa: an Australian Greens policy initiative. http://greens.org.au/policies/care□forpeople/immigration□and□refugees (2010.10.23).

[36] Friends of the Earth:i. m. Sokszor idézett tény, hogy gyakran a klímaváltozás következményeit leginkább megszenvedő államok felelősek a legkevésbé például az üvegházhatású gáz-kibocsátásért. Különösen igaz ez Afrikára és a csendes óceáni szigetállamokra, melyek ÜHG-kibocsátása csupán 0,06 százaléka a világ teljes ÜHG-kibocsátásának.

Az Európai Unió közös menekültpolitikájának vannak elemei, amelyek kisegítő jelleggel alkalmazhatóak lennének egy esetleges környezeti-menekült beáramlása esetén,[37] emellett azonban konkrét javaslatok születtek kifejezetten a környezeti menekültekre vonatkozó szabályok megalkotására is.

2004-ben az Európa Parlament két képviselője nyilatkozatot nyújtott be a Parlament elé „A környezeti menekültek közösségi státuszáról" címmel.[38] A nyilatkozatot nem követte sem Tanácsi sem Bizottsági reakció.

2008 júniusában uniós parlamenti zöld képviselők konferenciát szerveztek Brüsszelben, melynek eredményeként – az uniós intézmények figyelmének felhívása céljából – egy nyilatkozatot fogadtak el az éghajlati elvándorlásokról.[39] Maguk az uniós intézmények még nem tűzték napirendre a kérdést, de 2008-ban Javier Solana, az Unió akkori közös kül- és biztonságpolitikájának főképviselője és a Bizottság közös dokumentumot terjesztett az Európa Tanács elé „Éghajlati változások és a nemzetközi biztonság" címmel.[40] Az uniós megközelítés jelenleg tehát elsősorban a biztonságpolitikai kérdésekre helyezi a hangsúlyt.

2006-ban az Európa Tanácsban is felmerült a környezeti menekültek kérdése. A Tanács parlamenti közgyűlése javaslatot nyújtott be a környezeti menekültek kérdéséről szóló ajánlás megfogalmazására.[41]

A tagállamok közül Belgium tűzte napirendre a környezeti menekültek kérdését: 2006-ban a belga szenátus elé került egy határozati javaslat, a környezeti menekültek jogállásnak nemzetközi egyezményekben történő elismeréséről.[42]

A felsorolás természetesen nem teljes, azonban mutatja, hogy már az Unióban is megindult a környezeti menekültekkel kapcsolatos gondolkodás.

3.3. ENSZ

Az ENSZ számos testülete, szervezete érintett az éghajlati változás kérdésében, az egyes szakosított intézmények, speciális szervezetek közül ki-ki a maga speciális szemüvegén keresztül vizsgálja magának az éghajlati változás-

[37] A Tanács 2001/55/EK irányelve (2001. július 20.) a lakóhelyüket elhagyni kényszerült személyek tömeges beáramlása esetén nyújtandó átmeneti védelem minimumkövetelményeiről, valamint a tagállamok e személyek befogadása és a befogadás következményeinek viselése tekintetében tett erőfeszítései közötti egyensúly előmozdítására irányuló intézkedésekről. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0055:HU:HTML (2011.01.28.)

[38] http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WDECL&reference=P5-DCL-2004-0009&language=FR&format=PDF.

[39] Déclaration sur les migrations climatiques, in Actes de la conférence du 11 juin 2008 au Parlement européen sur les Migrations climatiques, Publication des Verts, Alliance Libre Européenne, p. 4–5. Idézi: Christel Cournil: *A la recherche d'une protection pour les »réfugiés environnementaux«: actions, obstacles, enjeux et protections.* http://www.reseau-terra.eu/article843.html (2010.11.08.).

[40] Document établi par le Haut Représentant et la Commission européenne à l'attention du Conseil européen sur les changements climatiques et la sécurité internationale, Bruxelles, 14 mars 2008, doc. S113/08, 11 p. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/reports/99387.pdf (2011.01.26.).

[41] Motion pour une Recommandation sur la question des réfugiés de l'environnement de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 2006. http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc06/EDOC11084.pdf (2011.01.26.).

[42] Christel Cournil: i. m.

nak a jelenségét. Az ENSZ testületein belül jó néhányat közvetlenül érint magának a környezeti migrációnak a kérdése,[43] e szervezeteken belül sok tanulmány, irányelv, terv született a témával kapcsolatosan.

A Biztonsági Tanács 5663. ülésén Nagy-Britannia és Észak-Írország állandó ENSZ-képviselője a Biztonsági Tanács főtitkárának címzett levelében[44] vetette fel az éghajlatváltozás biztonságpolitikai kérdéseit, konkrétan kitérve annak a migrációra gyakorolt hatásaira.

A UNHCR hozzáállása a környezeti menekültek kérdéséhez meglehetően összetett. A problémával foglalkozók és érintettek természetesen igen nagy várakozással tekintettek a Főbiztosság éghajlati menekültekkel kapcsolatos álláspontjára, amely a mai napig nem forrott ki teljesen, de jelentős átalakuláson ment keresztül. A kezdeti „tagadó" álláspontot, amely szerint alapvető különbség van a menekültek e két csoportja között,[45] felváltotta az együttműködés. A Főbiztosság eleinte még konkurenciát látott a környezeti menekültekben,[46] attól tartva, hogy a két csoport „összemosása" csak bizonytalanná tenné az eddigi eredményeket és aláaknázná az erőfeszítéseket, melyek az adott problémákra való megfelelő, a különbségeket szem előtt tartó megoldások jelentenének.[47] Mára azonban változott a helyzet, a UNHCR külön megbízottat, ún. „Focal Point for Climate Change Issues"-t[48] nevezett ki a kérdés vizsgálatára. A Főbiztosság 2005-ös végrehajtó bizottsági ülésén is[49] foglalkozott már a témával. A UNHCR várhatóan ebben az évben hozza nyilvánosságra eddigi kutatásainak eredményét és az ennek során kialakított álláspontját.

4. Megoldási lehetőségek

A kutatókat megosztja a kérdés arról, hogy a környezeti menekültek nemzetközi védelmét milyen formában és milyen intézményi keretek között biztosítsák. A konzervatív nézetek szerint a már jól működő, 144 részes államot maga mögött tudó Genfi Egyezményt kellene alkalmazni az éghajlati menekültekre is, esetleg némi kompromisszum árán azt alkalmassá tenni e feladatra, vagy egy újabb kiegészítő jegyzőkönyvvel vagy az egyezmény újraértelmezésével. Ennek alapján a védelmet is a UNHCR biztosítaná, gyakorlatilag a Főbiztosság mandátumát kellene „csupán" kiszélesíteni.

[43] Többek közt a UNHCR, UNEP,UNFPA, DSD, UNDP, OCHA, OHCHR, DESA.

[44] http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/CC%20S2007%20186.pdf (2010.09.17.).

[45] UNHCR Refugees: i. m. A cikk szerint a konvenciós menekültek védelmük érdekében nem tudnak segítségért fordulni kormányukhoz, hiszen gyakran maga az állam az üldözés forrása és ezért nemzetközi támogatásra szorulnak – míg a környezeti menekültek bárhol tovább élvezhetik a kormányuk nyújtotta nemzeti védelmet.

[46] Fabrice Renaud et al., *Control, Adapt or. Flee: How to Face Environmental Migration?* 17.o. U. N. Univ. – Inst. for Env't & Human Sec., InterSecTions No. 5/2007, 2007), http://www.each-for.eu/index.php?module=main (2010.09.01.).

[47] UNHCR Refugees: i. m.

[48] Jean Francois Durieux.

[49] ExCom (2005):"*Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection*." Refugee Survey Quarterly 25(1) http://rsq.oxfordjournals.org/content/25/1/143.full.pdf+html (2011.01.26.): *„10. Azok a személyek, akik természeti vagy ökológiai katasztrófa miatt nem tudnak visszatérni származási országukba, általában nem esnek az 1951-es Egyezmény védelmi rendjének hatálya alá, kivéve, ha a nemzeti védelemhez jutást az Egyezményben szereplő okok valamelyikének alapján tagadják meg."*

A középutas megoldás szerint a védelem infrastruktúráját továbbra is a UNHCR biztosítaná, de szükség van egy új, speciálisan a környezeti menekültek jogállását szabályozó nemzetközi egyezményre.

A radikális javaslat teljesen megújítaná a környezeti menekültek kérdésének szabályozását. Új egyezménnyel és új – esetleg ENSZ- – intézménnyel fogna a nemzetközi védelem biztosításához.

4.1. A Genfi Egyezmény alkalmazása a környezeti menekültekkel kapcsolatban

A Genfi Egyezmény alkalmazhatóságának kérdéséhez először meg kell vizsgálni az egyezmény menekült-meghatározásának fogalmi elemeit. Első kritérium a származási országon kívül tartózkodás, azaz nemzetközi államhatár átlépése. Második feltétel a „jól megalapozott félelem" fogalma. Harmadik elem az üldözés ténye, kiegészülve annak a kérdésnek a vizsgálatával, hogy az állam esetleg nem akar, illetve nem tud védelmet nyújtani az üldözés elől. A menekült státus megadásának negyedik feltétele az egyezményben felsorolt, az üldözés alapjául szolgáló öt ok valamelyikének megléte.

Az első kritérium környezeti menekültekre vetítése kapcsán rögtön felmerül a határátlépés problémája: a környezeti menekültek jelentős részénél ez az elem hiányzik. Elég a bangladesi Bhola kitelepítettjeire, a pakisztáni árvíz menekültjeire, a Száhel-övezet szárazság elől menekülő pásztoraira gondolni: ezek a menekülők jellemző módon országuk határain belül maradtak, így nemzetközi védelemben sem részesülhettek. Egyetlen „kiskapu" van a határátlépés kritériuma alól, a belső menekültek esete, de velük szemben is külön rezsimet hozott létre a UNHCR, mintegy kiegészítéseképpen a konvenciós státusnak.

A második feltétel, a „jól megalapozott félelem" megléte szorosan kapcsolódik a harmadik elem, az üldözés fogalmához. A katasztrófák elől menekülők félelme nagy valószínűséggel megalapozott. A konvenciós menekültek esetében ezt a félelmet az üldözés okozza – a környezeti menekültek esetében azonban a klasszikus értelemben vett üldöztetés eleme hiányzik. A környezeti menekültek félelmét kiváltó ok, maga a bekövetkezett esemény – árvíz, hurrikán, tengerszint emelkedés – természetesen nem minősül üldözési formának. Létezik azonban olyan elképzelés, amely szerint az állam környezeti katasztrófákkal szembeni tehetetlensége, illetve tétlensége kimerítené az üldözés fogalmát, vagy az az eset, amikor az állam annak tudatában telepíti ki egy adott terület lakosságát, hogy nincs lehetőség a visszatérésre.[50] Az üldözés és a jól megalapozott félelem környezeti menekültekre való alkalmazásának lehetőségét elvetők ezzel szemben arra hivatkoznak, hogy számukra továbbra is nyitva áll az állam védelmének igénybevétele – szemben a hagyományos menekültekkel.[51]

[50] Vikram Odedra Kolmannskog, Norwegian Refugee Council: *Future Floods Of Refugees: A Comment On Climate Change, Conflict And Forced Migration* (2008). http://www.nrc.no/arch/img/9268480.pdf (2010.08.12.).

[51] Bonnie Docherty, Tyler Giannini: *Confronting a Rising Tide: a Proposal for a Convention on Climate Change Refugees.* http://www.law.harvard.edu/students/orgs/elr/vol33_2/Docherty%20Giannini.pdf (2010.10.27.).

A Genfi Egyezmény alkalmazhatóságának negyedik eleme az öt ok valamelyikének bizonyíthatósága, azaz, hogy a menekülést kiváltó üldözés hátterében az érintett faji, nemzetiségi hovatartozása, meghatározott társadalmi csoporthoz való tartozása, vallási okok vagy politikai meggyőződése áll. Az okok mindegyike alkalmatlan a környezeti menekülteknek az Egyezménybe való bevonására – bár vannak olyan kísérletek, melyek a meghatározott társadalmi csoporthoz való tartozás fogalmának kitágításával próbálnak utat találni az Egyezmény-nyújtotta védelemhez.

A rendelkezésre álló nemzetközi jogszabályok tehát nem alkalmasak a környezeti menekültek jogállásának rendezésére. Elméleti kísérletek folynak a Genfi Egyezmény alkalmazhatóvá tételére.

Ennek egyik módja az előbb említett „meghatározott társadalmi csoporthoz való tartozás" fogalmának kiszélesítése, ami nem példa nélküli. A fogalom fejlődése során fokozatosan vonták bele a homoszexuálisokat, a nőket vagy a családokat.[52] A Főbiztosság álláspontja szerint azonban „ezen ok alkalmazása nem vezethet arra, hogy amolyan »mindenes« kategóriává váljon, amely minden üldözéssel fenyegető esetre vonatkozik"[53]. A kiterjesztés elvetése mellett pedig további akadály, hogy maga a környezeti katasztrófa sem fedi le az üldözéssel fenyegető esetek körét. Az ezt vitatók némileg merész álláspontja szerint a fejlett világ milliókat tesz ki üldözésnek azáltal, hogy tudatosan nem hajlandó összefogni, küzdeni és radikális lépéseket tenni a globális felmelegedés ellen, ez pedig kimeríti az üldözés fogalmát,[54] a környezeti menekültekre pedig minden további nélkül alkalmazható a meghatározott társadalmi csoport kategória, mint azok csoportja, akik nem rendelkeznek elegendő politikai hatalommal ahhoz, hogy megóvják környezetüket.[55]

Az Egyezmény alkalmazhatóvá tételére tett másik kísérlet a 33. cikkben szereplő „non-refoulement" elvére támaszkodik.[56] Ezek szerint a „non-refoulement" elve túlmutat az Egyezményen, mint szélesebb nemzetközi szokásjogi szabály, általános és abszolút tilalom, mely szerint senki sem küldhető vissza olyan országba, ahol tiltott bánásmódnak lenne kitéve.[57] Szintén némi jogi alapot nyújthat az elv a környezeti menekültek védelméhez abban az esetben, ha a visszatérésre nincs lehetőség, mert az adott származási ország az éghajlati változás következtében lakhatatlanná vált. A non-refoulement ugyanis tágabb értelemben azt az elvet szolgálja, hogy semelyik állam se küldhessen

[52] UNHCR: *Nemzetközi Védelmi Iránymutatás „Meghatározott társadalmi csoporthoz tartozás" a menekültek helyzetére vonatkozó 1951.évi Genfi Egyezmény és az 1967.évi Jegyzőkönyv 1A(2) bekezdésének összefüggésében."* 2.o. http://helsinki.hu/dokumentum/UNHCR_Tarsadalmi_csoport.pdf (2011.01.25.).

[53] UNHCR: i. m.

[54] Jessica B. Cooper: *Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition*. 6 N. Y. U. ENVTL. L.J. 480 (1998). http://www1.law.nyu.edu/journals/envtllaw/issues/vol6/2/6nyuelj480.html (2011.01.24.).

[55] Jessica B. Cooper: i. m.

[56] Genfi Egyezmény: *„33. cikk: A kiutasítás vagy visszaküldés (refouler) tilalma. (1) Egyetlen Szerződő Állam sem utasítja ki vagy küldi vissza („refouler") a menekültet azon ország területének határára, ahol élete vagy szabadsága faji, vallási okokból, nemzeti hovatartozása miatt, vagy abból az okból van veszélyeztetve, hogy bizonyos társadalmi csoporthoz tartozik, vagy bizonyos politikai véleményt vall."*

[57] ECHR: *Case of Soering v. The United Kingdom , (Application no. 14038/88)* http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=soering&sessionid=65650522&skin=hudoc-en (2010.10.19.).

vissza senkit olyan helyzetbe, ahol élete vagy szabadsága veszélynek lenne kitéve. Maga a UNHCR is hivatkozott a non-refoulement elvének alkalmazására környezeti katasztrófa kapcsán.[58]

Az Egyezmény kapcsán felmerülhet még a hontalanság kérdése, ez azonban túlmutat a jogszabály határain: a menekült-definíció kitér ugyan a hontalanokra, amennyiben a többi feltétel fennállása esetén hontalan is részesülhet menekültstátusban, ugyanakkor a hontalanság nem jelent automatikusan menekültként való elismerést. Ebben az esetben az 1954-es, hontalan személyek jogállásáról szóló egyezmény, illetve az 1961-es, a hontalanság eseteinek csökkentéséről szóló egyezmény alkalmazása nyújthat eszközt a környezeti menekültek bizonyos csoportjainak[59] védelméhez.

4.2. A Genfi Egyezmény helyett új megoldások

Szemben a UNHCR és az Egyezmény mellett érvelőkkel, számos kutató és szervezet egy új megállapodás létrejöttét sürgeti,[60] sőt már elő is állt kész szerződéstervezetekkel.[61] Közös pontjuk, hogy speciális, kizárólag a környezeti menekültek sajátos kategóriájára szabott egyezményt szorgalmaznak, saját pénzügyi alappal és intézményi rendszerrel. Abban megoszlanak a vélemények, hogy az intézményi keretet a UNHCR nyújtsa-e, vagy egy teljesen új szervezetet hívjanak életre.

A UNHCR főszerepét továbbra is fenntartani kívánók mellett felhozható érv, hogy a Főbiztosság törekvései, szellemisége tökéletesen megfelel a környezeti menekültek védelméhez. Ennél gyakorlatiasabb érv a szervezet 60 éves tapasztalata, kiépített infrastruktúrája, amit csak jobban alátámaszt, hogy komoly átfedések vannak a menekült és környezeti menekült kérdés által közvetlenül érintett területek tekintetében. Magától a szervezettől sem idegen mandátumának a kiszélesítése adott esetben, mint arra példa a belső menekültek védelme.

Ezzel szembeállítható érv ugyanakkor a UNHCR véges kapacitása, hiszen az előrejelzések azt mutatják, hogy a környezeti menekültek száma a jövőben jóval meghaladja majd a klasszikus menekültek számát.

Egy teljesen új megállapodás új szervezeti rendszerrel alátámasztaná a kérdés komolyságát. Sokan példaként hozzák fel a taposóaknákról szóló egyezmény megalkotása során alkalmazott tárgyalási technikák újszerűségét és

[58] ExCom (2005): i. m.

[59] A tengerszint-emelkedés következtében teljesen elmerülő és ezáltal gyakrolatilag államként megszűnő szigetállamok esetében.

[60] Appel de Limoge. (2005). http://www.cidce.org/pdf/Appel%20de%20Limoges.pdf (2011.01.25.); The Toledo Initiative.(2004) http://www.liser.org/. (2010.07.03.).

[61] CRIDEAU: Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons (2010) http://www.cidce.org/; Bonnie Docherty, Tyler Giannini: i. m.; Biermann, Boas: "*Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees",* Global Governance Working Paper No 33 (November 2007) http://www.sarpn.org.za/documents/d0002952/Climate_refugees_global_governance_Nov2007.pdf(2011.01.26.). M Hulme: „*Commentary: Climate Refugees: Cause for a New Agreement?*" , Environment (Nov.–Dec. 2008). http://www.environmentmagazine.org/Archives/Back%20Issues/November-December%202008/hulme-full.html (2010.09.10.).

sikerét, amely az új egyezmény létrehozásánál is nagy szerepet játszhatna,[62] azaz az NGO-k, civil szervezetek bevonását a tervezet megalkotásakor. Maga az Éghajlatváltozási Keretegyezmény is jó példája a környezetért való nemzetközi összefogásnak – érvelnek az új védelmi rendszerben gondolkodók. Ellenük azonban éppen a klímacsúcsok sorozatos „kudarca", a hosszú távú kötelező nemzetközi megállapodás hiánya, valamint éppen a szerződések megalkotásának hosszadalmas, kompromisszumokkal teli alkufolyamata hozható fel.

5. Egy lépés a környezeti menekültek védelme felé: a definíció

Bármilyen irányba halad a környezeti menekültekről szóló tudományos vita, a valódi védelem felé vezető út egyik első lépése annak meghatározása lehet, hogy kik minősülnek környezeti menekültnek, kik azokat, akik részesülnek a védelemben. A klímaváltozás következtében elmenekülők közül a védelemben részesültek száma (de jure környezeti menekült) definíciófüggő.

A két elem, azaz a definíció és a környezeti menekült kölcsönösen meghatározzák egymást: a definíció függ attól, hogy pontosan kiket akar a nemzetközi közösség védelemben részesíteni – a védelemben részesítettek köre pedig szorosan függ a definíció „bőkezűségétől", illetve „szűkmarkúságától".

A meghatározás megalkotása során számos körülményre, jogszabályra, fogalomra kell tekintettel lenni. Ilyen maga a Genfi Egyezmény menekültdefiníciója, amely megkerülhetetlen referenciaként szolgál ebben az esetben, de segítségül hívható a meghatározott társadalmi csoport és a belső menekült fogalom, a már hivatkozott non-refoulement elve, a hontalanság kategóriája, az uniós átmeneti védelem intézménye vagy akár a vízhez való jog, a vonatkozó joganyagok figyelembe vételével.

A védelemre választhatók körét bizonyos elvek, megfontolások szűkítik: ilyen az államok szuverenitásának tiszteletben tartása, nemzetbiztonsági szempontok, illetve annak a kérdésnek az eldöntése, hogy csak a klímamenekültek szűkebb, vagy a környezeti menekültek tágabb csoportját akarjuk védelemben részesíteni.

Az Egyezmény már említett és vizsgált fogalmi elemei alapján több töréspont-elhatárolási lehetőség merül fel, amelyekkel kapcsolatban egy esetleges definíciónak állást kell foglalnia – ezzel is befolyásolva a védelemben részesülők számát.

5.1. A menekülés földrajza szerint

Ezt vizsgálva arról kell dönteni, hogy csak a határon átlépő vagy a határon belül maradó környezeti menekültre is kiterjed-e a jogi védelem. Ez a különbségtétel megfelel a menekült–belső menekült nemzetközi jogi párhuzamnak. A környezeti menekültek viszonylatában a határátlépés sok tényezőtől függ: többek közt az esemény intenzitásától, az ország és érintett területeinek nagy-

[62] Convention on Cluster Munitions (2008). http://www.stopclustermunitions.org/wp/wp-content/uploads/2008/06/englishfinaltext.pdf (2011.01.27.).

ságától, a rendelkezésre álló anyagi és logisztikai eszközöktől is. Igaz, a klasszikus menekültfogalom csak a határátlépőkre vonatkozik, több szerző is az értelmezés kiterjesztése mellett foglal állást.[63] Mindkét típusú környezeti menekült védelemben részesítését indokolja az is, hogy esetükben az állami üldözés megléte nem kritérium, azaz az államhatárokon belül maradás nem cáfolja a menekülésre késztető ok, jelen esetben a környezeti katasztrófa súlyosságát.

5.2. Az elvándorlás motivációja

Abban is állást kell foglalni, hogy csak a kényszerű vagy az önkéntes migránsok is a meghatározás hatálya alá esnek-e. Egy szélsőséges környezeti katasztrófa, mint a 2010-es pakisztáni árvíz vagy valamely csendes-óceáni sziget tengerszint-emelkedés miatti elsüllyedése természetesen kényszeríti az ott élőket a menekülésre. De a fokozatos elsivatagosodás, a természetes környezet lassú romlása is arra késztetheti az érintetteket, hogy jobb életkörülményeket keressenek. Kérdés, hogy az utóbbiak jogosultak-e nemzetközi védelemre, mint környezeti menekültek? A szakértők jelentős része az elvándorlás kényszerű jellegének kritériuma mellett foglal állást,[64] joggal, hiszen az önkéntesség elemének bevonásával túlságosan bizonytalanná válna a környezeti menekült fogalma.[65]

5.3. A menekülés időtartama

Dönteni kell arról is, hogy csak az otthonaikat véglegesen elhagyókat vagy az ideiglenesen – a visszatérés lehetőségével – elvándoroltakat is megilleti-e az elismerés. Ebben a tekintetben megoszlanak a vélemények, van, aki csak a véglegesen elvándorlókat részesítené védelemben, akiknek tágabb értelemben vett lakóhelye végleg megsemmisült és lakhatatlanná vált.[66] Mások viszont arra az álláspontra helyezkednek, hogy a katasztrófa intenzitása az értékelendő, annak a jövőbeli ténye pedig, hogy a későbbiekben visszatérhet-e lakóhelyére a menekülő, nem releváns a jogi védelem megadásának pillanatában.[67] Ebben az esetben segítségül hívható lehet a Genfi Egyezmény megszüntető klauzulája,[68] azaz ha az érintett önkéntesen visszatér országába-lakóhelyére, akkor a környezeti menekülteknek biztosított jogi védelemben sem részesül

[63] Biermann, Boas: i. m.; Norman Myers: i. m.; El-Hinnawi, E., *Environmental refugees*, PNUD, 1985, Nairobi. Idézi: Bonnie Docherty, Tyler Giannini:i. m., 16. o.
[64] Norman Myers: i. m.
[65] Renaud, Fabrice et al.: „*Control, Adapt or Flee: How to Face Environmental Migration?"* (U. N. Univ. – Inst. for Env't & Human Sec., InterSecTions No. 5/2007, 2007), http://www.each-for.eu/index.php?module=main (2010.11.23.). Renaud éppen ez okból három kategóriát különböztet meg: a környezetileg motivált migránsok, a környezeti kényszer migránsok és a környezeti menekültek kategóriáját, a kényszer különböző fokainak megfelelően.
[66] Norman Myers: i. m.
[67] El-Hinnawi: i. m.
[68] Genfi Egyezmény: *1. cikk (C).*

tovább. Annak az időpontnak a konkrét meghatározása azonban, amelyen túl egy személy végleges jelleggel elmenekültnek minősül,[69] túlságosan merev megoldás.

5.4. A bekövetkezett esemény intenzitása szerint

Szintén kérdés, hogy csak a hirtelenül, váratlanul bekövetkező katasztrófák minősülnek olyan oknak, amelyek indokolják a környezeti menekültként való elismerést vagy a lassú, fokozatosan érzékelhető folyamatok következtében előállt környezetváltozások is eredményezhetik azt. Hasonlóan a kényszer fokának értékeléséhez, az esemény erősségét is lehet skálaszerűen figyelembe venni. A hurrikánok, cunamik, árvizek formájában jelentkező szélsőséges időjárás hirtelen bekövetkező jellege és a szárazság, elsivatagosodás lassú folyamata között azonban nincs olyan érdemi különbség, amely egyik vagy másik esemény komolyabb mivoltát jelenthetné. Van szerző, aki a környezeti menekültek csoportján belül megkülönbözteti a „katasztrófa menekülteket", akik természeti vagy ipari csapások elől menekülnek, a „kisajátítás elől menekülőket", akik a gazdasági versengés következtében kisajátított területekről kénytelenek elvándorolni és a „fokozatosan romló környezet miatt elmenekülők" csoportját.[70]

5.5. A bekövetkezett esemény eredete szerint

Az sem egyértelmű, hogy melyik tényező közrehatását értékeli a definíció védelemre feljogosítónak: csak a tisztán a természet által vagy csak a bizonyíthatóan és főként ember okozta katasztrófákat, esetleg mindkettőt. Bizonyos esetekben az elhatárolás egyértelmű: az előzőre példa a 2006-os cunami, az utóbbira az 1986-os csernobili katasztrófa. A válasz azonban általában nem ilyen egyszerű: a klímaváltozás okáról most is zajlanak viták, számos esetben nem tudni, hogy csupán természeti változások állnak-e egy-egy esemény hátterében, vagy pedig a természeti események közvetett emberi behatás miatt álltak elő. A tengerszint-emelkedés első pillantásra talán egyszerű természeti változásnak tűnik, de ha az ÜHG miatti globális felmelegedés okozta sarki jéghegyolvadást is figyelembe vesszük, mint tényezőt, máris az emberi közrehatáshoz jutunk. A két ok közti különbségtétel leginkább a jelenség elnevezésében tükröződik: a környezeti menekült tágabb fogalma a természeti eredetű katasztrófákra (is) utal, míg a például a klímamenekültek gyakran használt fogalma az események ember-okozta klímaváltozás miatt bekövetkezett, szűkebb csoportját sejteti a háttérben.

[69] Dun, Olivia, Gemenne, Francois & Stojanov, Robert: *„Environmentally Displaced Persons: Working Definitions for the EACH-FOR Project"* (Oct. 11, 2007). Idézi Bonnie Docherty, Tyler Giannini:i.m., 17. o.

[70] Diane C. Bates: „*Environmental Refugees? Classifying Human Migration Caused by Environmental Change*" POPULATION & ENV'T 465, 468 (2002). http://home.student.uu.se/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf (2011.01.13.).

5.6. Az elismerési eljárás módszere szerint

Eljárási, de meghatározó jelentőségű kérdés annak eldöntése, hogy a környezeti menekült elismerési eljárás – a Genfi Egyezmény alapján lefolytatott eljárások mintájára – individuális jellegű, vagy pedig akár az uniós átmeneti védelem[71] mintáját követve, prima facie, azaz első látásra, egyéni vizsgálat nélkül, az érintett csoport minden tagjára vonatkozó legyen. A környezeti katasztrófák során jellemzően nagyszámú menekülő hagyja el lakóhelyét, az ő esetükben az egyéni eljárás gyakorlatilag kivihetetlen lenne.

6. Összegzésképpen

A környezeti menekültek kérdését napjainkra már szinte minden releváns szervezet napirendjére tűzte. A végső cél eléréséhez, a katasztrófa-sújotta területekről elvándoroltak megfelelő nemzetközi jogi védelmének létrehozásához számos út vezet, amely sok kompromisszumon, lemondáson, választáson visz keresztül. A feladat rendkívül nehéz és összetett, hiszen a menekülésre késztető okok, az események intenzitása, az érintett területek annyira változatosak, hogy óriási kihívást jelent egy olyan nemzetközi eszköz megalkotása, amely mindezt a sokféleséget ötvözve mégis képes megfelelő választ adni és egységes védelmet nyújtani a környezeti menekültek minden csoportja számára. Lehetséges, hogy egy új egyezmény létrehozása nem az egyedüli módja a válaszadásnak, hiszen megalkotásának nehézkessége miatt rövid és középtávon biztosan nem alkalmazható az addig felmerülő események kapcsán, de idővel olyan egységes és kiszámítható eszköz lehet a környezeti menekültek védelmére, amelyet nem valószínű, hogy más, alternatív, egy-egy esetre vagy régióra szorítkozó megoldások jelentenének.

[71] 2001/55/EK irányelv az átmeneti védelemről: i. m.

A fenntartható fejlődés elméleti és gyakorlati kérdései

ITTZÉS-TAMÁSI DÁVID
Debreceni Egyetem
Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola
Európa Jogi és Nemzetközi Jogi Tanszék
Ph.D hallgató

1. Bevezető gondolatok

Ebben a tanulmányban arra keressük a választ, hogy megvalósítható-e a fenntartható fejlődés, melyről napjainkban egyre több szó esik, és ha igen, akkor ahhoz milyen út vezet. Azt mindenesetre le kell szögeznünk, hogy a fenntarthatóságnak ez a gondolata nem önmagáért való, hanem célja a jövő generációk védelme és szükségleteinek zavartalan kielégítése. Megvalósulásának feltételeit pedig több területen is biztosítani kell, mint az energiapolitika, éghajlatváltozás, vagy éppen a szociális és gazdasági szféra.

A fenntartható fejlődés és az éghajlatváltozás közti kapcsolat kétirányú. Egyrészt a kibocsátás folyamatos növekedésének megvan az a veszélye, hogy aláaknázza a fenntartható fejlődés megvalósulását. Másrészt viszont, ha a fejlődés különféle területeit fenntarthatóbbá tesszük, akkor az hozzájárulhat az éghajlatváltozás hatásainak mérsékléséhez.[1] Azért is szükséges továbbá a témával foglalkoznunk, mivel bolygónk jelenlegi hatmilliárdos lakossága előrejelzések szerint 50 éven belül kilencmilliárdra növekszik, ami az életkörülményeket és az egy főre eső eltartó terület nagyságát is jelentősen fogja befolyásolni.

Az Európai Bizottság az elmúlt évben megállapította, hogy az éghajlatváltozás kezelhető szinten tartása érdekében sürgős intézkedésekre van szükség, hogy az átlagos globális hőmérséklet-emelkedés ne haladja meg 2 °C-nál nagyobb mértékben az iparosodás előtti szintet.[2] Az Unió vezető szerepének biztosítása a Bizottság szerint technikailag kivitelezhető és megfizethető, az előnyök pedig lényegesen felülmúlják a gazdasági költségeket. A jelenleg érvényes Kiotói Jegyzőkönyv még csupán a fejlett, ipari országok számára állapít meg kibocsátási célértékeket, azonban egyre többen ismerik fel, hogy az éghajlatváltozás globális probléma, így a megelőzésében is minden államnak szerepet kell vállalnia függetlenül fejlettségének fokától. Ehhez a fejlettebb országoknak nyilván előremutatóbb lépéseket kell tenniük, míg a fejlődő országok gyors és azonnali cselekvésükkel járulhatnak hozzá a sikeres együttműködéshez.

[1] Winkler, Harald: *Cleaner Energy Cooler Climate.* Cape Town, 2009. 15. o.
[2] *A globális éghajlatváltozás 2 Celsius-fokra való csökkentése, az előttünk álló út 2020-ig és azon túl,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/hu/com/2007/com2007_0002hu01.doc Letöltés ideje: 2009. szeptember 4.

2. A globalizáció és a fenntartható fejlődés

Fontos azonban látni, hogy a globalizáció egy olyan irreverzibilis folyamat, amely a legsúlyosabb problémákat éppen azáltal okozza, hogy hiányzik a folyamat ésszerű, kölcsönös érdekeket figyelembe vevő kontrollja. Többek között ez, illetve a gazdasági növekedés állandóságának kérdései munkálták ki a *fenntartható fejlődés*[3] gondolatát, a környezetvédelmi szempontok előtérbe kerülésével. Így lehetővé válna a gazdasági növekedéssel egyidejűleg a természeti, környezeti erőforrások megóvása és a szegénység leküzdése.[4] A fejlődésnek tehát gazdasági, társadalmi és környezetvédelmi dimenziója is van.[5] A fejlődés csak akkor lesz fenntartható, ha a különböző elemek közötti egyensúly biztosított, ehhez azonban nemcsak a gazdasági és a szociális szempontokat, hanem a környezeti értékeket is figyelembe kell venni és megfelelő egyensúlyba kell hozni, hogy egyik se legyen túlsúlyos.

Ugyan nem nemzetközi jogi forrás, de jelentősége miatt feltétlen említést érdemel az Európai Unióban a két ide vágó legfontosabb horizontális irányelv, melyek a környezeti hatásvizsgálatokról és a környezeti információkhoz való hozzáférés szabadságáról szólnak.[6] Ezek alapozzák meg azt az álláspontot, hogy *fenntartható fejlődés* csak minden érintett bevonásával érhető el. Továbbá összekapcsolják a kormányzat elszámoltathatóságát a környezetvédelemmel, mely jelentős előrelépést jelentett a korábbi időszakhoz képest.

A fenntartható fejlődéstől alapvetően elválaszthatatlan az emberi jogok harmadik generációjának teljes körű biztosítása, mivel az emberi jogok alapját az ember fennmaradásának és fejlődésének rugója mozgatja.[7] A fennmaradással kapcsolatos jogok például az egészséghez (megfelelő táplálék, ivóvíz, élhető környezet), biztonsághoz fűződő igények. Létezik azonban az emberi jogoknak egy olyan csoportja, amelyet maga a globalizáció hozott létre és így vált nemzetközivé. Ezek a nemzetközi jogban legújabban kialakult harmadik generációs jogok, melyek azon túl, hogy a legsúlyosabb globális problémákat ölelik fel, egyúttal súlyos emberi jogi jogsértésekre is keresik a választ. A globalizáció és az emberi jogok kapcsolata azonban nem egyirányú: nemcsak a globalizáció van hatással az emberi jogokra (egyes jogok nemzetközivé válására, illetve más jogok kialakulására), hanem az emberi jogok is hatással vannak a globalizációra az emberi jogok egyetemessé válásával.[8] A globalizáció ugyanakkor nem mindig okozója a napjainkban előtérbe került emberi jogi problémáknak, sokszor csak erőteljesen ráirányította a figyelmet a már korábban is létező, de figyelmen kívül hagyott jelenségekre.[9]

[3] A *fenntartható fejlődés* (*sustainable development*) tehát olyan fejlődés, amely kielégíti a jelen szükségleteit anélkül, hogy veszélyeztetné a jövő nemzedékek esélyét arra, hogy ők is kielégítsék szükségleteiket. ENSZ Környezet és Fejlődés Világbizottsága, 1987., *Közös jövőnk* c. jelentés.

[4] Lambright, Gina, Van De Valle, Nicolas: *Globalization in the Developing World*. In.: *Rethinking Globalization(s)*, Macmillan, London, 2000.

[5] Commission Staff Working Document – *National Sustainable Development Strategies in the European Union*. A first analysis by the European Commission, April 2004, 1–2. o.

[6] 85/337/EGK irányelv és 90/313/EGK irányelv.

[7] Dunnett, Wheeler N.J: (ed.), *Human Rights in Global Politics*. Cambridge University Press, 1999.

[8] Kondorosi Ferenc: *A fenntartható fejlődés és az emberi jogok*. Jogtudományi Közlöny, 2006/6. 201. o.

[9] Howse, Robert, Mutua, Makau: *Protecting Human Rights in a Global Economy*, *Challanges for the World Trade Organization*. International Center for Human Rights and Democratic Development, http://www.ichrdd.ca/111/english/commdoc/publications/globalization/wtoRightsGlob.html. Letöltés: 2010.09.15.

Könnyen belátható, hogy nem mindegy, milyen formában és milyen áron valósul meg a gazdasági fejlődés és az életszínvonal emelése. Elkerülhetetlen, hogy a fejlődés összhangban legyen a környezethez való joggal, ezt szolgálja a fenntartható fejlődés gondolata is. Természetesen mindenkinek joga van a fejlődéshez, de a környezet elpusztítása nagymértékben korlátozza, sok esetben ki is zárja az emberi jogok érvényesülését. Sok fejlődő ország elköveti azt a hibát, hogy a környezet minőségét és állapotát áldozza fel rövid távú nyereségérdekelt szemléletmódja miatt. Az ilyen jellegű gondolkodásmód következményei egyelőre elsősorban ezekben az országokban jelentkeznek, de a későbbiekben nemcsak a környező országokra hathat ki, hanem globálissá is válhat. Éppen emiatt, egyik legfontosabb feladatnak a *környezeti értékekért felelős és tenni akaró gondolkodásmód* kialakítását tartom a társadalom minél szélesebb rétegeiben, mivel e nélkül minden más lépés veszítene hatékonyságából. Úgy vélem, ennek érdekében érdemes lenne *akcióprogramokat* is kidolgoznunk, melyekkel tovább lehetne erősíteni ezt a fajta környezettudatosságot. Elsősorban az oktatás területén lenne fontos minél fiatalabb korban a felnövekvő nemzedékek figyelmét felhívni a probléma fontosságára és a megoldási lehetőségekben való egyéni részvétel szükségességére. A 29/2008. (III. 20.) OGY határozat a Nemzeti Éghajlatváltozási Stratégia (NÉS) ehhez komoly segítséget nyújthat, az előttünk álló feladatok meghatározásával. Az Európai Unióban egyébként 2005. január 1-jén vette kezdetét a fenntartható fejlődésre nevelés évtizede, amely szintén hasonló célokat szolgál.

3. A fenntartható fejlődés koncepciója

Le kell szögeznünk, hogy ez a tanulmány nem kíván történelmi áttekintést nyújtani a fenntartható fejlődés fogalmának fejlődéséről és tartalmának fokozatos bővüléséről, azonban az elkerülhetetlen, hogy megállapítsuk, mit is jelent ma a fejlődés fenntarthatósága. A nyolcvanas évek elején jelent meg a „fenntarthatóság" vagy a „fenntartható fejlődés" kifejezés a nemzetközi szakirodalomban. Ekkor kezdte meg munkáját az ENSZ Közgyűlés határozata alapján az ENSZ Környezet és Fejlődés Világbizottsága, amely nagyon röviden és tömören határozta meg a fenntartható fejlődés fogalmát: *„a fenntartható fejlődés olyan fejlődés, amely kielégíti a jelen szükségleteit, anélkül, hogy veszélyeztetné a jövő nemzedékek esélyét arra, hogy ők is kielégíthessék szükségleteiket."*

Ezzel sikerült egy olyan fogalmat megalkotni, melyet lehet, hogy elfogadásakor konszenzus övezett, azonban csak azt mondja ki, hogy fenntartható az, ami fenntartható. Csupán a szükségletkielégítés szempontjából ragadja meg a fenntarthatóságot, ami pedig ettől jelentősen összetettebb gondolat, annak az élet minden területét át kell hatnia.

Így megalkottam saját fenntartható fejlődés fogalmamat, miszerint ez *egy olyan hosszú távú törekvés, melynek célja a környezet megóvása, a természeti erőforrások túlhasználatának megakadályozása, hogy a hosszú távú fejlődés megvalósítható legyen.* Ehhez persze még többletelemek társulhatnak, abból a célból, amely a fogalom megalkotását is vezérelte, hogy ez alapján konkrét gyakorlati lépések születhessenek. A korábbi fogalom tehát nem önmagában rossz, csupán kevés és túl általános.

Az Európai Unió környezetvédelmi politikája azon a meggyőződésen alapul, hogy a gazdasági növekedés, a társadalmi fejlődés és a környezetvédelem mind életminőségünk javítását segítik elő. Ezek ráadásul össze is kapcsolódnak. Gondos egyensúlyt kell teremteni közöttük, ha azt szeretnénk, hogy a fejlődés Európában és szerte a világon fenntartható legyen, más szavakkal, hogy a jövő generációinak is jobb legyen az életminősége.

A környezetet érintő főbb kihívások napjainkban az éghajlatváltozás, a biodiverzitás hanyatlása, egészségünk szennyezésből eredő fenyegetettsége, a természetes erőforrások felhasználásának módja, és a túlzott mértékű hulladéktermelés. Az EU magas szintű környezetvédelmi előírások meghatározásával, valamint új munkamódszerek és tisztább technológiák előmozdításával kíván megfelelni ezeknek a kihívásoknak úgy, hogy jelenlegi társadalmaink legsürgősebben megoldandó fenntarthatatlan tendenciái közül néhányra koncentrál, például a klímaváltozásra, a közlekedésre, a közegészségügyre és a természeti erőforrásokra. E területek politikái azonban, bármennyire fontosak is, önmagukban nem elegendőek a fenntartható fejlődés céljának megvalósítására. A fenntarthatóság célját és kritériumait valamennyi politikának tükröznie kell. Ehhez az egyes EU-politikák közt nagyobb összhangot kell teremteni.

A fenntartható fejlődés tehát a következő három alappilléren nyugszik: a szociális, a gazdasági és a környezeti pilléreken és mindhármat együttesen, kölcsönhatásaik figyelembevételével mérlegelni kell a különböző fejlesztési stratégiák, programok kidolgozása során, illetve a konkrét intézkedésekben, cselekvésekben. A Világ Tudományos Akadémiáinak Nyilatkozata megfogalmazásában: *„A fenntarthatóság az emberiség jelen szükségleteinek kielégítése, a környezet és a természeti erőforrások jövő generációk számára történő megőrzésével egyidejűleg.”*[10]

A fenntartható fejlődésnek van egy hosszú távú és egy globális dimenziója is. A generációk közti igazságosság megköveteli, hogy a mai nemzedék ne élje fel a jövőbeli nemzedékek lehetőségeit, a globális gondolkodásmód pedig nem engedi meg számunkra, hogy más társadalmak kárára éljünk, vagy megakadályozzuk jólétük növekedését. A fenntartható fejlődés stratégiája nem tűz ki célt, és nem fektet le intézkedési programot e cél megvalósítására, hanem fő célkitűzésének magát a fenntarthatóságot tűzi ki. A fenntartható fejlődés esetében nem lehet határidőt szabni, ez ugyanis nem annyira cél, inkább egy olyan folyamat amelyre hosszú távon törekednünk kell. A fenntartható fejlődés igazi kihívása tehát éppen ez, hogy nem lehet puszta célkitűzések vagy politikák révén megvalósítani, még ha a tendenciák megfordulásán keresztül mérhetővé is válik. Nehéz azonban olyan mutatókat kialakítani, amelyek megfelelően tükrözik a változásokat. 2008-ban az Európai Gazdasági és Szociális Bizottság fogalmazta meg ajánlásában, hogy a GDP-n túl a fenntartható fejlődésnek más mércéire is szükség van.[11]

Ebben lefektetik azt a közös álláspontot, hogy a GDP a gazdasági növekedés fontos mutatója, nem jelzi azonban megfelelően azokat az irányokat, amelyet a 21. század kihívásaival való szembenézéshez ki kell tűznünk, valamint sem-

[10] *Átmenet a fenntarthatóság felé*; Világ Tudományos Akadémiáinak Nyilatkozata, Tokió, 2000.

[11] Az Európai Gazdasági és Szociális Bizottság véleménye, *A GDP-n túl – a fenntartható fejlődés mércéi*; 2009/C 100/09, Az Európai Unió Hivatalos Lapja, C 100/53, 2009. április 30.

mit sem árul el arról, mennyire fenntartható a társadalmi fejlődés. A fejlődés fokát nem lehet pusztán a gazdasági növekedéssel kifejezni. Főleg mivel a gazdasági növekedés mindig korlátozott, egy idő után stagnál, majd esetleg visszafordul. A fenntarthatóság tehát csak több tényező közös nevezőjeként jellemezhető, amennyiben azok mindegyike megvalósul (gazdasági, szociális, társadalmi). A fenntarthatóság tartósságot jelent, amely időn túliságot fejezi ki. Ez persze nem jelenti azt, hogy az idők folyamán ne következhetne be változás a követendő irányvonalban, alkalmazandó technológiában, mert pontosan ez az ami hosszú távon biztosítja a fenntarthatóságot.

A növekvő GDP mögött lehet, hogy a jómód és jólét jelentős csökkenése rejlik. Egy példával illusztrálva: ha egy országban minden erdőt kivágnának és eladnák a fát, a gyerekeket pedig iskola helyett dolgozni küldenék, ez a GDP szemszögéből nézve igen jó lenne, mivel a gazdasági statisztikák megnövekedett anyagi jólétet mutatnának.[12] Ez a jólét azonban egyáltalán nem lenne fenntartható, és nem tenné boldoggá az embereket. Ezért van más kiegészítő mutatókra is szükség, amelyek azt mutatják, hogy milyen messze vagyunk még a fenntartható és szolidáris gazdaságtól. Mivel két különböző dologról van szó – fenntarthatóságról és jólétről –, a valóságban két mércére van szükség. A fenntarthatóság alapfeltétel, melynek lényege egy egészséges világ most és a jövőben, valamint a nemzedékek közötti szolidaritás. Ezt kiegészítve a jólétből az államok és az egyének is egyre többre törekszenek, azt minél nagyobb mértékben próbálják elérni. Azonban véleményem szerint éppen ez az a tényező és gondolkodásmód, ami miatt lehetetlenné, vagy legalábbis nagyon nehézzé válik a fenntartható fejlődés céljának elérése. A még többet és a ma logikája nem segíti elő a hosszú távú, jövő generációk érdekeit szem előtt tartó érdekek megvalósulását.

A fenntarthatóság mértékének és alakulásának mérésére szolgál a fenntartható fejlődésért felelős belga szövetségi tanács kezdeményezése, a kanadai jóközérzet-index (CIW), a bruttó nemzeti boldogság index Bhutánban, az olasz „Quars" elnevezésű kezdeményezés, de a leginkább elfogadott általános mérce az ökológiai lábnyom, amely a fenntartható környezeti fejlődés legjobb rendelkezésre álló általános mutatója. Az *ökológiai lábnyom* alapgondolata az, hogy a fogyasztást ki lehet fejezni a megtermeléséhez szükséges felszín méretével. Ez lehetővé teszi, hogy összehasonlítsuk különféle fogyasztói magatartások (életmódok) vagy különféle népességi csoportok (országok) környezetre gyakorolt hatását. Egy lakosra világviszonylatban 1,8 hektár termőtalaj jut az egyéni fogyasztási igények kielégítéséhez. Jelenleg világviszonylatban személyenként 2,2 hektár van használatban, az emberiség tehát gyors tempóban éli fel bolygónk tartalékait. Igen nagyok azonban az eltérések: az Egyesült Államokban az átlagos ökológiai lábnyom egy főre 9,6 hektár, míg Bangladesben 0,5 hektár. Magyarországon ez az érték 3,4 hektár körüli.[13] Ha nem változik a politika, a gondok egyre nagyobbak lesznek. Az erózió és elsivatagosodás miatt csökken a rendelkezésre álló termőföld nagysága, a népesség számának növekedése miatt egyre több embernek kell osztozkodnia egyre kisebb termőterületen.

[12] Uo.
[13] http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/trends/hungary/ (2010. 09.04.).

Az EU a fenntartható fejlődés terén elért eredményeit tekintve nem alkot egységes képet. Az egyes tagállamok nagyon eltérő helyzetben vannak. Néhányuknak sikerült eredményesen kombinálni a viszonylag erős gazdasági növekedést a szociális védelem és a környezetvédelem magas szintjével. Ezen országokban pozitív kölcsönhatás érvényesült a különböző területek fejlődése között. Egyes tagállamok viszont, a lassú növekedés, a szociális problémák kezelésének nehézségei és a környezetvédelem terén mutatkozó elmaradások együttesével küzdenek. Az új tagállamokat minden téren a fejlődés jellemzi.

Többek számára a téma szoros kapcsolatban áll a gazdasági növekedésnek azon igényével, hogy lehetővé tegye a gazdaság hosszú távú növekedését anélkül, hogy a természeti erőforrások túlhasználatának a hosszú távú fejlődés látná kárát. Mások számára magának a növekedésnek a koncepciója is problematikus, mivel a Föld erőforrásai végesek, így nem folytatható ez a növekedés alapú szemlélet. Egy idő után már pusztán a gazdasági stagnálás is növekedést jelentene, a népesség konstans növekedése mellett. Ezt a logikát követve a fenntartható fejlődés pusztán egy illúzió, amelyet sohasem fogunk elérni. Ennek ellentmondani látszik, hogy van olyan állam amelyik megvalósította ezt az elvárást, ez pedig a legnagyobb meglepetésre éppen Kuba. Ezzel részletesen külön tanulmányban foglalkozom majd.

Az elmúlt évek során az Európai Unió a szakpolitikák széles körében érvényesítette a fenntartható fejlődés célkitűzését. Nemzetközi szinten vezető szerepet vállalt az éghajlatváltozás elleni küzdelemben, és elkötelezte magát az alacsony szén-dioxid-kibocsátású, erőforrás-hatékony gazdaság előmozdítása mellett. Mindemellett azonban számos területen továbbra is jelen vannak nem fenntartható folyamatok. A természeti erőforrások iránti kereslet gyorsan növekszik és meghaladja azt a mértéket, amelyet a Föld hosszú távon képes fenntartani. A közlekedés energiafogyasztása továbbra is nő, a globális szegénység növekszik, a biodiverzitás pedig csökken. A hatását jelenleg is éreztető gazdasági és pénzügyi válságra válaszul a Bizottság elindította a növekedésre és foglalkoztatásra irányuló átfogó fellendülési tervét.[14] Nem szabad szem elől téveszteni, hogy a reálgazdaságot támogató és a jelenlegi válság társadalmi hatásait csökkentő intézkedések összeegyeztethetőek legyenek a fenntarthatóság hosszú távú céljaival. A Bizottság ezt szem előtt tartva fogja megalkotni az EU SDS-ről[15] szóló második jelentését még az év folyamán. Uniós szinten a fenntartható fejlődés ösztönzése és nyomon követése elsősorban az egyes uniós szakpolitikák keretében valósul meg, mint a közegészségügy, közlekedés, éghajlat-változási és energiapolitika, oktatás, kutatás, fejlesztés.

Életrendünk akkor fenntartható, ha anyagforgalma körkörös, azaz illeszkedik a természet rendjébe. A fenntarthatóság elsősorban az erőforrásainktól függ. Világunk jelenleg jóval több erőforrást használ, mint amennyit a fenntarthatóság megenged. Ha ezek az erőforrások kimerülnek, a gazdaság komoly veszélybe kerülhet. Bo Kjellén egyenesen úgy fogalmazza meg a problémákat, hogy azok kezelésére, – viszonylagos új keletűségük miatt – új diplomáciára van szükség.[16] Ezzel érezteti azt, hogy ezek a globális méretű problé-

[14] A fellendülési terv – COM(2008) 800, 2008.11.26. és COM(2009) 114, 2009.03.04.
[15] SDS (Sustainable Development Strategies).
[16] Kjellén, Bo*: A New Diplomacy for Sustainable Development*. The Challenge of Global Change, Routledge, New York, 2008. 29. o.

mák nem kezelhetőek a hagyományos államok közötti kapcsolatok keretein belül, hanem teljesen új megközelítésre és együttműködésre van szükség.

4. A fenntartható fejlődést szolgáló megújuló erőforrások

A fejlődő és a fejlett országoknak figyelemre méltó kiindulási alap lehet a Bali útitervben (2007) megfogalmazott irány, melyben alapvető szerepet kap az energia-előállítás fenntarthatóvá tétele.

A nemzetközi jogban a környezetvédelem terén alapelvként élő *elővigyázatosság elve*[17] és a *megelőzés* önmagában ma már nem elegendő. Ezek mellett az energiatakarékosságra, illetve a költséghatékonyság szempontjából sem elhanyagolható megújuló energiaforrásokra is nagyobb figyelmet kell fordítani. Az energiaszektorban tehát a szén- és olajtüzelésű erőművek szén-dioxid-kibocsátásának csökkentése szükséges. A legfontosabb uniós szakpolitikai fejlemények közé tartozik a környezetbarát közlekedési csomag, mely érdemben foglalkozik a *bioüzemanyagok* nagyobb mértékű előállításával, melyben Magyarország is jelentős szerepet játszhat, nagy mezőgazdasági területeinek köszönhetően.

A megújuló energiaforrások használata az utóbbi két-három évben, az Európai Unióhoz történő csatlakozás óta felgyorsult, elsősorban a nagyobb erőműveknél, vállalatoknál, míg a lakosság körében elenyésző. Ezt mutatja egy friss, az észak-magyarországi régióban végzett kutatás eredménye is, miszerint az emberek többsége ugyan hallott már valamilyen megújuló energiaforrásról (pl. geotermikus energiáról), de ismereteik nagyon felületesek a témában.[18] Amíg azonban nem ismerik e lehetőségeket kellő mélységben, addig nem várhatjuk, hogy nagyobb mértékben elterjedjen a használatuk. Éppen ezért olyan politikát kellene már most kidolgozni és beindítani itthon, mely a társadalom szereplőiben a megújuló energiaforrásokkal szembeni pozitív, elfogadó attitűd kialakításához vezethet, akár kormányzati beruházásokkal és támogatással is, mely sikere esetén a 2011-es elnökség idején az egész EU figyelmét fel lehetne hívni.

Mindezek mellett ösztönözni kell a *kibocsátáscsökkentő technológiákat*, a *kutatási és fejlesztési beruházásokat* az energiatermelés és *energiatakarékosság* területén, valamint a *megújuló energiaforrások* használatát is minél szélesebb körben.[19]

Az *energiahatékonyság* fejlesztése pedig minden bizonnyal még 2020 után is támogatandó érték lesz. A Bizottság nemrég kiadott *Energiahatékonysági Cselekvési Terv*e bemutatja, hogy az éghajlatváltozást kezelő uniós intézkedések jelentősen növelnék az EU energiabiztonságát.[20] Az e téren előirányzott 20%-os javulás következtében Európa a világ leghatékonyabb energia-felhasználó régiója

[17] Ez az elv alapvetően azt jelenti, hogy a környezetkárosítást minden eszközzel meg kell próbálni elkerülni és ha a tudomány bizonytalan egy tevékenység lehetséges káros hatásait illetően, akkor azt be kell szüntetni.

[18] Tamus Antalné, Domán Szilvia, Fodor Mónika, Dinya László: *Energiahordozókkal szembeni attitűd vizsgálata: hagyományos versus alternatív energiaforrások*. Agro Napló 2007/2.

[19] Happ, Richard: *Dispute Settlement under the Energy Charta Treaty*. German Yearbook of International Law, 2002/45. 331–362. o.

[20] *Energiahatékonysági Cselekvési Terv*. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/hu/com/2007/com2007_0002hu01.doc (2010. szeptember 2.).

lehetne. Bár 2002 óta egyre gyorsabban nő a megújuló energiaforrások részesedése a belföldi fogyasztásban, mégis jóval elmarad a 2010-re meghatározott 12%-os céltól. A fenntartható energiaforrások nagyobb mértékű használatával pedig a Közösség energiaellátása függetlenebbé válhatna a külső forrásoktól, mely nemcsak magyar, hanem egyben közös európai érdek. Éppen ez teszi szükségessé, hogy az éghajlat-változási és energiapolitikát szorosan egymás mellett kezeljük.

A *közös európai energiapolitika* tehát egyszerre törekszik az energiaellátás biztonságosabbá tétele mellett az éghajlatváltozás fékentartására, valamint az ipari szektor versenyképességének fokozására.

A fenntartható energiaforrások nagyobb mértékű használatával pedig a Közösség energiaellátása függetlenebbé válhatna a külső forrásoktól, mely nemcsak magyar, hanem egyben közös európai érdek. Az *új energiaforrások* kifejlesztése az élet minden területén óriási fontossággal bír, önmagában mégsem elegendő ahhoz, hogy megoldja Európa környezetszennyezési problémáit. Éppen ez teszi szükségessé, hogy az éghajlat-változási és energiapolitikát, valamint a fenntartható fejlődés problémakörét szorosan egymás mellett kezeljük. Az EU fellépésének erejét pedig éppen az adja, hogy a tagállamok összehangolt álláspontot alakítanak ki, és azt egységesen képviselik, valamint lépnek fel közös érdekeik védelmében.

A *közös európai energiapolitika* tehát egyszerre törekszik az energiaellátás biztonságosabbá tétele mellett az éghajlatváltozás fékentartására, valamint az ipari szektor versenyképességének fokozására. A lakóépületek energiafelhasználását akár 30%-kal is csökkenteni lehet az épületek energiateljesítményéről szóló irányelv hatályának kiterjesztése révén, valamint olyan uniós teljesítményi követelmények bevezetése segítségével, amelyek a nagyon alacsony energiafelhasználású épületeket támogatják. A megoldandó kérdésekre a lehetséges választ – az elemzők szerint – egy új energiastratégia jelentheti, amely az eddigi bővülő energiakínálat helyett egy visszafogott, esetleg stagnáló energiaigény-szintet takar. A fentieken kívül a környezetszennyezés visszaszorítására a megoldást az Európai Bizottság többek között a *hidrogéntechnológiák* 2020-ig történő elterjesztésében látja.[21]

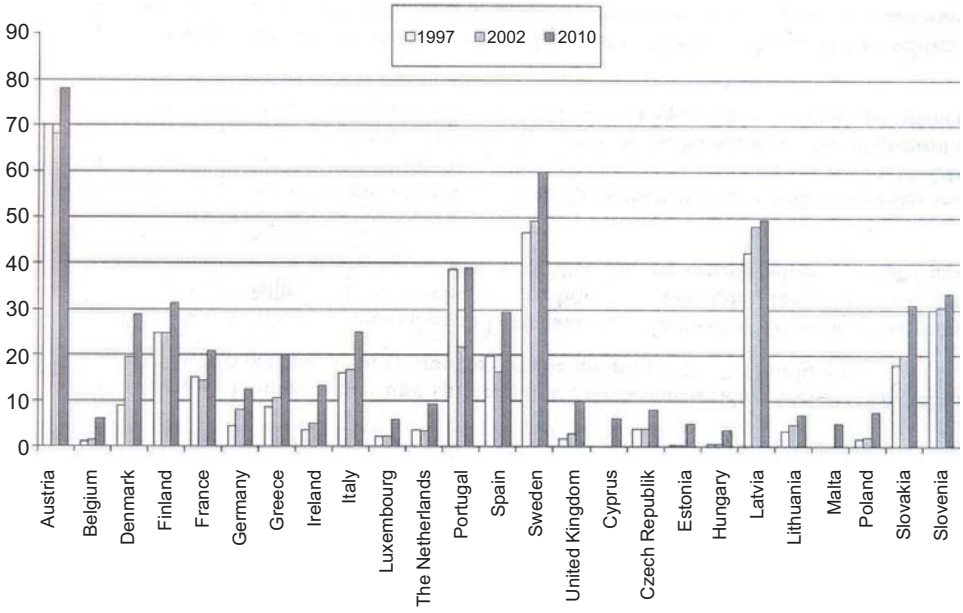
Az *atomenergia* szintén nélkülözhetetlen alkotóeleme a klímaváltozás elleni küzdelemben formálódó fenntartható energiapolitikának. A világ villamosenergia-szükségletének egyötödét atomerőművek állítják elő, mely igen kedvező adat, mivel ez az energia-előállítási módszer nincs hatással a légszennyezésre, nem bocsát ki üvegházhatású gázokat a légkörbe. A keletkező nukleáris hulladék biztonságos elhelyezése azonban igen súlyos probléma, mely magyarázhatja a társadalmi idegenkedést e lehetőségek további bővítésétől. A társadalmi ellenállás azonban könnyen vezethet ezen energia felhasználásának visszaszorulásához. Ezért fontos a társadalom széles rétegeit is bevonni a klímaváltozás elleni küzdelembe és különféle tájékoztató kampányokkal elősegíteni, hogy megértsék, nagyrészt egyéni felelősségen alapulhat a siker. Mindezek ellenére a Nemzetközi Atomenergia Ügynökség és az Európai Bizottság is a támogatandó energiaforrások közé sorolta, mivel teljesíti mindhárom EU-s energiapolitikai alapelvet, azaz ezáltal az energiaellátás költséghatékony, biztonságos, és megfelel a fenntartható fejlődés követelményeinek.

[21] Európai Bizottság, *A hidrogéné a jövő!* http://ec.europa.eu/news/science/071011_1_hu.htm, (2010. szeptember 2.).

A lakossági energiatakarékosságot adókedvezményekkel kellene ösztönözni. Megfelelő módszer lehetne például az ún. *ökocímkézés*, azaz a jelenleg a háztartási gépeknél, hűtőszekrényeknél, mosógépeknél használatos címkék elhelyezése irodai gépeken, járműveken is. A környezettudatos termékkialakítás és a fogyasztási minták átalakítása a Közösség legújabb, még nagy fejlődési lehetőségeket magában rejtő szabályozási területei. A lakossági gépek cseréjekor pedig adókedvezménnyel ösztönözhetnék az energiatakarékos háztartási berendezések vásárlását.

A megújuló energiaforrások közt említést érdemel az utóbbi időben mindinkább népszerűbbé váló *szalmatüzelésű erőművek* gondolata, mivel a megújuló energiaforrásoknak az energiagazdálkodásban való egyre nagyobb arányú részvétele elismerten szükségszerű. A szalmatüzelésű erőművekkel úgy lehet villamos energiát előállítani, hogy nem nő az üvegházhatás. Az *energiafű* termesztésével egy új mezőgazdasági termék jelenhet meg, új piaci távlatokat, jövedelmet és foglalkoztatottsági lehetőségeket adva a mezőgazdaságnak, mely szintén nem utolsó szempont. A legtöbb lehetőséget mégis a *szélenergia és a biomassza* jelenti. A megújuló energia termelésének támogatási módszerei lehetnek a következők: hosszú távú fix tarifák biztosítása az ezt előállítóknak, megújuló energiakvóta előírása meghatározott piaci szereplőknek, valamint a beruházási támogatásokkal való ösztönzés is. A megújuló energiaforrásból termelt villamos energia támogatásáról szóló 2001/77/EK irányelv 2010-ig a megújuló erőforrás-felhasználás részarányának 12%-ra történő növelését irányozza elő, továbbá ahogy fentebb is láthattuk, a közösségi szintű célkitűzéseket a tagállamok szintjére lebontva meghatározza a nemzeti célkitűzéseket. A célkitűzések betartásának, vagy épp be nem tartásának azonban nincs jogi hatása.

A zöld energia megoszlása a tagállamok villamos energia fogyasztásában a 2010-es országos célokhoz viszonyítottan



A ma felhasznált primer energiahordozók 15%-a szén, 40%-a kőolajszármazék, 23%-a földgáz, 16%-a nukleáris alapú és mindössze 6% a megújuló energiaforrás. Jelentős erőfeszítések árán 20% körüli részarányt lehetne elérni 2030-ra, ami tehát nem jelentene teljes megoldást. Talán ezért értékelődik át fokozatosan a nukleáris villamosenergia-termelés már a meglévő technológiákkal is, de különösen a reménybeli új megoldások révén (fúziós energiatermelés).[22]

5. Záró gondolatok és következtetés

Le kell tehát szögeznünk, hogy a gazdasági életben a fenntartható fejlődés általában nincs ellene a növekedésnek. A fejlődő világ sohasem fogadna el olyan koncepciót, amely megtiltaná számára a gazdasági növekedést. Ám a mindenáron való növekedés nemkívánatos gyakorlatot is jelenthet. A fenntartható fejlődésről beszélve egyre inkább előtérbe kerülnek az emberi vonatkozások. Az életmód, az életminőség, a tudatosság, az értékmegőrzés, a tradíciók mellett a mindennapi létszükségletet biztosító foglalkoztatás, az egészség megőrzése, továbbá az alapvető emberi jogok és a demokratikus intézményrendszer is elengedhetetlen feltételei a fenntartható fejlődésnek.

A most Magyarországon tapasztalható alkotmányozási lázban, mindenképpen érdemesnek látom a helyzetet felhasználni arra, hogy az új Alkotmányba bekerüljön a fenntarthatóság gondolata és a jövő generációk védelmének megjelenése, ugyanis az állam és a jog alapvető értékei közt feltétlen ott a helyük.

Mint láthattuk tehát – e tanulmányon keresztül is –, a fenntartható fejlődés gondolata igen összetett, melyre instant technikák nem alkalmazhatóak. Azonban megállapíthatjuk, hogy a fenntarthatóság gondolata semmiképpen sem önmagáért lévő cél. Annak az emberiség szolgálatában kell állnia és nem szabad ennek mindenek felett való elérésétől függővé és ennek kiszolgáltatottá tenni egy gazdaságot sem. Az azonban elengedhetetlenül fontos a megvalósulásához, hogy a politikai összhang Uniós és tagállami szinten is megvalósuljon, s így világviszonylatban is követendő példaként szolgálhat. Lényegesnek tartom tehát kiemelni, hogy az *energiapolitika* és ezen belül is a megújuló energiaforrások nagyobb arányú felhasználása csupán egyik összetevője *klímaváltozás* elleni küzdelemnek és a *fenntartható fejlődésnek*. A *környezetvédelem* és az *éghajlatváltozást* okozó hatások *elleni* fellépés legalább olyan fontos, a közös cél elérése érdekében, mely érdekében mi magunk is tevékenyen felléphetünk mindennapi életünk során.

[22] Járosi Márton–Kacsó András: *Az Európai Unió és Magyarország energiapolitikája*. Politikatudományi Szemle, 2004/4. 173–174. o.

Az emberi jogok védelmének kiteljesedése az Európai Unióban[1]

LUBÓCZKI KATALIN[2]

1. Bevezetés

Jelen tanulmány megírásának apropóját az adta, hogy a Lisszaboni Szerződés előirányozta az Európai Uniónak az Emberi Jogok Európai Egyezményéhez[3] (a továbbiakban EJEE) való csatlakozását, majd 2010. július 7-én megkezdődtek a csatlakozás mikéntjéről szóló hivatalos tárgyalások is. Ez adta az inspirációt, hogy kutatni kezdjem az emberi jogok uniós fejlődéstörténetét. Az emberi jogokra történő hivatkozás először az Európai Bíróság esetjogában jelent meg, ezt követték az uniós szervek nyilatkozatai, és az első ügyben hozott döntéshez képest csak több mint két évtizeddel később kapott helyet a védelem deklarációja az elsődleges jogforrások között. Mára ez a fejlődési ív fontos fordulóponthoz érkezett: az Alapjogi Charta érvénybe lépése után a következő lépcsőt az EJEE-hez való csatlakozás jelenti. A tanulmányom végén a csatlakozás kérdését járom körül, kitüntetett figyelmet szentelve azon kritikai észrevételeknek, melyek egyre több oldalról bírálják a csatlakozás aktusát – annak következményeire tekintettel.

2. Az emberi jogok védelmének megjelenése az Európai Bíróság esetjogában

Eleinte az Alapító Szerződések nem tartalmaztak az emberi jogokra történő utalást, és az Európai Bíróság sem fektetett nagy hangsúlyt az emberi jogok figyelembevételére, mivel az Európai Közösségre mint gazdasági egységre tekintett, és ezen társulás gazdasági céljainak megvalósulását volt hivatott biztosítani, félretéve az emberi jogi megfontolásokat.[4] Ez a helyzet azonban tarthatatlanná vált, mivel a jog érvényesülésén alapuló térség fogalma magában hordozza azon kritériumot is, hogy az emberi jogokat tiszteletben kell tartani. Az Európai Bíróság lett az a szerv, amely jogértelmező és jogfejlesztő tevékenysége során méltó rangra emelte az emberi jogok védelmét az Európai Közösségeken belül.

A ‚praetori jogfejlesztés'[5] 1969-ben, a Stauder-üggyel vette kezdetét. A Bíróság ebben az ügyben említette először az emberi jogok védelmét, amikor is

[1] Jelen tanulmány az OTKA K 68304 sz. kutatási szerződésének keretei között készült.

[2] A szerző a Miskolci Egyetem Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Doktori Iskolájának II. éves hallgatója. Témavezetője Dr. Wopera Zsuzsa egyetemi docens.

[3] Az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény.

[4] Wopera Zsuzsa: *Eljárási jogelvek érvényesülése az Európai Bíróság gyakorlatában*. In: Az igazságszolgáltatás kihívásai a XXI. században. Tanulmányok Gáspárdy László professzor emlékére (szerk. Harsági Viktória–Wopera Zsuzsa). HVG-ORAC, Budapest, 2007. 419. o.

[5] Szalayné Sándor Erzsébet: *Gondolatok az Európai Unió alapjogi rendszerének metamorfózisáról*. In: *Európai Jog*, 2003/62. sz. 10. o.

hangsúlyozta, hogy a Szerződések értelmezése során az emberi jogok nem sérülhetnek, illetve kijelentette, hogy a Bíróság védelmezi ezen jogokat.[6] Amint arra Harmathy Attila rámutat, az ügy jelentőségén emel az a tény, hogy noha a közösségi – jelenleg uniós[7] – jogszabályok nem tartalmaztak utalást a védett emberi jogokra, a Bíróság mégis ezen jogok figyelembe vételére törekedett.[8]

Ezek után nagy visszhangot váltott ki az Internationale Handelsgesellschaft-ügy, amelyben a Bíróság úgy foglalt állást, hogy az uniós jog önálló jogforrás, melyet egy nemzeti jog sem sérthet, és melynek szabályait nem írhatja felül, bármilyen formát öltsön is.[9] Jelen esetben ez azt jelentette, hogy még a nemzeti alkotmányokban garantált jogok sem szabhatnak gátat az uniós jog alkalmazhatóságának. Ez a deklaráció éles ellenállást váltott ki a tagállamokban, s ezen a tényen az sem változtatott, hogy a Bíróság ugyanezen ügyben érvelésében azt is hangsúlyozta, hogy az alapvető jogok az általános jogelvek szerves részét képezik, melyeket az Európai Bíróság védelemben részesít, s melyek a tagállamok közös alkotmányos hagyományaiból erednek.[10]

A német Alkotmánybíróság nyomban reagált az ítéletre Solange I határozatával, melyben fenntartotta magának az uniós jogi jogforrások feletti ellenőrzési jogot az alkotmányossági garanciák érvényre juttatása érdekében.[11] Mivel ez a nyilatkozat komoly veszélyt jelentett az uniós jog egységes alkalmazását tekintve, az Európai Bíróság nyomban és ismételten megerősítette elkötelezettségét az emberi jogok védelme iránt. Ekkor született ítélet a Nold-ügyben, amely mérföldkőnek számít az emberi jogok elismerése terén a Közösségek történetében. Az ítéletben újfent megerősítésre került, hogy az alapvető jogok az általános jogelvek részét képezik, és a Bíróság őrködik az érvényesülésük felett. Emberi jogi szempontból az ítélet legjelentősebb részét azon megállapítás képezte, hogy „A Bíróság a tagállamok közös alkotmányos hagyományaiból merít inspirációt, és nem alkalmazhat olyan eszközöket, melyek összeegyeztethetetlenek az ezen államok alkotmányai által elismert és védett alapvető jogokkal.”.[12] A tagállamok közös alkotmányos hagyományai mellett az emberi jogi egyezmények is fontos forrásokat jelentenek a Bíróság szerint, mivel iránymutatásul szolgálnak az uniós jogalkotás és jogalkalmazás számára.[13] Ezen egyezmények közül az EJEE-t nevesítette is a Bíróság a Rutili-ügyben, sőt, továbbmenve, ítéletének indoklásában hivatkozott is az EJEE 8., 9., 10. és 11. cikkére, illetve az EJEE-hez csatolt negyedik kiegészítő jegyzőkönyvének 2. cikkére.[14]

[6] A Bíróság 29/69. sz., Erich Stauder kontra Ulm város ügyben 1969. november 12-én hozott ítéletének (EBHT 1969., 419. o.) 7. pontja.

[7] Természetesen ekkor még nem beszélhetünk uniós jogról, ám a Lisszaboni Szerződés óta megváltozott terminológiát követve a tanulmányban következetesen az ‚uniós jog’ kifejezést használom.

[8] Harmathy Attila: *Az EU tagállamok közös alkotmányos hagyományai és a nemzeti polgári jog*. In: Alkotmányosság a magánjogban (szerk. Sajó András). CompLex, Budapest, 2006. 19. o.

[9] A Bíróság 11/70. sz., Internationale Handelsgesellschaft mbH kontra Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel-ügyben (a továbbiakban Internationale Handelsgesellschaft-ügy) 1970. december 17-én hozott ítéletének (EBHT 1970., 1125. o.) 3. pontja.

[10] Internationale Handelsgesellschaft-ügy, 4. pont.

[11] BverfGE 37, 271.

[12] A Bíróság 4/73. sz., J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung kontra az Európai Közösségek Bizottsága ügyben 1974. május 14-én hozott ítéletének (EBHT 1974., 491. o.) 13. pontja.

[13] Uo.

[14] A Bíróság 36/75. sz., Roland Rutili kontra Ministre de l’intérieur ügyben 1975. október 28-án hozott ítéletének (EBHT 1975., 1219. o.) 32. pontja.

Az Európai Bíróság következetes joggyakorlata kellőképp meggyőző volt a német Alkotmánybíróság számára, s ennek eredményeként 1986-ban meghozta Solange II határozatát. Ezen döntés érvelésének magját az képezte, hogy a Bíróság esetjogából világosan kitűnik, hogy az emberi jogok védelme biztosított a Közösség határain belül, ezért a német Alkotmánybíróság nem veti alkotmányossági vizsgálat alá az uniós jog forrásait.[15] Ám az ellenőrzési jogról való lemondás csak feltételes, és azonnal feléled, mihelyst a német Alkotmánybíróság azt állapítja meg, hogy az Európai Bíróság nem tartja fenn a védelem megfelelő szintjét.[16]

Az EJEE-hez való csatlakozás szempontjából vizsgálva még meg kell említenünk az ERT-ügyet is, melyben a Bíróság megállapította, hogy azon emberi jogi egyezmények közül, melyekből ihletet merít a jogalkalmazás során, az EJEE-nek kiemelt szerepe van, s hogy a Közösség nem fogadhat el olyan intézkedéseket, melyek összeegyeztethetetlenek az emberi jogoknak az EJEE által garantált védelmével.[17]

3. Az emberi jogok megjelenése az uniós jogforrásokban

A bírói jogfejlesztés már 1969-től elkezdte lerakni az emberi jogvédelem alapjait, ám az elsődleges jogforrások között csak 1986-ban jelent meg az emberi jogok védelmének említése. Ebben az időintervallumban azonban a Közösség szerveinek nyilatkozatai között már fellelhetők emberi jogi vonatkozásúak is. Ilyenek például: az Európai Parlament 1976. június 15-i határozata a közösségi jog elsőbbségéről és az alapjogok védelméről; a Tanács, a Bizottság és a Parlament 1977. április 5-i közös nyilatkozata az alapjogokról; az Európai Tanács 1978. április 7-8-i nyilatkozata a demokráciáról; illetve a Bizottság 1979. április 4-i memoranduma a Közösségnek az Emberi Jogok Európai Egyezményéhez való csatlakozásáról.[18]

Az elsődleges jogforrások között első ízben az Egységes Európai Okmány Preambulumában találunk emberi jogi vonatkozású szakaszt. Ebben a dokumentumban a tagállamok elkötelezik magukat amellett, hogy „együtt munkálkodnak a demokrácia előmozdításán a tagállamok alkotmányában és törvényeiben, az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló egyezményben, valamint az Európai Szociális Chartában elismert alapvető jogok […] alapján".

Ennél a deklarációnál azonban fontosabb az emberi jogok védelmének megjelenése a szerződéses cikkek között, melyre 1993-ban került sor az Európai Unióról szóló Szerződés (a továbbiakban: EUSz.) F. cikk (2) bekezdés formájában, mely a Nizzai Szerződés után a 6. cikk (2) bekezdése[19] lett. Az Amsz-

[15] BverfGE 73, 339.

[16] Uo.

[17] A Bíróság C-260/89. sz., ERT kontra DEP ügyben 1991. június 18-án hozott ítéletének (EBHT 1991., I-2925. o.) 41. pontja.

[18] Szalayné Sándor Erzsébet: *Az Európai Közösség csatlakozásának kérdése az Emberi Jogok Európai Egyezményéhez – néhány gondolat a közösségi jog és az alapjogok viszonyáról az Európai Közösségek Bíróságának 2/94-es véleménye kapcsán*. In: *Acta Humana: emberi jogi közlemények*, 1998/32. sz. 21. o.

[19] Az Unió a közösségi jog általános elveiként tartja tiszteletben az alapvető jogokat, ahogyan azokat az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló, 1950. november 4-én Rómában aláírt európai egyezmény biztosítja, továbbá ahogyan azok a tagállamok közös alkotmányos hagyományaiból erednek.

terdami Szerződés továbbá egy új jogvédelmi mechanizmust vezetett be az emberi jogok hatékonyabb védelme érdekében: a Tanács felfüggeszthette azon tagállam egyes jogait, amely súlyosan és tartósan megsértette az emberi jogokat.[20] A Nizzai Szerződés óta a fellépés lehetősége már akkor is biztosított, ha az emberi jogok megsértésének a veszélye áll fenn.[21]

Annak ellenére, hogy az uniós jogalkotó számos módon elkötelezte magát az emberi jogok védelme mellett, s ezt szerződéses szinten is megjelenítette, két jelentős probléma még mindig fennállt az Unióban. Az egyik ezek közül az volt, hogy az Unió kizárólag az esetjogban kimunkált emberi jogi katalógussal rendelkezett, s felmerült az igénye egy önálló 'Bill of Rights'-nak, mivel ez a jogállam (vagy ahogyan az Unió önmagát aposztrofálja, egy, a ‚jog érvényesülésén alapuló térségnek') fogalmának egyik meghatározó eleme.[22] Azonban az Alapszerződések nem tartalmaztak felhatalmazást sem elsődleges, sem másodlagos jogforrás megalkotására ezen a téren.

A második problémát az jelentette, hogy az uniós jogforrások felett nem lebegett semmilyen külső kontroll; az uniós aktusok nem voltak megtámadhatók az Emberi Jogok Európai Bírósága (a továbbiakban: EJEB) előtt, míg az uniós jog implementálásának eredményeként megszülető állami aktusok igen, amennyiben az EJEE-vel való összeütközés gyanúja felmerült. Ez azt jelentette, hogy a Közösség (az Unió) ellen nem lehetett közvetlenül pert indítani.

Itt azonban meg kell jegyeznünk, hogy noha az állami aktusok esetén beszélhetünk az EJEB általi felelősségre vonás elvi lehetőségéről, ez a szerv sem él mindig ezen jogával. Amint arra Szemesi Sándor tanulmányában[23] rámutat, az állami aktusok egyik csoportját alkotják azon jogszabályok, melyek az implementálás eredményeként eltérnek az uniós jogszabálytól. Amennyiben ez sérti az EJEE bármely rendelkezését, a tagállam felelőssége megállapítható. A második esetkörbe viszont azon tagállami jogszabályok esnek, melyeket az uniós jogi aktusnak megfelelően, azzal egyezően ültettek át a tagállami jogba. Ebben az esetben is fennáll az elvi lehetőség a jogsértés megállapítására az EJEE 1. cikke[24] alapján, „függetlenül attól, hogy a kérdéses intézkedés vagy mulasztás a belső jogszabályokból vagy a nemzetközi kötelezettségek teljesítésének szükségességéből ered".[25] Az EJEB esetjoga azonban arról tanúskodik, hogy az EJEB általában nem él ezen jogával, az egyenlő védelem elvére való hivatkozás miatt. Tehát amennyiben az EJEB azt állapítja meg, hogy a Közösség (az Unió) által biztosított védelem megfeleltethető az EJEE védelmi szintjének, az EJEB nem vonja felelősségre az adott tagállamot a jogsértés miatt.[26]

[20] EUSz. F.1. cikk.
[21] EUSz. 7. cikk.
[22] Matthias Herdegen: *The Origins and Development of the General Principles of Community Law*. In: General Principles of European Community Law – Reports from a Conference in Malmö, 27–28. August 1999 (szerk. Ulf Bernitz, Joakim Nergelius). Kluwer Law International, The Hague –London–Boston, 2000. 3. o.
[23] Szemesi Sándor: *Az Európai Unió és a közösségi jog szerepe az Emberi Jogok Európai Bírósága gyakorlatában*. In: *Acta Humana: emberi jogi közlemények*, 2006/2. sz. 57. o.
[24] A Magas Szerződő Felek biztosítják a joghatóságuk alatt álló minden személy számára a jelen Egyezmény I. fejezetében meghatározott jogokat és szabadságokat.
[25] Szemesi: i. m. 57. o.
[26] Szemesi: i. m. 57–58. o.

A helyzet orvoslása végett a Bizottság 1990. november 30-án megkeresést intézett a Tanács felé, felhatalmazást kérve az EJEE-hez való csatlakozás benyújtására és a tárgyalások megkezdésére. 1994-ben a Tanács azzal a kérdéssel fordult az Európai Bíróság felé, hogy állapítsa meg, összeegyeztethető-e a csatlakozás az Európai Közösséget létrehozó Szerződéssel. A Bíróság 2/94. véleményében a kérdésre nemleges választ adott. Álláspontja szerint a Közösség (az Unió) nem rendelkezik hatáskörrel a csatlakozásra, s nem is fog, amíg az Alapszerződések ez irányú módosítása meg nem történik. Mivel egy ilyen kötelezettségvállalás a Közösség (az Unió) jogrendszerét alapjaiban érintené, a hatáskörök tekintetében módosítani kell a Szerződéseket.[27] A helyzetet azonban sem az Amszterdami, sem a Nizzai Szerződés nem orvosolta.

A két felvetődött probléma (az önálló alapjogi katalógus és az EJEE-hez való csatlakozás) közül az elsőre sikerült először megfelelő megoldást találni az Unió történetében. Az Alapjogi Charta kidolgozásának igénye 1999. június 3–4-én a kölni csúcson vetődött fel, majd 2000. december 7-én a nizzai csúcstalálkozón alá is írták az elkészült – kötelező erővel ekkor még nem bíró – dokumentumot.[28] Eredetileg a tervezett Alkotmány II. részét képezte volna, ám végső helyét a Lisszaboni Szerződés függelékeként nyerte el. A Lisszaboni Szerződés óta az EUSz. 6. cikk (1) bekezdése deklarálja, hogy a Charta ugyanolyan joghatással bír, mint a Szerződések.[29] Személyi hatálya az Unió intézményeire, testületeire és a tagállamokra terjed ki, amikor is az uniós jogot alkalmazzák, tehát azt a hiányosságot nem sikerült kiküszöbölni, hogy a magánszemélyek közötti viszonyokra is alkalmazható legyen a Charta.

A Chartát az „alapjogok legkorszerűbb kódexé"-nek is szokás nevezni, mivel nem csupán az eddig a nemzeti és nemzetközi jogban elismert emberi jogokat tartalmazza, hanem a kor kihívásainak eleget téve például az emberi klónozással, biotechnológiával kapcsolatos emberi jogok is elismerést nyernek benne.[30] Noha a katalógus fő inspirációforrását az EJEE és az EJEB esetjoga jelenti, sőt, a Charta 52. cikk (3) bekezdése értelmében a mind a Chartában, mind az EJEE-ben szereplő jogokat az EJEE-vel összhangban kell értelmezni; a Charta helyenként ennél szélesebb védelmet biztosít. Példaként említhető a Chartában a diszkrimináció tilalmát kimondó cikk, melynek értelmében kétszer annyi alapon tilalmazott a hátrányos megkülönböztetés[31], mint amennyi az EJEE-ben szerepel. A házassághoz való jog tekintetében az EJEE 12. cikke tartalmazza azt a kitételt, hogy a házasság egy, a „férfiak és nők között" létrejövő kötelék[32], míg a Charta vonatkozó cikkéből ez a megszorítás hiányzik.[33] Ez a felfogás jelentős hatással volt az EJEB gyakorlatára – újabb bizonyítékot szolgáltatva arra, hogy nem csak az EJEB gyakorlata befolyásolja az Európai Bíróság esetjogát, hanem a hatás fordított irányban is érezhető –,

[27] A témáról l. bővebben: Szalayné: *Az EK csatlakozásának…* 20–31. o.
[28] http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm (2011.01.23.)
[29] Az Unió elismeri az Európai Unió Alapjogi Chartájának 2000. december 7-i, Strasbourgban 2007. december 12-én kiigazított szövegében foglalt jogokat, szabadságokat és elveket; e Charta ugyanolyan jogi kötőerővel bír, mint a Szerződések.
[30] Az Európai Unió Alapjogi Chartája, 3. cikk, (2) bekezdés.
[31] Az Európai Unió Alapjogi Chartája, 21. cikk.
[32] A házasságkötési korhatárt elért férfiaknak és nőknek joguk van a házasságkötésre és a családalapításra, az e jog gyakorlását szabályozó hazai törvények szerint.
[33] Az Európai Unió Alapjogi Chartája, 9. cikk.

ugyanis a strasbourgi bíróság 2002-ben a Goodwin kontra Egyesült Királyság ügyben a Chartában lefektetett definíciót vette alapul a házassághoz való jog értelmezése során.[34] A Charta sikerét bizonyítja az is, hogy az Európai Bíróság 2009. december 1. óta kb. 30 ítéletben hivatkozott a Charta rendelkezéseire.[35]

4. Az Európai Unió EJEE-hez való csatlakozása és annak lehetséges következményei

4.1. A csatlakozásról való döntés

A fentiekből világosan kitűnik, hogy az Európai Bíróság és az EJEB figyelemmel kíséri a másik bírói szerv esetjogát, és kölcsönösen hatnak egymásra. Azonban felmerült a kérdés: tovább kell-e haladni ezen az úton, és szorosabbá kell-e fűzni az együttműködést, ezáltal orvosolva azt a problémát, hogy az Európai Unió nem perelhető az EJEB előtt? Az Unió igenlő választ adott a feltett kérdésre.

Már igen korán, 1974-ben felmerült az EJEE-hez való csatlakozás igénye, amikor is a Bizottság megjelentette 1979. április 4-i memorandumát a Közösségnek az Emberi Jogok Európai Egyezményéhez való csatlakozásáról. A folyamat 1994-ben megtorpant, amikor az Európai Bíróság 2/94. véleményében úgy foglalt állást, hogy a Közösség (az Unió) nem rendelkezik hatáskörrel a csatlakozásra, mivel hiányzik az erre való felhatalmazás az Alapszerződésekből. Ennek következtében a Lisszaboni Szerződés igazi áttörést hozott, amikor is megteremtette az EJEE-hez való csatlakozás jogi alapját az EUSz. 6. cikk (2) bekezdésének[36] beiktatásával. Az EJEE oldaláról az Unió csatlakozásának feltételeit a tizennegyedik kiegészítő jegyzőkönyv[37] teremtette meg, kimondva, hogy „Az Európai Unió csatlakozhat ehhez az Egyezményhez", ugyanis eddig csak államok lehettek az EJEE részesei.

Ezt követően a Stockholmi Program is előirányozta a csatlakozási tárgyalások mielőbbi megkezdését, hangsúlyozva, hogy noha az Unió csatlakozik az Egyezményhez, nem válik az Európa Tanács tagjává. 2010. március 17-én a Bizottság előterjesztette azon irányelveket, melyeket a csatlakozás során követ majd, és ezek után 2010. június 4-én megkapta a felhatalmazást a Tanácstól a csatlakozási tárgyalások megkezdésére. A hivatalos tárgyalások végül 2010. június 7-én vették kezdetüket.

Az ülések befejeztével születik majd döntés a csatlakozásról. Ehhez az Európai Unió Tanácsának egyhangú döntése szükséges,[38] az Európai Parlament egyetértése[39] mellett, majd a megállapodás megkötéséről szóló határozatot az

[34] Az Emberi Jogok Európai Bírósága 28957/95. sz., Christine Goodwin kontra Egyesült Királyság ügyben 2002. július 11-én hozott ítéletének 100. pontja.

[35] Joint communication from Presidents Costa and Skouris. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf (2011.01.31.).

[36] Az Unió csatlakozik az emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló európai egyezményhez. Ez a csatlakozás nem érinti az Uniónak a Szerződésekben meghatározott hatásköreit.

[37] A tizennegyedik kiegészítő jegyzőkönyv 2010. június 1-jén lépett hatályba.

[38] Az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés, 218. cikk, (8) bekezdés.

[39] EUMSz. 218. cikk, (6) a) ii. pont.

uniós tagállamok erősítik meg.[40] A másik oldalról szemlélve az EJEE-hez már csatlakozott 47 állam is meg kell, hogy erősítse a megállapodást saját alkotmányos hagyományaik eljárási módja szerint.

4.2. A csatlakozás kérdése körül felmerült problémák

A csatlakozással két eltérő szerepű egyezményi rendszer és bíróság egymáshoz való viszonyát kell tisztázni. E két rendszer egybevetéséhez John L. Murray bíró[41] és Szemesi Sándor összehasonlító elemzését[42] hívhatjuk segítségül. Míg az EJEB eljárása szubszidiárius, tehát elsődlegesen a részes államok feladata, hogy biztosítsák az emberi jogok védelmét, az EJEB csak őrködik a felett, hogy az államok ennek maradéktalanul eleget is tegyenek; az Európai Bíróság viszont közvetlenül is eldöntheti a felek jogvitáját. Az EJEB kizárólagosan az emberi jogok védelmét hivatott biztosítani, míg a luxembourgi bíróság az emberi jogokat az uniós érdekekkel összhangban vizsgálja. Amennyiben döntés születik ezen bírói fórumokon, akkor az Európai Bíróság döntése erga omnes hatállyal bír, míg a strasbourgi fórum határozata csak az adott ügyben félként szereplő államra lesz kötelező. Ez utóbbi fórum döntésének végrehajtását nem biztosítja hatékony apparátus, illetve erős és egységes végrehajtási mechanizmusról sem beszélhetünk. Az Európai Bíróság ítéletei ezzel szemben hatékonyabban kényszeríthetők ki, mivel a tagállami bíróságok gondoskodnak arról, hogy érvényt szerezzenek ezeknek a határozatoknak, illetve a súlyos pénzbírság kiszabásának lehetősége is biztosítja a végrehajtást.

A fenti összehasonlításból is kitűnik, hogy a csatlakozási tárgyalások során kiemelt figyelmet kell szentelni annak, hogy körültekintően, ugyanakkor határozottan vonják meg a felek e két bíróság hatásköreit, elkerülve, hogy alá-fölérendeltségi viszony jöjjön létre közöttük. Mielőtt a tárgyalások elkezdődtek volna, az Európai Bíróság már jelezte a csatlakozással kapcsolatos aggályait vitairatában. A Bíróság leginkább azon privilégiumát félti, hogy egyedül ő rendelkezik hatáskörrel arra, hogy megállapítsa az Unió valamely aktusának érvénytelenségét[43], s ezt semmilyen körülmények között sem akarja átengedni az EJEB-nek. A Bíróság álláspontja szerint ezt a kérdést prioritásként kell kezelni a tárgyalások során, továbbá „el kell kerülni, hogy az EJEB anélkül döntsön az Unió valamely aktusának az Egyezménnyel való összeegyeztethetőségéről, hogy a Bíróság ezt megelőzően jogerősen határozhatott volna e kérdésről”.[44] A Bíróság egy olyan rendszer kiépítését javasolja, ahol az Európai Bíróság lenne az a szerv, ami döntene egy uniós aktus érvényességéről, az EJEB feladata pedig az emberi jogi szempontú ellenőrzés, és az EJEE-vel való összeegyeztethetőség vizsgálata lenne.[45]

Annak érdekében, hogy az Európai Bíróság hatásköre és érdekei ne sérüljenek, a két bíróság elnöke által kiadott nyilatkozat felvázol egy új eljárási

[40] EUMSz. 218. cikk, (8) bekezdés.
[41] John L. Murray: *The influence of the European Convention on fundamental rights on Community law*. In: *Fordham International Law Journal*, 2010/5. sz. 1391–1393. o.
[42] Szemesi: i. m. 66–67. o.
[43] EUSz. 19. cikk (1) bekezdés.
[44] Az Európai Unió Bíróságának vitairata az Európai Uniónak az Emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló európai egyezményhez való csatlakozásával kapcsolatban. 9. pont.
[45] Az EU Bíróságának vitairata… i. m. 12. pont.

rendet.[46] Ezen dokumentum alapján az EJEB előtt induló ügyek esetében megkülönböztethetünk majd közvetlen és közvetett kereseteket. Az első, tehát közvetlen keresetek esetében a magánszemély indítványozó sérelmezi az EU intézményei által, az Uniónak az EJEE-hez való csatlakozását követően elfogadott aktusait. Ebben az esetben a nemzeti jogorvoslatok kimerítésének követelménye azt vonja maga után, hogy az indítványozó köteles lesz az ügyet először az Európai Bíróságnak jelenteni, ezáltal az EJEB döntését megelőzi az Európai Bíróság általi felülvizsgálat, és így az EJEB rendszerét jellemző szubszidiaritás elve sem sérül.

A közvetett keresetek az uniós jog implementálásából eredő tagállami aktusok ellen irányulnak, melyek során az indítványozó köteles lesz az ügyét először a nemzeti bírói fórumok elé vinni, amely ezután előzetes döntéshozatal iránti eljárást kezdeményezhet az uniós jog értelmezését vagy érvényességét illetően. Ha azonban a nemzeti bíróság nem kezdeményezné ezt az eljárást, az EJEB-nek anélkül kellene döntést hoznia az uniós jog kérdésében, hogy az Európai Bíróság vizsgálhatta volna az adott uniós jogszabály összeegyeztethetőségét az Alapjogi Chartában biztosított jogokkal. Ez az eset azért történhetne meg, mivel csak a nemzeti bíróságok jogosultak megindítani az előzetes döntéshozatali eljárást az Európai Bíróság előtt, a felek javasolhatják, de a megindítás nem áll módukban. Ezáltal az előzetes döntéshozatal kezdeményezése nem tekinthető a felek által kimeríthető belső jogorvoslati lehetőségnek. Annak érdekében azonban, hogy a szubszidiaritás elve ne sérüljön, egy olyan eljárást kell létrehozni, amely biztosítja az Európai Bíróság számára a belső felülvizsgálat lehetőségét a strasbourgi ítélethozatal előtt. Ezért az EJEB addig nem vizsgálhatja az uniós jogszabály összeegyeztethetőségét az EJEE-vel, amíg a feleknek nem volt lehetőségük megismerni az Európai Bíróság adott ügyre vonatkozó álláspontját. Ebben az esetben az Európai Bíróságnak gyorsított eljárás keretében kell meghozni döntését, hogy az EJEB eljárását ne késleltesse indokolatlanul.

A következő probléma, hogy a csatlakozással az EJEE uniós joggá válik, s attól a pillanattól rendelkezni fog az uniós jog minden jellemzőjével, többek között közvetlen hatálya lesz, és elsőbbsége lesz a tagállami nemzeti jogszabályokkal szemben: az Unió tagállamaiban tehát a nemzeti jog részévé válik. Az EJEB döntései terén is hasonló helyzettel kell szembenéznünk: az eddig erga omnes hatállyal nem bíró határozatok az uniós jog részévé, amennyiben az Európai Bíróság alkalmazza azokat, tehát elsőbbséget követelnek maguknak a tagállami jogszabályokkal, illetve alkotmányokkal szemben.[47] Mindezeken túl a luxembourgi bíróság köteles lenne követni a strasbourgi joggyakorlatát.

Az EJEE jogforrási hierarchiában majdan elfoglalt helyét vizsgálva további problémákra bukkanhatunk. Azt mondhatjuk, hogy az Unió által eddig kötött nemzetközi megállapodások az elsődleges és másodlagos jogforrások között kapnak helyet, tehát ez azt jelentené az EJEE esetében, hogy az Alapjogi Charta alatt helyezkedne el. Ebből az következik, hogy ha az EJEE a csatlakozást követően módosításra kerülne, ezek a változtatások csak akkor vál-

[46] Joint communication from Presidents Costa and Skouris. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf (2011.01.31.)

[47] Murray: i. m. 1402. o.

hatnának az uniós jog részévé, ha nem áll ellentétben a Charta rendelkezéseivel, mint elsődleges joggal.[48]

További problémákat vet fel a két bíróság eltérő értelmezési módszere is. Elsőként az Európai Bíróság által az emberi jogi kérdésekre alkalmazott módszereket vizsgálva az Alapjogi Charta 52. cikkéből kell kiindulnunk. Az 52. cikk (1) bekezdés – igaz, komoly garanciális szabályokkal körülbástyázva, de – korlátozza az EJEE befolyását, mivel e szerint az emberi jogok természetét és hatókörét az uniós jogban autonóm módon, az Unió céljaira tekintettel kell meghatározni, tehát az Európai Bíróságnak jogában áll az EJEE-t az EUSz. céljaival összhangban értelmezni.

Az értelmezési módszerekkel kapcsolatos másik probléma az EJEB oldaláról fenyeget. Ezen fórum egyik módszere az evolutív értelmezés, mely a „tagállamok közös akaratát" kutatja, s amely jogbizonytalansághoz vezethet, ugyanis az „egyetértés" vagy „közös akarat" meghatározása nem egyértelmű. Ez a módszer lehetőséget teremt arra, hogy az EJEB eltérjen a korábbi gyakorlatától annak érdekében, hogy az emberi jogok védelme terén megfelelően tudjon alkalmazkodni a társadalmi és egyéb változásokhoz.[49] A másik, ennél is súlyosabb probléma, hogy az EJEB szerinti konszenzus, tehát elvileg az EJEE-hez eddig csatlakozott 47 állam „közös akarata" nem feltétlenül tükrözi az EU tagállamok közötti valódi konszenzust, az Európai Bíróság ennek ellenére köteles lesz követni az EJEB jogértelmezését, mely – az Európai Bíróság számára legalább is – megkérdőjelezhető konszenzuson alapul.[50] Ez – szélsőséges esetben – odáig vezethet, hogy az emberi jogok természetét és tartalmát az Unión belül olyan államok gyakorlata fogja esetlegesen meghatározni, melyek nem tagjai az Uniónak.

5. Konklúzió

Az emberi jogok fejlődése hosszú utat járt be az Unión belül, míg a teljes mellőzéstől – a bírói jogfejlesztésnek, majd később az uniós jogalkotónak köszönhetően – utóbb elismerést nyert, majd egy önálló emberi jogi katalógusban, az Alapjogi Chartában öltött formát.

A kérdés már csak az, hogy a címben jelzett „kiteljesedésként" a Charta megszületését tekinthetjük, vagy az EJEE-hez való csatlakozás lesz az a pont, ahol az emberi jogi védelem teljessé válik.

Noha a szerzőnek nem áll szándékában kisebbíteni a csatlakozás eszmei jelentőségét, annak következményeinek fényében számos nagy horderejű kérdést kell tisztázni a tárgyalások során. Ha a fentebb felvetett problémák megoldásra kerülnek, akkor is fennmarad a kérdés: megvalósulhat-e egyáltalán a csatlakozás, fogja-e ratifikálni az erről született megállapodást az EJEE mind a 47 állama, esetleg feltételeket akarnak-e majd szabni egyes államok a ratifikálásért „cserébe"?

Ha az Unió részesévé válik az EJEE-nek, az hoz-e majd jelentős változást az emberi jogok védelme terén, hiszen az Unió minden tagállama eddig is tagja volt az EJEE-nek? Ezen kérdések megválaszolása egyelőre még várat magára, ám meg kell jegyeznünk, hogy a Lisszaboni Szerződés hatályba lépése óta a csatlakozás körüli kritikai hangok egyre csak erősödnek.

[48] Sulyok Gábor: *Az emberi jogok nemzetközi jogi és európai uniós védelmének összehasonlítása*. In: *Acta Humana: emberi jogi közlemények*, 2005/2. sz. 45–46. o.
[49] Murray: i. m. 1404. o.
[50] Murray: i. m. 1421. o.

Az ENSZ Gyermekjogi Egyezménye és az Egyezményben biztosított jogok érvényesülése

NYITRAY ZSUZSANNA
ELTE ÁJK
Nemzetközi Jogi Tanszék

„Az a mód, ahogyan egy társadalom a gyermekeket kezeli, nemcsak törődésének és együttműködésének fokát jelzi, hanem jól tükrözi az adott társadalom igazságérzetét, jövő iránti elkötelezettségét, valamint azt is, mennyire fontos számára az eljövendő generációk emberi feltételeinek javítása."[1]

1. Az Egyezmény születése, jelentősége

Az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatának 1948-as deklarációja óta az ENSZ-tagsággal rendelkező államok mindegyike ratifikált legalább egy, nyolcvan százalékuk pedig legalább négy emberi jogi egyezményt a legjelentősebbek közül. Izgalmas kérdésként merülhet fel, hogy a leginkább preferált egyezmények közül melyik áll az élen, azaz melyik rendelkezik a legtöbb részes állammal? Ezek alapján az ENSZ emberi jogi rendszerében a legelőkelőbb helyet a Gyermekjogi Egyezmény foglalja el (a továbbiakban: Egyezmény), amely két állam – az Amerikai Egyesült Államok és Szomália – kivételével univerzális elfogadottságnak örvend.

A gyermekek Magna Chartája – ahogyan az Egyezményt sokan nevezik[2] – az első olyan nemzetközi dokumentum, amely teljes körűen védelemben részesíti a gyerekek jogait. Hasonlóan átfogó szabályozás e területen korábban nem volt érvényben, habár a Polgári és Politikai Jogok, valamint a Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Egyezségokmánya számos körben biztosította a gyermekeket megillető védelmet.[3] Természetesen a többi emberi jogi egyezmény védelme is kiterjedt a gyerekekre, azonban csupán mint az emberi társadalom 18 évesnél fiatalabb tagjaira, minden különösebb specifikációt nélkülözve. Az Egyezmény legnagyobb vívmánya annak felismerése, hogy a gyermekek különleges figyelemre és védelemre tartanak igényt, és kiemelt védelmük csak akkor valósítható meg, ha sebezhetőségükre tekintettel privilegizált szabályozás vonatkozik rájuk. A gyermekek ilyen módon történő kiemelése az emberi jogok élvezői köréből lehetővé tette, hogy az ENSZ emberi jogi rendszere egy olyan egyezménnyel legyen gazdagabb, amely csak a gyerekekre vonatkozó rendelkezéseket tartalmaz.

[1] Részlet Javier Peres de Cuellar, volt ENSZ-főtitkár beszédéből, amely a Gyermekjogi Egyezménnyel kapcsolatos olaszországi nemzetközi tanácskozáson, 1989 szeptemberében hangzott el

[2] Kecskeméti Edit: *A Gyermek Jogairól szóló Egyezmény végrehajtása*. In: *Acta Humana. Emberi jogi közlemények*, 1992/ 9. sz. 16. oldal.

[3] Lásd pl. a PPJE 24. cikk 1. *„Minden gyermeknek fajra, színre, nemre, nyelvre, vallásra, nemzeti vagy társadalmi eredetre, vagyonra, vagy születésre való tekintet nélkül joga van arra a védelemre, amely őt kiskorú állapota folytán a családja, a társadalom és az állam részéről megilleti."*., illetve a GSZKJE 10. cikk 3. *„különleges intézkedéseket kell tenni minden gyermek és fiatalkorú védelmére és segítésére, származásukra és az egyéb körülményekre való tekintet nélkül…"*.

Az Egyezmény létrejöttének előzményei 1959-ig nyúlnak vissza, amikor az ENSZ Közgyűlése elfogadta a Gyermekek Jogairól szóló Nyilatkozatot. A Nyilatkozat érdeme annak felismerése volt, hogy a gyermekkor az emberi életnek egy olyan korszaka, amely speciális védelmére szorul. Előfutárának az 1924-ben született genfi deklaráció tekinthető, amely a gyermek védelmének érdekében öt magasztos alapelvet foglalt magában, ám semmilyen konkrét kötelezettségvállalást nem írt elő az államok számára. Ezzel szemben, az 1959-es deklaráció már a preambulumában is sokkal határozottabb: felhívja a kormányokat a gyermek jogainak elismerésére, és felszólítja őket arra is, hogy megfelelő törvényhozási eszközökkel biztosítsák e jogok érvényre jutását.[4] Az 1970-es években egyre hangosabban jelentkezett az az igény, hogy egyetlen átfogó jogi dokumentumban – a meglevő mintegy nyolcvan helyett, azt szintetizálva és kiegészítve – pontosan körülhatárolt kötelezettségeket teremtsenek az államok felé a gyerekek jogaival kapcsolatban. Az említett időszakban a gyermekekről történő gondolkodásban előrelépés volt tapasztalható: a figyelem középpontjába már nem csupán a gyerekek fizikai szükségletei kerültek, hanem ezek mellett lelki, pszichológiai szükségleteiket is hangsúlyozták (például az őket érintő ügyekbe történő beleszólás joga).[5] Az évtized közepére a politikusok is felismerték, hogy a gyermekek érdekeinek védelme – főleg a fejlődő országokban – nem oldható meg széles körű nemzeti összefogás nélkül. A világ legkülönbözőbb területeiről érkező jelentésekben és tudósításokban mindinkább érzékelhető volt a progresszió sürgetése a gyerekjogok területén. A Közgyűlés e stimuláló politikai és társadalmi légkör hatására az 1979-es évet a Gyermekek Nemzetközi Évének nyilvánította.[6] Az Emberi Jogok Bizottsága 1979-ben – Lengyelország a gyermekek jogairól szóló egyezménytervezetének 1978. február 7-én történő benyújtását követően – felállított egy munkacsoportot azzal a megbízással, hogy az egyezménytervezetet a Nemzetközi Gyermekév végéig dolgozza ki. Tizenegy évvel a lengyel tervezet benyújtását követően, 1989. november 20-án a Gyermek Jogairól szóló Egyezményt a Közgyűlés egyhangúlag – az 1989-es évi 44/25. számú határozatával – elfogadta, és az Egyezményt aláírásra, megerősítésre és az ahhoz való csatlakozásra megnyitotta.[7] Az Egyezmény alig egy esztendő alatt – annak 49. cikkelye alapján[8] – 1990. szeptember 2-án hatályba lépett, megelőzve ezzel minden addigi emberi jogi egyezményt: kevesebb, mint 7 hónap alatt összegyűlt az előírt 20 megerősítő okirat. 2000. május 25-én az Egyezményhez két fakultatív jegyzőkönyvet fogadtak el, a gyermekek fegyveres konfliktusokban történő, valamint a gyermekkereskedelem, gyermekprostitúció és gyermekpornográfia elleni védelméről szóló rendelkezésekkel. A két jegyzőkönyv 2002. február 12-én lépett hatályba, ezáltal megerősítve és kiterjesztve a védelmet a legveszélyeztetettebb

[4] *Jelentés a gyerekek helyzetéről Magyarországon 1993.* Gyermekérdekek Magyarországi Fóruma, Budapest, 1994. 31. o.

[5] Thomas Hammerberg: *The UN Convention on the Rights of the Child – And How to Make it Work.* In: *Human Rigths Quarterly*, 1990/12. sz. 97-105. o.

[6] Jelentés a gyerekek helyzetéről Magyarországon 1993: i. m. 34. o.

[7] David A. Balton: *The Convention on the Rights of the Child: Prospects for International Enforcement*. In: *Human Rigths Quarterly,* 1990/12. sz. 120–129. o.
Filó Erika: *A családjog jövője. Tizenöt éves az ENSZ Gyermekjogi Egyezménye*. In: *Családi Jog*, 2004/ 4. sz. 1. o.

[8] 49. cikk 1. *„Az Egyezmény a huszadik megerősítő vagy csatlakozási okiratnak az Egyesült Nemzetek főtitkáránál való letétbe helyezését követő harmincadik napon lép hatályba."*

gyermekek csoportjaira. Jelenleg megvitatás alatt áll egy harmadik, az Egyezmény rendelkezéseinek a sérelme miatt indított egyéni panaszos eljárást lehetővé tevő fakultatív jegyzőkönyv kidolgozása – amely annak elfogadása esetén nagymértékben szélesítené a Gyermekjogi Bizottság szerepét az Egyezmény végrehajtásának ellenőrzése területén.[9]

2. Az Egyezmény tartalmi felépítése[10]

Az Egyezmény rendelkezéseit alapvetően hat csoportba lehet sorolni, amelyek kiegészülnek még további, a végrehajtással kapcsolatos rendelkezésekkel, valamint a záró rendelkezéseket tartalmazó két csoporttal. Jelen tanulmány – terjedelmi okokból kifolyólag – az Egyezmény rendelkezéseinek ismertetése során az Egyezmény alapvető elveire összepontosít, további rendelkezéseivel csak villanásszerűen foglalkozik.

Az Egyezmény a gyermek fogalmát első cikkében tárgyalja. Eszerint az Egyezmény védelme kiterjed mindenkire, aki 18 éven aluli. A gyermekkor meghatározásánál az Egyezmény nem foglal állást a gyermekkor kezdő időpontját illetően: nyitva hagyja a kérdést, hogy az a születéssel, a fogantatással, vagy egy, a kettő közötti időponttal kezdődik-e. A gyermekkor végét azonban egyértelműen definiálja: a 18. életév betöltésével a gyermekkor véget ér, kivéve, ha nagykorúsítás folytán a gyermeket az adott állam törvényei értelmében már egy korábbi időponttól nagykorúnak kell tekinteni. A gyermekkor kezdő- és végpontjának meghatározása összetett probléma, ugyanis egyrészről bizonyos jogok megszerzését, másrészről bizonyos védelem elvesztését vonja maga után. Vizsgálódást igényel továbbá az egyes rendelkezések vonatkozásában a korhatár megállapítása is. Az Egyezmény egyes rendelkezéseinek érvényesüléséhez a gyermek érdeke nem kívánja meg alsó korhatár megállapítását. Ilyen például a gyermek azon joga, hogy szülői beleegyezés nélkül panasszal élhessen, jogi vagy orvosi tanácsot kérhessen. Azoknál a rendelkezéseknél, amelyek a gyermek polgárjogainak és kibontakozó képességeinek az állami védelmére vonatkoznak, az alsó korhatárokat az adott gyermek egyéni szükségleteire érzékenyen kell megállapítani. Azokban az esetekben, amikor a védelem biztosítása elengedhetetlen a gyermek legfőbb érdekére figyelemmel, a gyermek védelmét szolgáló alsó korhatárokat általában minél magasabbra kell tűzni: például a gyermekeket a veszélyes munkaköröktől, a szabadságvesztéssel járó ítéletektől és a fegyveres konfliktusokban való részvételtől védő rendelkezések.[11]

A gyermek fogalmának tisztázását követően elengedhetetlen az Egyezmény általános alapelveinek, mint az Egyezmény egész szellemiségét tükröző rendelkezéseknek az ismertetése. A *megkülönböztetés tilalma* (2. cikk) érdekében a Részes Államoknak valamennyi gyermek számára, mindenfajta hátrányos megkülönböztetés nélkül biztosítaniuk kell az Egyezményben lefektetett jogokat. Azoknak az okoknak a köre, amelyek a megkülönböztetésre alapot adhatnak, valamint azoknak a csoportoknak a köre, amelyekre a megkülönböztetés irá-

[9] http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm (2011.01.29).
[10] Jelentés a gyerekek helyzetéről Magyarországon 1993. i. m. 38–49. o.
[11] Herczog Mária: *Kézikönyv a gyermekjogi egyezmény alkalmazásához*. Család, Gyermek, Ifjúság Egyesület, Budapest, 2009. 1–9. o.

nyulhat, egyaránt széles skálán mozognak: egészen a nemi irányultságtól kezdve a földrajzi elhelyezkedésen át az anyagi jellemzőkig számos félék lehetnek. A cikk a lehetőségek egyenlőségére helyezi a hangsúlyt, vagyis azt emeli ki, hogy a megkülönböztetés tilalma akkor érvényesülhet, ha az állam már a gyermekkor kezdetétől minden gyermek számára ugyanazokat a lehetőségeket biztosítja. A *gyermek legfőbb érdeke* (3. cikk), mint az Egyezmény talán legjelentősebb alapelve, arra kötelezi az államok intézményeit és hatóságait, hogy minden, a gyermeket érintő döntésükben elsősorban a gyermek mindenek felett álló érdekét vegyék figyelembe. Ennek az elvnek az értelmében a gyermek érdekét valós megfontolás alá kell vetni, vagyis bizonyítani kell, hogy a gyermek érdekét megvizsgálták, és elsődleges szempontként figyelembe vették. Az elsődleges szó arra utal, hogy a gyermek legfőbb érdeke nem mindig lesz az egyetlen, mindent felülíró szempont, mert előfordulhat, hogy egymással ellentétben álló vagy versengő emberi jogi érdekek ütköznek. Azonban ilyenkor is bizonyítani kell, hogy a döntés meghozatala során a gyermek legfőbb érdeke megvitatásra került.[12] Az Egyezmény harmadik alapelve *a gyermek joga az élethez, életben maradáshoz és fejlődéshez* (6. cikk). A gyermeknek veleszületett joga van az élethez, amely nem értelmezhető megszorító módon, annak védelme pozitív lépéseket igényel az államok részéről. Ilyen intézkedések a csecsemőhalandóság csökkentése, a járványok elleni védekezés, a halálbüntetés eltörlése stb. Az életben maradáshoz és fejlődéshez való jogot a lehetséges legnagyobb mértékben kell a Részes Államoknak biztosítaniuk. Fontos megjegyezni, hogy a fejlődéshez való jog a fizikai fejlődésen túl a mentális, szellemi, erkölcsi, lelki, szociális és kulturális fejlődés biztosítását is magában foglalja, azt a lehető legtágabban kell értelmezni Az Egyezmény ezen alapelve kizárólag holisztikus módon, az Egyezmény minden rendelkezésének a biztosítása révén értelmezhető. Az Egyezmény negyedik alapelve, a *gyermek véleményének tiszteletben tartását* (12. cikk) írja elő a Részes Államok számára. Eszerint az ítélőképességének birtokában lévő gyermek véleményét minden őt érintő kérdésben, figyelemmel korára és érettségi fokára, kellő súllyal tekintetbe kell venni. Az alapelv kiemeli, hogy a gyermek aktív jogalanyként kezelendő, és meghallgatása bármely olyan eljárásban, amelyben érdekelt, az államok aktív kötelessége. A cikk nem állapít meg alsó korhatárt, azt a gyermeket kell meghallgatni, aki „véleményformálásra képes".

Az Egyezmény rendelkezéseinek második csoportját a polgári és politikai jogokat meghatározó rendelkezéseket alkotják (6–10. cikkek valamint a 12–17. cikkek). Ezen jogok biztosítása érdekében a Részes Államoknak minden szükséges intézkedést meg kell hozniuk. A harmadik csoportban a gyermek gazdasági, szociális és kulturális jogait szabályozó rendelkezések szerepelnek (18., 24., 26–29., valamint 31. cikkek). Fontos megjegyezni, hogy az Egyezmény 4. cikke alapján – amely szerint a részes államoknak meg kell hozniuk minden olyan törvényhozási, közigazgatási vagy egyéb intézkedést, mely az Egyezményben foglalt jogok érvényesüléséhez szükséges – a gazdasági, szociális és kulturális jogokról szóló intézkedéseket a rendelkezésre álló erőforrások határai között, szükség esetén nemzetközi együttműködés keretében kell meghozni. Az Egyezménynek ezt a cikkelyét akár az államok menekülési klauzulájaként is értelmezhetnénk, a nemzetközi együttműködés keretében

[12] Herczog: i. m. 13–29. o.

történő segítségnyújtás fordulata azonban finoman kiküszöböli a kötelezettségek alóli esetleges kibúvót. Egyik nemzetközi emberi jogi dokumentum sem teremt ilyen világos kapcsolatot az állam részéről történő kötelezettségvállalások sérülése és az annak folytán megnyíló nemzetközi segélyezés között.[13] Az ENSZ Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Bizottsága e kérdésben úgy foglalt állást, hogy egy részes állam csak akkor hivatkozhat a szükséges erőforrások hiányára kötelezettségei nem teljesítése esetén, ha a meglévő erőforrások elosztásánál előnyben részesítette a kötelezettségek minimumának teljesítését.[14]

A negyedik csoportba tartoznak a gyermek családban és társadalomban való speciális védelmét szabályozó rendelkezések (11., 19., 32–37., valamint a 39–40. cikkek), például a gyermek gazdasági, nemi kizsákmányolása elleni védelem.

A rendelkezések ötödik csoportja a gyermek speciális csoportjainak védelmét szabályozza: a családi környezettől megfosztott gyerekek (20. cikk), az örökbefogadott gyermekek (21. cikk), a fogyatékos gyermekek (23. cikk), az őslakossághoz és a kisebbségez tartozó gyermekek (30. cikk), valamint az elhelyezett gyermek időszakos felülvizsgálathoz való jogát meghatározó 25. cikk is ide sorolható.

A Konvenció rendelkezéseinek hatodik csoportját a gyermekeket rendkívüli helyzetben védő rendelkezések alkotják. Ide mindössze két rendelkezés, a menekült gyermekről szóló és a fegyveres konfliktusokról szóló (22. és 38. cikk) tartozik.

3. A Gyermekek Jogainak Bizottsága[15]

A részes államok az Egyezményben vállalt kötelezettségek teljesítése területén elért előrehaladás vizsgálatára megalakítják a Gyermek Jogainak Bizottságát – szól az Egyezmény 43. cikk 1. bekezdése. A Bizottság kezdetben tíz, 1995 óta tizennyolc[16] független tagja[17] magas szakmai tapasztalatokkal és erkölcsi nívóval bíró, az emberi jogok területén jártas jelöltek közül került ki. Mandátumuk négy évre szól, amelynek lejárta esetén a tagok – az újrajelölés előfeltételével – újraválaszthatók. A Bizottság jelenleg három ülést tart évente, amelyeknek székhelye rendszerint a Genfben székelő ENSZ Emberi Jogi Központ.

Az Egyezmény 44. cikk 1. bekezdése alapján a részes államok kötelezik magukat, hogy az ENSZ főtitkárának közvetítésével az Egyezményben elismert jogok érvényesítése érdekében elfogadott intézkedésekről és e jogok gyakorlásában elért előrehaladásról jelentést terjesztenek a Bizottság elé. Az államokat a jelentéstételi kötelezettség az Egyezmény hatálybalépésétől számított két éven belül, ezt követően ötévenként terheli. A Bizottság 1991 októberében

[13] Thomas Hammerberg: i. m. 97–105. o.
[14] Kecskeméti Edit: i. m. 21. o.
[15] http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10Rev.1en.pdf (2008. 11. 10.)
[16] A Bizottság növekvő munkaterhe okán a részes államok 1995-ben egy kiegészítést fogadtak el az Egyezményhez, amely a Bizottság tagjainak számát 10-ről 18 főre emelte meg http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-a&chapter=4&lang=en (2011.01.29.).
[17] A jelenlegi tagok jegyzéke megtekinthető itt: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/members.htm (2011.01.29.).

– első ülésén – ún. „Irányelveket” („General guidelines”)[18] fogadott el, amelynek célja az volt, hogy egyfajta „jelentési sablonként” gyakorlati tanácsokat nyújtson a részes államoknak jelentéstételi kötelezettségük megvalósításához. Az irányelvek kiemelik, hogy a jelentéseknek rá kell mutatniuk a kötelezettségek teljesítését gátló tényekre és nehézségekre, problémaorientáltnak és önkritikusnak kell lenniük. Ezen túlmenően az államoknak pontosan körül kell írniuk az Egyezmény végrehajtásában támasztott prioritásaikat illetve a jövőre megfogalmazott sajátos céljaikat.

A Bizottság munkamódszerében a részes államok képviselőivel folytatott konstruktív párbeszédre épít, munkájában szorosan együttműködik az ENSZ szerveivel és az ún. kompetens szervekkel, valamint a nem kormányzati szervekkel (NGO-k) egyaránt. Eljárása különbözik az általános emberi jogi eljárási modelltől: elsősorban nem az államok felelősségét emeli ki, hanem a nemzetközi segítség igénybevételének lehetőségére hívja fel a figyelmet.

A Bizottság munkafolyamatának első fázisát az államok jelentéseinek előzetes vizsgálata alkotja. Célja, hogy előkészítse a soron következő tárgyalást az állami delegáltak és a Bizottság között. Az államok jelentéseinek vizsgálatán felül, a munkacsoport figyelembe veszi a többi emberi jogi bizottságtól, valamint az Emberi Jogok Bizottságának Speciális Rapportőrjeitől származó jelentéseket is. A munkacsoport a jelentések előzetes vizsgálatának eredményeképp „kérdések listáját” (list of issues) állítja ki, amely előzetes útmutatóul szolgál a Bizottságnak a tanácskozáson megfontolandó kérdések prioritását illetően, és amelyet az érdekelt államoknak azzal a felhívással küld meg, hogy a közelgő plenáris ülésen – ahol a jelentésük megtárgyalásra kerül – képviseltessék magukat. Ez a megközelítés lehetőséget ad az államok számára, hogy a lényeges kérdéseket illetően kellőképpen felkészüljenek a Bizottsággal folytatott tárgyalásra. Az államokkal történő tanácskozások – a háromhetes plenáris ülés keretében – konkrétumok és részletek mentén folynak, az állam által elért eredményekre és a folyamatban lévő intézkedésekre egyaránt koncentrálnak. 2006 óta a Bizottság – a késve beadott jelentések felhalmozódása miatt – a jelentéseket két párhuzamos (9–9 tagú) kamarában vizsgálja. A procedúra legvégén a Bizottság „végkövetkeztetések”, „záró észrevételek” útján foglalja össze véleményét és következtetéseit az állam jelentésével kapcsolatban. Lényeges követelmény, hogy a záró észrevételeknek megfelelő publicitást és nyilvánosságot biztosítsanak mind a nemzetközi közösség, mind az állam viszonylatában, ez utóbbival lehetővé téve, hogy belső vita alakuljon ki az Egyezmény intézkedéseinek végrehajtásával kapcsolatban. E cél érdekében az államok kötelesek a végkövetkeztetéseket átültetni saját hivatalos dokumentumaikba.

Összegezve, az egész tanácskozási eljárásról elmondható, hogy célja a közösségi vita ösztökélése, a nemzetközi közösség figyelmének a gyerekjogi problémákra és nehézségekre való fordítása. Ezt támasztja alá az a tény is, hogy a Bizottság tárgyalásai általában nyitottak a publikum előtt. A jelentéstételi rendszer tehát az építő jellegű nemzetközi kooperációra és információcserére fókuszál. Célja a fellépő problémák definiálása, annak megvitatása, hogy mi-

[18] Lásd: CRC/C/5 – General Guidelines regarding the form and contents of initial reports to be submitted by States parties under article 44, paragraph 1 (a), of the Convention ont he Rigths of the Child (adopted by the Committee at its 22nd meeting – first session – on 15 October 1991).

lyen korrekciós megoldások kidolgozására van szükség a bajok orvoslása érdekében.

Az Egyezmény végrehajtási mechanizmusának bírálói két negatívumot fogalmaznak meg a jelentéstételi procedúrával kapcsolatban. Egyrészről azt hangsúlyozzák, hogy a jelentéstételi kötelezettség önmagában csak minimális nyomást helyez a részes államokra az Egyezményben előírt kötelezettségeik teljesítése terén: ahol a lefektetett jogi standardok tág értelmezési lehetőséget rejtenek magukban, ott az államok lazán fogják értelmezni őket, illetőleg jelentéseikben elkerülhetetlenül a legjobb fényben fogják feltüntetni magukat. Másrészről egyre nagyobb teherként jelentkezik az emberi jogok helyzetéről benyújtandó jelentések száma is, amely a jelentések minőségi romlásához és pontatlan kivitelezéséhez vezet. A Gyerekjogi Egyezménybe beépített végrehajtási mechanizmussal egyetértők tábora kiemeli, hogy a konstruktív dialógus az ENSZ szervei és az államok között elvezethet az emberi jogok egyre növekvő tiszteletben tartásához a részes államok részéről. A jelentési rendszer nyilvánossága mindemellett erősítheti az államoknak azon akaratát, miszerint egyre inkább az emberi jogok elismerésének pártolóivá váljanak, valamint lehetőséget nyújthat a területükön végbemenő gyermekjogi jogsértések kiküszöböléséhez, visszaszorításához – amelynek sikere a jelentések által mozgósított nemzetközi segítség nélkül igencsak kétséges volna.[19]

4. A gyermekjogok érvényesülésének globális vizsgálata

A Gyermekjogi Egyezmény által biztosított gyermekjogok érvényesülésének a vizsgálata a részes államok jelentéseinek elemző összehasonlítása révén valósult meg. Annak megállapítására, hogy a gyerekjogi rendelkezések megfelelően célba értek-e a nemzetközi közösségben, Afrika, Európa, Észak- és Dél-Amerika, valamint Ázsia egyes országainak jelentéseit, valamint az ezekre reagáló bizottsági észrevételeket vetettem össze – amelyek elérhetőek és letölthetőek az emberi jogi főbiztos hivatalának honlapján.[20] Minthogy az államok a jelentéseiket a Bizottság által kiadott irányelvek alapján készítik el, célszerűnek mutatkozott az összehasonlítást ezeknek az alapulvételével végezni. A jelentések összevetése során a figyelmem a legfundamentálisabb gyerekjogok érvényesülésére, továbbá azokra a rendelkezésekre és esetkörökre összpontosult, amelyek a részes állam részéről a legsúlyosabb visszaélésekre szolgálhattak alapul. Így különösen: sérelmek az általános alapelvek tekintetében (2., 3., 6., 12. cikkek); a polgári jogok és szabadságjogok köréből a gyermeket a kínzástól, más kegyetlen, embertelen és megalázó büntetésnek vagy bánásmódnak történő alávetésétől védelmező intézkedések [37. cikk (a)]. A családi környezet és helyettesítő védelem köréből az erőszak és elhanyagolás (19. cikk), az örökbefogadás (21. cikk), valamint a törvényellenes külföldre utazás és ott-tartás (11. cikk) esetei. Az egészség és jólét témakörébe tartozó

[19] Készülőben van az Egyezmény harmadik fakultatív jegyzőkönyve, amely az egyéni panaszos eljárás bevezetését célozza. Amennyiben a jegyzőkönyvet a Közgyűlés elfogadja, és ahhoz kellő számú állam csatlakozik, az Egyezmény kikényszerítési mechanizmusa egy olyan eszközzel fog bővülni, amely képes lesz az államokat az Egyezmény erőteljesebben betartására szorítani.

[20] Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: www.ohchr.org (hozzáférés: 2008.11.10).

rendelkezések közül az életben maradáshoz és fejlődéshez való jog (6. cikk 2. bek.), az egészséghez és egészségügyi ellátáshoz való jog (24. cikk), a megfelelő életszínvonalhoz való jog (27. cikk) és a fogyatékos gyermekeket megillető jogok (23. cikk) sérelmének esetei kerültek elemzésre. Az oktatás, szabadidős és kulturális tevékenységek körére utaló rendelkezések közül szinte kizárólag az alapfokú oktatáshoz való hozzáférés, és az oktatás minőségbeli kérdései (28. cikk) alkották vizsgálatom tárgyát. Végül, talán a legkiemeltebb helyen, a különleges védelemre irányuló rendelkezések nyertek figyelmet: a fegyveres konfliktusokba bevont gyerekek köre (38. cikk), menekült gyerekek helyzete (22. cikk), a gazdasági kizsákmányolás és gyerekmunka esetei (32. cikk), szexuális kizsákmányolás és szexuális bántalmazás (34. cikk), gyerekcsempészet (35. cikk), gyermek-igazságszolgáltatás (40. cikk), valamint a kisebbségekhez, őslakossághoz tartozó gyerekek védelmét szolgáló rendelkezések sérelmeinek esetei.

5. Összegzés

A jelentések elemzése során átfogó képet kaptam nemcsak a Gyerekjogi Egyezmény gyakorlatáról, hanem a vizsgált országok kulturális, társadalmi és jogrendszerbeli sokszínűségéről egyaránt. (A jelentések elemző összehasonlítása és diszkutálása – terjedelmi okokból – egy másik cikk anyagát képezik majd.) Az elemzés célja annak feltérképezése volt, hogy sikerült-e egységet teremteni a gyermeki jogok szabályozása területén, valamint történt-e számottevő változás a gyerekekről való gondolkodásban. A Részes Államok valóban megpróbáltak-e minden tőlük telhetőt megtenni annak érdekében, hogy a gyerekek kiemelt helyen történő kezelése a jövő generációinak legtermészetesebb rutinjává válhasson. Érdekelt az is, hogy lehet-e markáns különbségeket felfedezni az egyes népek gyerekekhez való viszonyulásában, vagy ez a kapcsolatrendszer – illetőleg különleges függőségi viszony – minden esetben csupán gazdasági faktorok függvénye-e. Már néhány jelentés elemzését követően úgy tűnt, bizonyos országok gyerekjogi szabályozási mechanizmusai és gyerekjogi jogsértései szinte prognosztizálhatóvá váltak a még ismeretlen, de – akár gazdasági, akár vallási alapon – hasonló helyzetben lévő országok gyermekpolitikájának vonatkozásában is. Szempont volt a jelentés valóságtartalmának, szavahihetőségének és önkritikus voltának a megállapítása, amelyet a Gyerekjogi Bizottság megítélésétől függetlenül törekedtem megjósolni.

Az Egyezményben részes államok közül húsz állam jelentésének áttekintését és összehasonlítását követően, a gyermekjogok nemzetközi megvalósulásának vonatkozásában az alábbi jelenségeket és következtetéseket kívánom kiemelni.[21]

Általános jelenségnek mondható a jelentéstételi kötelezettségben tanúsított késedelem: az összes általam elemzett állam minimum egy, maximum tízéves lemaradással tudta csak teljesíteni a fent említett kötelezettségét. A Bizottság

[21] Az összehasonlított államok – amelyek a földrajzi elhelyezkedés, a népességeloszlása, valamint vallási és egyéb tényezők alapján kerültek kiválasztásra – a következők: Algéria, Egyiptom, Nigéria, Etiópia, Kenya, Kongói Köztársaság, Dél-Afrika, Törökország, Irán, Kína, India, Kanada, Mexikó, Brazília, Argentína, Olaszország, Oroszország, Szerbia, Litvánia és Magyarország.

azon túlmenően, hogy végkövetkeztetéseiben rosszallóan megállapította a késedelem tényét, és hangsúlyozta a határidőben történő jelentéstétel fontosságát, egyéb lépéseket nem tett.[22]

Az állam jelentését olvasva először, majd azt összevetve a Bizottság záró észrevételeivel azt észleltem, hogy bizonyos országok esetében idillinek festene a kép csupán az állami jelentés ismeretében. Meglepő módon, a legszegényebb, fejlődő afrikai országok jelentései tűntek a legőszintébbnek és legönkritikusabbnak, amely arra engedett következtetni, hogy ott, ahol igazán szükség van a segítségre és változásra, a kormányzatok nem szégyellik országuk helyzetét a legdrasztikusabb valóságában bemutatni.

Az egyes országok jogsértései között vallási alapon, valamint sajátos tradíciók nyomán párhuzamot lehet vonni. Az iszlám többségű államokban – kiváltképp, ha az államberendezkedés is teokratikus, és a Shari'a (isteni iszlám jog) alkalmazása az állami és társadalmi gyakorlat – a gyermekeket ért bántalmazások, testi fenyítések és egyéb erőszakos cselekmények megvalósulási köre igen tág, többnyire a szabályozás megengedősége, a büntetőjogi felelősség kezdetének nagyon alacsony meghatározása miatt. A lánygyerekek diszkriminációja, testi integritásuk védelmének a semmibevétele is ezekben az államokban a leggyakoribb. Jogrendszereiknek az európai vagy nyugati jogrendszerektől való totális különbözősége megnehezíti mind a nyugati eredetű emberi jogoknak, valamint ezen belül a gyerekjogoknak az átvételét, tiszteletben tartását. Azokban az afrikai országokban, amelyekben a törzsi szokások és hagyományok a mai napig a mindennapi boldogulás meghatározói, ugyancsak hasonló jegyeket mutatnak a jogsértések. A babonák, hiedelmek továbbélése az Egyezmény számos rendelkezésének a megvalósulása ellen hat, ezek közül is leginkább a gyerekek fizikai egészségére, fejlődésére vonatkozó előírások érvényesülését gátolja. A lánygyermekek, fogyatékos gyermekek testi kiszolgáltatottsága és gyakori stigmatizációja az uralkodó, és egészében is megállapítható, hogy a társadalom a gyerekek véleményének, érdekeinek szem előtt tartását – gyakran még fogalmi szinten sem ismeri. Érdekes párhuzam, hogy ahol a gyerekjogokat nem tartják tiszteletben, ott már a nők jogai is súlyosan sérülnek.

Az állam gazdasági helyzete, a természeti erőforrások rendelkezésre állása vagy hiánya egytől-egyig visszatükröződik a jogsértések jellegében. A fejlődő és fejlett országokban – az említettek alapján – két különböző „jogsértési tengely" állítható fel. A gazdaságilag legkiszolgáltatottabb, legszegényebb társadalmakban az egészség és jólét védelmének szolgálatában álló rendelkezések – a megvalósulásukhoz szükséges minimális infrastruktúra hiánya miatt – gyakran célba sem érnek. A betegségek, kórok, halálozási arányszámok ezeken a területeken a legkétségbeejtőbbek, továbbá az írástudatlanság, tanulatlanság, gazdasági kizsákmányolás előfordulása is kirívóan magas. A fejlett, gazdaságilag nem, vagy csak kevéssé nélkülöző világban a modern társadalom anómiái képezik a jogsértések alapját: a gyermekek mentális egészsége számos veszélynek van kitéve, gyakoriak a gyermekek körében elkövetett öngyil-

[22] A késedelem miatt feltorlódott jelentések feldolgozására a Bizottság 2006 óta két párhuzamos kamarában vizsgálja a jelentéseket, amely lehetővé teszi a felülvizsgálatra kerülő jelentések megduplázását. Emellett a Bizottság 2010. október 2-án kelt határozatában 60 oldalban maximalizálta az országjelentések terjedelmét, amely ugyancsak a késedelem megakadályozását és a jelentések gyorsabb, hatékonyabb vizsgálatát teszi lehetővé.

kosságok, a kisebbségek, bevándorlók védelme nem elég erőteljes, stb. Az alapvetően stabil gazdaságnak és demokratikus államberendezkedésnek köszönhetően azonban a legfundamentálisabb gyermekjogok – pl. élethez való jog, egészséghez, jóléthez való jog, oktatáshoz való jog – érvényesülése biztosított.

Az ENSZ Gyermekjogi Egyezménye megközelítőleg kétmilliárd gyermek jogait védelmező, a nemzetközi közösség számára – mára a nemzetközi szokásjog részeként is – kötelező erővel bíró emberi jogi dokumentum. Az Egyezmény és a megvalósulását ellenőrző Gyermek Jogai Bizottságának eljárása mérhetetlenül nagy fordulatot eredményezett a gyerekek világában, a társadalom gyermekekről való gondolkodásában. Az ENSZ által kialakított rendszer segített megismerni a gyerekeket felnevelő kultúrák és társadalmak különbözőségét, azok legfőbb sajátosságait, továbbá segít kijelölni a jövőben követendő mintákat és a megvalósítandó célokat. Szomorú, de reális következtetés, hogy az Egyezmény önmagában nem képes a világot mindenestül megváltoztatni. Ereje és jelentősége nem mindenhatóságában, hanem a gyógyír és segítség lehetőségeinek – a nemzetközi együttműködés keretein belül megvalósuló – felmutatásában rejlik. Úgy vélem, aki az Egyezményt, mint a gyerekekről való gondolkodás befolyásolására és jobbítására alkalmas lehetőséget aknázza ki, a világ jobbításán fáradozik.